

La doctrina del vínculo. ¿Infringe el derecho de la UE?

The bond doctrine. Does it infringe EU law?

José Luis Goñi Sein*

Catedrático de Derecho del Trabajo y S.S.

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0003-4481-9483

Recibido: 1/4/2024

Aceptado: 24/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8741

Resumen: La doctrina casacional sobre la teoría del vínculo viene entendiendo que cuando el consejero o administrador realice cometidos directivos o ejecutivos, se produce una subsunción de la realización laboral en la societaria, haciendo prevalecer la naturaleza mercantil sobre la laboral. Sin embargo, una consolidada doctrina del TJUE no permite excluir, en estos supuestos, la existencia de una relación laboral a los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión. A la luz de la referida jurisprudencia del TJUE, se defiende en este trabajo una reconsideración de la prevalencia sistemática de la relación mercantil sobre la relación laboral, y la aplicación, en su caso, de la teoría del vínculo cuando la persona que preste servicios por cuenta de la sociedad posea el control efectivo de la misma o ejerza una influencia decisiva.

Palabras clave: Administrador, alto cargo directivo, relación laboral, jurisprudencia comunitaria, retribución.

Abstract: This study sets out the doctrine of the Court of Cassation on the theory of the link, according to which when the director or administrator performs managerial or executive duties, there is a subsumption of the labour performance in the corporate performance, with the commercial nature prevailing over the labour nature. However, a consolidated doctrine of the CJEU does not allow the existence of an employment relationship to be excluded, in these cases, for the purposes of the application of EU law. In the light of the aforementioned case law of the CJEU, this paper argues for a reconsideration of the systematic prevalence of the commercial relationship over the employment relationship, and the application, where appropriate, of the theory of the link when the person providing services on behalf of the company has effective control of the company or exercises decisive influence.

Keywords: Administrator, senior manager, employment relationship, community case law, remuneration.

*jose.l.goni@unavarra.es

I. Introducción

La llamada “teoría del vínculo” se aplica en los casos de desempeño simultáneo de actividades propias del órgano de administración de la Sociedad y de prestación de una relación laboral; esto es, cuando en una persona concurre la doble condición de miembro del órgano de administración y personal de alta dirección.

En estos casos surge la cuestión de si puede haber dos relaciones jurídicas la de administrador/ consejero y la de alto cargo directivo, o solo una y, en este último caso, si la relación jurídica prevalente ha de ser la de administrador o consejero.

Por lo general, la jurisprudencia admite una prevalencia de la relación mercantil sobre la relación laboral, por considerar que se pierde entonces la esencia de la ajenidad, es decir, que el cargo de administrador o consejero produce una especie de absorción de las funciones propias de alta dirección.

Pero se trata de analizar esta teoría de la unidad de vínculo a la luz de la cada vez más consolidada jurisprudencia del TJUE sobre concurrencia de actividades de los miembros de los consejos de administración, que no admite la prevalencia a priori de la relación mercantil.

La doctrina del vínculo despliega sus efectos no solo en materia laboral, sino civil y fiscal. Me limitaré a comentar únicamente su proyección al ámbito laboral y sobre la seguridad social, y a hacer una referencia breve a su reflejo en la materia fiscal en cuanto a determinar si las retribuciones percibidas por los administradores constituyen o no una liberalidad deducible.

II. Actividades concurrentes de los consejeros y del personal de alta dirección

La aplicación de la doctrina del vínculo implica, como se ha indicado, la realización simultánea de actividades propias del órgano de administración y de la alta dirección. El ejemplo emblemático lo constituye un administrador de una sociedad que además ha suscrito con ésta un contrato laboral de alta dirección.

Antes de analizar las consecuencias de la realización de las actividades concurrentes, es preciso realizar una breve caracterización de las funciones inherentes a cada una de las condiciones de consejero/administrador y de alto cargo directivo¹.

¹ Sobre la cuestión ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C.: *El personal de alta dirección, concepto y características*, Madrid, CES, 1995; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2000; LIMON LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en el Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004.

1. Los cargos de consejeros y administradores de sociedades

Es una actividad excluida del ordenamiento jurídico laboral. El art. 1.3 c) ET deja fuera del Estatuto la actividad “*que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”.

La exclusión se refiere a consejeros que se limitan a realizar las funciones correspondientes a su cargo, bien como consejero pasivo, o bien con funciones ejecutivas bajo la forma de consejero ejecutivo o de consejero delegado, realizando tareas de dirección y gerencia.

Son actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles las funciones vinculadas a actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad.

Los administradores desarrollan su labor como parte integrante del órgano que personifica la sociedad. Actúan la voluntad del ente y, en consecuencia, se entiende que no hay alteridad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, estén unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral².

Su relación se rige por el derecho mercantil, por el derecho de sociedades. No se considera existente la relación laboral, porque quien así actúa lo hace como empresa, en nombre y representación de ésta, formando parte del órgano que opera como representativo de la empresa constituida en forma jurídica de sociedad.

Por todo ello, la resolución de conflictos entre los consejeros/administradores y la sociedad, salvo que concurra una relación laboral común, es competencia del orden jurisdiccional civil.

2. El personal de alta dirección

La relación que une al personal de alta dirección con la compañía es una relación laboral de carácter especial [art. 2. a) ET], que se rige por el RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Se considera “*personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*” (art. 1.2 RD 1382/1985).

² STS nº 1554/1994, de 22 de diciembre: “*esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante de la sociedad; de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir de las personas naturales que los componen, es en definitiva la actuación de la propia sociedad*”.

La relación de alto cargo directivo se caracteriza por los siguientes rasgos definitorios³: a) ejercita poderes inherentes a la titularidad de la empresa; b) los poderes han de referirse a los “objetivos generales de la misma, lo que supone que las facultades otorgadas han de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa; c) realiza su actuación “con plena autonomía y responsabilidad”, sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad; d) solo tiene como órgano superior al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto del titular de la empresa por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo.

Se consideran poderes/funciones propias de alta dirección, entre otros, los siguientes⁴: 1) la representación de la entidad, especialmente en sus aspectos procesal y administrativo; 2) la capacidad para establecer y dirigir la organización y el funcionamiento interiores de la sociedad; 3) la de dirigir y administrar todos los negocios de la sociedad, con actos de disposición patrimonial, como la compra y venta de bienes muebles e inmuebles, la constitución y la extinción de derechos reales, la afectación de bienes con garantías hipotecarias, la capacidad para librar, tomar, aceptar, avalar, intervenir y negociar letras de cambio y los demás documentos de giro; 4) la posibilidad de contratar y despedir personal, fijando sus condiciones de trabajo; 5) la capacidad para realizar operaciones bancarias.

No toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que ha de excluirse a quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora. Los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, pues reciben instrucciones de órganos directivos delegados del titular de la empresa, y constituyen el tercer eslabón de la cadena de mando⁵.

Tanto en el caso de alto cargo directivo como en el de mando intermedio, la competencia objetiva para el conocimiento de los conflictos corresponde al orden jurisdiccional social⁶.

III. Dualidad de relaciones y funciones

Como vengo señalando, para la aplicación de la doctrina del vínculo es preciso que existan dos relaciones jurídicas distintas (una mercantil y otra laboral). Empero no basta con que exista una doble relación jurídica, hace falta, además, que ambas tengan sustantividad propia.

³ SSTs 17 de junio de 1993 y 3 de octubre de 2000 (R. 3918/1999).

⁴ STSJ Madrid de 20 de junio de 2022 (R. 319/2022).

⁵ STS 16 de marzo de 2015, R. 819/2014.

⁶ El artículo 14 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, dispone: “*Los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto serán de competencia de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social*”.

Las funciones que constituyen el contenido de ambas relaciones no deben ser las específicas de administración social. Se requiere que la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituiría el objeto propio del contrato de trabajo⁷. Porque sólo en tal caso puede afirmarse que entre la persona que ocupa el cargo de administrador y la sociedad existen dos relaciones jurídicas distintas.

Ahora bien, no siempre es fácil distinguir entre las funciones de un consejero ejecutivo o administrador y de un alto cargo directivo en régimen asalariado que “*asume poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa ... con plena responsabilidad*” (art. 1.2 RD 1382/1985) por cuanto el contenido de sus funciones puede ser el mismo. Y es que no existe en el ordenamiento español una distinción entre los cometidos inherentes a los órganos de la Administración de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que caracteriza el trabajo de alta dirección⁸.

Por ello, las funciones directivas o gerenciales pueden realizarse indistintamente por los administradores (vínculo mercantil) o por los altos cargos o Directores Generales (vínculo laboral especial). Las funciones del art. 1.2 del RD 1382/1985, se diferencian solo porque el alto directivo está sometido a las instrucciones emanadas de los órganos superiores de gobierno societario o de quien tenga delegadas esas funciones⁹.

En los casos de realización simultánea de actividades del órgano de administración y de la alta dirección, sean o no coincidentes, el problema reside en si es posible la coexistencia o compatibilidad; esto es, si además del régimen mercantil se aplica el régimen laboral correspondiente, o si, por el contrario, cuando la persona se integra en el órgano de administración desaparece la relación de ajenidad y dependencia y, en consecuencia, la relación laboral.

⁷ SSTS 18 de marzo de 1991, R. 1239/1989; 9 de mayo de 1991: “*no realizaba en la sociedad demandada más funciones que las propias de sus cargos societarios, Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado. Consiguientemente, la inexistencia de actividad concurrente lleva consigo el carácter societario de la relación material traída al proceso*”.

⁸ STSJ de Valencia de 14 de diciembre de 2023, R. 2089/2023; STSJ País Vasco de 30 de mayo de 2023, R. 625/2023.

⁹ STS nº 1554/1994, de 22 de diciembre: “*no es posible estimar que todo aquél que realiza funciones de dirección, gestión y representación en una empresa que revista la forma jurídica de sociedad, es necesaria y únicamente un trabajador de la misma, sometido al Derecho laboral, como personal de alta dirección del art. 2.º 1.a) del Estatuto de los Trabajadores . Por el contrario esas actividades y funciones son, como se ha venido reiterando, las típicas y características de los órganos de administración de la compañía, y las personas que forman parte de los mismos están vinculados a ésta por un nexo de clara naturaleza jurídico mercantil. Evidentemente el personal laboral de alta dirección también desarrolla esa clase de actividades, pero es obvio que las facultades para poderlas llevar a cabo las recibe, precisamente, de ese órgano de administración que es al que competen por la propia naturaleza de la institución. Pero aunque unos y otros realicen funciones análogas, la naturaleza jurídica de las relaciones que cada uno de ellos mantiene con la entidad es marcadamente diferente; son muy diversas las razones que fundan y justifican esa diferencia o disparidad, pero entre ellas cabe destacar la circunstancia de que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma plena y clara la ajenidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que éstos, como se ha dicho, son parte integrante de la propia sociedad, es decir la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate*”.

IV. La aplicación de la teoría del vínculo en el ámbito de la relación laboral

La teoría del vínculo conlleva que para calificar la relación como mercantil o laboral, hay que atender a la naturaleza del vínculo –más que a las funciones– y a la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad¹⁰.

1. Prevalencia de la relación mercantil

La jurisprudencia admite que un administrador o consejero pueda tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero solo si es común, o sea para realizar trabajos que podrían calificarse de ordinarios. Solo en caso de relación laboral en régimen de dependencia no calificable de alta dirección se admite el desempeño simultáneo de cargos de la administración de la sociedad y de una relación laboral¹¹.

En cambio, cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director general, etc.), los tribunales de lo social utilizan la teoría del vínculo para reconducir esta doble relación a una única que es la relación mercantil¹².

En estos supuestos, se hace predominar la naturaleza mercantil sobre la laboral, porque se considera que siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración, se produce una subsunción de la realización laboral en la societaria, y se pierde la esencia de la ajenidad.

Así, una reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo viene entendiendo que¹³:

“... en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral ...”

¹⁰ STS 29 de abril de 1991 y 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2011).

¹¹ STS 28 de septiembre de 2017 (R. 3341/2015); STS 26 de diciembre de 2007 (R. 1652/2006).

¹² STSJ de Valencia de 11 de julio de 2023 (R. 973/2023): “*lo determinante es la naturaleza del vínculo que mantiene con la empresa pues si existe relación de integración orgánica en el campo de la Administración social la relación no será laboral sino mercantil pese al ejercicio de tales funciones de gerencia y dirección pues en todo caso tales funciones obedecerían a personal de alta dirección y sin embargo sólo se puede simultanear un cargo de administración con una relación laboral común en régimen de dependencia*”.

¹³ SSTS (Social) 26 de diciembre de 2007 (R.1652/2006); 9 de diciembre de 2009 (R.1156/2009); 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2011); 20 de noviembre de 2012 (R. 3408/2011); y 8 de septiembre de 2017 (R. 3341/2015).

El TS considera que cuando el “*doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa*”, “*el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección*”¹⁴, de forma que el vínculo societario impedirá considerar la vinculación laboral de carácter especial o de alta dirección

Dicho de otra manera, la doctrina jurisprudencial aprecia irrelevante el contrato laboral de alta dirección suscrito, en la medida en que sus funciones se entienden exclusivamente subsumidas en las propias del cargo de administrador¹⁵.

2. Declaración de incompetencia del Orden jurisdiccional social

La doctrina de la teoría del vínculo se aplica, señaladamente, cuando los administradores, tras su cese, reclaman frente a la extinción de la relación laboral que precedió al citado cargo mercantil, o lo han compatibilizado, exigiendo el abono de la indemnización correspondiente al desistimiento del contrato de alta dirección. La cuestión queda centrada en tales supuestos en determinar si concurren una relación laboral o mercantil.

Al considerar que el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración, se niega el carácter laboral de la actividad y, en consecuencia, se declara falta de competencia objetiva, desestimando la acción de despido. La aplicación de la teoría del vínculo comporta casi siempre que el orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos surgidos no sea el orden jurisdiccional social, sino la jurisdicción mercantil.

Así, por ejemplo, resuelve el TS en la sentencia de 9 diciembre 2009 (R. 1156/2009), respecto del cese de miembro del Consejo de Administración que acciona por despido alegando su previa condición de alto cargo. En ella declara: “*el nacimiento del vínculo societario ha supuesto la extinción del previo laboral, con la consiguiente incompetencia de este orden social para resolver las controversias que se susciten entre las partes en litigio. Y no existe en el caso norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación de alto cargo tras el cese como consejero o sobre el mantenimiento, tras dicho cese, del derecho al percibo de la indemnización pactada en el contrato de alto cargo, cuyo contenido y alcance deba ser interpretado por esta Sala.*”.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del TSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2023 (R. 1111/2023), en un supuesto en que el demandante formaba parte de los Consejos de Administración de las entidades demandadas (como Presidente de los Consejo o como Consejero Delegado) y además era Director General (Alta Dirección). La Sala considera que tal compatibilidad hace que la relación no sea laboral sino mercantil y aprecia la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, con reserva de acciones ante la jurisdicción civil.

Solo en contadas ocasiones se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional social. Un caso singular es la STSJ de Madrid 28 de junio de 2005 (R. 5388/2004).

¹⁴ STS 09 de marzo de 2022 (R. 742/2019).

¹⁵ STS 9 de marzo de 2022 (R. 742/2019).

Se refiere a la realización simultánea de actividades: por un lado, de administración de la sociedad, como vocal, secretario del Consejo de Administración y representante de la sociedad integrante del Consejo de Administración, poseyendo el 1% del capital social; y por otro lado, de alta dirección, al tener una función de dirección del negocio real, tomando medidas comerciales y de desarrollo diario, habiéndose pactado en el contrato la dedicación exclusiva. La Sala concede predominio al vínculo laboral al ser la persona que como Director General de la empresa desarrollaba las funciones intrínsecas del día a día en la misma.

Otro supuesto excepcional lo constituye la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 27 de noviembre de 2018 (R.1375/2018), que argumenta, respecto de la existencia de la relación laboral y la competencia del orden jurisdiccional social, el que la participación del demandante en su condición de socio y administrador mancomunado no era determinante y que percibía una cantidad mensual fija por la prestación de su actividad lo que conducía a entender que la relación también era laboral, más allá de su participación social no determinante, no constando además, que se encargase de la representación y superior dirección de la empresa, que lo hacía una tercera persona, bien que fuera consejero mancomunado.

V. La doctrina del TJUE sobre actividades concurrentes

Existe, sin embargo, una consolidada jurisprudencia del TJUE, en el ámbito comunitario europeo, que se opone a que la concurrencia en una misma persona de la condición de miembro del órgano de la administración y ejercicio de función de dirección comporte por sí sola la prevalencia de la relación mercantil sobre la consideración de trabajador de dicha persona a los efectos del Derecho del UE¹⁶. Entiende que el vínculo laboral no desaparece por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador

1. Asunto Danosa

La cuestión relativa a si la relación que le une al administrador con la compañía es de carácter mercantil o también laboral se plantea en el asunto Danosa (TJUE 11 de noviembre de 2010, C-232/09), respecto de la situación de trabajadora embarazada,

¹⁶ Sobre el concepto amplio de trabajador a los efectos pertinentes de Derecho de la Unión vid. NUÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm.170/2023, pp.51 y ss. y RIZZO LORENZO, G (2024): “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *LABOS, Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 5, (1), pp. 185-199; MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho del Unión Europea: A propósito de la laboralización de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nov.-abril 2023, núm. 6, pp. 72 y ss.

administradora única de una sociedad limitada de capital lituano, que había sido cesada mientras se encontraba en estado de gestación.

El TJUE no duda en extender a la trabajadora las reglas sobre protección de las mujeres embarazadas frente al despido que contempla la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, porque la administradora no socia mayoritaria era una “trabajadora” que recibía instrucciones de los socios y, por lo tanto, era dependiente. Y ello porque la *“condición de miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí sola que la demandante en el litigio principal se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”* (& 47).

Argumenta el TJUE que, si bien no se excluye que los miembros de un órgano directivo de una sociedad, como un consejo de dirección, no estén incluidos en el concepto de trabajador –teniendo en cuenta las funciones específicas que se les encomiendan y el marco y la manera en que se ejercen estas funciones–, no es menos cierto que un miembro de un consejo de este tipo, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada (& 51).

Advierte el TJUE que lo que procede es *“examinar las condiciones en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”* (& 47).

2. Asunto Balkaya

En el asunto Balkaya (TJUE 9 de julio de 2015, C-229/14) se suscita la cuestión de si a los efectos de cómputo de despido colectivo (Dir. 98/59/CE) ha de incluirse en la categoría de empleados a un administrador integrante de la dirección de la sociedad de capital, que ejercía su actividad bajo la dirección y control de otro órgano societario, percibiendo a cambio una retribución. El Sr. Balkaya había sido empleado y, más tarde, administrador de una sociedad limitada e impugnó su despido por no cumplir la empresa un deber de notificación al que venía obligado por tener más de 20 empleados.

El TJUE considera, a efectos de la Directiva, 98/59/CE, que el concepto de «trabajador» debe definirse de acuerdo con criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. En este contexto, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

Y recordando la sentencia Danosa reitera “*que un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión (&39).*”

El TJUE tiene en cuenta que el directivo es nombrado por la junta de socios de la sociedad, la cual puede poner fin a su mandato en todo momento contra la voluntad del directivo. Además, éste, en el ejercicio de su actividad, está sujeto a la dirección y al control de dicho órgano así como, en particular, a las prescripciones y limitaciones que se le imponen a tal efecto. Por añadidura, y sin que este elemento sea determinante por sí solo en este contexto, observa que un directivo como el del asunto principal no posee ninguna participación en la sociedad para la que desempeña sus funciones.

A la vista de ello, concluye el TJUE *que el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional que no tiene en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa disposición, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, como el controlado en el asunto principal, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad (&53).*

3. Asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa

El asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa (TJUE 5 de mayo de 2022, C101/21) se refiere a un arquitecto que, siendo director de la empresa, promocionó a presidente del consejo de administración. Cuando la empresa es declarada insolvente, solicita el pago de las prestaciones de garantía salarial establecidas en su estado, conforme a la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Tales prestaciones, sin embargo, le fueron denegadas en vía administrativa por no ser trabajador al haber “ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de AA, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de dicha sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con esa sociedad” (& 21).

Según la Ley n.º 118/2000 de la República Checa, una persona que desempeña al mismo tiempo las funciones de director general y de miembro del Consejo de Administración no puede ser calificada de trabajador asalariado, ya que no puede ejercer sus funciones en el marco de una relación de subordinación, de modo que no existe relación laboral entre ese miembro y la mencionada sociedad (&25). Esta norma fue impugnada ante el Tribunal Europeo por considerarse contraria a la normativa europea que regula las indemnizaciones para trabajadores afectados por el cese de una empresa (Directiva

2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario).

El TJUE ha sentenciado que el hecho de desempeñar de forma acumulativa las funciones de director de una sociedad mercantil y de consejero de administración “*no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral, ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado en el sentido de la Directiva 2008/94*” (&36), cuando la persona que dirige la empresa lo hace en virtud de un contrato de trabajo válidamente concertado conforme al Derecho nacional.

En consecuencia, considera que es contrario a la normativa europea (a “los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015) “*impedir que una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva*” (&50).

4. Asunto Bosworth y Hurley

Pero también el TJUE ha dictado algún pronunciamiento en sentido contrario, atribuyendo valor prevalente al vínculo societario.

En el asunto Bosworth y Hurley (TJUE 11 de abril de 2019, C-603/17) se discute si entre la sociedad y los dos consejeros [*chief executive officer (CEO) y chief financial officer*] existe relación laboral, lo que se descarta al considerar que no puede haber contrato de trabajo, habida cuenta que los Srs. Bosworth y Hurley eran los consejeros de tres sociedades, y estaban vinculados a estas sociedades mediante un contrato de trabajo redactado por ellos mismos o con arreglo a sus propias instrucciones (&29).

El TJUE considera en este supuesto que los dos consejeros ejercían control sobre la persona que los empleaba, así como sobre el lugar y demás condiciones en que estaban ocupados y desempeñando sus tareas. Añadiendo que los mecanismos legales de control que ejercen los accionistas no permiten concluir, por sí mismos, que se pueda constatar la existencia de un nexo de subordinación (&31).

En definitiva, advierte que la suscripción de un contrato entre la sociedad y una persona física que ejerce las funciones de consejero no significa que se pueda calificar esa relación como una relación de trabajo “*cuando, aunque el accionista o los accionistas de esta sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones*” (&37).

VI. Implicaciones de la doctrina del TJUE: ¿fin de la doctrina del vínculo?

De la doctrina fijada en las sentencias dictadas en los asuntos Danosa y Balkaya, y refrendada con rotundidad en la última STJUE sobre el asunto República Checa se extraen, al menos, dos consideraciones básicas:

Por un lado, “que un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución presta servicios a las sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para ser considerado trabajador en el sentido del Derecho de la Unión”.

Y, por otro lado, que el hecho de desempeñar de forma acumulativa las funciones de director de una sociedad mercantil y de consejero de administración “*no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral, ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado a efectos del Derecho de la UE*”,

Sin embargo, esta doctrina choca frontalmente con la doctrina de la unidad del vínculo consolidada por el órgano de casación social. La teoría del vínculo implica que siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración con independencia de las funciones que realice, siempre que sean directivas, la relación no es laboral sino mercantil y la misma impide al propio tiempo considerar una vinculación laboral de carácter especial¹⁷.

Esta doctrina se ve reflejada en la STS de 9 de marzo de 2022 (R. 742/2019). En ella se declaran como hechos probados:

- a) el demandante en fecha 1 de marzo de 2011, firmó un contrato de prestación de servicios con *Cerquia Technology Logistics SL* por el que aquel se comprometía a prestar sus servicios como asesor económico-financiero y complementarios, fijando una cuota de honorarios de 2.000 € más IVA. En la TGSS, el demandante figura como autónomo desde el 1 de marzo de 2011, sin que conste en modo alguno que se viniese desarrollando en régimen dependencia respecto de la Sociedad. B) El 17 de enero de 2012 se celebró el Consejo de Administración de *Cerquia Technology Logistics*, por el que se otorgaba poder general al actor que fue revocado el 20 de abril de 2015 y otorgado uno nuevo junto con, entre otros, el representante legal de la entidad; siendo nombrado Consejero el 12 de junio de 2015. El demandante, posee el 18% de las participaciones sociales. c) El 30 de agosto de 2017 se acordó la revocación de los poderes otorgados el 20 de abril de 2015, así como la resolución del contrato de prestación de servicios firmado con el demandante y la prohibición de acceso a la sede social y cualquier instalación de almacenaje o auxiliar titularidad de la sociedad, en su condición de directivo al actor, salvo a las reuniones del

¹⁷ SSTS 29 de abril de 1991; 9 de diciembre de 2009 (R. 1156/2009); 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2010).

Consejo de Administración y Junta General de la sociedad debidamente convocados, en su condición de Consejero y socio.

Concluye la sentencia que “*la actividad mantenida con tales características de desempeño simultáneo de las funciones propias del Consejo de Administración de la empresa y las de gerencia de la empresa, ha de ser calificada como mercantil al existir una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente*”.

Hemos de preguntarnos si esta doctrina no infringe la doctrina sentada por el TJUE. Entiendo que sí, porque no cabe, a la vista de la doctrina europea expuesta, seguir realizando, por más tiempo, afirmaciones apriorísticas como las que vienen haciendo nuestros tribunales en muchas sentencias, excluyendo casi de plano la relación laboral de una persona siempre que se constate su integración en el órgano de administración de la sociedad, todo ello en virtud de la teoría del vínculo.

La consolidada doctrina europea no admite, como ha tenido ocasión de observar la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de junio de 2023 (R. 6442/2021), que prevalezca *a fortiori* la relación mercantil sobre la consideración de trabajador de dicha persona a los efectos del Derecho de la UE, en determinadas circunstancias que son idénticas a las analizadas en las resoluciones del TJUE.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el vínculo laboral no se desvanece, ni enerva por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador. Y, por tanto, cuando una persona reúne a la vez la doble condición de miembro del consejo de administración de la empresa y alto cargo directivo, no debe otorgarse prevalencia a la naturaleza mercantil, porque el carácter laboral de la relación no desaparece.

Se deben eliminar los automatismos que incorpora la teoría del vínculo en el sentido de hacer predominar la naturaleza mercantil por superponerse a la laboral siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración de la sociedad, y de impedir que la relación pueda ser laboral, porque también el que puede ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para ser considerado trabajador en el sentido de la Directiva.

Como ya se ha señalado, el TJUE tiene declarado, en su sentencia de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C101/21), que la circunstancia de que una persona ejerza por la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano de administración de dicha entidad, no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado a efectos del Derecho de la UE.

De modo que, no cabe negar a un trabajador que, además es miembro del órgano de administración de una compañía, los derechos o protecciones que la normativa comunitaria concede a los trabajadores por el mero hecho de formar parte del órgano de administración ni, consiguientemente, tampoco cabe negar a la empresa que lo contrata, los derechos y protecciones que la normativa concede a un empleador.

No obstante, es preciso puntualizar que la noción de trabajador asalariado derivada de la expuesta doctrina del TJUE, es aplicable a los pertinentes efectos del Derecho de la

Unión. Por tanto, su incidencia directa sobre la norma nacional depende de su vinculación con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Ahora bien, teniendo en cuenta, como indica Núñez Vargas, “la cada día mayor relevancia de la regulación comunitaria, que se expande por todos los sectores del orden laboral”, ha de admitirse que la influencia de la doctrina del TJUE sobre la doctrina casacional del vínculo puede ser decisiva¹⁸.

De todas formas, no es posible concluir que la teoría del vínculo o la prevalencia de la naturaleza mercantil haya quedado completamente arrumbada o superada. Porque en alguno de los pronunciamientos, el TJUE ha reconocido su virtualidad, abriéndose paso la posibilidad de establecer excepciones según las circunstancias de cada situación.

En efecto, siguiendo las indicaciones de la jurisprudencia el TJUE, es necesario examinar y valorar todas las circunstancias en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza y alcance de las funciones que se le encomendaron, el marco en que las mismas se ejercen y el control del que es objeto en el seno de la sociedad, así como las condiciones y términos en que puede ser destituido.

Al respecto hay una consideración que debemos reflejar: en la STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa C-101/21 se admite que puede haber dos supuestos excepcionales en los que cabe apreciar la prevalencia del vínculo societario frente al vínculo laboral. El primero de ellos se refiere al supuesto de prácticas abusivas, que lo comentaré en el apartado siguiente a propósito de sus efectos en materia de protección social. El segundo tiene que ver con la influencia decisiva en la gestión de la compañía. Se valora el requisito previsto en el artículo 12, letra c), de la Directiva 2008/94, a saber, que “*los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades*” (& 46), supuesto en el que se admite que el Estado miembro pueda rechazar o reducir la aplicación de la garantía de los créditos salariales a los directivos.

El criterio para determinar la aplicación de la teoría del vínculo podría situarse, por tanto, en el control efectivo que los administradores pueden ejercer en la compañía con independencia de sus funciones. Un control que vendrá determinado fundamentalmente por la participación en el capital social de la empresa [art. 305.2.b) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)]¹⁹ y eventualmente, también, como se ha podido ver en el asunto Bosworth y Hurley, por la influencia decisiva que puede ejercer el miembro del órgano de administración cuando está en condiciones de decidir o decide efectivamente los términos del contrato y dispone de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones.

En resumen, el TJUE ha cuestionado la doctrina del vínculo como criterio general en lo que atañe a la aplicación de las normas del Derecho del Unión, de forma que el administrador no deja de ser también un trabajador por cuenta ajena, y tan solo cabe

¹⁸ NÚÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, op cit., p.53.

¹⁹ *Ibidem* p. 55.

concebir la prevalencia de la relación mercantil como una excepción cuando se dispone de una influencia decisiva en la gestión de la compañía.

VII. La proyección de la teoría del vínculo sobre la Seguridad Social

La teoría del vínculo despliega también sus efectos en materia de Seguridad Social con relación al encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los consejeros, e interesa conocer de qué manera la doctrina del TJUE puede afectar a la conocida doctrina casacional del vínculo.

1. Encuadramiento en la seguridad social de consejeros y administradores

La situación de consejeros y administradores de las sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social se halla regulada en el art. 136.2.c) de la LGSS.

A los consejeros y administradores se les declara expresamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social *“como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, ..., siempre que no posean su control en los términos previstos por el art. 305.2.b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma”*.

Su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social no es plena porque *“(e)stos consejeros y administradores (quedan) excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial”*.

Según dispone el art. 305.2.b) LGSS, se entiende que *“una persona posee el control efectivo de una sociedad “cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan al menos la mitad del capital social” (50% de las acciones o participaciones).*

Asimismo, se presume *que tiene el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) *Que al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado (50% del capital sumando todas las participaciones).*
- b) *Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo (33% del capital social de la empresa).*
- c) *Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad (25% del capital más funciones de dirección y gerencia).*

El mero nombramiento como administrador sin desempeño efectivo de las funciones inherentes a tal condición, no determina el encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, ni en el Régimen General, ni en el Régimen de Trabajadores Autónomos.

Los administradores se encuadran en la Seguridad Social en función de tres variables: a) el control efectivo (el porcentaje de participación que tengan en sus empresas); b) las funciones que realicen en ellas (si realiza también funciones de dirección y gerencia); y c) la percepción de la retribución (si es gratuito o tiene carácter retribuido).

1.1. Administradores con control efectivo

Cuando el administrador es socio y posee control efectivo en los términos del art. 305.2.b) LGSS (es decir, alcanza los porcentajes de participación indicados más arriba), no puede estar incluido en el Régimen General (ni como asimilado). Su encuadramiento solo será posible en el RETA en los siguientes supuestos²⁰:

- Si el socio administrador ejerce dicho cargo de forma activa, realizando funciones de dirección y gerencia, a cambio de retribución, estará obligatoriamente incluido en el RETA.
- Si es un administrador que ejerce dicho cargo, y realiza funciones de dirección y gerencia por tener, además, relación de alta dirección, a cambio de retribución, estará obligatoriamente incluido en el RETA.
- Si es un administrador que ejerce dicho cargo de forma activa, realizando funciones de dirección y gerencia y no percibe retribución, debe estar igualmente incluido en el RETA, por cuanto se entiende que su cargo es retribuido al obtener dividendos²¹.
- Si el socio administrador ejerce el cargo de forma pasiva y a la vez trabaja para la empresa (por ejemplo, como director financiero) solo deberá cotizar en el RETA.
- Si se trata de administrador pasivo y no realiza, por tanto, funciones de dirección y gerencia, (esto es, se limita solo a convocar juntas y firmar las cuentas), y percibe retribución por el cargo, estará excluido del Sistema de Seguridad Social. Deberá acreditar, no obstante, que otra persona se hace cargo de las tareas de dirección y gerencia.
- Si se trata de administrador pasivo y no ejerce labores de dirección y gerencia, ni percibe retribución, quedará excluido del Sistema de la Seguridad Social.

1.2. Administradores sin control efectivo

Cuando el administrador es un socio que no tiene el control efectivo de la sociedad en los términos del art. 305.2.b) LGSS (es decir, no alcanza los porcentajes de participación indicados más arriba) quedará encuadrado en la Seguridad Social de la siguiente manera:

²⁰ INDICATOR, GRUPO GRANCIS LEFEBVRE: “¿Cómo cotizan los socios y los administradores?”, *LaboralPro*, año I, nº1, oct. 2015, pp. 4-5.

²¹ STS 7 de mayo de 2004 (R. 1683/2003).

- Si el administrador ejerce el cargo de forma activa realizando labores de dirección y gerencia y es retribuido por ello, se incluirá en el Régimen General como asimilado. Solo quedará excluido de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.
- Si se trata de administrador activo que realiza funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuido por su vinculación simultánea a la sociedad mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, deberá cotizar en el Régimen General como asimilado.
- Si es un administrador activo que ejerce labores de dirección y gerencia pero no percibe retribución alguna por el cargo, y no realiza otras funciones para la empresa, queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social
- Si se trata de administrador pasivo, es decir, si el desempeño de su cargo de administrador no conlleva realización de funciones de dirección y gerencia, pero es retribuido, se queda fuera del sistema de la Seguridad Social.
- Si es un administrador pasivo que no ejerce funciones de dirección y gerencia y tampoco percibe retribución por el cargo, se queda asimismo fuera del sistema de la Seguridad Social.
- Si se trata de un administrador pasivo, pero si además trabaja para la empresa (por ejemplo, director comercial). En este caso cotizará en el Régimen General ordinario (sin exclusiones)

2. Implicaciones de la doctrina del TJUE

Expuesta la situación de Seguridad Social de consejeros y administradores, procede preguntarse en qué medida la sentencia última del TJUE, asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa (TJUE 5 de mayo de 2022, C101/21), incide en el régimen especial de encuadramiento de los administradores en el sistema de la Seguridad Social.

Hemos de recordar que se refiere a un arquitecto que, cuando la empresa es declarada insolvente, solicita el pago de las prestaciones de garantía salarial. Tales prestaciones, sin embargo, le fueron denegadas en vía administrativa por no ser trabajador al haber “ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de AA, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de dicha sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con esa sociedad” (&21).

En ella se analiza si la normativa Checa según la cual una persona que desempeña al mismo tiempo las funciones de director general y de miembro del Consejo de Administración no puede ser considerada trabajador, ya que quedan absorbidas las funciones laborales por las de administrador, es adecuada a la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015

El TJUE concluye en su sentencia que tal normativa es contraria a “los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE , porque “la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de esta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado, en el sentido de la Directiva 2008/94” (& 36).

En ella declara que, si bien es verdad que el art. 12.a) de la Directiva permite a los Estados miembros excluir a determinadas personas de la protección únicamente en casos específicos por constituir una medida necesaria con el fin de evitar abusos (&27), “dicha disposición debe interpretarse de forma restrictiva” (& 40). No puede convertirse en una “una presunción general de existencia de un abuso que no pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular” (§ 43). Otra cosa son los casos en los que “los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades” (& 45).

El caso enjuiciado en la STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa, C-101/21, guarda bastante semejanza con la situación de determinados administradores en materia de protección social. Como se ha referido anteriormente, los administradores sin control efectivo, tanto cuando ejercen el cargo de forma activa (realizando funciones de dirección y gerencia) y son retribuidos por ello, como cuando ejercen el cargo de administrador activo no siendo retribuidos por ello sino por su condición de trabajador de la empresa, quedan incluidos en el Régimen General como asimilados. La especialidad del encuadramiento implica en tales casos la exclusión “de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial”. No pueden disfrutar de las garantías o prestaciones de que goza cualquier otro trabajador incluido en el Régimen General.

Sin embargo, aplicadas al caso que nos ocupa las argumentaciones del TJUE, no parece que quepa negar a los referidos administradores, por el hecho de formar parte del órgano de administración, los derechos y protecciones que la normativa laboral y de Seguridad Social concede a los incluidos en el Régimen General, en concreto la protección del Fondo de Garantía Salarial. Porque si la justificación para hacer de peor condición a estos administradores reside en que “la presunción implícita de que el trabajador asalariado que, simultáneamente, tenía una participación esencial en la empresa afectada y ejercía una influencia considerable en sus actividades puede, en consecuencia, ser en parte responsable de la insolvencia” (& 46), habría que afirmar, como refiere la STJUE citada, que nada impide que “una presunción general de existencia de un abuso ... pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular” (& 43). Nótese, además, que en el caso de los administradores aquí considerados carecen de control efectivo, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, de manera que no parece que puedan ejercer una influencia considerable en sus actividades.

De alguna manera, la STJUE de 5 mayo 2022, asunto República Checa, C-101/21, pone en evidencia que el art. 136.2.c) de la LGSS bien pudiera infringir el Derecho de la UE , y que, tal vez, haya que revisar la exclusión de la protección salarial de aque-

llos administradores que a su vez sean también trabajadores, aceptando, como apunta GOERLICH PESET, al menos que puedan acceder a la protección que brinda el sistema de seguridad social, “si no existen trazas de fraude”²².

VIII. La teoría del vínculo en materia fiscal y la doctrina del TJUE sobre de la deducibilidad de las retribuciones

La teoría del vínculo proyecta también sus efectos en el orden fiscal sobre la retribución de los administradores. Hacienda venía negando la deducibilidad de las retribuciones de los administradores con base en la referida teoría del vínculo, dado que considera que las funciones de administrador “absorben” la de dirección o gerencia. Así solo consideraba deducibles dichas retribuciones si, según los estatutos, el cargo de administrador es remunerado.

Sin embargo, la referida sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa C-101/21, ha puesto en cuestión la teoría del vínculo como criterio para negar la retribución de administradores.

Ha servido al Tribunal Supremo para defender que las retribuciones satisfechas por funciones directivas deben tratarse de forma separada de las del administrador. Y, en consecuencia, para considerar que son deducibles en el Impuesto de Sociedades de las entidades las retribuciones satisfechas a los trabajadores con contrato laboral de alta dirección que, al mismo tiempo, formen parte de los Consejos de Administración, siempre y cuando correspondan con una prestación de servicios reales y efectivos.

En efecto, el TS (Contencioso administrativo) en la sentencia de 2 de noviembre de 2023 (R. 3940/2022), da por zanjada la cuestión, al oponerse a la pretensión del Abogado del Estado de la no deducibilidad de la retribución satisfecha a los Directores Generales de las sociedades con contrato laboral de alta dirección que al mismo tiempo formen parte como vocales de los Consejos de Administración en la aplicación de la teoría del vínculo, y negar que deba reputarse dicha retribución como una liberalidad.

Afirma el TS que “... estamos en presencia de una retribución por la prestación de unos servicios que son reales, efectivos y no discutidos en el proceso, en virtud de un contrato laboral de alta dirección que, en modo alguno, se solapa con la prestación de servicios que corresponde a la función de vocal del Consejo de Administración de la Sociedad. Estos servicios cuya prestación, como se ha dicho, es real, efectiva y no discutida, cualquiera que sea la naturaleza, no puede ser una liberalidad, una donación. En efecto, como ya ha expuesto esta Sala, sea o no aplicable la llamada doctrina del vínculo –esto es, que la condición de administrador absorba cualquier otra relación de signo laboral, al margen de todas las circunstancias concurrentes–, lo que resulta indiscutible es que la retribución satisfecha al Director General de la sociedad, con contrato laboral de alta dirección, cuyas notas de dependencia y ajenidad no ofrecen dudas, que, al mismo tiempo, forma parte como vocal del Consejo de Administración,

²² GOERLICH PESET, J. M^a: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, *Foro de Labos*, 25/05/2022. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>.

y que, además, no es socio de la socio de la sociedad, no puede calificarse de liberalidad, en ninguno de los posibles sentidos del término...”

Añade que resultaría absurdo que los administradores que, además de llevar a cabo funciones o tareas encomendadas por la empresa, real y efectivamente realizadas y al margen de la función de administrador social, tuvieran que acometer su desempeño de un modo también gratuito o, cuando menos, sin posibilidad para el pagador de deducir el gasto correspondiente, lo cual, llevado al extremo la teoría del vínculo esgrimida por el Abogado del Estado, conduciría a conclusiones absurdas.

En suma, señala la Sala Tercera del TS que nada impide que los administradores de algunas sociedades puedan percibir otras retribuciones por causa distinta de la propia condición de administrador, en este caso, por ser trabajador con contrato laboral de alta dirección, sin restricciones por el tipo de sociedad, de forma que las funciones de alta dirección por las que se le retribuye –en este caso como director general– resultan perfectamente diferenciables de las que corresponden por su mera pertenencia al consejo de administración²³.

IX. Conclusiones

La sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C-101/21) parece haber asestado un duro golpe a la consolidada doctrina casacional de la teoría del vínculo, según la cual prevalece la relación mercantil y no la laboral cuando la persona está integrada en el órgano de administración, siempre que las funciones que realice sean directivas y de gerencia. El TJUE concluye, sin embargo, que no cabe negar a una persona que ejerce la función de director, y sea miembro de órgano de administración de una compañía, los derechos o protecciones que la normativa comunitaria reconoce a los trabajadores, por el mero hecho de formar parte del órgano de administración.

Ello obliga a nuestros tribunales del orden social a reconsiderar la posición apriorística que vienen observando, en contra del sentido y la finalidad de la referida doctrina del TJUE. Los tribunales califican, de forma sistemática, la relación como mercantil impidiendo considerar una vinculación laboral de carácter especial²⁴, pero, conforme a la referida jurisprudencia del TJUE, el vínculo laboral no se desvanece por absorción del vínculo mercantil, por lo que debe ser aplicado en aquello que le sea favorable al trabajador.

Esto tiene implicaciones no solo en el ámbito laboral sino en materia de Seguridad Social con relación a la protección social de los administradores que no poseen el control social que están excluidos de la protección del desempleo y del FOGASA, así como en materia fiscal respecto de la deducibilidad del gasto en que consiste su retribución.

No obstante, no debemos dar por eclipsada completamente la doctrina del vínculo, porque el propio TJUE admite excepciones. En la sentencia TJUE 11 de abril de

²³ Asimismo, la STS (3ª) de 18 de enero de 2024 (R. 4378/2022), siguiendo el criterio de la STS 875/2023, de 27 de junio, y aplicando la doctrina de la STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C-101/21).

²⁴ Así la más reciente del STSJ Madrid de 7 de julio de 2023, R. 809/2023.

2019 (asunto Bosworth y Hurley, C-603/17), ha llegado a excluir la relación laboral por falta de subordinación, en un caso en que los CEO eran quienes redactaron el contrato y controlaban sus propias funciones.

El TJUE considera que se deben “*examinar las condiciones en las que el miembro del consejo fue contratado*”, y valorar “*la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido*”. Por tanto, la clave de la posible aplicación residual de la teoría del vínculo radica en el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad.

En este sentido, podría resultar aplicable la teoría del vínculo y, en consecuencia, calificarse la relación como mercantil y no laboral, cuando la persona integrada en el órgano de administración que ejerce simultáneamente funciones directiva goza de influencia decisiva, esto es, cuando posee el control efectivo de la sociedad.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo (Sala Social) haría bien en acoger, como ha hecho la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en el terreno tributario sobre la deducibilidad de las retribuciones²⁵, la doctrina del TJUE desplegando sus efectos respecto de derechos y garantías previstas por la normativa europea, porque no cabe aceptar la teoría del vínculo como criterio único para negar el carácter laboral a un consejero o administrador que, además tenga un vínculo laboral de directivo con la empresa.

Bibliografía consultada

- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- GOERLICH PESET, J. Ma: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, *Foro de Labos*, 25/05/2022. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>.
- INDICATOR, GRUPO GRANCIS LEFEBVRE: “¿Cómo cotizan los socios y los administradores?”, *LaboralPro*, año I, nº1, oct. 2015.
- LIMON LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en el Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2004.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: *El personal de alta dirección, concepto y características*, Madrid, CES, 1995.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho del Unión Europea: A propósito de la laboralización de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nov.-abril 2023, núm. 6, pp. 63-88.

²⁵ STS 18 de enero de 2024, R. 4378/2022.

NUÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm.170/2023, pp. 33-59.

RIZZO LORENZO, G (2024): “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *LABOS, Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 5, (1), pp. 185-199.