

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros*

THE POSSIBILITY OF A COMMON AND EXPANSIVE CONCEPT OF EMPLOYEE IN EU LAW:
Regarding the employment of company administrators and directors

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

cmmoreno@uniovi.es ORCID [0000-0003-2755-7485](https://orcid.org/0000-0003-2755-7485)

Recepción de trabajo: 24-01-2023 - Aceptación: 14-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 63-88

■1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. ■2. LOS ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRABAJADOR EN LA UE. 2.1. Ejercicio de una actividad por cuenta ajena. 2.2. Trabajo subordinado, trabajo autónomo y prestaciones de servicios. ■3. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES, CONSEJEROS Y ALTOS EJECUTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 3.1. La exclusión de los consejeros del ámbito laboral y la delimitación frente a la relación laboral especial de alta dirección. 3.2. El contrato de administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014. ■4. LA SINGULARIDAD DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LOS CONSEJEROS Y SU REPERCUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ■5. ALGUNAS CONCLUSIONES. ■6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i /PID2020-118499GB-C33, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

RESUMEN

La delimitación del ámbito del Derecho del Trabajo y la definición de los contornos del concepto de trabajo asalariado corresponde a la competencia de los Estados y, por consiguiente, a sus respectivos ordenamientos. De modo que el Derecho Social de la UE únicamente se encargaría de aportar algunas referencias meramente instrumentales con la finalidad de garantizar el efecto útil de cada norma. Sin embargo, con el paso del tiempo, esa reconstrucción plural y fragmentaria del concepto que lleva a cabo el TJUE a través del método de casos permitiría advertir que se ha ido conformando una noción verdaderamente autónoma y expansiva de trabajador. Lo que persigue este modesto estudio es, no tanto un recorrido exhaustivo por esa construcción jurisprudencial del concepto de trabajador, cuanto —a propósito de las sentencias referidas a consejeros y administradores de sociedades mercantiles de capital— dar respuesta a un par de preguntas: la primera, si ello ha podido pulverizar nuestra jurisprudencia sobre la teoría del vínculo como criterio delimitador de los consejeros ejecutivos y la alta dirección laboral; y, con ello, dejar seriamente tocada la exclusión del art.1.3 c) ET. La segunda, si tiene sentido la laborización de ese privilegiado colectivo.

PALABRAS CLAVE: trabajador, consejero ejecutivo, alta dirección, Derecho de la UE, jurisprudencia.

ABSTRACT

The delimitation of the field of Labor Law and the concept of salaried work corresponds to the competence of the States and, consequently, to their respective legal systems. So that the Social Law of the EU would only be in charge of providing some merely instrumental references in order to guarantee the useful effect of each norm. However, over time, this plural and fragmentary reconstruction of the concept carried out by the CJEU through the case method would make it possible to notice that a truly autonomous and expansive notion of worker has been taking shape. What this modest study pursues is not so much an exhaustive review of this jurisprudential construction of the concept of worker, as much as —regarding the judgments referring to directors and administrators of capital mercantile companies— to answer a couple of questions: the first, if this has been able to pulverize our jurisprudence on the theory of the link as a delimiting criterion of executive directors and senior labor management; and, with it, leave seriously touched the exclusion of art.1.3 c) ET. The second, if the laborization of this privileged group makes sense.

KEYWORDS: worker, employee, executive director, top management, EU law, case law.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De acuerdo con una visión del asunto sobre el que versa este estudio que podríamos considerar canónica, la delimitación del ámbito del Derecho del Trabajo y la definición de los contornos del concepto de trabajo asalariado corresponde a la competencia de los Estados y, por consiguiente, a sus respectivos ordenamientos.¹ De modo que el Derecho Social de la UE únicamente se encargaría de aportar algunas referencias meramente instrumentales con la finalidad de garantizar el efecto útil de cada norma,² y evitar así que el concepto nacional de trabajador pudiera ser utilizado para eludir la aplicación de la normativa comunitaria, vaciándola de contenido o actuando en contra de los objetivos del Tratado [STJUE de 23-3-82, asunto *Levin* (C-53/81)].³

Me parece, sin embargo, que, con el paso del tiempo, esa reconstrucción plural y fragmentaria⁴ del concepto que lleva a cabo el TJUE a través del método de casos⁵, en un principio en relación con las normas sobre libre circulación, protección de los trabajadores migrantes y coordinación de los sistemas de seguridad social, más tarde en pronunciamientos referidos a la aplicación de otras disposiciones como las relativas a la tutela de las trabajadoras embarazadas, a los despidos colectivos, a la ordenación del tiempo de trabajo o a los derechos de los trabajadores con contratos de duración determinada, permitiría advertir que se ha ido conformando una noción verdaderamente autónoma y expansiva de trabajador [STJUE de 21-2-18, asunto *Matzak* (C-518/15), sobre la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo a un bombero voluntario].

Es más, en los últimos tiempos, en la actividad institucional de la UE se apunta una suerte de vocación de universalización de la protección que se ha de dispensar a quienes realizan una actividad

1 Por todos, Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pág.183.

2 Me he ocupado de ello en Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VVAA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (Mª E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque, dir.), 2ª edición revisada y puesta al día, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, págs.201 y ss.; ver también Sánchez-Urán Azaña, Y., "Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha", en *Revista Foro, Nueva época*, vol.20, núm.1, 2017, pág. 285 s.; Cabeza Pereiro, J., "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* núm.113, 2018, págs.45 y ss.; y, más recientemente, González-Posada Martínez, E., "La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE", *Trabajo y Derecho* 93/2022(Septiembre) núm.93, 1 de sep. de 2022, Smarteca.

3 En similar sentido, y a propósito de la aplicación de la *Directiva 2008/104/UE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal* (DO 2008, L 327), puede verse el punto 29 de las conclusiones del Abogado General en el caso *Ruhrlandklinik* (TJUE 17-11-16, C-216/15).

4 Ya hace tiempo, y en relación con las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social, Carrascosa Bermejo, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, CES, 2004, págs. 71 a 73; y después, Casas Baamonde, Mª E., "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017, pág. 871; y Sánchez-Urán Azaña, Y., que se refiere a la «aproximación fragmentaria» a un concepto comunitario de trabajador en "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.

5 O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J.: *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Commission, April, 2016 [<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en> (última consulta 14-1-2023)].

por cuenta ajena, con independencia de la intensidad de la conexión con el mercado de trabajo, de la singularidad de la relación de prestación de servicios o de la calificación que el vínculo mantenido merezca conforme al derecho nacional. Fundamentalmente, con el propósito de proporcionar amparo y la debida tutela a las formas emergentes y más precarias de trabajo humano.⁶ En este sentido, el punto 15 del Preámbulo del Pilar Europeo de Derechos Sociales adoptado en la Cumbre Social de Gotemburgo de 17 de noviembre de 2017 proclamaba que cuando los principios que se consagran en el Pilar Europeo se refieran a los trabajadores, habrá que considerar que conciernen a todas las personas empleadas, o que presten servicios de forma subordinada para otro, al margen de su situación o condición, de la modalidad de empleo y de su duración.⁷

Por otra parte, en virtud del principio de primacía la jurisprudencia del TJUE vincula a los jueces y tribunales españoles (art.4 bis de la LOPJ),⁸ por lo que el concepto de elaboración jurisprudencial de trabajador no puede ser desconocido en la aplicación interna del derecho.⁹ En este sentido, por poner sólo dos ejemplos recientes y significativos, pueden verse la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea,¹⁰ en cuyo art.1.2, al describir su objeto y finalidad, se refiere al establecimiento de unos derechos mínimos aplicables a los “trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro”, pero teniendo a su vez en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Lo mismo en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales presentada por la Comisión el 9 de diciembre de 2021,¹¹ en la que la determinación correcta de la situación laboral de estas personas a los efectos de afirmar la existencia de una relación laboral habrá de llevarse a cabo conforme a la definición de la legislación, los convenios o las prácticas vigentes en los Estados, pero de nuevo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.¹²

6 Al respecto, vid. Casas Baamonde, M^a E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?”, *loc.cit.*, que recuerda que ya el Informe Supiot de 1998 marcaba esa tendencia a considerar cualquier relación de empleo –personal *work relation*– con el fin de proteger también a los trabajadores atípicos y más precarios (pág. 867 y 871).

7 El objetivo del Pilar Europeo seguía siendo la lucha contra la precariedad y la pobreza laboral en las proliferantes formas de empleo hiperprecarias, por lo que en el centro del debate se encuentra una vez más la definición de los destinatarios y el concepto de trabajador [sobre las promesas pendientes es interesante esta entrada: https://www.cidob.org/ca/publicacions/series_de_publicacio/notes_internacionals/nl_217/despues_de_gotemburgo_malestar_social_y_promesas_pendientes (consultada el 10 de enero de 2023)].

8 Añadido por el art. único. 2 de la LO 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

9 Sobre el alcance del principio de primacía en la doctrina constitucional reciente, ver la STC 141/2022, de 14 de noviembre de 2022.

10 DOUE-L-2019-81159.

11 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762>].

12 Véase Rojo Torrecilla, E. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/09/espana-y-ue-mas-sobre-repartidores-de.html?m=1>.

Lo que en este momento se propone no es tanto un recorrido exhaustivo por esa construcción jurisprudencial del concepto de trabajador,¹³ cuanto —a propósito de las sentencias referidas a consejeros y administradores de sociedades mercantiles de capital— dar respuesta a un par de preguntas: la primera, una que se llevan formulando cierto tiempo tanto la doctrina laboralista como la mercantilista, acerca de si ello ha podido pulverizar nuestra jurisprudencia sobre la teoría del vínculo como criterio delimitador de las figuras societarias y la alta dirección laboral; y, con ello, dejar seriamente tocada la propia exclusión del ámbito laboral de los administradores y consejeros ex art.1.3 c) ET. La segunda, algo más filosófica y tampoco demasiado novedosa ni original, si tiene sentido, alguna utilidad y encaje en esa idea de dignificar el trabajo y amparar toda forma precaria de ocupación la laboralización de ese privilegiado colectivo.

2. LOS ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE TRABAJADOR EN LA UE

La casuística de la que se puede extraer ese concepto de trabajador propio del Derecho de la UE es abrumadora. Así y todo, de la misma se pueden deducir algunos elementos conceptuales que, por cierto, en un principio, no difieren demasiado de nuestra propia jurisprudencia en interpretación del alcance del art. 1.1 ET. Y así, como dice el propio TJUE,¹⁴ la calificación de una actividad como trabajo asalariado debe atender no a la existencia de un contrato formal ni a la naturaleza que las partes le hayan atribuido —nuestra irrelevancia del *nomen iuris*—, sino a la concurrencia de los criterios objetivos que caracterizan a una relación laboral, en atención a la posición, y a los derechos y deberes de las personas concernidas. Cosa distinta, es que ello concuerde igualmente con nuestro elenco de exclusiones del ámbito laboral ex art.1.3 ET, lo que es particularmente claro en el caso del empleo público incluso en régimen funcional, al que se consideran de aplicación numerosas disposiciones del derecho de la UE.¹⁵ O que el propio ámbito de aplicación de algunas de esas disposiciones desborde los contornos del trabajo asalariado, como también se comprobará.

2.1. Ejercicio de una actividad por cuenta ajena

Este primer presupuesto ya en sí mismo es objeto de una interpretación extensiva o amplia, en la medida en que lo único que se exige es que la persona mantenga un vínculo real con el mercado de

¹³ Que ya hice en el citado trabajo Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea...cit.*, págs.201 y ss.; y en la tercera edición de esa misma obra que se encuentra en prensa.

¹⁴ Como dice la muy relevante para el objeto de este estudio STJUE de 11-4-19, *Bosworth y Hurley* (C-603/17).

¹⁵ Un muestreo en Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, cit.*, págs.201 y ss.; monográficamente, en esa misma obra, Dueñas Herrero, L.J., "Capítulo 44. Empleo público", págs.1181 y ss.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

trabajo; bien por ejercer actualmente una actividad, o por haberlo hecho con anterioridad; incluso en el caso de personas inactivas, siempre que se pueda considerar que están a la espera de poder encontrar un trabajo [STJUE de 4-6-09, asunto *Vatsouras* (C-22/08); o STJUE de 20-12-17, asunto *Gusa* (C-442/16), referida, por cierto, a un escayolista autónomo que, tras residir y trabajar por cuenta propia en otro Estado miembro, abandona esa actividad por falta de ocupación y se inscribe como demandante de empleo].¹⁶

La ajenidad en el trabajo y la remuneración aparecen asimismo y con mayor claridad en muchos otros pronunciamientos [STJUE de 4-2-10, *Genc* (C-14/09)]—; ¹⁷siendo irrelevante si la jornada es de escasa entidad, como ocurre con el trabajo a demanda, a llamada o con parcialidad extrema (trabajo “a migajas”), o si los ingresos no alcanzan siquiera el mínimo de subsistencia y han de ser completados con otras rentas o ayudas.¹⁸ Tal es lo que acontece en el supuesto sobre el que versa la STJUE 13-7-89, *Rinner-Kühn* (C-171/88), a propósito de la eventual discriminación por razón de sexo¹⁹ como consecuencia de excluir de la normativa alemana sobre protección durante la baja por enfermedad a una trabajadora como la Sra. Rinner-Kühn que limpia por horas y realiza una jornada inferior a diez horas semanales o cuarenta y cinco mensuales. También la STJUE de 4-6-09, *Vatsouras* (C-22/08),²⁰ en relación a una persona que había realizado un período de prácticas profesionales por término de diez semanas; o la STJUE de 14-10-10, *Union Syndicale Solidaires Isère* (C-428/09), sobre la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo a los titulares de contratos de participación en la educación que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio y trabajan un máximo de 80 días al año. Y, sobre todo, en la STJUE de 26-3-15, *Fenoll* (C-316/13), que de nuevo sostiene que es preciso acudir a la noción propia y autónoma de trabajador del derecho de la Unión para declarar la aplicación de la Directiva 2003/88/CE —que no contiene una definición ni remite a la normativa de los Estados— y del art.31.2 de la Carta en relación con el disfrute de las vacaciones por un discapacitado que prestaba servicios en un centro de ayuda para la inserción social, donde también recibía apoyo para la recuperación, recibiendo a cambio una retribución de cuantía muy escasa. Y ello pese a que a la luz del derecho nacional la relación tenga una naturaleza *sui generis*.²¹ Siempre, eso sí, que los servicios se presten en las condiciones propias del trabajo asalariado,²² va-

16 Con anterioridad, SSTJUE de 19-3-64, *Unger* (C-75/63); 23-3-82, *Levin* (C-53/81); y 3-6-86, *Kempf* (C-139/85).

17 Con referencia, entre otras, a la STJUE de 3-7-86, *Lawrie-Blum* (C-66/85); y asunto TJUE 7-9-04 Trojani, C-456/02.

18 SSTJUE de 3-6-86, *Kempf* (C-139/85); 31-5-99, *Betray* (C-344/87); y 30-3-06 *Mattern y Cikotic* (C-10/05).

19 Con la consiguiente vulneración de lo dispuesto en la Dir 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, pág. 19; EE 05/02, pág. 52).

20 Que a su vez remite a las SSTJUE 26-2-92, *Bernini* (C-3/90); y de 6-11-03, *Ninni-Orasche* (C-413/01).

21 Sobre la irrelevancia de la naturaleza que a la relación jurídica le atribuya la legislación nacional, la STJUE 20-11-18, *Sindicatul Familia Constanța* (C-147/17).

22 Recuérdese la ya citada STJUE de 21-2-18, *Matzak* (C-518/1), también a propósito de la aplicación de la Directiva sobre tiempo de trabajo a un bombero voluntario. Ver también la STJUE de 7-7-22, *Zone de secours Hainaut-Centre* (C-377/21) ECLI:EU:C:2022:530, sobre el cómputo del tiempo de servicios de quien los ha prestado como voluntario a tiempo parcial para el cálculo de la retribución de la antigüedad.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

lorándose en el caso que a la entidad también le reportaba cierto beneficio o rentabilidad la labor desarrollada por esa persona.

El TJUE recurre con frecuencia para comprobar si concurren los rasgos propios de un trabajo por cuenta ajena al método indiciario, por ejemplo, por haberse disfrutado de algunos derechos típicamente laborales [STJUE de 17-11-16, *Ruhrlandklinik* (C-216/15)]. Orientación que comparte la petición que el Parlamento Europeo dirige a los Estados miembros para que tomen en cuenta la Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo (2006), que incorpora indicadores tales como la integración de la persona en la organización de la empresa, la realización de la prestación en un horario o lugar determinado, la disponibilidad del trabajador, el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por el empleador, la retribución periódica, o el disfrute de los descansos semanales²³. Sin perjuicio de que haya sido necesaria una revisión, adaptación o actualización de esos indicios para las nuevas formas de trabajo.²⁴

Pese a todo —y ello no deja de ser un tanto contradictorio con lo que se acaba de decir—, se ha venido al mismo tiempo admitiendo la posibilidad de excluir la aplicación de la normativa de la UE en el caso de actividades de muy reducida entidad o realizadas a muy pequeña escala, merecedoras de la consideración de marginales. Porque así, en efecto, ocurre en ciertos ordenamientos, en los que se excluye del ámbito de la legislación laboral a los llamados *casual workers*.²⁵ Esta diversidad nacional constituye a su vez el principal problema para delimitar qué se entiende por “marginal”²⁶. La contradicción o falta de criterio unívoco y seguro se desprende de la propia doctrina del TJUE que intenta hacer compatible la posible exclusión a la vez que —como ya hemos visto ocurre en la recién mencionada sentencia *Genc*—²⁷ no descarte que pueda considerarse en esos casos que hay trabajo por cuenta ajena. De nuevo en relación con trabajadoras de la limpieza con jornada de 10 horas por semana y retribución que no excedía de una séptima parte de la base mensual de referencia, y a los efectos de la aplicación de la Directiva 79/7, de igualdad de trato, lo dice el TJUE en la sentencia *Megner*, STJUE de 14-12-95 (C-444/93). Donde además considera que la protección a los migrantes que pretende dispensar esa disposición ha de aplicarse a toda la población activa, incluidos los trabajadores independientes, o en situación de inactividad por enfermedad, accidente o paro involuntario, a quienes busquen empleo y, en fin, a los jubilados o inválidos. Y concluye que esos “empleos meno-

23 De nuevo, véase, Casas Baamonde, M^a E.: *loc.cit.*, pág. 871 y 872.

24 Casas Baamonde, M^a E., *loc. cit.*, recogiendo algunas de las consideraciones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar en el asunto «Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.» (TJUE 20-12-17, Asociación Profesional Elite Taxi C-434/15), pág. 875.

25 Martínez Moreno, C., “¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?”, en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, núm. 2, diciembre 2014, pág. 79-114.

26 Lo destacan O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment, cit.*

27 STJUE de 4-2-10, *Genc* (C-14/09).

res” forman parte también de esa población activa.²⁸ La conclusión más plausible es la que apunta no sólo a una interpretación sumamente restrictiva del alcance de la exclusión de la marginalidad, sino a una inclusión de cualquier empleo en la noción de relación laboral, de los *casual workers*, pero también de los trabajadores “a la carta”, “a demanda” o en régimen de externalización abierta (*crowdsourcing*). Sólo así se podrá luchar contra la precariedad y la explotación.²⁹

2.2. Trabajo subordinado, trabajo autónomo y prestaciones de servicios

Por lo que atañe a la nota de subordinación, el TJUE distingue tres nociones: trabajador por cuenta ajena; trabajador independiente, por cuenta propia o autónomo —también “falsos autónomos”—,³⁰ y “prestador de servicios”, esta última figura, con toda probabilidad, asimilable a las relaciones de naturaleza civil y mercantil.³¹ Distinción que aparece, por ejemplo, en la STJUE de 15-6-06, *Comisión/Francia* (C-255/04). Optando por una acepción de subordinación que no difiere de la nuestra, que a través de una comprensión indiciaria, gradual, diversificada y flexible ha permitido dos cosas, el engrosamiento o expansión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, y la solución de los casos fronterizos más difíciles. Como demuestra no sólo la doctrina sobre trabajadores de plataformas digitales de reparto contenida en la primera sentencia sobre la laboralidad de un recadero de Glovo [STS de 25.9.2020 (Rec.4746/19) ECLI:ES:TS:2020:2924],³² sino los más recientes pronunciamientos sobre la laboralidad de la relación, referidos a un auxiliar de una entidad aseguradora cuya actividad principal consiste en el cobro domiciliario de los seguros [STS de 28-9-2022 (Rec.930/19)], o a los técnicos (arquitectos e ingenieros) de ciertos Ayuntamientos (en el caso, el de Albalat de la Ribera) contratados al amparo de un convenio de colaboración suscrito entre la Diputación de Valencia y los respectivos colegios profesionales, al que se adhiere el ente local de referencia [STS de 28-9-2022 (Rec.2113/2019)].

28 Pueden verse también la SSTJUE de 16-7-2020, *UX contra Governo della Repubblica italiana* (C-658/18), referida a una juez de paz; y TJUE de 7-4-22, *PG contra Ministerio de Justicia y otros* (C-236/20).

29 De nuevo, O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J., *Comparative Report 2015: The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, cit. (última consulta el 14-1-2023). Y en relación con la aplicación de la normativa europea sobre tiempo de trabajo, Casas Baamonde, M^a E., *loc.cit.*, págs.876-877.

30 STJUE de 4-12-14, *FNV Kunsten Informatie en Media* (C-413/13), donde se afirma que un operador económico independiente puede ser asimilado a un trabajador cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente, no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad y opera como auxiliar integrado en la empresa de aquel [STJUE de 14-12-06, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (C-217/05); y las famosas STJUE de 20-12-17, *Asociación profesional Elite Taxi* (C-434/15), y STJUE de 10-4-18, *Uber France* (C-320/16), con cita de las SSTJUE de 13-1-04, *Allonby* (C-256/01), 14-12-89, *Agegate* (C-3/87) y 16-9-99 *Becu* y otros (C-22/98).

31 Un análisis monográfico de las distintas figuras y situaciones puede encontrarse en AA.VV. (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, 2007. El Derecho británico lo expresa con claridad, incluso terminológicamente, al distinguir entre el *employee* y el *worker*.

32 Ver por todos, Alvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., “Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo”, *Trabajo y Derecho* 72/2020 (Diciembre), núm.72, 1 de dic. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Muestra de esa doctrina —y de su concordancia con nuestra jurisprudencia— pueden ser, por una parte, el Auto TJUE de 22-4-2020, asunto *Yodel Delivery Network* (C-692/19), que, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo, descarta la consideración como trabajador de un repartidor de paquetería autónomo que puede contar con sustitutos o auxiliares, rechazar o limitar los encargos que se le encomiendan, trabajar para empresas competidoras y fijar franjas horarias de disponibilidad, cobrando en función de los paquetes repartidos. O la aún más reciente STJUE de 12-1-2023, asunto *JK* (C356/21), referida a un colaborador independiente contratado para prestar sus servicios para una sociedad que explota una cadena de televisión pública polaca, a quien se dejó de ocupar tras emitir en el canal de YouTube un video celebrando la Navidad con su pareja del mismo sexo. Y en la que se concluye que esa decisión es discriminatoria por razón de orientación sexual y contraria a la Directiva 2000/78. Lo relevante ahora es que considera que dicha disposición no pretende proteger únicamente a los trabajadores como parte más débil de una relación laboral, sino que tiene por objeto eliminar, por razones de interés social y público, todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta,³³ incluidas las actividades por cuenta propia.

La presencia de la nota de subordinación en situaciones similares a la del trabajo familiar³⁴ se analiza en el asunto *Hälvä* y otros (STJUE de 26-7-17, C-175/16), sobre los gestores —“madres y padres sustitutos”— de una aldea infantil organizada en régimen análogo al de una familia. Y en la ya citada STJUE 20-11-18, *Sindicatul Familia Constanța* (C-147/17), ambas sobre la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo. Y que en este segundo caso se descarta por considerarla incompatible con la situación de los acogedores familiares profesionales que integran en su hogar y su entorno familiar de manera prolongada en el tiempo al menor que queda a su cuidado. La convivencia familiar y el cuidado de las personas que integran esa unidad de vida no admite interrupciones.

No estará de más, antes de concluir este intensivo y rápido repaso, llamar la atención sobre una doctrina del TJUE que complementa todo lo ya dicho, relativa a la idea de la participación del trabajador en una actividad económica y a quién puede atribuirse la condición de empresario. Son ilustrativos, a estos efectos, asuntos como el ya aludido *Ruhrlandklinik* (STJUE 17-11-16, C-216/15),³⁵ en el que se considera efectivamente que constituye una actividad económica la que desarrolla una entidad benéfica que pone a disposición de una clínica a una enfermera a cambio de una compensación económica. O el supuesto sobre el que trata la STJUE de 5-10-88, *Udo Steymann* (C-196/87), referida a una comunidad religiosa³⁶ para la que el interesado realizaba labores de fontanería y participaba en

33 Con referencia a la STJUE de 2-6-2022, *HK/Danmark y HK/Privat* (C587/20), EU:C:2022:419 (apartados 28 y 34 y jurisprudencia citada).

34 Respecto de la ajenidad en relación con trabajos familiares, la STJUE de 8-6-99, *Meeusen* (C-337/97), por la existencia de un vínculo de matrimonio con el director y único propietario del capital social de la sociedad; con referencia a la STJUE de 27-6-96, *Asscher* (C-107/94).

35 En relación con la aplicación de la normativa sobre el trabajo a través de ETTs.

36 Aunque el TJUE considera que podría tratarse de cualquier otra comunidad basada en una fuente de inspiración espiritual o filosófica.

las de tipo comercial de la misma congregación a cambio de ciertas ventajas materiales. Por último, la STJUE, Gran Sala, de 4-6-2020, *AFMB* y otros (C-610/18), a propósito de la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/2004, sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes, y la determinación de la legislación aplicable en el caso de una empresa chipriota que concierta con empresas holandesas de transporte la gestión de su flota de camiones en los Países Bajos y contrata conductores residentes en Holanda. En sus conclusiones, el abogado general vuelve a partir, por un lado, de la inexistencia de un concepto europeo propio de empleador, y de la falta de remisión en la normativa de referencia a los conceptos nacionales; para subrayar, por otro, la necesidad de una interpretación autónoma y uniforme por cuanto el concepto de empleador será el punto de conexión para la aplicación de la norma de conflicto dirigida a designar el derecho aplicable. Y todo ello, con el fin de garantizar la efectividad del mecanismo de coordinación de los diversos sistemas de seguridad social y de evitar prácticas elusivas. Concluyendo que será empleador en el caso de conductores de vehículos pesados por cuenta ajena en el transporte internacional por carretera la empresa de transporte que ha contratado al interesado, en la que este último está efectivamente empleado por tiempo indefinido, permaneciendo a su plena disposición, y el que ejerce el poder de dirección efectivo sobre el mismo y a la que efectivamente incumben los costes salariales. En el caso, las compañías holandesas, y no la chipriota *AFMB*.

3. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES, CONSEJEROS Y ALTOS EJECUTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Tal y como se apuntó al comienzo, el principal propósito que mueve este breve estudio es tratar de comprobar si existe alguna discordancia entre la doctrina del TJUE en relación con el engarce de esas figuras en el concepto de trabajador que maneja del Tribunal a los efectos de la aplicación de ciertas disposiciones y la solución adoptada en nuestro ordenamiento interno; y las consecuencias que ello podría tener, en esencia, en forma de vaciamiento de contenido de la exclusión contenida en art.1.3 c) ET y desplazamiento de la doctrina de la naturaleza del vínculo que venimos esgrimiendo y utilizando para delimitar la figura contractual laboral de la alta dirección de la del administrador societario y consejero ejecutivo.

3.1. La exclusión de los consejeros del ámbito laboral y la delimitación frente a la relación laboral especial de alta dirección

La primera pregunta a la que habría que responder es la relativa a las razones de la exclusión que lleva a cabo el citado art.1.3 c) ET en relación con 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.”

Simplificando al máximo una materia que ha sido siempre difícil,³⁷ la explicación la ofrecía la teoría orgánica, en virtud de la cual los administradores desarrollan su labor como parte integrante del órgano que personifica a la entidad societaria, de manera que no hay diferencia entre la personalidad de dicho ente, la de las personas físicas que conforman y actúan su voluntad; no hay, pues, alteridad; ni, por consiguiente, puede haber una relación de dependencia o subordinación. En definitiva, esos vínculos que unen a los administradores con la sociedad se rigen por el derecho mercantil, por el derecho de sociedades [STS de 22-12-1994 (Rec.2889/93) ECLI:ES:TS:1994:8853]]. Este pronunciamiento, que va precedido de una amplia y reiterada jurisprudencia no sólo de la Sala de lo Social, sino también de la Sala de lo Civil³⁸ y la de lo Contencioso-administrativo del TS,³⁹ destaca a su vez que todas las actividades de dirección, administración, gestión y representación son propias y típicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que adopten, por lo que es equivocado entender que dichos órganos se limiten a las funciones meramente consultivas o de simple consejo. De este modo, quedaba desprovista de sentido y alcance alguno la referencia del art.1.3 c) ET a los “cometidos inherentes al cargo”. La exclusión era omni-compreensiva para cualquier integrante del órgano de administración de la sociedad, cualquiera que fuera la forma organizativa adoptada.⁴⁰

Cuando en el año 1985 se articula por fin la relación laboral especial de alta dirección al aprobarse el RD 1.382/1985, de 1 de agosto (RDAD)⁴¹ surgirá una segunda cuestión, íntimamente relacionada con la anterior, que es la separación entre las figuras de los administradores y consejeros, sobre todo los ejecutivos —excluidos del ámbito laboral— y el personal de alta dirección al que sí se atribuye carácter laboral. Y al respecto, lo que se razona es que no es posible distinguir funcionalmente a un consejero ejecutivo —un consejero delegado en la mayor parte de los casos litigiosos— de un alto

37 Lo traté ya en Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, CES, Madrid, 1995, págs.59-64 y 88-99; y más tarde en Martínez Moreno, C., “La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales”, en VV.AA., (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, cit., págs.191 y ss.; pero resultan de cita obligada los estudios de Desdentado Bonete, A. y Desdentado Aroca, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000; Limón Luque, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004; y de nuevo Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.

38 Entre otras muchas posteriores, STS, Civil, de 18-6-2013 (Rec. 365/2011).

39 Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret* 2.2009 [versión digital en <https://indret.com/ad-impossibilia-nemo-tenetur-o-por-que-recelar-de-la-novissima-jurisprudencia-sobre-retribucion-de-administradores/> (consultada el 23 de enero de 2023)].

40 Al respecto, Paz-Ares, C., *loc.cit.cit.*, considera que ello es producto de un error, que es enjuiciar las formas simples de gobierno societario con las más complejas, en las que la asunción de funciones ejecutivas desborda la condición y atribuciones del administrador o mero consejero.

41 BOE 12 de agosto.

directivo en régimen asalariado, que asume “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa... con plena responsabilidad” (art.1.2 RDAD). Y que la única diferencia entre ambas figuras o posiciones está en el tipo de vinculación que les une a la compañía, orgánica y mercantil, o laboral especial. Esta es la solución que precipita definitivamente en la muy conocida *sentencia Huarte I* [STS de 19-9-1988 (ECLI:ES:TS:1988:6277)] y que se mantiene en otros muchos pronunciamientos posteriores.⁴²

Es cierto que en algún momento la doctrina mercantilista esbozó un intento de distinción entre la gestión de la sociedad y la gestión y dirección de la empresa,⁴³ que hubiera podido servir de base para una diferenciación de las figuras desde un punto de vista funcional. Sin embargo, son los mismos autores en plantear esta hipótesis los que la descartan,⁴⁴ considerando que no es compatible con el modo en que nuestro ordenamiento configura la posición y las atribuciones de estos cargos, a los que el art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)⁴⁵ encomienda la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en la propia ley. Entendido que la gestión tiene una extensión global e igual sea cual sea la forma que adopte el órgano de administración.

Pero ni esa doctrina es del todo unánime, como enseguida se dirá, ni la práctica societaria discurre por esos simples derroteros. Tal vez por la complejidad creciente de las funciones de gestión y representación propias de los administradores de las sociedades de capital, la consiguiente necesidad profesionalización de esos puestos,⁴⁶ que implica a su vez una elevada cualificación técnica y una especial intensidad en la dedicación;⁴⁷ la propia diversificación de las fórmulas de organización

42 STS 21-1-1991, ECLI:ES:TS:1991:2452, con comentario de Sánchez-Urán Azaña, Y., “La teoría del vínculo como elemento determinante de la exclusión de laboralidad de los administradores de sociedades”, en Sempere Navarro, A.V., *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021, págs.735 y ss. Y en posteriores SSTs de 27-1-92 (Rec.1368/91), 11-3-94 (Rec.1318/93), la ya citada de 22-12-94 (Rec.2889/93), 16-6-98 (Rec.5062/97), de 20-12-1999 (R.J. 1999, 10030), 20-11-02 (Rec.337/02), 26-12-07 (Rec.1652/06), 9-12-2009, 12-3-2014 (Rec.3316/12), 28-11-2017 (Rec.3341/2015), 9-3-2022 (Rec.742/2019), y aunque no entre en el fondo por falta de contradicción, la de 26-4-2022 (Rec.2890/2020) ECLI:ES:TS:2022:1665.

43 Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971, págs. 277-279; Rodríguez Artigas, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, 1971, págs. 360-361; Salinas Adelantado, C., *Revista General de Derecho* 584, 1993, pág. 4993; Sánchez Gimeno, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2004, págs. 109-112; doctrina que yo misma recogí en Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, cit., págs. 59-64 y 88-99.

44 El propio Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, cit., pág.388; y Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *loc.cit.*, pág.43.

45 *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (BOE 3 de julio).

46 Con reciente inclusión de la perspectiva de género y reforzamiento del principio de presencia equilibrada ex *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022) [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/de-2012-2022-para-su-aprobacion-hasta.html?m=1>] (última consulta el 24 de enero de 2023)].

47 Lo subraya Hernando Cebriá, L., “El deber general de diligencia: artículo 225”, en Hernando Cebriá, L. y Alfonso Sánchez, R., *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, págs.59 y ss.

con el consiguiente reparto de roles entre consejeros activos o ejecutivos y meramente consultivos o deliberativos;⁴⁸ y, en fin, la insuficiencia de las reglas del derecho de sociedades y el simplismo del art. 1.3 c) ET, lo cierto es que los tribunales acabaron aceptando no sólo la posibilidad de la doble condición de cargo orgánico y trabajador de alta dirección, sino la estipulación de condiciones contractuales añadidas a la relación mercantil, fundamentalmente en materia retributiva y prestacional complementaria.

La prueba de ello se encuentra, por ejemplo, en la STS, Social, de 26-2-2003 (Rec.2401/2002) ECLI:ES:TS:2003:1278,⁴⁹ que aunque no entre en el fondo del asunto por falta de contradicción, se dicta en un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada contra la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 3-5-2002 (Rec.1410/01), que, confirmando la solución estimatoria de la pretensión actora recaída en la instancia, había condenado a la empresa al abono de un complemento de pensión de jubilación a un directivo que había compaginado el cargo de consejero delegado con un contrato de alta dirección, que había servido justamente para instrumentar el pacto retributivo. La Sala, pese a no resolver el fondo, no deja de hacer algunas consideraciones de interés, subrayando la existencia de criterios contradictorios, algunos proclives a aceptar la simultaneidad de vínculos o la laboralidad de la relación;⁵⁰ y, lo que es más interesante, destacando dos aspectos del problema que considera sobresalientes: uno de carácter práctico, y que roza la justicia material, sobre la falta de razonabilidad —y de fidelidad a la palabra dada— que es dejar jurídicamente desamparado a quien ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, considerando que es secundario cómo se califique luego ese pacto, si como generador de una relación de servicios civil o mercantil, o de una relación de alta dirección laboral. Y un segundo aspecto, de carácter dogmático o conceptual, que se puede resumir en la idea de que mediante ese tipo de acuerdos se asume una “gestión por encargo” con plena dedicación, incluso con pacto de no competencia con compromiso de no gestionar otras entidades, que dan lugar a una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse o superponerse al de administrador societario.

Sin embargo, muy poco después, la STS de 17-7-2003 (Rec.4118/2002), sobre el encuadramiento a tiempo parcial de un administrador único que suscribió con la entidad un contrato como gerente con ese tipo de dedicación, se reafirma en la incompatibilidad. Mientras que en el caso *Hispatat* la

48 Alfaro Águila-Real, J., “Adiós a la teoría del vínculo”, *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/> (última consulta 16 de enero de 2023); y Paz-Arez, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *Indret*, *Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 1, pág.12.

49 García-Perrote Escartín, I., “¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003”, *Información Laboral*, núm.3, 2003.

50 STS de 25-10-1990 (Rec.311/90); de 13-5-1991 (Rec.977/90), si en las normas estatutarias esté prevista la diversificación de cargos y la separación y distribución de sus respectivos cometidos; y, en fecha más reciente, la STS de 24-10-2000 (Rec.292/99).

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

STS de 25-6-2013 (Rec.1469/11)⁵¹ se considera irrelevante el contrato laboral de alta dirección suscrito en la medida —se dice— en que el interesado únicamente desempeñó las labores propias del cargo de administrador y consejero delegado.

Por su parte, la Sala de lo Civil tampoco había sido ajena a los vaivenes doctrinales, habiendo negado la posibilidad del pacto indemnizatorio por ir en contra de la normativa societaria sobre libre cese de los administradores en la STS de 20-12-1992 (Rec.1196/91), *Huarte II*; para luego admitir la acumulación de condiciones y la validez del acuerdo contractual sobre retribuciones e indemnización en la STS de 9-5-2001 (Rec.1058/96), *caso Mattel*.⁵² Más tarde reiterar la doctrina Huarte [STS, Civil, de 21-4-2005 (Rec.4351/1998)]; volver a considerar válidos los pactos retributivos o indemnizatorios y la superposición de contratos de alta dirección en administradores y consejeros en las SSTs de 27-3-2003 (Rec.2398/97) y 24-4-2007 (Rec.735/2000); y reafirmarse en que no es posible ni fácil superponer las funciones desempeñadas en virtud de distintos tipos de vinculaciones o relaciones, pues las propias del administrador son “prácticamente omnicomprendidas, como se desprender de la referencia al estándar de diligencia... del ordenado empresario y el representante leal” [STS de 19-12-2011 (Rec.1976/2008)].⁵³

Refrenda igualmente la idea de la reserva estatutaria en materia retributiva la doctrina de la DGRN,⁵⁴ que insiste en que carece de cobertura la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape con la relación societaria.

Sea como fuere, en la realidad se fue extendiendo la práctica de estipular o establecer condiciones retributivas —entendidas en sentido amplio, incluyendo blindajes, complementos de pensiones, planes de previsión, etc.— al margen de la normativa societaria y de las previsiones estatutarias; en ocasiones abusivas, desproporcionadas o exorbitantes, con riesgo de poner en juego otros intereses en conflicto o comprometer la propia rentabilidad de la compañía; casi siempre poco transparentes y escasamente susceptibles de control. Al punto de llegar a hablarse de la existencia de un verdade-

51 Sobre la misma Soria Sorjús, J., “La reserva estatutaria en materia retributiva de los administradores”, *Uria-Menéndez*, 2013, págs.4 y ss.; Iraculis Arregui, N., “La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”, en Emparanza Sobejano, A. (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág.92.

52 Aunque Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., “En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios”, *loc.cit.*, califiquen el acuerdo como civil y no laboral (pág.56).

53 Si bien en ese caso se reconoce el derecho a percibir la indemnización por cese pactada. Sobre las “cláusulas de blindaje” o “paraguas dorados” y su sometimiento al régimen general de la retribución de los administradores, la STS de 10-2-2012 (Rec.1897/2008).

54 Ver Resolución de 3 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Valencia, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de modificación de estatutos (BOE 23 de abril de 2013). Un comentario de dicha resolución en Cohen Benchetrit, A., “¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?”, *La ley Mercantil*, núm. 32, enero 2017, págs.3 y 4.

ro divorcio entre la regulación legal y la práctica viva.⁵⁵ La situación se agravó a nivel mundial con la llegada de la crisis financiera y económica del 2008, desatándose verdaderos escándalos, en ocasiones incluso con relevancia penal;⁵⁶ y poniendo de relieve el fracaso de las fórmulas de autorregulación mediante códigos de buen gobierno corporativo.⁵⁷

Es en este contexto en el que se enmarca la reforma operada por medio de la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo*,⁵⁸ que surge precisamente con la finalidad de reforzar la transparencia, el buen gobierno corporativo y evitar el conflicto de intereses.⁵⁹

3.2. El contrato de administración tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014

La modificación de la legislación sobre sociedades mercantiles de capital hace suya, en materia retributiva, la diferenciación entre las funciones deliberativas y consultiva propias de todas las formas de gobierno societario y las más intensas de gestión y dirección de la compañía, al distinguir entre las retribuciones que corresponden a los administradores “en su condición de tales” y que son objeto de la reserva estatutaria,⁶⁰ y la remuneración de los consejeros ejecutivos, lo sean por delegación

55 En palabras de Fernández del Pozo, L., “El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 297, julio septiembre de 2015, pág.2.

56 Sánchez-Calero Guilarte, J., “El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable”, *Revista Lex Mercatoria* núm.2, 2016, págs.113 a 119; Cazorla González-Serrano, L., *Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en España*, Aranzadi, Madrid, marzo de 2013, pág.92; y en el Derecho comparado, Alarcón Elorrieta, M^a. L., “Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas”, *La Ley Mercantil*, núm. 14, mayo de 2015, pág.2.

57 Ruiz Muñoz, M., “La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)”, *Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág.875.

58 Entre otros muchos, vid. Galacho Abolaño, A. F., “La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores «en su condición de tales» y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.48, julio diciembre de 2016, págs.171 y ss.; Iraculis Arregui, N., “La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital”, *loc.cit.*, págs.86 y 87; y Membrado Herrera, I., “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015, págs. 115 y ss.

59 Ver Recalde Castells, A., “Art. 190. Conflicto de intereses”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015, págs.67 a 88; o Teruel Lillo, E. J., “Modificaciones en el régimen de los consejos de administración. Revisión de la remuneración de los administradores”, en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015, pág.154.

60 Art.217. 2 y 3 LSC.

o en razón de un título de carácter contractual,⁶¹ y que fija el consejo de administración.⁶² A lo que añade reglas particulares para las sociedades cotizadas.⁶³ Esta distinción levantó de nuevo la polémica y permitió apuntar hacia una posible separación de figuras y estatutos.⁶⁴

El sistema retributivo debe inspirarse en varios principios, un primer principio de carácter finalista, que lo oriente a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad; y un segundo parámetro que es la proporcionalidad, referida a la importancia de la sociedad, la situación económica en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. Y ha de acompañarse a la vez de mecanismos preventivos que incorporen las cautelas necesarias para evitar la asunción de riesgos excesivos o la recompensa de resultados desfavorables, recomendándose a tal efecto la inclusión en los contratos de cláusulas de reembolso de los componentes variables ajustados a condiciones de rendimiento o que atiendan a datos cuya inexactitud se acredite con posterioridad.⁶⁵ Por su parte, los pagos por resolución del contrato se someten igualmente a límites de cuantía y condiciones de abono de tal manera que este no se produzca hasta que se haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.⁶⁶

Pero lo que en este momento interesa subrayar es que fue justamente la conveniencia de instrumentar y documentar la retribución de los consejeros ejecutivos la que ampara y enmarca la regulación de la obligación de suscribir un contrato de administración.⁶⁷ Aunque en las sociedades de mayor tamaño, también la relación entre el administrador “en cuanto tal” (“mero consejero”) y la sociedad suele documentarse en una “nota de designación” (*note of appointment*). Ese contrato debe ser aprobado por dos tercios del consejo de administración, con abstención, lógicamente, del interesado, y tanto si las funciones ejecutivas se atribuyen por delegación, como estatutariamente

61 Las definiciones de las distintas categorías de consejeros las incorporó ya la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (actual art.529 duodecies LSC).

62 Art.249. 3 y 4 LSC.

63 Art.529 septdecies LSC y art.529 octodecies LSC.

64 Entre otros, Guerrero Trevijano, C., “Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas”, *Revista de derecho bancario y bursátil* núm.146, 2017, págs.143 y ss.; León Sanz, F.J., “Artículo 217. Remuneración de los administradores”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, cit., págs.273 y ss.; el mismo León Sanz, F. J., “Artículo 249.bi. Facultades indelegables”, en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario... cit.*, págs. 522 y 523; y Tovar Rocamora, J. J., “La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.184, 2016 págs.1-21.

65 Sánchez-Calero Guilarte, J., “El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable”, *loc.cit.*, págs.113 a 119.

66 Vid. recomendaciones contenidas en el nuevo *Código de buen gobierno* de febrero de 2015, revisado en 2020 (recomendaciones 56 a 64) [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf (consultado el 20 de enero de 2023)].

67 Entre otros, Alarcón Elorrieta, M^o. L., “Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas”, *loc.cit.*, pág.2; Cabanas Trejo, R., “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”, *Diario La Ley*, Núm.8494, marzo de 2015.

o mediante representación voluntaria. La transparencia⁶⁸ se garantiza mediante el reflejo en el contrato de la retribución completa, con detalle de todos los conceptos, de modo que cualquier remuneración del consejero delegado no incorporada al contrato será una retribución indebida. El consejero no podrá, pues, percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas por cantidades o conceptos no previstos en el contrato.

Si ya antes se había puesto en cuestión la fórmula excluyente de la laboralidad del art.1.3 c) ET y la operatividad de la tesis de la naturaleza del vínculo como criterio de deslinde entre la posición de los consejeros y la de los altos directivos en régimen laboral, la contractualización de los sistemas retributivos de los administradores y consejeros ejecutivos daba pie a hablar de su liquidación y muerte.⁶⁹ Sin embargo, la Ley 31/2014 había puesto buen cuidado en evitar la calificación de la naturaleza jurídica de esos contratos.⁷⁰ Y una parte significativa de los autores siguió haciendo énfasis en el hecho de que negar la vigencia de la tesis tenía más inconvenientes que ventajas, abundando en argumentos como la inexistencia de bilateralidad, el carácter inherente de las funciones ejecutivas a la propia condición de consejero o las dislocaciones aplicativas en relación con numerosas instituciones —el despido, la dualidad de jurisdicciones, por ejemplo— de la aceptación de la duplicidad de estatutos.⁷¹ Aun aceptando la acumulación de una relación contractual de servicios a la relación de integración orgánica, como por lo demás ya venía aceptando la jurisprudencia civil se trataría de un contrato de servicios civil o mercantil.⁷²

68 Después del 2014, se ocupa de reforzar la transparencia en materia retributiva la reforma introducida por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE 13 de abril), que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DO UE L 132/1, 20.5.2017).

69 Entre otros muchos, Campins Vargas, A., "Retribución de administradores ejecutivos: dónde estamos y a dónde vamos", *Almacén de Derecho* <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html> (consultado el 23 de enero de 2023)].

70 Cohen Benchetrit, A., "¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?", *loc.cit.*, pág.3.

71 Mercader Uguina, J., "¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo "contrato de administración" de los consejeros ejecutivos", *Trabajo y Derecho* núm.4, 2015, págs.121 y ss.; ver también Casas Baamonde, M^o E., "Más allá de la teoría del vínculo", *Derecho de las relaciones laborales* núm.2, 2015, págs.168 y ss.; y García-Perrote Escartín, I., "La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'onmicomprensividad retributiva'", *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 2, mayo 2015, págs. 178-184.

72 El propio Desdentado Bonete, A., "Prólogo" al libro de Limón Luque, M.A., *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, *cit.*, págs.17, 20 y 22; y entre los mercantilistas, Ruiz Muñoz, M., "La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)", *loc.cit.*, pág.888; y Guerrero Trevijano, C., "Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas", *loc.cit.*, pág.19

4. LA SINGULARIDAD DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LOS CONSEJEROS Y SU REPERCUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

El encaje de la doctrina del TJUE en relación con los altos directivos y ejecutivos de las sociedades mercantiles de capital en la ya de por sí compleja configuración que la delimitación de figuras y estatutos tiene en nuestro ordenamiento constituye, como se decía al comienzo, el motivo e hilo conductor de este trabajo. A los ya conocidos y muy comentados asuntos *Danosa* (TJUE 11-11-10, C-232/09) y *Balkaya* (9-7-15, C-229/14)⁷³ se han sumado recientemente las sentencias *Bosworth y Hurley* (TJUE 11-4-19, C-603/17) y *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa* (TJUE 5-5-22, C-101/21). Veamos a qué conclusiones nos conducen estos pronunciamientos.

Expuesto de manera muy sucinta, en el caso *Danosa* se decide extender a una integrante de un consejo de dirección de una sociedad de capital lituana que había sido cesada mientras se encontraba en estado de gestación las reglas sobre la 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*.⁷⁴ A los efectos de esa norma, la interesada tiene la consideración de “trabajadora embarazada”, resultando irrelevante que fuera el único miembro del órgano de dirección y que hubiese sido la encargada de redactar su reglamento. Se da la circunstancia de que el Derecho nacional lituano contempla la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo con los miembros de los órganos ejecutivos de las sociedades de capital, cuando no hubiesen sido ya contratados por medio de un contrato civil (Código de Trabajo art.44); y que la normativa lituana de seguridad social considera trabajadores a los miembros de los consejos de dirección de las sociedades mercantiles⁷⁵; mientras que el Código de Comercio de ese país,⁷⁶ que adopta el sistema dual de gobierno

73 Alzaga Ruiz, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en J. García Murcia (Dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs.127 y ss.; y B. Alonso-Olea García, “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y su controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017 http://www.revistamarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos_trabajador_cuenta_ajena_asegurado_social_ciudadano_ue (última consulta el 23 de enero de 2023).

74 DO L 348, pág. 1.

75 Art.1.c) Likums par valsts sociālo apdrošināšanu, Latvijas Vēstnesis, 1997, núm. 274/276.

76 Komerclikums, *Latvijas Vēstnesis*, 2000, núm. 158/160.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

societario,⁷⁷ configura al consejo de dirección como órgano ejecutivo de la sociedad, pero sometido en ciertos casos a un consejo de control, entre cuyas competencias figura la posible suspensión del mandato de los integrantes del órgano de dirección (art.221 y 224).

Por lo que atañe al asunto *Balkaya*, lo que se suscita es si a los efectos de cómputo en un despido colectivo ha de tomarse en cuenta a un integrante de la dirección de una sociedad de capital, que ejercía su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano societario, percibiendo a cambio una retribución.⁷⁸ El TJUE reproduce el consabido argumento sobre la necesidad de adoptar un concepto autónomo y uniforme de trabajador en el ordenamiento jurídico de la Unión si de lo que se trata es de garantizar el efecto útil de la norma europea, en este caso, la Dir 98/49/CE, y en concreto el alcance de la noción misma de despido colectivo. Y recoge asimismo la doctrina sobre la irrelevancia de la calificación que se atribuya a la relación; y sobre la existencia de una relación laboral siempre que una persona realice durante un cierto tiempo en favor de otra y bajo su dirección una prestación por la que perciba una retribución.

Tal vez —y ya lo he dicho en otra parte antes—⁷⁹ la conclusión a que llegaron numerosos autores en ese momento, sobre el final de la vigencia de la tesis de la naturaleza del vínculo y sobre una eventual laboralización de los consejeros ejecutivos fuese un tanto precipitada. Y no sólo por lo que se dirá a modo de conclusión dentro de un momento, sino porque la propia doctrina posterior y más reciente del TJUE parece contradecir aquella interpretación o deducción. Y así, la sentencia *Bosworth y Hurley* (TJUE 11-4-19, C-603/17),⁸⁰ a propósito de la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de Lugano,⁸¹ afirma que en el contrato entre una sociedad y un consejero falta la subordinación, por lo que no puede haber un contrato de trabajo, máxime cuando el consejero ha podido ser quien redactó el contrato y es quien controla la gestión corriente de los asuntos de la sociedad, así como sus propias funciones. Los Sres. Bosworth y Hurley, respectivamente *chief executive officer* (CEO) y *chief financial officer* en el grupo Arcadia, habían suscrito con

77 La reciente *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022) acoge en las definiciones contenidas en su art.2 la explicación de los distintos órganos y tipos de administradores existentes según se adopte el sistema dual —consejo de dirección y consejo de control— o el monista —un único consejo de administración que aglutina tanto las funciones de gestión como las de control.

78 Una segunda cuestión prejudicial, ahora menos relevante pero que concierne directamente al problema de la noción de trabajador, era si había de considerarse a esos mismos efectos a una persona que realizaba un trabajo en prácticas por el que recibía una ayuda económica de un organismo público.

79 Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., págs.201 y ss.

80 STJUE 11-4-19 Peter Bosworth y Colin Hurley contra Arcadia Petroleum Limited y otros (C-603/17).

81 Ver Espiniella Menéndez, A., "Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17: Bosworth y Hurley", *La Ley Unión Europea* núm.70, 2019; Lousada Arochena, J.F., "Competencia xudicial internacional e persoal de embaixadas, auxiliares de voo e outras cuestións en litixios laborais (Últimas aportacións do Tribunal de Justiza da Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social* núm. 7, 2018, págs.99 y ss., en especial, págs.115-122; y Vaquero López, C., "El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 Núm. 1, 2020, págs.776 y ss. [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5220> (última consulta el 23 de enero de 2023)].

algunas de las sociedades integrantes del grupo de sociedades contratos de trabajo que ellos mismos habían redactado, habiendo siempre actuado en nombre y por cuenta de todas las compañías del conglomerado empresarial. Es pertinente ahora destacar que es frecuente que en los grupos de empresas los consejeros de las filiales presten servicios, incluso en régimen asalariado, en la matriz, habiendo admitido el TS la doble condición en esos casos.⁸² 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. Y dice más, 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. En definitiva, que se haya suscrito un contrato entre la sociedad y una persona física que ejerce las funciones de consejero no significa que se pueda calificar a esa relación como una relación de trabajo, cuando, aunque los accionistas tengan la facultad de poner fin a su vinculación, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos del 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. En el caso *Bosworth*, no obstante, se ha criticado el hecho de que no se hubiera planteado o valorado la situación real de las partes, más aún cuando tanto el demandante como el demandado admiten que existe una relación laboral.

La relevancia de la nota de subordinación aparecía ya en la STJUE *Holterman*, de 10-9-2015 (asunto C-47/14), en relación con los foros de protección del Reglamento Bruselas I (entonces en vigor), que considera únicamente de aplicación cuando la persona en cuyo favor se invocan haya realizado, durante cierto tiempo, en favor de dicha sociedad y bajo la dirección de ésta —esto es, con subordinación— determinadas prestaciones a cambio de las cuales reciba una retribución. De todos modos, conviene tomar en consideración lo que se razona en las Conclusiones Generales al asunto *Holterman* por el Abogado General Cruz Villalón, que subraya que la interpretación autónoma que ha de darse al concepto de contrato individual de trabajo a los efectos de atribución de la competencia judicial internacional ha de estar inspirada y guiada por el fin protector de la parte más débil de la relación (apartado 27). Y que al ser el alcance de esa protección diferente, especialmente intensa, ello justifica la exigencia de un plus de subordinación.

Por ir terminando, en la STJUE 5-5-22 HJ contra Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la República Checa (C-101/21)⁸³ se sostiene que el Derecho de la UE —en concreto, 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* (Versión codificada)— se opone a

⁸² Vid. STS, Civil, de 27-3-2003 (Rec. 2398/97); Desdentado Bonete, A., "Prólogo" en *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas...* cit., pág.20; y en tono crítico Paz-Ares, C., "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *loc.cit.*, pág.16]. Lo que también ha motivado especiales medidas de control para esos casos.

⁸³ Sobre esta sentencia, ver Goerlich Peset, J.Mª, "¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022", en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (última consulta el 24 de enero de 2022).

que quien ejerce simultáneamente las funciones de director y miembro del consejo de administración no pueda ser calificado como trabajador asalariado a fin de aplicarle las garantías propias de aquella situación. Se trataba en el caso de un arquitecto que, siendo director de la empresa, acaba promocionando a presidente de su consejo de administración. Podría parecer, en una primera lectura, que esto vuelve a quebrar la separación del régimen jurídico de los cargos societarios orgánicos y la relación de trabajo asalariado. Sin embargo, ha de ponerse el acento en que lo que el TJ dice es que la dirección de una sociedad mercantil y la integración de su consejo de administración no permite, por sí sólo, excluir o presumir sin que se admita prueba en contrario la existencia de laboralidad, cuando la persona que dirige la empresa lo hace en virtud de un contrato de trabajo válidamente concertado conforme al Derecho nacional. Aunque haya acumulado de manera sobrevenida la condición de miembro integrante del órgano de administración. Cosa distinta es que ni siquiera en el Derecho español esté claro que ocurre en estos casos con el vínculo laboral preexistente.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Podría dar la frustrante sensación de que apenas se ha avanzado mínimamente en la clarificación de este problemático y difícil asunto. Pese a todo, creo que se pueden extraer algunas conclusiones de utilidad.

La primera, que la doctrina del TJUE de ningún modo o en medida alguna permite concluir que se haya podido conformar un concepto de trabajador que prescindiera o excluyera la necesidad de concurrencia de la nota de subordinación. Por más que la misma pueda presentar alguna divergencia o matiz en la comprensión que cada ordenamiento nacional pueda hacer de ella,⁸⁴ o que haya de ser entendida adaptativa o flexiblemente, sobre todo en el caso de las nuevas formas de empleo.⁸⁵

La segunda, que para proyectar el patrón de enjuiciamiento sobre la existencia de la subordinación jurídica que es característica y propia del trabajo asalariado en el caso de un administrador ejecutivo de una sociedad de capital es preciso y posible partir de las siguientes consideraciones o tomar en cuenta los siguientes factores o variables: en primer lugar, si se trata de un sistema de gobierno societario monista o dual,⁸⁶ pues como ocurre en los casos *Danosa* y *Balkaya*, el hecho de pertenecer al órgano de dirección, que se encuentra sometido a otro órgano parejo de control,

⁸⁴ Una visión comparada del alcance de esta nota en B. Grandi, «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en https://works.bepress.com/barbara_grandi/ (consultado el 14-12-17).

⁸⁵ Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social* núm. 83, 2018, págs.13-44.

⁸⁶ De sumo interés es, a este respecto, la definición de administrador ejecutivo que para ambos modelos se contiene en el ya citado art.2 de la *Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas* (L 315/44 ES DO UE 7.12.2022).

podría ayudar a explicar la solución adoptada en esos casos por el TJUE al considerar de aplicación en ambos casos las dos Directivas respectivamente concernidas. Lo mismo podría decirse en el caso español de los administradores ejecutivos, respecto de los que el consejo ejerce las facultades de supervisión y control.⁸⁷ Así que, podría concluirse que concurren en este tipo de actividades que ejecutan los administradores y consejeros que dirigen y gestionan la compañía los rasgos propios o típicos de una relación laboral.⁸⁸ Y todo ello sin perjuicio de que el propio órgano de administración se someta a la junta general de accionistas que, ex art.161 LSC, podrá impartir instrucciones o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.⁸⁹ Habrá, en todo caso, como dice el TJUE, que 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 los términos en que puede ser destituido.

La tercera, que el hecho de que el art.136.2 c) LGSS considere comprendidos en el campo de aplicación del RGSS a los consejeros y administradores de las sociedades de capital, 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, no necesariamente comporta su laboralización. Por dos razones básicas, que esa inclusión se lleva a cabo en condición de “asimilados” y no como trabajadores por cuenta ajena en sentido estricto o genuino; y porque ya a ese respecto la jurisprudencia más autorizada se ocupó de afirmar que “el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos” [STS de 29-1-1997 (Rec.2577/95) ECLI:ES:TS:1997:517].⁹⁰

En resumidas cuentas, no parece que la tesis de la naturaleza del vínculo haya quedado superada ni desprovista de virtualidad y sentido. Al contrario, resulta acorde con algunos de los pronunciamientos del TJUE, y, sobre todo, congruente con un Derecho del Trabajo expansivo que siga pretendiendo o teniendo vocación de ser tuitivo, protector de la parte débil del contrato y de las formas más precarias de empleo. Y, en otro orden de consideraciones, podría contribuir a considerar la exclusión del art.1.3 c) ET como una verdadera exclusión de la laboralidad de estas relaciones de carácter constitutivo. Al modo en que ocurre con los funcionarios u otras relaciones de servicios por

87 De nuevo Alfaro Águila-Real, J., “Adiós a la teoría del vínculo”, *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/> (última consulta 16 de enero de 2023).

88 Por todos, Desdentado Bonete, A., “Prólogo” en Limón Luque, M.A., *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, cit., pág.17.

89 Ver García-Renedo, C., “Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión” en García de Enterría, J., (Dir): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2014.

90 Me ocupé de ello en Martínez Moreno, C., “El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital”, *Derecho de los Negocios* núm.89, 1998, págs.1-12.

cuenta ajena e incluso con ciertas dosis de dependencia y subordinación que también permanecen extramuros del Derecho español del Trabajo pero no de la noción expansiva de trabajador que maneja el TJUE a los efectos de la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión.⁹¹

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV. (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, 2007.

Alarcón Elorrieta, M^a. L., "Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas", *La Ley Mercantil*, núm. 14, mayo de 2015.

Alfaro Águila-Real, J., "Adiós a la teoría del vínculo", *Almacén de Derecho*, Derecho laboral, Derecho mercantil, 16 de diciembre de 2015, <http://almacenederecho.org/adios-a-la-teoria-del-vinculo/>.

Alonso-Olea García, B., "Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y su controversia", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 62, 2017 http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/conceptos_trabajador_cuenta_ajena_asegurado_social_ciudadano_ue.

Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., "Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo", *Trabajo y Derecho* 72/2020 (Diciembre), núm. 72, 1 de dic. de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Alzaga Ruiz, I.: «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada: sentencia TC 92/2008, de 21 de julio», en J. García Murcia (Dir.): *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Cabanas Trejo, R., "La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad", *Diario La Ley*, Núm. 8494, marzo de 2015.

Cabeza Pereiro, J., "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Documentación Laboral* núm.113, 2018.

Campins Vargas, A., "Retribución de administradores ejecutivos: dónde estamos y a dónde vamos", *Almacén de Derecho* <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2014/08/retribucion-de-administradores.html>.

Carrascosa Bermejo, D., *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, CES, 2004.

⁹¹ Sin ir más lejos, en la reciente sentencia *HK/Danmark* (TJUE 2-6-22 *Ligebehandlingsnævnet*, que actúa por cuenta de A contra HK/Danmark y HK/Privat C-587/20), que invoca justamente la amplitud del concepto "trabajadores" para considerar aplicable la *Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* para entender contrario a la misma una normativa nacional —en este caso, los estatutos de un sindicato— que limita por edad la posibilidad de optar a su presidencia.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Casas Baamonde, M^a E., "Más allá de la teoría del vínculo", *Derecho de las relaciones laborales* núm. 2, 2015.
- Casas Baamonde, M^a E., "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", en *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 9, octubre 2017.
- Cazorla González-Serrano, L., *Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en España*, Aranzadi, Madrid, marzo de 2013.
- Cohen Benchetrit, A., "¿Supone la nueva doctrina de la DGRN en materia de retribución de administradores la derogación o modulación de la denominada «teoría del vínculo»?", *La ley Mercantil*, núm. 32, enero 2017.
- Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social* núm. 83, 2018.
- Desdentado Bonete, A. y Desdentado Aroca, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, 2000.
- Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., "En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.
- Espiniella Menéndez, A., "Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17: Bosworth y Hurley", *La Ley Unión Europea* núm. 70, 2019.
- Fernández del Pozo, L., "El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma", *Revista de Derecho Mercantil* núm. 297, julio septiembre de 2015.
- Galacho Abolafio, A. F., "La reforma de la Ley de sociedades de capital: los administradores «en su condición de tales» y sus repercusiones en la retribución del órgano de administración", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.48, julio diciembre de 2016.
- García-Renedo, C., "Las nuevas competencias de la junta general y la intervención de ésta en asuntos de gestión" en García de Enterría, J., (Dir.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, 1^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2014.
- García-Perrote Escartín, I., "¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003", *Información Laboral*: núm.3, 2003.
- García-Perrote Escartín, I., "La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'onmicomprensividad retributiva'", *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 2, mayo 2015.
- Goerlich Peset, J.M^a, "¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022", en <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/> (última consulta el 24 de enero de 2022).
- González-Posada Martínez, E., "La noción de trabajador asalariado y su geometría variable en la UE", *Trabajo y Derecho* 93/2022 (Septiembre) núm. 93, 1 de sep. de 2022, Smarteca.
- Grandi, B. «Let's deconstruct the meaning of dependent work to enlarge the scope of labour law», en https://works.bepress.com/barbara_grandi/.
- Guerrero Trevijano, C., "Viejos y nuevos problemas en la regulación de la retribución de los consejeros en sociedades cerradas", *Revista de derecho bancario y bursátil* núm.146, 2017.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Hernando Cebriá, L., "El deber general de diligencia: artículo 225", en Hernando Cebriá, L. y Alfonso Sánchez, R., *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.
- Iglesias Prada, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid, 1971.
- Iráculis Arregui, N., "La regulación de la remuneración de los administradores en la reforma de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital", en Emparanza Sobejano, A. (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Limón Luque, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Lousada Arochena, J.F., "Competencia xudicial internacional e persoal de embaixadas, auxiliares de voo e outras cuestións en litixios laborais (Últimas aportacións do Tribunal de Justiza da Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social* núm. 7, 2018.
- Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- Martínez Moreno, C., "Capítulo 7. El concepto de trabajador", en VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (Mª E. Casas Baamonde y R. Gil Albuquerque, dir.), 2ª edición revisada y puesta al día, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- Martínez Moreno, C., "El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital", *Derecho de los Negocios* núm.89, 1998.
- Martínez Moreno, C., *El personal de alta dirección, concepto y características*, CES, Madrid, 1995.
- Martínez Moreno, C., "La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales", en VV.AA., (dir. García Murcia, J.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- Martínez Moreno, C., "¿Puede ser el contrato a tiempo parcial un verdadero instrumento de política de empleo?", en *Revista Derecho Social y Empresa. Monográfico Siglo XXI: ¿Derecho del trabajo versus Derecho del Empleo?*, núm. 2, diciembre 2014.
- Membrado Herrera, I., "Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores", en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015.
- Mercader Uguina, J., "¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo "contrato de administración" de los consejeros ejecutivos", *Trabajo y Derecho* núm.4, 2015.
- O'Brien, CH., Spaventa, E. and De Coninck, J.: *Comparative Report 2015. The concept of worker under Article 45 TFEU and certain non-standard forms of employment*, European Commission, April, 2016 [<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15476&langId=en>].
- Paz-Ares, C., "Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores", *Indret* 2.2009 [versión digital en <https://indret.com/ad-impossibilia-nemo-tenetur-o-por-que-recelar-de-la-novissima-jurisprudencia-sobre-retribucion-de-administradores/>].

SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN CONCEPTO COMÚN Y EXPANSIVO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Paz-Arez, C., "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2008, núm. 1.
- Recalde Castells, A., "Art. 190. Conflicto de intereses", en Juste Mencía, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- Rodríguez Artigas, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, 1971.
- Ruiz Muñoz, M., "La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)", *Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Salinas Adelantado, C., *Revista General de Derecho* 584, 1993.
- Sánchez Gimeno, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2004.
- Sánchez-Calero Guilarte, J., "El reembolso por los consejeros ejecutivos de la retribución variable", *Revista Lex Mercatoria* núm.2, 2016.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha", en *Revista Foro, Nueva época*, vol. 20, núm.1, 2017.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", *Revista La Ley Unión Europea*, núm. 50, 2017.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "La teoría del vínculo como elemento determinante de la exclusión de laboralidad de los administradores de sociedades", en Sempere Navarro, A.V., *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2021.
- Soria Sorjús, J., "La reserva estatutaria en materia retributiva de los administradores", *Uría-Menéndez*, 2013.
- Teruel Lillo, E. J., "Modificaciones en el régimen de los consejos de administración. Revisión de la remuneración de los administradores", en Jordá García, R. y Navarro Matamoros, L. (dirs.), *Mejora del Gobierno Corporativo de Sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Madrid, 2015.
- Tovar Rocamora, J. J., "La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, 2016.
- Vaquero López, C., "El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12 Núm. 1, 2020, págs.776 y ss. [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5220>].