

Laboral

Relación estatutaria y relación laboral del trabajador, director y presidente de una empresa: no son incompatibles y prevalece la laboral en la justicia europea

La justicia europea cuestiona la exclusión de la protección del Derecho europeo de quienes simultanean actividades propias del consejo de administración de una sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa. Entiende que la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral, toda vez que dicha exclusión deberá afectar únicamente a quienes dirigen de manera efectiva la empresa.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Desde que la Ley de Sociedades de Capital recogió en su artículo 249.3 la obligación de formalizar un contrato para quienes, miembros del consejo de administración, realicen funciones ejecutivas y perciban una retribución, la posibilidad de calificar como laboral dicha relación ha estado presente. Máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 529 *duodecies* de la citada ley y, en relación con las sociedades cotizadas, sobre la diferencia entre los consejeros ejecutivos (aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella) y quienes no lo son (el resto). Para los primeros, el artículo 529 *octodecies* de la

norma se remite al artículo 249.3 expuesto y a la necesidad de formalizar un contrato, si bien señala que serán los estatutos y la junta los que tengan conocimiento de las precisiones sobre estos aspectos. La remuneración deberá reflejar en este supuesto tanto la cuantía de la retribución fija anual y su variación como los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos, comprendiendo, en particular, su duración, indemnización por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia postcontractual y permanencia o fidelización, en una descripción muy similar a la prevista para el contrato laboral de alta dirección.

Pues bien, ahora, con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de mayo del 2022, asunto C-101/21, *HJ*, esta dificultad interpretativa alcanza sentido y recupera una posible interpretación. En la citada sentencia se debate sobre la aplicación de los artículos 2.2 y 12 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre del 2008 (*DOUE* de 28 de octubre), respectivamente, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario en relación con el pago de remuneraciones no abonadas por una sociedad en estado de insolvencia. De acuerdo con el artículo 2.2, la Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos *trabajador asalariado, empresario, remuneración, derecho adquirido y derecho en vías de adquisición*. No obstante, los Estados miembros no podrán excluir del ámbito de aplicación de dicha directiva a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o a los trabajadores con una relación de trabajo temporal. Por su parte, el artículo 12 establece que la directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos, o a su capacidad para rechazar o reducir la obligación de pago citada en el artículo 3 o la obligación de garantía citada en el artículo 7, en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades.

2. En el supuesto controvertido, el Derecho nacional (República Checa) establece que la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia no se aplicará al trabajador asalariado que, en el periodo correspondiente, fuera trabajador asalariado

de un empresario insolvente y que, en ese mismo periodo, fuera su órgano estatutario o miembro de su órgano estatutario y poseyera una participación correspondiente, al menos, a la mitad del capital de dicho empresario. En efecto, el demandante prestaba servicios para la empresa como arquitecto en virtud de un contrato de trabajo cuando fue elegido presidente del consejo de administración de dicha sociedad y celebró, a tal efecto, un contrato con la referida sociedad en el que se precisaba que no tenía derecho a remuneración por el ejercicio de esa función. Con posterioridad, firmó un acuerdo de modificación adicional al contrato de trabajo inicial en el que se indicaba que tenía derecho a un salario como trabajador asalariado y que el trabajador pasaría a ejercer la función de director de la empresa. Ante la declaración de insolvencia de esta última, el demandante inició un proceso para obtener el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, petición desestimada por entender que no se trataba de un trabajador asalariado y que, por tanto, no le resultaban de aplicación las garantías previstas para estos últimos en caso de insolvencia empresarial. Se considera que, durante el periodo controvertido, el demandante había ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de la empresa, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de la sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con ella. No existía, pues, ningún vínculo jerárquico ni de subordinación con la empresa, de modo que el demandante no podía ser calificado de trabajador asalariado. En tanto en cuanto la ley nacional no tiene como finalidad reparar el perjuicio que sufren los miembros del órgano estatutario de una sociedad en estado de insolvencia como consecuencia de su dirección comercial infructuosa, no le corresponde al demandante obtener indemnización alguna.

Sin embargo, el Tribunal Supremo nacional entiende que, de acuerdo con su jurisprudencia, la acumulación de funciones es lícita y, por tanto, un contrato de trabajo celebrado entre una sociedad mercantil y una persona en el que se prevé que esta última acumule las funciones de miembro del órgano estatutario de la sociedad y de director de ésta es válido en aplicación del Código de Trabajo. Bien es cierto que quien se encuentra en esa situación no puede ser calificado de trabajador asalariado y, aun cuando exista un contrato de trabajo, un miembro del órgano estatutario que dirige la actividad de la sociedad mercantil no puede ejercer sus funciones en el marco de una relación de subordinación, de modo que no existe relación laboral entre ese miembro y la mencionada sociedad.

Es una solución que, no obstante, propicia el planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la que se pronuncia esta sentencia y que plantea si los citados artículos 2.2 y 12 de la directiva contradicen esta jurisprudencia nacional. Y para ello se parte de una doble premisa. La primera, que la Directiva 2008/94 persigue una finalidad social que pretende garantizar un nivel mínimo de protección a todos los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (SSTJUE de 10 de febrero del 2011, asunto C-30/10, *Andersson*, y de 5 de noviembre del 2014, asunto C-311/13, *Tümer*) y que, por tanto, los Estados miembros pueden excluir a determinadas personas de dicha protección únicamente en los casos específicos recogidos por esta directiva (SSTJUE de 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92, *Wagner Miret*, y de 17 de noviembre del 2011, asunto C-435/10, *Van Ardennen*). Y la segunda premisa de la que se parte es que la eventual exclusión de un derecho debe estar objetivamente justificada y constituir una medida necesaria para evitar abusos (STJUE de 21 de febrero del 2008, asunto C-498/06, *Robledillo*

Núñez). Tiene sentido, pues, cuestionar si la directiva se opone a una jurisprudencia nacional según la cual el director de una sociedad mercantil no es considerado «trabajador asalariado» a efectos del pago de créditos salariales únicamente por el hecho de que el director, pese a ser trabajador asalariado en el sentido de esa directiva, es además miembro del órgano estatutario de la misma sociedad mercantil.

3. En la ley de sociedades mercantiles nacional se establece que el contrato de participación en una sociedad de capital se celebrará por escrito y deberá ser aprobado, incluidas sus modificaciones, por el órgano supremo de la sociedad; a falta de tal adopción, el contrato no producirá efectos. Por lo demás, también en una sociedad de capital el contrato relativo al ejercicio de la función deberá contener, entre otros datos, la definición de todos los componentes de la remuneración que corresponda o pueda corresponder a un miembro de un órgano elegido, incluida cualquier prestación eventual en especie, el pago de cotizaciones al sistema de jubilación u otras prestaciones.

Con estos datos como trasfondo, la sentencia entiende, en primer lugar, que, si bien el artículo 1.2 de la Directiva 2008/94 autoriza a los Estados miembros, con carácter excepcional, a excluir del ámbito de aplicación de esta directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, lo hace a condición de que existan otras formas de garantía que ofrezcan a los interesados una protección equivalente a la que resulta de la mencionada directiva. Sin embargo, en el presente asunto, de la resolución remitida se desprende que la jurisprudencia nacional controvertida en el litigio principal no concede tal protección equivalente a las personas miembros del órgano estatutario de una sociedad y que ejercen, además, en virtud de un

contrato de trabajo, las funciones de director de esa sociedad (considerando 31).

En segundo lugar, y aun cuando la directiva no define por sí misma el concepto de *trabajador asalariado*, sin embargo, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definirlo no es ilimitado. Así, según esta jurisprudencia, el artículo 2.2.1 de la Directiva 2008/94 debe interpretarse a la luz de su finalidad social, que consiste en garantizar a todos los trabajadores asalariados un mínimo de protección en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y que se refieran a la remuneración correspondiente a un periodo determinado. Por consiguiente, los Estados miembros no pueden definir libremente el término *trabajador asalariado* de manera que se ponga en peligro la finalidad social de dicha directiva (considerando 34).

En tercer lugar, y puesto que la definición del término *trabajador asalariado* se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado, resultaría contrario a esta finalidad social el hecho de privar de la protección que esta directiva establece en caso de insolvencia del empresario a personas a quienes la normativa nacional reconoce con carácter general la condición de trabajadores asalariados y que disponen, en virtud de esta normativa, de créditos salariales frente al empresario derivados de contratos o relaciones laborales previstos en los artículos 1.1 y 1.3 de la directiva. Por consiguiente, la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación

laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado, en el sentido de la Directiva 2008/94 (considerandos 35 y 36, respectivamente).

4. El demandante ejercía de forma cumulativa, como puede comprobarse, las funciones de director y de presidente del consejo de administración de la sociedad en virtud de un contrato de trabajo por el que percibía una remuneración. Puesto que el contrato de trabajo es válido en aplicación de la legislación laboral nacional, no cabe excluir su consideración como trabajador asalariado en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2008/94, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Ahora bien, el tribunal señala como, del análisis de la resolución remitida, se observa que la jurisprudencia nacional tiene por objeto evitar que las personas que ejercen de forma cumulativa las funciones de director y de miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil puedan obtener el pago de los créditos salariales impagados por la insolvencia de dicha sociedad, dado que pueden ser en parte responsables de tal insolvencia. Por lo tanto, se inscribe más en la lógica del artículo 12a de la Directiva 2008/94. No obstante, esta jurisprudencia establece la presunción irrefutable de que dicha persona no ejerce sus funciones en el marco de una relación de subordinación, sino que, en realidad, dirige la sociedad mercantil en cuestión y, por lo tanto, el hecho de concederle las garantías previstas por la Directiva 2008/94 constituye un abuso, en el sentido del artículo 12a (considerando 42).

Sin embargo, también el tribunal señala como no puede admitirse una presunción general de existencia de un abuso que no pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular (SSTJUE

de 4 de marzo del 2004, asunto C-334/02, *Comisión/Francia*, y de 25 de octubre del 2017, asunto C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo*). Por ello, «una jurisprudencia nacional como la controvertida en el litigio principal no puede justificarse sobre la base del artículo 12, letra a, de la Directiva 2008/94» (considerando 44).

Como tampoco podrá hacerlo pivotando sobre el artículo 12c de la citada Directiva 2008/94. Esta disposición autoriza a los Estados miembros a rechazar o a reducir la obligación de pago citada en el artículo 3 o la obligación de garantía citada en el artículo 7 en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades, siendo estas dos condiciones cumulativas. Esta disposición se basa, entre otras cosas, en la presunción implícita de que el trabajador asalariado que, simultáneamente, tenga una participación esencial en la empresa afectada y ejerza una influencia considerable en sus actividades puede, en consecuencia, ser en parte responsable de la insolvencia de dicha empresa (STJUE de 10 de febrero del 2011, asunto C-30/10, *Andersson*).

Pues bien, en este caso, si bien la jurisprudencia nacional controvertida podría justificarse por el hecho de que una persona que acumula las funciones de director y de miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil puede ejercer una influencia considerable en las actividades de dicha sociedad, no es menos cierto que esa jurisprudencia no contiene ninguna referencia al primer requisito previsto en el artículo 12, letra c, de la Directiva 2008/94, a saber, que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de

una parte esencial de la sociedad. «De ello se deduce que el artículo 12, letras a y c, de la Directiva 2008/94 se opone a una jurisprudencia nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece una presunción irrefutable según la cual una persona que ejerce, incluso en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha directiva, y, por tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa directiva» (considerando 48).

Por consiguiente, y en conclusión, «los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a y c, de la Directiva 2008/94 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa directiva» (considerando 49).

5. Se trata de un precedente que se ha de considerar en la normativa sobre consejeros ejecutivos u otros supuestos en los que la vieja tesis de la teoría del vínculo se sigue aplicando sin variación desde el siglo pasado.

Cuando la Sala de lo Social se plantea supuestos de semejante factura acude a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre del 2017, Ar. 4523, que, a su vez, recurre a la tesis defendida en su Sentencia de 26 de diciembre del 2007, Ar. 1777/2008, y que, del mismo modo, aplica la tesis de su Sentencia de 22 de diciembre

de 1994, Ar. 10221. «La exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajeneidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa a título de aportación a la sociedad, cuota que esta Sala ha señalado a partir del 50 % de participación en el capital social. Pero también puede venir excluida, al amparo del artículo 1.3c ET [Estatuto de los Trabajadores], por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa [...]. Es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección» (STS de 28 de septiembre del 2017, Ar. 4523, FJ 3). Porque «las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de consejo de administración, bien de administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la ley [...]. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad

entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan "la realización de cometidos inherentes" a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el "desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad", de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3c del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 22 diciembre de 1994, Ar. 10221, FJ 3). Tal tesis se reproduce en numerosas sentencias, incluidas las más recientes (por todas, STS de 9 de marzo del 2022, Jur. 111071, comentada en el análisis GA_P de Gestión del Conocimiento «¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?»¹, abril, 2022).

Con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea quizá esta tesis deba ser replanteada. Porque esta última, la que se viene aplicando, se basa en la consideración de que, cuando existe un desempeño simultáneo de actividades propias del consejo de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza de vínculo. De esta forma, si existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercen directamente o mediante delegación interna, la relación no debe ser calificada de laboral, sino de mercantil. Mas la justicia europea ya no permite

¹ https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/04/teoria_del_vinculo-1.pdf

dicho planteamiento, toda vez que admite que, en estos supuestos en los que existe una función cumulativa como trabajador y como presidente del consejo de administración, ejerciendo en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de la empresa una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de la sociedad, sin que exista por tanto un vínculo jerárquico ni de subordinación con la empresa, la consideración como *trabajador asalariado* tiene sentido. Porque excluir estos supuestos de doble condición del ámbito de protección de la directiva en cuestión resultaría contrario al Derecho europeo; primero, porque sólo se permite dicha exclusión si se garantiza en otra norma una protección equivalente; segundo, porque se entiende que el margen de actuación de los Estados miembros sobre el concepto de trabajador tiene sus límites y uno de ellos es precisamente

la finalidad social de la Directiva 2008/94 cuestionada; tercero, porque la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de ésta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado, en el sentido de la citada directiva; y, en fin, porque, si bien la directiva admite alguna exclusión en este sentido, se refiere únicamente a quienes dirigen de manera efectiva una sociedad mercantil por cuanto el hecho de conceder garantías en tal caso supondría un abuso de la norma europea. Una doctrina bastante contundente y no del todo ajena a todos esos supuestos que, en la actualidad, se resuelven bajo la tesis de la teoría del vínculo que, quizá y a la luz de decisiones como la expuesta, deba ser revisitada e incluso revisada.