

BREVE APUNTE SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS CONSEJEROS Y ADMINISTRADORES SOCIETARIOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Consuelo Ferreiro Regueiro*

Universidade de Santiago de Compostela

I. Introducción

En la actualidad el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo es definido con tal amplitud en el art. 1 TRET que la mayoría de las relaciones de prestación de servicios pueden encontrar cobijo en él. Sin embargo, esta amplitud ha sido criticada y discutida y, por consiguiente, ha jalonado “inclusiones” y “exclusiones”, intermitentes¹ o perennes,² en las que han intervenido de forma decisiva la jurisprudencia y la ley. En efecto, la primera, al replantearse de forma continuada las notas de ajenidad y dependencia, ha concluido con la exclusión -en ocasiones, sancionada posteriormente por la ley- de ciertos colectivos, paradigma de los cuales es el de los integrantes de los órganos de administración de una sociedad capitalista. Pues bien, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia objeto de este breve

* Profa. TEU
Área de Derecho del Trabajo

¹ Así, se produjo la laboralización de la relación vinculada al servicio doméstico con el dueño o amo de la casa, en los arts. 2 y 8 LCT de 1931. Sin embargo, el Texto Refundido de la LCT de 1944 lo excluía expresamente de su campo de aplicación (art. 2), de modo que dicha relación pasaba a tener la calificación jurídica previa a la LCT de 1931, esto es, arrendamiento de servicios. El art. 3.1.a) LRL de 1976 la laboralizó nuevamente, pero considerándola una relación laboral especial, condición que conserva con el art. 2.1.b) TRET y el RD. 1424/1985, de 1 agosto, que desarrolla al precepto estatutario.

² Es el caso de los funcionarios excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo por los arts. 8 LCT de 1931 y 1944, 2.a) LRL de 1976 y 1.3.a) TRET.

apunte tratan precisamente de esa exclusión, que alcanza rango legal a través del párrafo 3º, apartado c) del citado art. 1 TRET, a cuyo tenor aquéllos cuya actividad 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, siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo” se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Lo cierto es que el precepto se refiere tanto a los consejeros llamados “consultivos”, con una actividad de simple asesoramiento, cuanto a los “ejecutivos” que desempeñan funciones de representación y dirección de la empresa, además de los administradores únicos, cuya existencia se deduce, *a sensu contrario*, del art. 136 RDLegis. 1564/1989, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas³. En torno a la figura del administrador único conviene precisar que se trata de un cargo típico de las sociedades pequeñas o familiares cuya administración recae, por decisión de la junta de accionistas, en una única persona sea o no accionista, razón por la cual a partir de la STS 8 junio 1989⁴ se equiparan, a los efectos de exclusión del ámbito de aplicación del TRET, a los consejeros.

Es evidente que *prima facie* el desempeño de una actividad limitada, en palabras del art. 1.3.c) TRET, “pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración” actúa como criterio determinante de la exclusión. Expresión que, según la jurisprudencia, ha de ser entendida en el sentido del tipo de relación jurídica existente entre la persona y la sociedad capitalista por razón del cargo. Con todo, existen otros criterios accesorios del anterior tales como el control del capital accionario y el régimen de Seguridad Social en el que se practica la afiliación y/o el alta, que colaboran en la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Como no podía ser de otro modo, el estudio del criterio principal y de los accesorios a través de las sentencias del Tribunal autonómico ocuparán nuestra atención de inmediato, pudiéndose comprobar como esa doctrina jurisprudencial sigue los pasos de la jurisprudencia derivada del Tribunal Supremo.

³ BOE de 27 diciembre.

⁴ Ar. 4554.

II. La condición de consejero o de administrador único

Ha sido la STSJ de Galicia de 4 abril 1998⁵, que no entró a conocer la cuestión litigiosa por incompetencia de jurisdicción, ya que los actores, padre e hijo reclamaban el abono de una deuda "salarial" a la sociedad de la que eran consejeros con el agravante de que el primero ostentaba el cargo de administrador único, la que sostuvo de forma contundente la inexistencia de relación laboral por falta de las notas "de retribución, ajenidad y sometimiento al círculo organizativo, rector y disciplinario de otra persona" llamada empleador⁶. En realidad, el Tribunal autonómico reprodujo la doctrina del TS, sancionada en su S. de 29 septiembre 1988⁷, que sustenta la tan citada exclusión sobre dos argumentos. Se dice, por una parte, que la relación de los consejeros y del administrador único con la sociedad, en cuanto parte de sus órganos o por ostentar en singular su administración, es puramente interna. Y, por la otra, se incide en la falta de concurrencia de cualquiera de "las características de la relación laboral"⁸, hasta el extremo de no apreciarse ni tan siquiera "la dualidad de partes en el sentido que la contempla el art. 1.1 TRET"⁹. No obstante, pese a la firmeza de esta doctrina, la práctica forense continúa mostrando la perseverancia de los demandantes que reclaman el reconocimiento de su relación con la sociedad como "laboral especial", en atención a que las funciones de representación y dirección de los consejeros ejecutivos y de los administradores únicos son, en algunos aspectos, semejantes por no decir iguales a las del personal de alta dirección. Como ejemplo, la STSJ de Galicia de 21 junio 1991¹⁰ que declaró la improcedencia de tal reclamación, puesto que en la relación de consejero o administrador único "no concurre el primario y fundamental de los requisitos necesarios para la conceptualización"¹¹ de relación laboral especial, "cual es el de ostentar la cualidad de trabajador, con la subsiguiente retribución"¹². Incluso cabría añadir que, en el supuesto de percibir una remuneración por la actividad

⁵ As. 1045.

⁶ F.d. 2º.

⁷ Ar. 7143.

⁸ F.d. 2º.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ As. 3724.

¹¹ F.d. 3º.

¹² *Ibid.*

desempeñada, ésta no podría calificarse como salario *stricto sensu*, porque el trabajo objeto de dicha relación no cumple, como se viene repitiendo, las notas características del trabajo objeto del contrato de igual nombre o de las relaciones asimiladas previstas en el art. 2 TRET.

Con ello se introduce otra cuestión capital, la de la concurrencia en una misma persona de la doble condición de consejero y de alto cargo. Esta concurrencia sobreviene por la designación de un alto cargo como administrador único en las sociedades carentes de un consejo de administración. Pero también tiene lugar en aquéllas que disponen del citado órgano, no en vano el art. 141 TRLSA regula el régimen de delegación de facultades del consejo de administración, facultades que pueden recaer en el titular de una relación laboral especial al nombrarlo consejero delegado o consejero miembro de la comisión ejecutiva creada en el seno del consejo o, en fin, al asignarle el ejercicio de ciertos poderes del consejo.

Precisamente, en las SSTSJ Galicia de 25 junio y 7 julio 1992¹³ se trataba el supuesto de concurrencia de la doble condición de consejeros delegados y directores gerentes de sendas sociedades en una misma persona. Si bien se apreciaban ciertas peculiaridades en cuanto a los antecedentes de hecho por lo que parece conveniente aludir a ellos. Así, la de la S. de 7 julio 1992 se refiere a que la empresa demandada nombró un nuevo director gerente mientras el recurrente en suplicación, también director gerente y a la vez consejero, disfrutaba de una baja por incapacidad temporal -en aquél momento, incapacidad laboral transitoria-. Ante esta dualidad de cargos en la gerencia de la empresa, el órgano jurisdiccional hace constar que no se aportó a autos documento alguno del que se deduzca la renuncia del recurrente a su condición de consejero o el desapoderamiento de las facultades delegadas del consejo de administración que por tal motivo siguió desempeñando; asimismo, no se verificó extinción de la relación laboral especial de alta dirección como director gerente. Por lo que se refiere a la de 29 junio 1992, su peculiaridad estriba en que el actor, además de desempeñar las funciones del consejero delegado y director gerente de una sociedad, fue nombrado consejero delegado de otra, concretamente de una entidad bancaria. Adviértase al respecto la infracción del D. de 31 mayo 1968, sobre incom-

¹³ As. 3059 y 3854. En la misma línea, vid. STSJ Galicia 28 julio 1999 (As. 2214), f.d. único.

patibilidades de altos cargos y consejeros de Institutos de Crédito y Banca oficial¹⁴, cuyo art. 1 dispone que los consejeros de las entidades oficiales de crédito “no podrán ocupar al mismo tiempo en otro banco o sociedad mercantil ninguno de los cargos antes mencionados ni otros equivalentes o similares”. Evidentemente no era objeto de la *cognitio* esta incompatibilidad, ni tampoco competencia de Tribunal, por tratarse de una relación, la de consejero, fuera del ámbito del Derecho de Trabajo y, por ende, del orden jurisdiccional laboral, pero valga como mero apunte para reincidir en la cuestión de la concurrencia de cargos en un alto directivo. Esbozados estos hechos, los fundamentos jurídicos de ambas sentencias reproducen, como viene siendo casi una “tradición”, la doctrina del TS, iniciada en la tan citada S. de 29 septiembre 1988, y continuada por otras posteriores¹⁵. El punto de partida es la identidad o semejanza de funciones entre un consejero delegado o un administrador único y el personal laboral de alta dirección¹⁶. Aquéllos se encargan de la administración y representación de la sociedad, como se deduce de la lectura de los arts. 141 y siguientes TRLSA. Los otros ejercitan, según el art. 1.2 RD 1382/1985, “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma”¹⁷. Además, cabe destacar que el art.

¹⁴ BOE de 1 junio.

¹⁵ Entre otras, SS. De 11 y 14 diciembre 1990 (Ar. 9767 y 9787), ff.dd. 2º y 3º, respectivamente, y 21 enero 1991 (Ar. 65), f.d. 2º.

¹⁶ La aludida distinción de funciones entre los miembros de los órganos de representación de la empresa y los altos cargos no se consignó legalmente hasta la LRL de 1976, aunque MONTOYA MELGAR venía sosteniendo la “laboralización” de los últimos por su condición de “un trabajador más del empresario”, desde hacía algún tiempo (cfr. “El ámbito personal del Derecho del Trabajo”, *RPS*, núm. 71, 1966, pág. 94). Pues bien, el art. 2.c) LRL de 1976 se refería al “desempeño del cargo de consejero en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad”, y su art. 3.1.k), a la relación laboral especial del “personal de alta dirección o gestión”, que debería ser desarrollada por una ulterior norma según las disp. adic. 4ª. Sin embargo, esa norma de desarrollo no se llegó a promulgar por la inminente entrada en vigor del ET que, además de recoger la distinción de referencia, atribuía al Gobierno, en su disp. adic. 2ª, un plazo de dieciocho meses, posteriormente ampliado, para regular esta relación laboral especial. La tardanza en la promulgación del RD 1382/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección (BOE de 12 agosto), le restó novedad, ya que se venía contemplando que las tareas de este personal se prestasen en virtud de un vínculo de naturaleza extralaboral o, según GÁRATE CASTRO, “no se cuestiona(ba) la futura laboralidad de la relación, sino que simplemente se [negaba] cualquier posibilidad de cubrir el vacío legal” acudiendo “a la legislación ordinaria” (cfr. “Sobre la exclusión de los directores de establecimientos hoteleros en el campo de aplicación de la legislación laboral”, *RL*, 1985-II, pág. 159).

¹⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MORENO ha procedido a distinguir entre “las directrices relativas al modo de realizar el trabajo” y las relativas “a la empresa y negocio”, resultando

127.1 TRLSA obliga a los administradores y, *mutatis mutandi*, a los consejeros con poderes delegados desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”; de ahí la confianza que la junta de accionistas deposita en quienes tienen tal condición. La misma confianza recíproca entre empresario y trabajador que ensalza el art. 2 RD 1382/1985, como base de la relación laboral especial del personal de alta dirección. Este continuo paralelismo ha forzado a adoptar como criterio determinante de la exclusión de los consejeros y administradores únicos, no el contenido de sus funciones¹⁸, sino “la naturaleza del vínculo y la posición de la persona que los desarrolla en la organización de la sociedad”¹⁹ -en otras palabras, la prevalencia o prioridad del cargo que se ostenta-, debiéndose tener en cuenta “que en la relación de alta dirección subsisten las características de ajenidad y dependencia”²⁰, que no concurren en los miembros de los órganos de administración de una sociedad. Por consiguiente, de concurrir en una misma persona la doble condición de consejero o administrador único con la de personal de alta dirección, el cargo de consejero absorbe la condición de alto

las primeras “determinantes a los efectos de la calificación como trabajador”, mientras que las segundas “irrelevantes a dichos efectos” (cfr. *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Departamento de Publicaciones del Consejo Económico y Social [Madrid, 1994], pág. 251). Vid., en sentido semejante, BLASCO PELLICER, *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), págs. 12 y ss. Pese a ello y a la laboralización de esta figura, la dificultad práctica de separar las funciones de los directivos y las de los consejeros continúan, pues a éstos les corresponde, como se dice *supra*, la administración y gestión de la sociedad, es decir: 1) vender, permutar, hipotecar propiedades de la empresa; 2) concertar créditos con bancos, abrir y disponer cuentas corrientes, de crédito, firmar recibos, pagarés y resguardos; 3) otorgar en nombre de la sociedad poderes generales para pleitos especiales, etc. Relación de funciones que ha sido empleada por el TS -entre otras, SS. de 17 febrero, 6 abril y 14 mayo 1987 (Ar. 873, 874, 2345 y 3706, respectivamente)- para determinar el contenido de las propias de los altos cargos.

¹⁸ Con ello, no se quiere decir que el contenido de las funciones resulte irrelevante para formular la exclusión, sino que solo es uno de los posibles criterios que la justifican. No obstante, en algunos pronunciamientos del TS de épocas más remotas se llegó a utilizar como el criterio excluyente por excelencia y así se reflejó, entre otras, en la citada STS de 29 septiembre 1988 (cit.) cuando afirmaba que “los consejeros, en comisión o delegados, [continúan] realizando las funciones propias del órgano al que pertenecen y opera, por tanto, la exclusión” (f.d. 3º).

¹⁹ STS de 21 enero 1991, cit., f.d. 2º.

²⁰ STS de 11 diciembre 1990, cit., f.d. 2º. Repárese que el art. 1.2 RD 1382/1985 afirma que los poderes del personal de alta dirección se encuentran limitados “por los criterios e instrucciones emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y de la administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

directivo. Y esto no es novedoso, desde el momento en que la STS de 16 marzo 1978²¹ sostuvo que la concurrencia de ambos presupuestos -administrador único o consejero y alto cargo- en una misma persona determinaría la pérdida temporal del segundo en tanto se conservase la condición del primero y desapareciese por tal motivo el rasgo de la ajenidad²². Desde luego, el criterio de la prioridad del cargo parece lógico, pues se ha venido repitiendo hasta la saciedad que “la relación laboral especial del personal de alta dirección queda limitada en dos franjas, que respectivamente la preceden y suceden”²³. Por abajo, “el personal directivo medio, cuyo poder, aún cuando pueda ser muy amplio, no refleja la plenitud e independencia propia del alto cargo”²⁴; y, por arriba, “los miembros de los órganos de la administración de las empresas sociales”²⁵.

Por lo que se refiere al supuesto de concurrencia en una misma persona de la condición de alto cargo y de titular de poderes aislados delegados por el consejo de administración (art. 141.1 TRLSA), sólo se ha registrado un caso en el que, de forma indirecta, se conoce la cuestión. Se trata de la STSJ Galicia de 30 junio 2000²⁶, según la cual, si las funciones de gerencia o de administración de la sociedad, son realizadas por personas ajenas a los órganos sociales “haciendo uso de los apoderamientos pertinentes, y en virtud de un compromiso previamente contraído con los órganos sociales”, no existiría concurrencia de la doble condición de consejero o administrador y de alto cargo. En realidad, no habría una relación societaria, sino una relación laboral especial de la que sería titular el alto cargo que desempeña esas concretas funciones delegadas. Con todo, creo que habría de estarse al tipo de poderes delegados además de a su duración para precisar si prevalece verdaderamente la relación laboral de alta dirección, por ser aquéllos aislados y de escaso contenido, o la relación interna con la sociedad, de resultar lo contrario.

²¹ Ar. 998. Matizada por otras SSTS posteriores como las de 2 noviembre 1982 (Ar. 6471) y 23 septiembre 1986 (Ar. 5139).

²² Vid., *a sensu contrario*, STS 13 de mayo 1991 (Ar. 3906).

²³ STSJ Valencia de 28 noviembre 1992 (As. 5906), f.d. 2º.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ As. 1828, f.d. único.

En fin, las SSTSJ Galicia de 19 agosto 1993²⁷ y 11 abril 1996²⁸ tratan de la concurrencia de la condición de trabajador sujeto a un contrato de trabajo común y de miembro de un órgano de la administración de la sociedad. El Tribunal autonómico se remite nuevamente a la jurisprudencia del TS²⁹, en la que, como ya se ha indicado, se apuesta por la exclusión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, trayendo a colación los mismos argumentos empleados para justificar la exclusión de las personas que ostentan la doble condición de consejero o administrador único y de alto cargo. Así, se dice, por un lado, que la calificación de la relación como mercantil o laboral no depende del contenido de las funciones, sino de la naturaleza en sí de dicha relación, toda vez que “la integración orgánica en el campo de la administración social”³⁰ es una “relación mercantil”³¹. Y, por otro, que el desempeño de funciones directivas como miembro de un órgano de la sociedad provoca la suspensión “del contrato inicial”, que se reanuda una vez concluidas esas funciones, salvo pacto expreso en contrario³² o acreditación de la existencia de una relación de dependencia por parte de quien la alega³³.

III. El control accionarial

Para las citadas SSTSJ Galicia de 21 junio 1991, 25 junio y 7 julio 1992 y 4 abril 1998 la titularidad de acciones de la sociedad por parte de quien es, al mismo tiempo, consejero consultivo o ejecutivo o administrador único actúa como un criterio secundario de exclusión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Diversamente, si el titular de esas acciones es un trabajador común o un alto cargo, que no ostentan la condición de miembros de los órganos administrativos societarios, ese criterio se convierte en determinante de su exclusión. De este modo, en la STSJ Galicia de 11 abril 1996³⁴, el que un trabajador común fuese titular del 33% de las acciones es motivo suficiente para justificar la exclusión, pues nadie duda que la empresa,

²⁷ As. 3758.

²⁸ As. 1957.

²⁹ Entre otras, SS de 23 diciembre 1986, 17 febrero 1987 (cit.), y 27 enero 1992 (Ar. 76).

³⁰ STS de 27 enero 1992, f.d. 2º.

³¹ *Ibid.*

³² STS de 17 febrero 1987, f.d. 4º.

³³ STS de 27 enero 1992, f.d. 3º.

³⁴ Cit., nota

una sociedad de responsabilidad limitada, tenía personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios, pero esto no implica que exista con ellos una relación laboral. Para que sea así, se necesita la concurrencia de “las notas de dependencia y ajenidad, de acuerdo con lo que dispone el art. 1.1 ET”³⁵, razón por la cual los socios sólo se considerarán trabajadores por cuenta ajena “en tanto en cuanto sus funciones en la empresa no sean las de detentadores efectivos, no sólo de su titularidad jurídica sino también de su potestad organizativa”³⁶. Ahora bien, además de resultar relevante que el trabajador ostente la titularidad de acciones, también tiene peso el que esa titularidad recaiga en sus familiares. Por eso, el TSJ Galicia, en su S. de 12 marzo 1998³⁷, afirma que “mal puede sostenerse ajenidad alguna en la actividad de quien es [alto directivo] de una empresa en la que su familia ostenta la titularidad”³⁸ mayoritaria de las acciones.

No es de extrañar que las dos sentencias recién aludidas recalquen la importancia sobre el número de acciones de las que el trabajador es titular, un 33% en un caso, y la mitad en otro, aunque en este último esa titularidad recaía en sus parientes. Esto es un claro reflejo de cómo los criterios jurisprudenciales de determinación de la exclusión del campo de aplicación del Derecho del Trabajo han sido tomados por el legislador para la reforma de los parámetros de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social a través de la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social³⁹. Por ello, la disp. adic. 27 TRLGSS -en la redacción dada por la antedicha Ley- afirma que un trabajador controla el accionariado de una sociedad en los siguientes casos: 1) si la mitad del capital social está distribuido entre socios con los que guarda relación de parentesco hasta el segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción o con su cónyuge; 2) si es titular de un tercio de ese capital; y, 3) si es titular de una cuarta parte y desempeña funciones de dirección y gestión.

IV. El régimen de afiliación a la Seguridad Social

Aunque en ocasiones las STSJ Galicia han aludido al régimen de la Seguridad Social al que estaba afiliado el recurrente, este dato nunca actuó

³⁵ F.d. 2º.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ As. 635.

³⁸ F.d. 1º.

³⁹ BOE de 31 diciembre.

como un criterio principal de determinación de su inclusión o exclusión de los integrantes de los órganos societarios en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Así, en la S. de 7 julio 1992, el que un consejero delegado pase a desempeñar el cargo de gerente de la empresa, para lo cual se da el alta en el Régimen General no constituye por sí solo un “dato relevante acreditativo de la existencia de un contrato de trabajo”⁴⁰, dado que lo decisivo es que “el ejercicio simultáneo de poder y la gestión empresariales producen una retención en la titularidad de la empresa de funciones directivas o generales”⁴¹ que son propias del poder empresarial. Contrariamente, la afiliación del afectado en el Régimen Especial de Autónomos sirve como criterio accesorio para determinar la exclusión en la medida en que va acompañado, según la STSJ Galicia de 4 abril 1998, de otros datos, como la falta de acreditación del percibo de salario, o, principalmente, la naturaleza de la relación con la sociedad.

En realidad, por la vía del art. 97.1 TRLGSS existe una coincidencia entre el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y el del Régimen General de la Seguridad Social, de ahí que la inclusión en este último pudiese presuponer *prima facie* la integración en el primero. Pero, en el apartado 2º del citado precepto se contiene una relación de actividades expresamente incluidas en la protección del Régimen General que desbordan el ámbito del Derecho del Trabajo, motivo suficiente para justificar que la pertenencia a este Régimen no es criterio válido de cara al art. 1.3.c) TRET. Desde luego, esta idea se confirma tras la vigencia de la Ley 50/1998, que modifica el art. 97.2.a) y k) TRLGSS, incluyendo en el citado Régimen General a: 1) trabajadores por cuenta ajena, miembros de los órganos de administración de una sociedad, cuando no realicen funciones de dirección y gestión y no tengan control accionarial; 2) trabajadores por cuenta ajena con la condición de consejeros o administradores de sociedades mercantiles, si desempeñan funciones de dirección y gerencia de la sociedad y no tienen su control accionarial; y, 3) consejeros y administradores de sociedades capitalistas cuyos cargos impliquen el desempeño de funciones de dirección y gestión y no tengan su control accionarial.

⁴⁰ F.d. 3º.

⁴¹ *Ibíd.*