

Roj: **STS 3660/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3660**Id Cendoj: **28079140012017100668**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/09/2017**Nº de Recurso: **3341/2015**Nº de Resolución: **739/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ M 8935/2015,**  
**STS 3660/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 28 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Julián Ramírez Ortúzar, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Crescencia (Administradora concursal de Ecoeléctrica Madrileña SL), contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de julio de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 377/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid, dictada el 17 de diciembre de 2014, en los autos de juicio núm. 320/2014, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Humberto, contra Ecoeléctrica Madrileña, S.L. y D.<sup>a</sup> Crescencia (Administradora del Concurso de Acreedores de la empresa), sobre despido improcedente. Ha sido parte recurrida D. Humberto representado por el letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid, dictó sentencia en los autos nº 320/2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA DE DESPIDO** formulada por D. Humberto contra la empresa ECOELÉCTRICA MADRILEÑA S.L., Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en la persona de Doña Crescencia, habiendo sido parte EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « **PRIMERO .-** La parte actora, D. Humberto formalizó contrato de trabajo con la empresa demandada el 12-5-04, percibiendo unos emolumentos según recibos salariales que eran variables cada mes, dependiendo de incentivos y la prorrata de pagas extras que se modificaba según los meses. **SEGUNDO.-** El actor era socio de la mercantil demandada de un 33% de las participaciones, siendo los otros dos socios que totalizaban el 100% del capital social D. Silvio y D. Juan Antonio. **TERCERO.-** Hasta el 25-5-05 la administración de la sociedad era ejercida por un administrador único, D. Silvio. A partir de esa fecha cambió el órgano de administración a Consejo de Administración presidido por el actor que ejerció como tal hasta el 31-10-13. **CUARTO.-** La sociedad fue declarada en concurso de acreedores el 18-12-13 por auto del Juzgado Mercantil núm. 4 de Madrid. **QUINTO.-** En carta dirigida por la administradora concursal al actor el 28-1-14 se le hace saber que la actividad que desarrolla actualmente para la sociedad no cumple las condiciones necesarias para ser calificada como relación laboral, sino que se trata de una relación de prestación de servicios mercantiles. Y que debido a la imposibilidad de la sociedad de continuar desarrollando su actividad el 10-1-14 se solicitó al Juzgado del concurso que se procediera a la liquidación ordenada de sus bienes y derechos, comunicándole que desde



la fecha de la presente su relación mercantil con la sociedad queda totalmente resuelta por lo que le ruega se abstenga de continuar con la prestación de dichos servicios mercantiles a favor de la sociedad. **SEXTO.-** El actor ejercía funciones de Jefe o Gerente de ventas. D. Silvio era Jefe de Ventas y D. Juan Antonio Jefe Administrativo. **SÉPTIMO.-** Se presentó papeleta de conciliación el 21-2-14, celebrándose el acto sin avenencia el 11-3-14.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Humberto formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 23 de julio de 2015, recurso 377/2015, en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Humberto contra sentencia dictada el 17-12-2014 por el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid, en autos número 320/2014, instados por el recurrente contra ECOELÉCTRICA MADRILEÑA, S.L y la Administración Concursal (Dña. Crescencia) y con revocación de la misma, estimamos la demanda y declaramos improcedente el despido del actor, por lo que debemos condenar y condenamos a la citada empresa a readmitirle en su mismo puesto y condiciones de trabajo o a abonarle una indemnización de 74.887,26 euros, opción que habrá de realizarse en plazo de cinco días en la Secretaría de esta Sala, entendiéndose que de no hacer en tal sentido manifestación alguna, se opta por la readmisión, en cuyo caso habrán de abonarse así mismo los salarios de tramitación a razón de 180,56 euros diarios. Condenamos a la Administración Concursal a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, absolviendo al FOGASA de los pedimentos deducidos en su contra.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el letrado D. Julián Ramírez Ortúzar, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Crescencia (Administradora concursal de Ecoeléctrica Madrileña SL), interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 26 de diciembre de 2006, recurso 1652/06.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, D. Humberto, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 27 de septiembre de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** El Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid dictó sentencia el 17 de diciembre de 2014, autos número 320/2014, desestimando la demanda formulada por D. Humberto contra ECOELÉCTRICA MADRILEÑA SL y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, habiendo sido parte EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación por despido.

Tal y como resulta de dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión del relato de hechos probados realizada por la Sala de Suplicación, en virtud del motivo de recurso formulado por la parte al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, el actor formalizó contrato con la empresa demandada el 12 de mayo de 2004, para prestar servicios con la categoría profesional de jefe de sección, percibiendo unos emolumentos de 5.492,10 E al mes, con prorrata de pagas extras. El actor era socio de la mercantil demandada, siendo titular de un 33% de las participaciones, siendo los otros dos socios, que totalizaban el 100% del capital social, D. Silvio y D. Juan Antonio. Hasta el 25 de mayo de 2005 la administración de la sociedad era ejercida por un administrador único, D. Silvio, y a partir de esa fecha cambió el órgano de administración a Consejo de Administración, presidido por el actor, que ejerció como tal hasta el 31 de octubre de 2013. El actor ejerció como miembro del Consejo de Administración, actuando con autonomía e iniciativa propia y plena responsabilidad, solo limitada por instrucciones del órgano de administración en decisiones conjuntas en las que el también influía, no constando que realizara tareas propias de una relación laboral común ya que figuraba como jefe de un departamento, al igual que los otros dos socios, y como tal realizaba labores propias de la gerencia o dirección de la empresa. La sociedad fue declarada en concurso el 18 de diciembre de 2013 por el Juzgado Mercantil número 4 de Madrid. El 28 de enero de 2014 la administración concursal dirigió carta al actor haciéndole saber que la actividad que desarrolla normalmente para la sociedad no cumple las condiciones para ser calificada como relación laboral, sino que se trata de una relación mercantil y que, debido a la imposibilidad de la sociedad de continuar desarrollando su actividad, el 10 de enero de 2014 se solicitó al Juzgado del concurso que procediera a la liquidación ordenada de sus bienes y derechos, comunicándole que desde dicha fecha la relación mercantil con la sociedad queda resuelta por lo que se le ruega se abstenga de continuar prestando servicios mercantiles a la sociedad.



2.- Recurrida en suplicación por el letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente, en representación de D. Humberto , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 23 de julio de 2015, recurso 377/2015 , estimando el recurso formulado y, revocando la sentencia de instancia, estimó la demanda, declarando improcedente el despido del actor, condenando a la empresa a readmitirle en su mismo puesto de trabajo o a abonarle una indemnización de 74.887,26 €, debiendo abonar los salarios de tramitación, a razón de 186,50 € diarios, en caso de optar por la readmisión.

La sentencia, invocando jurisprudencia de esta Sala, entendió que la relación habida entre las partes debe ser calificada como laboral ya que aunque el actor fuera nombrado presidente del consejo de administración de la sociedad, un año despues de haber suscrito el contrato de trabajo , pues sólo en el caso de que sus funciones hubieran sido las correspondientes a cargo de alta dirección, podría ser considerada como mercantil el vinculo habido desde que se inicio la prestación de servicios. El referido contrato data del 12-5- 2004 y si la actividad desempeñada por el demandante se ha desenvuelto en el marco de una relación laboral para la empresa mercantil, de cuyo capital coste posee el 33% de modo continuado, el nombramiento para el cargo aludido no transforma ipso iure la inicial relación de carácter laboral en otra de naturaleza mercantil. Continúa razonando que la relación no ha de reputarse de mercantil al no constar que durante todo el tiempo en que hya ocupado el cargo de referencia tomara todas las decisiones relevantes que afectaban a la empresa, funciones inherentes a las de alto cargo con el alcance y características reguladas en el R.D. 1382/1985 de 1 de agosto.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por D. Julián Ramírez Ortúzar, abogado, actuando en representación de Doña Crescencia , ADMINISTRADORA CONCURSAL, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social el 26 de diciembre de 2007, recurso 1652/2006 .

El letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente, en representación del recurrido D. Humberto , ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no concurre el requisito de la contradicción entre las resoluciones comparadas, por lo que el recurso ha de ser declarado improcedente.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 26 de diciembre de 2007, recurso 1652/2006 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la empresa AZP Talleres Mecánicos SA, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 28 de febrero de 2006 , casándola y anulándola y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimó el recurso de esta naturaleza interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de San Sebastián, que estimó la excepción de falta de jurisdicción del orden social para conocer del litigio planteado, remitiendo a las partes a la jurisdicción del orden civil.

Consta en dicha sentencia que el actor, al igual que los otros dos socios, poseía el 33% del capital social de AZP Talleres Mecánicos SA, siendo administrador solidario junto con dichos dos socios, a partir del 5 de noviembre de 2003. El actor firmaba como gerente los presupuestos que se elaboraban en la empresa, los contratos de trabajo y los certificados 10-T de los trabajadores, estando dado de alta en el RETA. El 18 de mayo de 2005 la empresa le remitió una carta mediante la que le comunicaba su decisión de cesarle en los servicios que le unían con la empresa al perder la confianza en el por transgredida la buena fe contractual y abusar de sus poderes.

La sentencia entendió que es cierto que la jurisprudencia admite que personas que forman parte del órgano de dirección de la empresa puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con la citada empresa, pero ello solo sería posible para realizar trabajos comunes u ordinarios, no cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General...) 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 si mismo, las funciones propias de alta dirección. Teniendo en cuenta que el demandante ostenta la titularidad de un tercio del capital social de la empresa demandada, es administrador solidario junto con los otros dos socios y percibe una retribución fija mensual por los trabajos que realiza como gerente, su relación no tiene carácter laboral sino mercantil, por lo que se confirma la sentencia de instancia que estimó la excepción de falta de jurisdicción del orden social para conocer del litigio planteado.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se aborda la naturaleza de la relación entre el actor y la demandada cuando concurren las circunstancias de que el actor es socio de la sociedad demandada, poseyendo un 33% del capital social - participaciones en la sentencia recurrida, acciones en la sentencia de contraste, en ambas el mismo porcentaje que poseen los otros dos socios- ocupa cargos en el órgano de administración de la



sociedad -presidente del Consejo de Administración en la sentencia recurrida, Administrador solidario junto los otros dos socios en la de contraste-, realiza funciones de gerente -como jefe de Departamento, al igual que los otros dos socios en la sentencia recurrida; firma los presupuestos que se elaboran en la empresa, los contratos de trabajo y los certificados 10 t, en la de contraste- y percibe una cantidad fija mensual.

Es cierto que en la sentencia recurrida el actor tiene un contrato de trabajo con la empresa demandada para prestar servicios con la categoría profesional de jefe de sección, dato que no consta en la sentencia de contraste, en la que el actor figura dado de alta en el RETA, sin embargo tales hechos carecen de relevancia para destruir la identidad de los supuestos comparados, tal y como ha quedado anteriormente consignado, ya que en la sentencia recurrida figura que no consta que el actor realizara tareas propias de una relación laboral común, sino que ejercía funciones de jefe o Gerente de ventas.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.-1.-** El recurrente alega infracción del artículo 233 de la LRJS, tal y como señala la sentencia de contraste al referirse al artículo 231 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral.

Aduce, en esencia, que la jurisprudencia invocada, tanto en la sentencia de contraste como en la debatida, señala que sólo en los casos de relaciones laborales, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral, circunstancia que no concurre en el supuesto debatido en el que quedó acreditado y debidamente fundamentado por la sentencia de instancia, que no existió en ningún momento una relación laboral, sin que tal extremo de la sentencia fuera recurrido en suplicación.

**2.-** La cuestión ahora debatida ha sido abordada por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2007, recurso 1652/2006, invocada como contradictoria, en la que se concluye que la relación es de carácter mercantil con el siguiente razonamiento:

"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 art. 1.3 c) ET, por falta de dependencia en el trabajo, cuando se trata de personas que forman parte del órgano máximo de dirección de la empresa, como ocurre con el demandante del presente pleito, en cuanto, además de ser titular de un tercio del capital social, era administrador solidario junto con los otros dos socios, siendo función típica de estas personas que forman parte del órgano de gobierno de la empresa la representación y suprema dirección de la misma, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo sino de una designación o nombramiento por parte del máximo órgano de gobierno, de modo que su relación tiene carácter mercantil.

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. Y en este sentido existe una doctrina reiterada de la Sala, como por ejemplo en las sentencias de 29 de septiembre de 1988, de 16 de diciembre de 1991 (Rº 810/90), de 22 de diciembre de 1994 (Rº 2889/93), doctrina reiterada por otras muchas y que podemos resumir, con la sentencia de 20 de noviembre de 2002 (Rec. 337/02), en los siguientes términos:

"La sentencia de 22-12-994 (rec. 2889/1993), al interpretar el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, señala que "Hay que tener en cuenta que 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; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la Ley 17 julio 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, tiene precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su **competencia** particular y propia. 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 1.3,c) del Estatuto de los Trabajadores*.

Partiendo de la anterior premisa, esta Sala ha resuelto la cuestión que se plantea cuando se compatibilizan funciones de Consejero Delegado y alto cargo, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las *sentencias de 21 de enero, 13 mayo y 3 junio y 18 junio 1991, 27-1-92 (rec. 1368/1991) y 11 de marzo de 1.994 (rec. 1318/1993)* han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral."

En el caso que nos ocupa, el demandante ostenta la titularidad de un tercio del capital social de la demandada, es administrador solidario junto con los otros dos socios y percibe una retribución fija mensual por los trabajos como Gerente a los que anteriormente se aludió".

**3.-** En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, el actor es titular del 33% de las participaciones sociales, al igual que los otros dos socios, es Presidente del Consejo de Administración desde mayo de 2005, habiendo ejercido como miembro del Consejo de Administración, actuando con autonomía e iniciativa propia y plena responsabilidad, solo limitada por instrucciones del órgano de administración en decisiones conjuntas en las que el también influía. Si bien es cierto que suscribió un contrato de trabajo con la empresa en mayo de 2004, con la categoría de jefe de sección, es lo cierto que no consta que realizara tareas propias de dicha relación laboral común, sino que ejercía funciones de jefe o gerente de ventas y que al año de tener suscrito dicho contrato pasó a desempeñar el cargo de Presidente del Consejo de Administración.

Al venir desempeñando simultáneamente actividades propias del Consejo de Administración de la sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, la relación ha de ser calificada como mercantil ya que existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente.

**CUARTO.-** Por todo lo razonado procede la estimación del recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente, en representación de D. Humberto, declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Julián Ramírez Ortúzar, abogado, actuando en representación de Doña Crescencia, ADMINISTRADORA CONCURSAL de ECOELÉCTRICA MADRILEÑA SL, frente a la sentencia dictada el 23 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 377/2015, interpuesto por el letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente, en representación de D. Humberto, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid el 17 de diciembre de 2014, en los autos número 320/2014, seguidos a instancia de D. Humberto contra ECOELÉCTRICA MADRILEÑA SL y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el letrado D. Anastasio José Manuel Hernández de la Fuente, en representación de D. Humberto, declarando la firmeza de la sentencia de instancia.. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ