

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA
Tfno: 981184 845/959/939
Fax:881881133 /981184853
NIG: 15030 34 4 2014 0000015
084000

TIPO Y N° DE RECURSO: RECURSO DE SUPPLICACION CONCURSAL
0000599 /2014 - IS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: RECURSO SUPPLICACION 0000599
/2014 T.S.J. SALA DE LO SOCIAL n° 001 de A CORUÑA

Recurrente/s: MANUEL FERNANDEZ DE SOUSA-FARO

Abogado/a: MARIA ANGELES SEOANE PRIETO

Procurador/a: JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO

Graduado/a Social:

Recurrido/s: PESCANOVA S.A., ADMON CONCURSAL PESCANOVA
S.A.- DELOITTE ADVISORY S.L.

Abogado/a: SILVIA BAUZA HERNANDEZ,

Procurador/a: XIANA PEREZ VAZQUEZ,

Graduado/a Social: ,

D/D^a. M. SOCORRO BAZARRA VARELA **SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO:**

Que en los citados autos se ha dictado resolución que
literalmente dice:

ILMOS/AS SRS/AS MAGISTRADOS/as

D MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ,

D^a MARIA ANTONIA REY EIBE,

D JORGE HAY ALBA

En A CORUÑA, a diecinueve de Junio de dos mil catorce.

Tras haber visto las presentes actuaciones la
T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo previsto
en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACION CONCURSAL 0000599 /2014, formalizado por D/D^a ANGELES SEOANE PRIETO, en nombre y representación de MANUEL FERNANDEZ DE SOUSA-FARO contra la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013 dictada por el A CORUÑA en sus autos número 0000599 /2014 seguidos a instancia de MANUEL FERNANDEZ DE SOUSA-FARO frente a PESCANOVA S.A., ADMON CONCURSAL PESCANOVA S.A.- DELOITTE ADVISORY S.L. parte demandada representada en procedimiento concursal, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. JORGE HAY ALBA y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda incidental por la citada actora contra la mencionada parte demandada siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al indicado Juzgado de lo Mercantil, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los actos de juicio verbal en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados: PRIMERO.-. El 25 de abril de 201 fue declarado por medio de auto dictado por ese mismo Juzgado el concurso de acreedores de Pescanova, SA dicho auto se acordaba la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor./ SEGUNDO.- En la citada fecha el demandante, D. Manuel Fernández Sousa-Faro, ostentaba el cargo de presidente del consejo de administración percibía en calidad de director gerente la sumá de 55.266,60 euros mensuales c inclusión de las pagas extraordinarias prorrateadas; salario que por decisión de administración concursal ya no le fue abonado en las siguientes mensualidades./ TERCERO.- En fecha 30 de abril de 2013 fue modificada la situación de alta en la Seguridad Social del demandante; y en fecha 22 de mayo, por medio de escritura pública, la administración concursal designada revocó al mismo los poderes delegados que hasta entonces ostentaba en la

sociedad./ CUARTO.- El 17 de julio de 2013 el demandante firma carta dirigida a los demás consejeros del órgano de administración en que presenta su dimisión como presidente y reconoce no estar al frente de la "dirección operativa" de Pescanova desde a declaración de concurso; al tiempo que se reconoce que no se habría "percibido tampoco indemnización alguna por resolución de contrato ni derecho a FOGASA, desempleo, etc., al no tener cláusula de blindaje de ningún tipo, después de 37 años al servicio laboral de Pescanova, SA en varios cargos"./ QUINTO.- El 12 de septiembre de 2013 el demandante cesa como miembro del consejero de administración al procederse a la íntegra renovación del mismo; y el siguiente día 16 la sociedad comunica la correspondiente baja a la Seguridad Social.

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de D. Manuel Fernández de Sousa-Faro frente a la concursada Pescanova, SA y su administración concursal, absuelvo a ambos de todos los pedimentos deducidos en su contra. Sin expresa imposición de las costas del procedimiento a ninguno de los litigantes.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte MANUEL FERNANDEZ DE SOUSA FARO formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue impugnado por la parte contraria.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Mercantil de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, tuvieron entrada en esta Sala de lo Social en fecha 06.02.2014 dictándose las correspondientes resoluciones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio señalándose el día 19.06.2014 para los actos de deliberación y votación.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho se formulan por esta los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó el incidente concursal contra PESCANOVA S.A. y la Administración concursal y, frente a este pronunciamiento, interpone recurso de suplicación la representación procesal de la parte demandante, en base a dos motivos, al amparo del art. 193 b) y c) de la L.R.J.S., solicitando revisión fáctica y alegando infracción del art. 15 RD 1382/1985 en relación con el art. 59.3 E.T.; inaplicación del art. 7.1.a) y 97.2 k) L.G.S.S. en relación con el art. 1.3 c) E.T. y 1.3 RD 1382/1985; inaplicación del art. 1 RD 1382/1985 y jurisprudencia e infracción del art. 11.2 y 3 RD 1382/1985 en relación con el art. 55 E.T. El recurso ha sido impugnado.

SEGUNDO.- Se solicitan, en primer lugar, hasta cinco modificaciones-adiciones fácticas. De conformidad con la doctrina contenida en la STS de 25-3-1998 (Sala de lo Social), la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. En este sentido se pronuncia la STS de las sentencias de 20-6-2007 y las que cita de 2 de febrero de 2000 y 8 de marzo de 2004, en las que se establece que para que pueda prosperar un error de hecho en casación, también en suplicación, es preciso que: 1) La equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un elemento de la prueba documental obrante en las actuaciones que tenga formalmente el carácter de documento y la eficacia probatoria propia de este medio de prueba. 2) Se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que pone de relieve el error alegado, razonando así la pertinencia del motivo, mediante un análisis que muestre la correspondencia entre la declaración contenida en el

documento y la rectificación que se propone. 3) El error debe desprenderse de forma clara, directa e inequívoca del documento, sin necesidad de deducciones, conjeturas o suposiciones. 4) El error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo. 5) La revisión de hechos no faculta al Tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental o pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho, bien entendido que su apreciación no puede entrañar denegación de las facultades valorativas de la prueba atribuidas al Juzgador "a quo", a quien corresponde, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LPL (actual LRJS), apreciar todos los elementos de convicción aportados al proceso y declarar, en función de éstos, los que estime probados. 6) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (STS 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , y 2 de mayo de 1985). 7) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (STC 44/1989, 20 de febrero [RTC 1989\44] y 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990\24]). Así, en la valoración de contradictorios informes periciales ha de estarse al que haya servido de base a la resolución recurrida, salvo que, notoriamente, se demuestre el error en que ha incurrido el juez de instancia en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 22-5-1984 [RJ 1984\3062] , 24-12-1986 [RJ 1986\7597] y 22-12-1989 [RJ 1989\9256] , entre otras). 8) No pueden introducirse en el momento de la suplicación cuestiones fácticas novedosas y que no hayan sido objeto de alegación y, en su caso, debate en la instancia (SS. TS de 18-7-1984 [RJ 1984\4192] y 3-3-1987 [RJ 1987\1321] , entre otras muchas), debiendo subrayarse que siendo únicamente las pruebas documental y pericial aptas. para amparar este

tipo de motivo, sólo son admisibles para poner de relieve el yerro fáctico los documentos hábiles que ostenten un decisivo valor probatorio y tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia o idoneidad (SS. del TS de 19-11-1987 [RJ 1987\8028] y 18-1-1988 [RJ 1988\6]), de forma que el error que se denuncia ha de quedar de manifiesto de manera clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas (S^a TS de 18-1- 1988, entre otras), a lo que se ha de añadir que el recurso se da contra el fallo y no contra los hechos o consideraciones jurídicas de la sentencia, siendo intrascendentes al recurso las denuncias por error de hecho o infracción jurídica que no alteren el sentido del fallo (SS. del Tribunal Supremo de 18-10-1982 [RJ 1982 \6185] y 16-3-1987 [RJ 1987\1615] , entre otras muchas).

Se pretende adicionar en el hecho probado 2° una serie de circunstancias del recurrente respecto a la entidad demandada, las fechas de nombramiento y cargos y que percibía doble retribución como director gerente y como miembro del consejo de administración. Se desestima por intrascendente puesto que se recogen en el hecho probado que se pretende alterar las circunstancias precisas para resolver y debe tenerse en cuenta que el Magistrado ha tenido en cuenta para la redacción de los HDP, además de la prueba documental, el interrogatorio y la prueba testifical, por lo que, difícilmente, podrá tener éxito la modificación fáctica basada en prueba documental si el juzgador ha valorado el conjunto de la prueba practicada. Pretende la modificación del hecho probado 3° para incluir el motivo de la modificación del alta de fecha 30-4-13 y que no consta que la revocación de poderes le haya sido notificada. Se desestima puesto que también resultan intrascendentes y el juzgador ha valorado sobre la constancia de la revocación de poderes. Seguidamente se solicita la modificación del hecho probado 4° para que se añada que la administración concursal decidió dejar de abonarle el sueldo como Presidente ejecutivo desde hace dos meses y que el actor continuó acudiendo regularmente a las oficinas de la empresa. Se desestima puesto que el juzgador se ha basado en otras pruebas y argumenta sobre los efectos de la dimisión. Solicita la adición en el hecho probado 5° de lo siguiente: "*como administrador de la sociedad.*". Se

desestima por intrascendente y porque el juzgador ha valorado en el FJ 3º, *in fine*, que el cese lo fue como consejero, cargo que nominalmente seguía ostentando. Finalmente, solicita la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor: "*El Consejo de administración facultaba al demandante para actos tales como venta de buques, desembolso parcial de acciones, para constituir sociedades etc.*". Igualmente se desestima por intrascendente a los efectos que se pretende pues resulta claro que, desde la posición que ostentaba el recurrente, se podrían realizar las actividades que se exponen.

TERCERO.- Inalterada la relación fáctica, el actor ostentaba el cargo de presidente del consejo de administración y percibía como director gerente la suma de 55.266,60 € mensuales. Por Auto del Juzgado de lo Mercantil de fecha 25-4-13 se declaró el concurso de la entidad demandada. Se acordó la suspensión de facultades de administración y disposición. La administración concursal decidió que no le fuera abonada la referida cantidad al recurrente en las siguientes mensualidades. El día 22-5-13 se le revocaron los poderes. El día 17-7-13 el actor firma carta dirigida a los demás consejeros en la que presenta la dimisión como presidente y reconoce no estar al frente de la dirección operativa desde la declaración de concurso. Se reconoce también que no habría percibido indemnización alguna por resolución de contrato. El día 12-9-13 el recurrente cesa como miembro del consejo de administración al procederse a la íntegra renovación del mismo y el día 16-9-13 comunica la baja en la seguridad social.

El recurrente solicitaba en el incidente concursal la extinción del contrato de alta dirección y el abono de 663.199,20 € en concepto de indemnización.

CUARTO.- Puestas de manifiesto las circunstancias concurrentes, la Sala va a confirmar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil y ello sin que sea preciso dilucidar la jurisdicción competente y ello aunque le aparezcan dudas a la Sala, puesto que el Juez de lo Mercantil ya lo ha analizado y ha concluido su competencia en virtud del art. 8 y 65 de la Ley Concursal, lo que tampoco han puesto en duda las partes ni en el recurso ni en las impugnaciones. En definitiva, se alega por el recurrente la existencia de un contrato

de alta dirección por cuya extinción solicita una indemnización que va a negar el juzgador puesto que en fecha 16-9-13 se le cesa simplemente como consejero y no como director gerente que, en su caso, se habría dado por finiquitado en virtud del contenido de la carta de dimisión, por lo que, en modo alguno, se puede hablar de despido o cese en ese momento ni por esa causa.

Se alega por el recurrente infracción del art. 15 RD 1382/1985 en relación con el art. 59.3 E.T.; inaplicación del art. 7.1.a) y 97.2 k) L.G.S.S. en relación con el art. 1.3 c) E.T. y 1.3 RD 1382/1985; inaplicación del art. 1 RD 1382/1985 y jurisprudencia e infracción del art. 11.2 y 3 RD 1382/1985 en relación con el art. 55 E.T. entendiéndose, básicamente, que no se ha producido caducidad de la acción, tampoco cese voluntario puesto que la dimisión lo es del cargo de presidente del consejo de administración y no de director gerente.

Ciertamente un sector de la doctrina, como resume la S.T.S.J. Madrid 26-5-08, ha sostenido que la exclusión a la que se refiere el art. 1.3 c) del ET afecta únicamente a quienes desempeñan funciones formales de representación y gestión, pero no a quienes cuentan con una delegación general de facultades con suficiente intensidad y contenido para que sus funciones puedan identificarse con las propias de un alto directivo. Esta posición es la que parece deducirse de algunos pronunciamientos del TS en sentencias como las de 25-10-90, 13-5-1991, 24-10-2000 y 26-2-2003. La sentencia de 26-2-2003 de la Sala de lo de lo Social del TS afirma lo siguiente: "El problema surge cuando nos preguntamos si este papel de alto cargo podrá ser asumido por quien ya es, o lo es desde entonces, consejero de la sociedad. La respuesta no ha sido única. Por el contrario, se enfrentan **dos concepciones: a) la dualista** o permisiva: es posible desempeñar ese doble papel; con lo que el consejero, en cuanto alto cargo, prestará unos servicios de entera dedicación, y será adecuadamente retribuido, todo mediante pacto. b) **la monista o restrictiva**: es imposible la dualidad recién descrita desde el momento en que el papel y las funciones de un administrador absorben, «per se», aquellas que se intenta asignar a título jurídico diferente, como es el propio del alto cargo. La jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme y mantenida. Si nos situamos en la

esfera civil, recordaremos la STS (1ª) de 30 diciembre 1992 (caso Huarte; rec. 1196/1991); rechazó el pacto indemnizatorio establecido en un contrato con un administrador ejecutivo relativo al ejercicio de funciones de dirección general, argumentando que, al entrar aquéllas entre los cometidos inherentes al cargo de consejero, el citado contrato debía someterse a la normativa aplicable a los administradores; lo que en rigor se declara es la nulidad del pacto indemnizatorio establecido en una supuesta relación de alta dirección con un consejero delegado, alegando que dicho pacto infringiría la normativa en materia de retribución de los administradores (falta de constancia estatutaria) y el principio de libre revocación del cargo; para afirmar la existencia de tales anomalías, había que partir de una premisa previa, esto es, que los cometidos de alta dirección están integrados dentro de las obligaciones propias del cargo y que por tanto no podía hablarse de relación jurídica separada, sometida a un régimen normativo diferente a aquel que configura el estatuto jurídico del administrador. Pero en fecha más cercana, ha aparecido la STS (1ª) de 9 mayo 2001 (rec. 1058/1996); comienza por advertir que la sentencia anteriormente citada contemplaba en realidad otro tipo de caso; en el de ahora, por contra, «fue la propia mercantil demandada la que fijó la indemnización, a la que se adhirió el actor del pleito al firmar la propuesta». A seguido se repara en que «las facultades y funciones que fueron atribuidas al actor por vía contractual rebasan las propias de los Administradores, al ser de alta dirección y gestión. Con independencia de su integración en el Consejo de Administración, los Consejeros Delegados actúan como verdaderos órganos de la sociedad y su relación con ésta es de carácter interno, si bien respecto al exterior los Consejeros-Delegados operan realizando los fines sociales, en posición que rebasa la de los Administradores, al llevar a cabo actuaciones que son propias de la alta función directiva encomendada»; desde la perspectiva competencial, la Sala partió, sin embargo, de que estaba ante un contrato de servicios sometido a la legislación civil-mercantil, que excluye a la laboral. Por tanto, entró en el fondo del asunto y decretó la eficacia de la cláusula indemnizatoria de mérito. En el terreno social, podemos en rigor hablar de pronunciamientos de sentido diverso, y subrayar que entre ellos abundan los que se inclinan por la remisión del

asunto al juez civil, tras el entendimiento de que los actos encomendados al supuesto alto cargo están ya atribuidos, "ex lege", al propio administrador. Pero no estará de más recordar fallos en que se vertieron apreciaciones de signo opuesto; así: STS (4ª) de 25 octubre 1990 (rec. 311/1990) y 3 mayo 1991 (rec. 977/1990), entre otras. Y en fecha más reciente, la STS (4ª) de 24 octubre 2000 (rec. 292/1999). En esta última se introduce una reflexión del mayor interés: «ninguno de los hechos probados ha puesto de manifiesto que la actividad del trabajador se proyectara de forma autónoma e independiente y en forma tal que, falto de toda dependencia o sujeción, sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad; ni siquiera, se precisa, un solo acto del Consejo de administración, en el que el trabajador interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el vínculo mercantil». En realidad, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en estos pronunciamientos, introduce importantes puntualizaciones en torno a dos aspectos sobresalientes del problema. 1/ uno, que viene a ser de carácter práctico, y roza la justicia material del caso: no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, lo cual exige unas garantías mínimas manifestadas en una estabilidad aceptable y en una retribución adecuada; lo que se consigue estando a los términos de ese pacto, o si se quiere, a lo que ha sido uno de los principios tradicionales más arraigados del derecho español: la fidelidad a la palabra dada; siendo luego secundario que ese pacto se califique como generador de una relación de servicios civil-mercantiles, sometida a los jueces de lo civil, o una relación de alta dirección en sentido estricto, sometida a los jueces de lo social. 2/ otro, que viene a ser de carácter dogmático o conceptual: quien asume ese tipo de relación (de servicios, de trabajo por cuenta ajena), se está sometiendo contractualmente a unas limitaciones muy señaladas, que en manera alguna definen o delimitan la figura del administrador; en efecto, ese gestor por encargo tiene que sujetarse a las instrucciones que emanan de la sociedad, a través de su consejo de administración, sin que, en el mismo, su voz como consejero sea en modo alguno determinante en cuanto a esas instrucciones, por genéricas que éstas fueren; a la par que compromete su plena dedicación a gestionar la

empresa; y hasta acepta estipulaciones de no competencia («rectius»: compromisos de no gestionar otras entidades). Generándose, por este camino, una figura y un estatuto jurídico que en modo alguno puede confundirse con, o superponerse a, el de administrador societario". En la Sentencia de 24-10-2000 , el TS dijo que: "En efecto, ninguno de los hechos probados ha puesto de manifiesto que la actividad del trabajador se proyectara de forma autónoma e independiente y en forma tal que, falto de toda dependencia o sujeción, sus facultades alcanzaran al control individual de la sociedad; ni siquiera, se precisa, un solo acto del Consejo de Administración, en el que el trabajador interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el vínculo mercantil. De contrario, el relato histórico-fáctico acredita la existencia, de una prestación de servicios del demandante, primero con una sociedad mercantil y luego con aquella otra sociedad, Herban Motor, SA, que se subroga en el contrato de trabajo que el recurrente tenía con la anterior. En esta última, que es la que le despide, el trabajador asume la cualidad de socio durante un período corto, de una participación minoritaria, y a la vez de vocal del Consejo de Administración, cargo último quizá más «formal» que «real» (STS 14 de octubre de 1998), dado el silencio de hechos probados al respecto. En definitiva, no existen indicios de que el cargo en el Consejo de Administración haya «eclipsado» (SSTS de 24 de octubre de 1988 y 18 de marzo de 1991) la posibilidad y realidad del trabajo dependiente desempeñado por el recurrente". Pero para otro sector doctrinal tanto científico como jurisprudencial, que es el que parece haberse impuesto mayoritariamente, y al que nos sumamos, **son inherentes al cargo de consejero todos los cometidos que se refieran a la administración social , incluidas, por tanto, las funciones directivas, del art. 1.2 del RD 1382/1985.** Exponente de esta línea es la Sentencia del TS de 3-6-1991, con precedente en la de 29-9-1988 , según la que: "El art. 1.3.c) del ET dispone que se excluye del ámbito regulado por esa ley «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». Ahora bien, 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 arts. 71 a 83 de la Ley de 17 de julio de 1951 y actualmente se recogen en los arts. 123 a 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedad Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, tienen 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 art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Se estima conveniente recordar aquí que voces muy autorizadas han manifestado que «la sociedad anónima, como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa», y que estos «órganos sociales son personas físicas o pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales», y así mismo que «como cualquier otra persona jurídica la sociedad anónima necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos o negocios de relación con terceros a través de los cuales realiza el

objeto social para cuya constitución fue constituida». Es claro, pues, que esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte íntegramente de la sociedad; de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir de las personas naturales que los componen es en definitiva la actuación de la propia sociedad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, están unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral. Y precisamente, en la sociedad anónima las funciones de dirección, ejecución, gestión y representación como, hemos apuntado en líneas anteriores, corresponden y pertenecen al órgano de administración de la misma, cualquiera que sea su forma. Así se ha hablado, refiriéndose al mismo, de «órgano de administración o poder ejecutivo encargado de ejecutar la voluntad social formada por la Junta General, de la gestión de la empresa (de la que es titular la sociedad), y de la representación de la sociedad frente a terceros», y se ha precisado también que «la sociedad anónima, en su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros», por lo que también se ha afirmado que «lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho de que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales». (...) Así la importante sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1991, tras analizar los arts. 1.3 .c) y 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, estima que «se aprecia la existencia de un punto de coincidencia en la delimitación de las actividades consideradas en los mismos, pues la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza», y especifica a continuación que «en realidad, como destaca para las sociedades anónimas la sentencia de 29 de septiembre de 1988, los cometidos inherentes a un miembro del órgano

de administración social, son en principio, todos los correspondientes a la administración y representación de la sociedad, como se advierte de un examen de los arts. 73 y 76 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 , vigente en el período a que se refieren las presentes actuaciones, por lo que ya se trate de un administrador único, de administradores solidarios o de miembros de un Consejo de Administración, la actividad de los administradores, en cuanto órganos sociales, queda excluida de la legislación laboral»; por todo lo cual concluye la sentencia reseñada que «cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral»...

La jurisprudencia ha reconocido la compatibilidad de una relación laboral común con la condición de socio en una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil de capital, siempre que la participación no llegue al 50% del capital social (sentencias del TS de 14-6-94, 19-10-94, 14-4-97, 12-3-98, 3-4-01). Asimismo se ha declarado que cabe la acumulación de la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad, con una relación laboral común, no así con la especial de alta dirección, puesto que la jurisprudencia aludida ha declarado que las relaciones de administración social y de alta dirección son incompatibles, prevaleciendo en tal caso la calificación mercantil de conformidad con una reiterada doctrina (sentencias de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero de 1991, 18 de marzo de 1991, 29 de abril de 1991, 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 16 de junio de 1998 y 20 de noviembre de 2002); doctrina que no ha quedado afectada por la sentencia de 26 de febrero de 2003 , que es una resolución que no decide sobre esta cuestión, ni crea doctrina unificada, al desestimar el recurso por razones procesales (como precisa la sentencia de 17 de julio de 2003)...

De acuerdo con esta doctrina, 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, 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 . Por ello en este precepto tienen cabida tanto los consejeros "pasivos" o meramente consultivos, como los que asumen la gestión efectiva de la sociedad, como administrador único o mediante delegación del propio órgano (consejero delegado, consejero miembro de comisión ejecutiva) pero también en el más infrecuente supuesto, como el de autos, de apoderamientos del órgano de administración a sus propios integrantes (supuesto admitido por la sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de febrero de 1997 , pues no hay norma imperativa que impida que el apoderado sea miembro del consejo de administración). En este caso no hay obstáculo legal a que las tareas ejecutivas y de gestión de la sociedad se encomienden a los consejeros por áreas o por grupos de materias, según los diversos apoderamientos conferidos. **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 del 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."

La reciente S.T.S. 12-3-14 también admite la aplicación de la "teoría del vínculo" y, en ese caso, se daba la circunstancia, parecida a la actual, de que "el demandante, cuando era Presidente del Consejo de Administración de la empresa demandada celebró, en fecha 9/7/2009, un contrato con la misma cuyo objeto era "para la prestación de servicios de director general", contrato que fue expresamente calificado como de naturaleza mercantil y que fue coexistente con su condición de Presidente del Consejo de Administración hasta el 21/9/2010, fecha en que cesa como Presidente del Consejo pero continuando como miembro del mismo, por lo que subsiste, a partir de esa fecha, la coexistencia de su pertenencia al Consejo de Administración y su contrato como director general, lo que permitiría aplicar la denominada "teoría del vínculo", en virtud de la cual, cuando se produce esa concomitancia de funciones, predomina el vínculo orgánico y, por ende, la naturaleza mercantil de esa relación jurídica compleja o -a veces se explica así- de ambas relaciones jurídicas. Solo cabría hablar de la coexistencia de dos relaciones jurídicas - una mercantil y otra laboral- cuando la segunda fuera una relación laboral común pero no la relación especial de alto cargo directivo. Dicha doctrina se ha seguido desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia de nuestra Sala..."

QUINTO.- Por tanto, aún admitiendo la coexistencia de dos relaciones jurídicas con la sociedad, la teoría del vínculo haría predominar la naturaleza mercantil y no laboral de la relación, por lo que, de ningún modo, podría tener éxito la pretensión indemnizatoria ni resolutoria expuesta en el incidente de ejecución. Pero es que, además, y así se ha valorado por el juzgador sin que sea erróneo ni arbitrario, la carta de dimisión a que se hace referencia en el hecho probado 4º en relación con la falta de abono de los salarios desde la declaración de concurso, concluiría en la voluntariedad del recurrente en la cesación de la prestación de servicios de lo que denomina de alta dirección, reconociendo no estar al frente de la "dirección operativa". En definitiva, el recurso debe ser desestimado y, por ello, la sentencia confirmada, sin que se aprecien elementos suficientes,

como la absoluta falta de justificación de la reclamación del recurrente, para imponer sanción por temeridad al actor.

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de MANUEL FERNANDEZ DE SOUZA-FARO contra la sentencia de fecha 25-11-13, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Pontevedra, en incidente concursal, promovido por el recurrente contra PESCANOVA S.A. y la Administración concursal, y confirmamos la sentencia recurrida.

Se incorporará el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de sentencias de esta.

Se expedirán certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal y a los autos principales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 600 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las

Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a diecinueve de Junio de dos mil catorce. Doy fe.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL