

Alto directivo, consejero y concurso de acreedores: teoría del vínculo sí, pero relación laboral también

A pesar de calificar la relación como mercantil y no laboral, se reconocen cantidades indemnizatorias por extinción contractual si coinciden con las admitidas por la administración concursal y se admiten cantidades retributivas si aquélla decidió aceptar la retribución en unos meses sí y en otros no.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GómezAcebo & Pombo

1. En el seno del concurso de acreedores se plantea una interesante cuestión con elementos laborales. La representación de la empresa suscribe con el interesado un contrato de alta dirección. En este contrato se pacta una indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso y una compensación económica por no competencia. Con posterioridad, el interesado es nombrado consejero de la empresa. Esta última es declarada en concurso y la administración concursal comunica la extinción del contrato. El consejero inter-

pone una demanda de incidente concursal laboral por extinción improcedente de su contrato, desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en aplicación de la «teoría del vínculo» por su naturaleza mercantil y no laboral. Esta sentencia fue objeto de aclaración en el sentido de precisar que no se entraba a valorar ni a discutir los posibles efectos derivados de la extinción, pero la sentencia no fue recurrida. La administración concursal solicita que se dejen sin efecto los derechos indemnizatorios por extinción de contrato, preaviso y

obligación de no competencia por entender que la relación es mercantil y no laboral y que, subsidiariamente, se moderen los derechos indemnizatorios por extinción de contrato, preaviso y obligación de no competencia de forma que se libere a la empresa del abono de importe alguno por estos conceptos.

En este contexto, la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda, en su Sentencia (Sala de lo Civil) número 1819/2025, de 11 de diciembre, la construcción jurisprudencial del orden social en torno a la teoría del vínculo, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) número 206/2022, de 9 de marzo —con cita de varias sentencias anteriores—, al manifestar 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» (FJ 3).

Esta jurisprudencia parte de considerar que hay un desempeño simultáneo de las funciones de alta dirección y del consejo de administración, pero cabe la

posibilidad de que una siga a la otra. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de mayo del 2011 (rec. núm. 427/2010) se concluye que «... el nacimiento del vínculo societario ha supuesto la extinción del previo laboral, con la consiguiente incompetencia de este orden social para resolver las controversias que se susciten entre las partes en litigio. Y no existe en el caso norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación de alto cargo tras el cese como consejero o sobre el mantenimiento, tras dicho cese, del derecho al percibo de la indemnización pactada en el contrato de alto cargo, cuyo contenido y alcance deba ser interpretado por esta Sala» (FJ 4).

Por consiguiente, para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el inicio del vínculo societario acarrea la extinción de la relación laboral especial de alta dirección anterior si no existe norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación laboral especial tras el cese como consejero ni sobre el percibo de indemnización por la extinción de la citada relación laboral.

2. El problema surge, no obstante, con la condición de consejero de quien, previamente, ha mantenido una relación de alto directivo con la empresa.

La Sala estima que, cuando se trata de un consejero delegado o con funciones ejecutivas, conforme al artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), la sociedad ha debido suscribir un contrato (de gestión societaria), a cuyo contenido se refiere el artículo 249.4 de dicha norma. En efecto, el citado precepto señala que en

dicho contrato deberán detallarse todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluidas, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá

El consejero con funciones ejecutivas debe suscribir un contrato con su retribución, incluyendo la indemnización por su cese

percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Por su parte, el artículo 217 de dicha ley señala que la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

La cuestión se complica si no se ha suscrito el contrato al que se refiere el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Y, sobre todo, en los casos en que el único contrato con la sociedad es el de alta dirección, máxime si es previo al nombramiento como consejero delegado o con funciones ejecutivas, ya que, con-

forme a la jurisprudencia expuesta del orden social, el contrato de alta dirección quedará extinguido. Pues bien, en el supuesto que analiza la citada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1819/2025, como en otros casos de similar factura, no hay constancia de la retribución en los estatutos (consta que el cargo es gratuito) ni se ha suscrito el contrato de dicho artículo 249.3. El Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda de la administración concursal y desestimó la reconvenCIÓN del alto directivo porque consideró que el sistema de retribución de este último como consejero había sido

aprobado por el órgano de administración, pero no cumplía lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que no constaba en los estatutos ni había sido aprobado por la junta general. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocaría esta decisión por entender que no resultan aplicables al caso los artículos 217 y 249 de dicha ley porque la acción ejercida tiene un contenido estrechamente concursal, no societario.

3. Y, en el ámbito concursal, sólo el plan de reestructuración contiene una regulación homogénea para los consejeros y los altos directivos. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 621 de la Ley Concursal (LC), «cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, el plan de reestructuración podrá prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección». En caso de extinción,

en defecto de acuerdo, el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos. Las controversias se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación, y la sentencia será recurrible en suplicación.

Pero la Sala interpreta que, como en el ámbito concursal esta regulación no existe como tal, deberán aplicarse los preceptos propios del concurso, no siendo equiparables los supuestos del consejero y los del alto directivo, como sí lo son en el ámbito de la reestructuración. Así, el artículo 130 de la Ley Concursal dispone que, «si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir la cuantía de la retribución a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y de la importancia de la masa activa». Y, en la versión anterior de la ley —aplicable al supuesto de hecho—, el antiguo artículo 48.4 de la Ley Concursal disponía en similares términos que «si el cargo de administrador de la persona jurídica fuera retribuido, el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada».

Por su parte, el artículo 61 de la originaria Ley Concursal —vigente en el momento de la extinción del contrato por la adminis-

tración concursal—, relativo a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, preveía que «la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa». Ahora, el artículo 165.3 de la Ley Concursal señala que «la demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan. El crédito que, en su caso, corresponda a la contraparte en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal».

Del mismo modo, el artículo 133.1 de la Ley Concursal permite que el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, pueda acordar, como medida cautelar desde la declaración de concurso de persona jurídica, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y de directores generales de la persona jurídica concursada así como de quienes hubieran tenido esta condición

dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que, en la sentencia de calificación, las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura total o parcial del déficit en los términos previstos en la ley.

Por lo tanto, y aun admitiendo que en el proceso concursal exista una regulación específica para el alto directivo (arts. 186 y ss. LC), la Sala estima que, en este caso, sólo es aplicable al consejero la supresión o reducción de la retribución (art. 130 LC) y el embargo de bienes y derechos (art. 133 LC). Pero nada dice en relación con la resolución del contrato del artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital, si lo hubiere, ni del pago de la indemnización por cese ni del aplazamiento del pago del crédito relativo a la indemnización que, en su caso, corresponda al consejero ejecutivo, como sí prevé el artículo 188 de la Ley Concursal respecto del alto directivo.

4. Pese a ello, y en atención al caso concreto, la sentencia recurrida estima parte de los conceptos reclamados por el alto directivo y no accede a dejar sin efecto la indemnización por cese, que era el primer pedimento de la administración concursal, con lo que ésta se ha aquietado. Precisamente, porque el crédito que ha reconocido la Audiencia coincide con el crédito que la administración concursal le ha reconocido. En cuanto a los conceptos retributivos reclamados, la Sala estima que, declarada la naturaleza mercantil de la relación, no procede la reclamación de conceptos laborales. Sin embargo, la Sala interpreta que no se justifican las razones por

las que la administración concursal decidió no abonar las retribuciones reclamadas ni reconocer el crédito cuando admite las correspondientes a un mes posterior. No basta con decir que obedece a la situación del concurso porque, si decidió reducir las retribuciones en un determinado mes, debió seguir el mismo criterio en la siguiente mensualidad o, al menos, justificarlo expresamente para no incurrir en arbitrariedad. Por lo tanto, procede reconocer esas cantidades retributivas.

No hace lo mismo con las cláusulas de no competencia y de incumplimiento del preaviso recogidas en el contrato de alta dirección suscrito. La Audiencia las descarta porque, en el procedimiento concursal, prima la situación patrimonial de la empresa. Pero el Tribunal Supremo explica que son las circunstancias del concurso las que justifican la negativa. En primer lugar, porque tras la declaración de concurso, el preaviso pierde su sentido. Si la administración concursal decide extinguir el contrato, habrá tomado esa decisión en el momento que entienda que mejor conviene a los intereses del concurso. No cabe someter esta decisión a un determinado preaviso, máxime si tenemos en cuenta que, incluso, cabe dejar sin efecto la retribución del administrador durante el concurso, por lo que el incumplimiento del preaviso no puede dar lugar a una indemnización.

Tampoco procede reconocer la indemnización por no competencia porque, tras la apertura de la liquidación de la sociedad concursada, que presupone su disolución, ha cesado su razón de ser. Esta compensación viene anudada a la prohibición de competencia durante un determinado

plazo de tiempo, con la que se pretende evitar que el alto directivo o el consejero delegado o con funciones ejecutivas, según los casos, aproveche los conocimientos adquiridos en la gestión de la empresa, en beneficio propio o de un competidor, tras extinguirse o resolverse su relación contractual con la sociedad. En consecuencia, la Sala decide que fue el auto de apertura de la liquidación el que causó el cese del consejero por ministerio de la ley, al margen de que la administración concursal entendiera que, como tenía suscrito un contrato de alta dirección, debía extinguir esta relación.

5. Abstracción hecha del complejo recorrido procesal del supuesto analizado, resulta extraordinario que se recurra como presupuesto de base a la teoría del vínculo, pero se admitan procesalmente cantidades indemnizatorias y retributivas derivadas del contrato laboral de alta dirección. Por supuesto, tiene más sentido la regulación que homologa los efectos de ambas

relaciones en materia de reestructuración y no parece que tenga excesiva lógica su falta de aplicación cuando, en el procedimiento concursal, se recoge el régimen de extinción y suspensión del contrato de alta dirección. Porque, en este caso, no queda claro si el consejo de administración ratificó el contrato de alta dirección y lo «reconvirtió» en el contrato del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, como se hace con frecuencia, aunque, en este caso, por defectos formales, no se admitiera su existencia. Suele ser una práctica cada vez más frecuente a efectos de «blindar» la relación laboral del consejero ejecutivo. Lo que carece de sentido es estar «seleccionando» lo que sí se admite y lo que no; cuándo es alto directivo y cuándo consejero; qué legislación se aplica, si la societaria o la concursal, si finalmente, con las cantidades pertinentes y que han sido el objeto de la verdadera controversia, se recurre a conceptos laborales, ya salariales, ya indemnizatorios.