

## EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

**Eduardo E. Taléns Visconti**

Profesor Investigador “Atracció de Talent”. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València.

[Eduardo.talens@uv.es](mailto:Eduardo.talens@uv.es)

El artículo 65 LC regula un régimen particular para el caso de los contratos celebrados con el personal laboral de alta dirección. Este precepto presenta un cuerpo bastante más reducido si lo comparamos con el encargado de regular las vicisitudes de las relaciones laborales comunes (artículo 64 LC). Encierra una lectura que a simple vista podría parecer bastante sencilla y elocuente. Antes al contrario, el referido precepto confina un sinfín de dudas interpretativas fruto del laconismo con el que está redactado y de las dificultades que se derivan a la hora de enlazarlo con la normativa sustantiva aplicable a este colectivo, algunas de ellas con una importante repercusión práctica.

Como aspecto introductorio cabe apuntar en este momento que el artículo 65 LC supuso la primera manifestación en nuestro ordenamiento jurídico de un tratamiento singularizado sobre el personal de alta dirección tras la declaración del concurso<sup>1</sup>. No existió hasta la fecha de la promulgación de la Ley Concursal previsión alguna sobre las eventualidades del contrato de alta dirección en las situaciones de insolvencia, por lo que eran normalmente reconducidas al régimen exclusivo contemplado en el RD 1328/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de Alta Dirección. El primer antecedente sobre esta cuestión se encuentra en un trabajo prelegislativo del año 1995 donde se establecía la posibilidad de que los síndicos pudieran extinguir o suspender los contratos del personal de alta dirección<sup>2</sup>. Así las cosas, ya en el Anteproyecto de Ley Concursal y en su posterior Proyecto de Ley se advertían ciertas particularidades respecto al tratamiento del personal de alta dirección dentro del concurso que, en esencia, vinieron a coincidir con la regulación que

---

<sup>1</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006. Página 7.

<sup>2</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 8.

posteriormente vio la luz con la definitiva promulgación de la citada ley. Con todo, cabe apuntar que el artículo 65 LC ha permanecido prácticamente invariable hasta nuestros días, conservando casi la misma redacción desde el año 2003, salvando una ligera incorporación aclaratoria de corte procesal que fue introducida por la reforma concursal del año 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre) y que en el fondo venía a determinar *ex lege* la vía del incidente laboral en materia concursal previsto en el artículo 195 LC para sustanciar todas aquellas cuestiones derivadas de la aplicación del artículo 65 LC.

### **1. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 65 LC.**

Antes que nada debemos de delimitar quiénes son los sujetos a los que va dirigido el artículo 65 LC y con ello sus particulares previsiones. El citado precepto utiliza a lo largo de sus diversos apartados indistintamente los términos “personal de alta dirección” y “alto directivo”, por lo que sin demasiados esfuerzos interpretativos parece que se estaría refiriendo a los trabajadores comprendidos dentro del artículo 1.2 del RD 1328/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de Alta Dirección (en adelante RDAD). La referencia exclusiva a los sujetos enmarcados dentro del citado precepto reglamentario ha sido explicada por ALTÉS TÁRREGA con base a categóricos argumentos: tanto por la propia ubicación sistemática del artículo 65 LC, integrado junto al artículo 64 LC y 66 LC, es decir, dentro de lo que ha denominado como “efectos del concurso sobre los contratos de trabajo”; por la alusión a categorías laborales tales como “extinción” o “suspensión del contrato”; por la utilización de la misma terminología empleada en el RDAD; así como, que en el apartado tercero de este artículo habla de “contrato de trabajo” de este alto directivo y hace referencia en el mismo a una indemnización laboral<sup>3</sup>. De este modo, debemos de diferenciar la aplicación exclusiva del artículo 65 LC respecto de otras figuras más o menos afines, tales como podrían ser, de un lado, el personal orgánico o societario de la empresa, y de otro lado, aquellos directivos encuadrables dentro de los lindes de la regulación estatutaria y para los que resulta de aplicación el artículo 64 LC, puesto que no cabe olvidar que la naturaleza jurídica del personal de alta dirección contemplado en

---

<sup>3</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. 2010. Página 3 (del pdf).

el RDAD se sitúa a caballo entre estas dos figuras. Para ello hemos de partir indubitadamente de la definición que el artículo 1.2 RDAD ofrece sobre lo que debemos de considerar como personal de alta dirección, puesto que únicamente a estos sujetos les resultará de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 65 LC. En este sentido, el art. 1.2 RDAD establece textualmente que son personal de alta dirección *“aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*.

Sin entrar en demasiados detalles, debemos de advertir que, con independencia del nombre que quieran dar las partes a un determinado contrato, para denotar la existencia de una relación laboral de alta dirección lo primordial va a ser determinar las funciones que efectivamente desarrollen estos trabajadores de carácter especial. En este sentido, la jurisprudencia suele acogerse a tres elementos o criterios característicos que revelan que en una persona se dan las notas propias del contrato de alta dirección, y estos son: a) que ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa; b) que los citados poderes se refieran a objetivos generales o estratégicos; c) que actúe con plena autonomía y responsabilidad y con ello solamente limitados por órdenes provenientes de la persona o personas que ocupen los puestos de los órganos superiores de gobierno, es decir, de la administración de la empresa. De esta suerte, tradicionalmente se ha venido a considerar a este directivo como un “alter ego” del empresario con funciones inherentes a la titularidad de la empresa, es decir, en la participación en la toma de decisiones y relativas a los objetivos generales de la empresa y no a las meramente técnicas<sup>4</sup>. Así, pese a que el alto directivo no es titular de la empresa ejerce en muchos casos la función de empresario, puesto que entra a definir los objetivos de la empresa, suele contratar en su nombre comprometiendo su patrimonio, contratando y despidiendo personal, endeudándose, abriendo cuentas y otro sinfín de tareas cuyas facultades provienen del propio empresario<sup>5</sup>, no siendo necesario que se formalicen en escritura pública, sino que tales funciones efectivamente vengan

---

<sup>4</sup> STS de 3 de octubre de 2000, rec. 3918/1999.

<sup>5</sup> TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004. Página 765.

ejercitadas de hecho<sup>6</sup>. En consecuencia, las facultades del alto directivo han de afectar a las áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa o bien a los aspectos trascendentales de sus objetivos<sup>7</sup>. En este sentido, todos aquellos ejecutivos que pese a que desempeñen su labor en puestos ciertamente significativos o de sobrada importancia para la empresa pero que sean simplemente técnicos, como podrían ser, por ejemplo, los directores de área (de marketing, de recursos humanos etc.) y demás mandos intermedios, tienen la consideración de “trabajadores comunes” y quedan sujetos a la ordenación estatutaria (Estatuto de los Trabajadores)<sup>8</sup>. Consiguientemente, cuando la empresa para la que prestan servicios estos directivos “intermedios” entre en concurso, les resultará de aplicación las previsiones del artículo 64 LC, sin poder alcanzarles por el contrario las disposiciones del artículo 65 LC, que solamente se reservan a los directivos que compadezcan con la definición de alta dirección que aquí se está intentando bosquejar. Otro de los elementos caracterizadores del personal de alta dirección es, según se ha visto, la facultad con la que estos sujetos ejercen sus funciones, con plena independencia y responsabilidad, lo que les permite decidir autónomamente según su leal y saber entender muchas de las pautas de organización en el seno de la empresa. Este extremo podría no darse cuando al directivo se le obliga a solicitar la autorización de sus superiores para realizar algunas actividades concretas, o cuando ostente poderes limitados cuantitativamente, por ejemplo, a la hora de efectuar operaciones bancarias<sup>9</sup>. En cualquier caso, la predicada autonomía de estos sujetos en nada obsta para que el empresario pueda desplegar sobre el alto cargo su poder organizativo, rector y disciplinario<sup>10</sup>. Con todo, la dependencia del alto directivo debe de provenir directamente del empresario, puesto que si debiera su respeto a cualquier otro superior en rango que no sea el titular de la empresa (sino otro directivo) ya no estaríamos hablando de personal laboral de carácter especial, sino de un “trabajador común” al que le resultaría de aplicación la ordenación dispuesta por el Estatuto de los Trabajadores fuera del concurso y en el artículo 64 LC dentro de esta institución.

---

<sup>6</sup> STS de 18 de marzo de 1991 citada en la obra de MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 13.

<sup>7</sup> STS de 18 de diciembre de 2000, rec. 923/2000.

<sup>8</sup> En este mismo sentido, MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65 LC”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (SAGRERA, J. M<sup>a</sup>. SALA, A. Y FERRER, A. Coords.). Ed. Bosch. 2004. Página 781.

<sup>9</sup> ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 149.

<sup>10</sup> TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 766.

La distinción entre el alto cargo y el personal laboral común según las notas que han sido esgrimidas para identificar al primero es bastante significativa, puesto que, normalmente, al trabajador le interesará recibir la consideración de “ordinario” o “común”, ya que de este modo alcanzará una mayor y más sólida protección que viene amparada por la regulación dispensada por el artículo 64 LC y subsidiariamente por el Estatuto de los Trabajadores. Como es sabido, para modificar, suspender o extinguir colectivamente el contrato de un trabajador común dentro de la ordenación concursal se deberá activar un procedimiento guiado por el Juez del Concurso quien deberá en última instancia decidir acerca de la concreta medida solicitada. Por su parte, todas aquellas medidas laborales que tengan carácter individual contarán con la protección genérica ofrecida por los distintos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Bien distinta es la protección dispensada al alto cargo, a quien se le aplicará cuando la empresa esté en concurso las especialidades propias del artículo 65 LC, que como en seguida veremos, permite llevar cabo sobre estos contratos una suspensión y extinción *ad nutum* o sin causa por la simple voluntad del administrador concursal, junto con la posibilidad de moderar y/o aplazar la indemnización originada por esta circunstancia. Por ello, cuando entren en liza tales condiciones laborales existirá una presunción *iuris tantum* a favor de la relación común, debiendo probarse la relación especial de alta dirección, con base a la limitación que sufren los derechos del personal de alta dirección respecto a los reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena<sup>11</sup>.

Se nos plantea entonces la duda de qué órgano judicial es el competente para resolver cuestiones sobre la existencia de la relación especial o común del directivo. Debemos tener en cuenta en este punto que el artículo 8.2 LC declara la competencia del Juez del Concurso para resolver sobre ciertas materias de índole laboral, entre las que se citan expresamente las relativas a “*la suspensión o extinción de contratos de alta dirección*”. En cualquier caso, tal y como sucedía con el caso de los trabajadores sujetos al Estatuto de los Trabajadores, resulta preciso realizar una interpretación sistemática y descender al precepto concreto que regula tales relaciones laborales, en este caso, al artículo 65 LC, para denotar de esta forma sobre qué concretas materias va ser competente el Juez del Concurso. Operando de este modo deducimos que este órgano

---

<sup>11</sup> En este sentido, ORELLANA CANO, A.Mª. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 150. La autora se apoya en algunas Sentencias emitidas por la Sala Social del Tribunal Supremo, tales como las de 15 de octubre de 1986, 12 de septiembre de 1990 o 4 de junio de 1999.

judicial lo será únicamente para conocer acerca de la impugnación que traiga causa en la suspensión y extinción del contrato del alto directivo, así como las disputas en torno al *quantum* indemnizatorio –su moderación o reconocimiento como crédito concursal o contra la masa-. Por consiguiente, las controversias que se funden en la existencia o no de una relación laboral de carácter especial deberán debatirse en un proceso ventilado ante su juez natural, es decir, el correspondiente al orden jurisdiccional social. Así lo ha venido considerando también algún Auto, como es el caso del dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 22 de febrero de 2010<sup>12</sup>, donde podemos leer el criterio mantenido por dicho órgano, que considera que *“la competencia del juez mercantil no puede extenderse, ni aún con carácter prejudicial, al examen concreto de la exacta calificación de la relación laboral-ordinaria o especial- cuando esta es discutida, cuestión para la que son competentes los órganos jurisdiccionales sociales, si se tiene en cuenta la limitada jurisdicción del juez del concurso en relación con las cuestiones laborales, y las competencias decididamente no expansivas de los juzgados de lo mercantil”*. El conocimiento prejudicial podría alcanzar no obstante a los problemas relacionados con la existencia y cuantificación del crédito del alto directivo, por su posible afectación a la masa del concurso<sup>13</sup>, pero no así para decidir sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral dimanante.

La otra de las situaciones jurídicas que no cabría incardinar dentro del ámbito de aplicación del artículo 65 LC es la de aquellos administradores o consejeros de una sociedad, es decir, los que representan la titularidad de la empresa y mantienen un nexo orgánico con la misma, tradicionalmente simplificados en nuestra disciplina bajo la calificación de “empresario”. Desde esta otra orilla, lo más frecuente será que un sujeto que tuviera una relación de tipo societario pretendiera ser considerado como personal de alta dirección, puesto que cuando la entidad se encuentra inmersa en un proceso concursal podría llegar a lucrar una indemnización sobre la que un miembro orgánico no tendría derecho. Asimismo, si una relación es calificada de alta dirección, el FOGASA podría hacer frente a todo o parte del crédito indemnizatorio resultante de su extinción, en consonancia con la Disposición adicional 5ª ET que remite a las garantías del artículo 33 ET para las retribuciones de estos trabajadores de carácter especial. Por el contrario, si la relación del sujeto en cuestión es tildada de mercantil quedaría

---

<sup>12</sup> AJM de Pontevedra de 22 de febrero de 2010, proc. 143/2009 (JUR/2011/353998).

<sup>13</sup> Un ejemplo de ello: SJM de Murcia de 2 de julio de 2013, proc. 622/2008 (JUR/2013/254807).

excluida toda protección procurada por parte del FOGASA<sup>14</sup>. Todos estos aspectos revisten una gran importancia en los casos bastante usuales de personas que simultanean al mismo tiempo una relación de tipo orgánico -de carácter mercantil-, junto con otra de índole laboral, ya sea de alta dirección o común. En este sentido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se pueden encontrar ejemplos donde se asevera que una misma persona no puede ser remunerada al mismo tiempo por su condición de administrador de una sociedad y por la de trabajador común o especial, ya que la función de administrador absorbería a la de personal laboral. Esta es la conocida como teoría del vínculo que vendría a considerar que la relación laboral quedaría subsumida dentro de la orgánica. En cualquier caso, tampoco son escasos aquellos pronunciamientos que han considerado que ambas funciones son perfectamente compatibles. En suma, se trata de una cuestión debatida en la que no existe a día de hoy un criterio unificador o sentado que despeje totalmente las dudas sobre esta cuestión, aunque parece que la teoría del vínculo ha ido asentándose poco a poco como la dominante, sobre todo en la doctrina emanada del Tribunal Supremo. En el fondo, el conflicto en la práctica surge por las mayores exigencias que se presumen para el caso de una persona que es miembro de un órgano de administración, en especial las retributivas.

Como se ha anticipado en el párrafo anterior, sobre el particular existen varios pronunciamientos jurisprudenciales que consideran la imposibilidad de superponer un vínculo laboral de alta dirección con la condición de administrador de la sociedad<sup>15</sup>. En otras palabras, vienen a prohibir la posibilidad de “laboralizar” a los administradores societarios. El problema de la doble condición de administrador y directivo no es nuevo, y desde la lógica económica trasluce el conflicto de una posible doble remuneración (una como administrador y otra como personal directivo), así como la posibilidad de devengar una indemnización por rescisión del contrato, comúnmente denominada

---

<sup>14</sup> Esta es la solución alcanzada recientemente por la STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2012, rec. suplicación 441/2012 (JUR/2012/402938), donde se consideró que una persona que simultaneaba un relación de alta dirección junto con la función de secretario del consejo de administración de la sociedad debía de ser considerado administrador de la misma, y en virtud de esta relación mercantil no le resultaba de aplicación las garantías del FOGASA a los créditos indemnizatorios debidos por la extinción de su contrato.

<sup>15</sup> Por ejemplo, prohíben el doble vínculo sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tales como: la del 29 de septiembre de 1988 o de 4 de junio de 1996. También existen pronunciamientos de la Sala civil de este mismo sentido, como por ejemplo: la de 8 de junio de 1994 o la de 26 de abril de 2002. Todas ellas coinciden en que la relación de administrador absorbe a la de directivo y que el administrador está excluido del régimen laboral, debiéndose aplicar para estos la normativa mercantil.

“blindaje”. Mayores son los problemas si lo observamos desde el prisma jurídico, puesto que de aceptarse la convivencia de estos dos *status* dentro de la empresa podrían existir desconexiones típicas al darse una duplicidad de normativas. Por ello, aquellos autores que han defendido esta postura doctrinal esgrimen que todos los miembros del Consejo de administración - desde el Presidente hasta el último vocal-, tienen el mismo rango en lo que se refiera a su consideración de administrador y, por ende, a todos ellos se les debería de excluir la relación laboral<sup>16</sup>. En este sentido, entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 1992 esgrimió que *“en modo alguno se puede aplicar ni por analogía a una relación entre la sociedad y un miembro del Consejo de administración las normas que rigen los contratos de personal de alta dirección, entre ellas, por la importancia para el caso litigioso, el art. 11 del RD 1382/1985...”* Por su parte, en otra sentencia de este mismo año dictada esta vez por la Sala de lo Social con fecha de 7 de abril de 1992 se afirmó que *“ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala”*<sup>17</sup>. Esta postura se ha mantenido como dominante hasta nuestros días, pudiendo traer a colación pronunciamientos más recientes que continúan en esta misma línea, v.gr. la STS de 24 de mayo de 2011<sup>18</sup> que persiste en la idea de que lo que determina la calificación de la relación de un sujeto que simultanea el cargo de administrador y alta dirección o gerencia no es el contenido de las funciones que desempeña sino la naturaleza del vínculo. De este modo, se asevera por la referida sentencia 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, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y una relación de carácter laboral”*. La solución

---

<sup>16</sup> Vid. Por ejemplo, FARRANDO MIGUEL, I. “La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos. (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo penal, de 17 de julio de 2006)”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27. 2006. Página 406.

<sup>17</sup> Sentencias extraídas del estudio de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)”. En *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 28. 2007. Página 30. SÁNCHEZ-CALERO, POLO y FARRANDO MIGUEL, entre otros tantos, parecen posicionarse a favor de esta teoría.

<sup>18</sup> Rec. 1427/2010.



correcta, si se considera como válida esta postura pasaría por suponer tales percepciones como contrarias a derecho, por incumplir los requisitos establecidos en las leyes mercantiles. Por lo tanto, una indemnización por despido o demás retribuciones laborales obtenidas por un consejero o administrador que a su vez sea alto directivo quedaría vinculada por su relación de administración y, por ende, bajo la exigencia estatutaria y aprobación por parte de la junta de socios. Ello no quita para que los administradores puedan legalmente prestar otro tipo de servicios distintos al de su condición gobernadora, obviamente siempre y cuando sean radicalmente distintos de las funciones directivas, como por ejemplo un contrato de prestación de servicios o de obra más o menos esporádico (así entiendo que se desprendería del artículo 220 Ley de Sociedades de Capital).

En sentido contrario también existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales aislados que han venido admitiendo la posibilidad de convivencia bajo una relación de doble vínculo<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, la STS de 27 de marzo de 2003 entendió perfectamente posible la combinación entre una relación mercantil y laboral, exigiéndose la previsión estatutaria en el caso de que se retribuya por el ejercicio del cargo de administrador, y la posibilidad de otra retribución distinta de índole laboral para el caso de sus servicios de alta dirección. De este modo, en caso de despido podrían tener cabida las distintas causas indemnizadas presentes en el RD 1328/1985. Pero, sin lugar a dudas, uno de los pronunciamientos más sonados a favor de esta tesis fue el que realizó el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en su sentencia de 17 de julio del año 2006. En ella se debatieron unas cantidades exorbitantes que percibieron dos miembros del consejo de administración al poco tiempo de lograrse la fusión entre el Banco de Santander y el Banco Central Hispanoamericano, para conformar el Banco Santander Central Hispano.<sup>20</sup> En este caso los magistrados, pese a considerar tales remuneraciones como integrantes de una posible violación de carácter ético, razonaron que la misma depende, en definitiva del mercado. Con ello terminaron por afirmar que *“el mercado es el que fija sus altísimas retribuciones, cuyas cifras estamos acostumbrados a ver en los medios de comunicación social, y son producto de los beneficios que reporten a las*

---

<sup>19</sup> Por ejemplo así parecen posicionarse las STS de 9 de mayo de 2001, de 27 de marzo de 2003 o 26 de abril de 2002.

<sup>20</sup> Concretamente recibieron cuantiosas cantidades tanto el Sr. XXX y el Sr. YYY. Ambos eran dirigentes del Banco Central Hispano. El primero recibió una pensión vitalicia de jubilación y un bonus de 43.750.000 de euros y diversas retribuciones en especie. El segundo recibió en su marcha 108.182.178,78 euros que con debida retención quedó en 56.254.732,98 euros.

*empresas a las que dedican sus esfuerzos profesionales*”. La Sala entendió que las percepciones fueron aprobadas por la junta general y fueron realizadas de acuerdo con el normal proceder societario. Con todo, alguna de estas retribuciones no aparecía en los estatutos, siendo que lo que vino a permitir esta sentencia es la compatibilidad de que una misma persona integre la figura de consejero y gerente. De este modo, según SÁNCHEZ ÁLVAREZ podría existir división dentro del propio Consejo de administración y coexistir consejeros con relación meramente mercantil junto con otros que puedan combinar, según esta segunda tesis un contrato mercantil y laboral, si bien referido simplemente para el caso de sociedades cotizadas en bolsa, donde la posibilidad de salvar la teoría del vínculo tiene una mayor acogida<sup>21</sup>. Esta idea se basa en que dentro del propio consejo se permite, en virtud del artículo 124.2 d) del Reglamento del Registro Mercantil, registrar a qué consejeros se les permite individual o conjuntamente ostentar la representación. Es precisamente esta división del trabajo lo que puede llevar a que efectivamente puedan darse distintas retribuciones. Similar opinión ha ofrecido sobre el particular PAZ-ARES, para quien la primera tesis descansa sobre una falacia o error *“que es juzgar por el mismo raso las formas simples de organizar la administración de una sociedad –administrador único, administradores solidarios y administradores mancomunados- y las formas complejas – el consejo de*

---

<sup>21</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. “¿Debe modularse la doctrina del TS y de la DGRN sobre la retribución de los administradores a la luz del art. 35.D) del CUBG?”. En Revista de Derecho de Sociedades, núm. 28. 2007. Páginas 302-303. Esta postura también se defiende en TALÉNS VISCONTI, E.E. “La retribución de los administradores y directores generales de las sociedades cotizadas”. En *Derecho de los Negocios*, núm. 267. 2013. En mi opinión, en el caso de las sociedades cotizadas, que es el tipo societario que se está analizando en estas líneas, debe primar la segunda de las tesis. En otras palabras, en el caso de sociedades cotizadas un consejero puede ser gerente sin ser este puesto absorbido por su condición de consejero. Ello llevaría a que tengan cabida los contratos de alta dirección, blindajes, indemnizaciones y demás aspectos propios de una relación laboral. El porqué de esta afirmación la baso en la existencia del Código de Buen Gobierno Corporativo. Por lo tanto, parece que se está legitimando esta posibilidad. Por otro lado, se definen dos tipos de consejeros más: los dominicales y los independientes, permitiéndose así distintos roles dentro del Consejo de Administración. Además, en las recomendaciones referentes a la retribución de consejeros se habla de la posibilidad de indemnizaciones y blindajes en el caso de consejeros ejecutivos. Por su parte, la Ley del Mercado de Valores exige la presentación del informe de buen gobierno basado en el CUBG, el cual como se ha dicho, permite este tipo de consejeros y estas retribuciones de carácter laboral. También en el artículo 61 bis LMV cuando se regula el contenido mínimo de este informe, se menciona dentro del apartado c) (que habla de su estructura), que se indique la existencia de consejeros cruzados o vinculados. De las anteriores consideraciones se deduce una discusión en absoluto cerrada, pero que en el caso de sociedades cotizadas, por la propia normativa dispuesta en la LMV y el CUBG considero que de forma bastante clara es posible un doble vínculo en una persona que aúne la figura de consejero y de directivo. Ello va a suponer la posibilidad de remunerar de acuerdo a la legislación laboral y de evitar los requisitos formales de la relación mercantil. Con ello no se está diciendo que todos los miembros del consejo puedan regularse conforme a esta situación, ya que los que únicamente sean personal del consejo de administración solo pueden ser retribuidos conforme a la legislación y las exigencias mercantiles. Incluso los propios consejeros ejecutivos deberían someterse a estas exigencias mercantiles en lo que atañe a sus funciones meramente como consejero.

*administración*<sup>22</sup>. Para éste autor la doctrina del vínculo o absorción de la función ejecutiva en la de administración solamente tendría sentido en el caso de administradores con formas simples. Por su parte, las formas complejas, es decir, en el seno del consejo de administración la función deliberatoria se realiza de forma intermitente y colegiada, mientras que la función ejecutiva se derivaría de su calidad de consejeros.

Sobre la virtualidad de esta doctrina del vínculo tenemos que tener presente, no en vano, la reciente reforma llevada a cabo por mor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que entre otros, ha actuado de manera decidida sobre el artículo 249 LSC. Este último precepto, que lleva por título “delegación de facultades del consejo de administración” ha instaurado la necesidad de que la sociedad celebre un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de 2/3 de sus miembros (entre los que naturalmente no se debe de encontrar el consejero en cuestión). En el artículo 249 LSC *in fine* se expresa que en dicho contrato se deberán detallar todos aquellos conceptos por los que estos consejeros podrán obtener una retribución por el desempeño de sus funciones ejecutivas y se cita explícitamente la posibilidad de contener indemnizaciones por su cese anticipado, así como la contribución de la sociedad a primas de seguro o sistemas de ahorro. Se prevé junto con ello que el consejero no puede recibir ninguna retribución que no esté prevista en dicho contrato. Subsiguientemente, surge la duda inmediata sobre la naturaleza jurídica que alberga dicho contrato que, aunque la ley no lo diga directamente, guarda una estrecha relación con el de alta dirección establecido en artículo 4 RDAD donde, por lo demás, solamente se hace hincapié en el sistema retributivo e indemnizatorio, así como en las funciones concretas que debe desempeñar el alto directivo, si bien, el resto de formalidades son de uso común: carácter escrito, identificación de las partes y objeto del contrato. Por ello, considero que con la nueva regulación del artículo 249 LSC estos consejeros ejecutivos podrían ser considerados al mismo tiempo como administradores de la sociedad y como altos directivos, por lo que todo apunta a que el legislador ha

---

<sup>22</sup> PAZ-ARES, C. “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”. En *Revista para el análisis del derecho, InDret*, núm. 2. 2009. Páginas 10 y 11.

pretendido romper con la imperante doctrina del vínculo y terminar por “laboralizar” de esta forma el *status* de estos sujetos. En cualquier caso, el aspecto más interesante para el desarrollo de este estudio sería que, de prosperar esta opción interpretativa, todas estas personas podrían ser consideradas personal de alta dirección si, naturalmente, cumplen con la definición dada por el artículo 1.2 RDAD. En este sentido, estos consejeros delegados o ejecutivos podrían verse afectados, para bien o para mal, por las cláusulas contenidas en el artículo 65 LC. Cabría, no en vano, que finalmente el Tribunal Supremo optara por mantener de alguna u otra forma y pese a este cambio normativo su teoría sobre el doble vínculo, en virtud de la cual llegara a declarar que en estas situaciones la relación orgánica absorbería a la laboral, por lo que de prosperar esta segunda interpretación los consejeros delegados o figuras afines no entrarían finalmente dentro del ámbito de aplicación del predicado artículo 65 LC.

Con todo, surge otra vez la duda consistente en determinar ante qué jurisdicción cabría reivindicar la relación laboral de alta dirección. Nuevamente, esta respuesta coincidirá con que será el Juez de lo Social el órgano competente para dilucidar la naturaleza jurídica de esta relación. El Juez de lo Mercantil podría no obstante entrar a valorar si se concurre o no la cualidad de alto directivo al hilo de una solicitud de moderación o suspensión de la indemnización debida cuando esta cuestión sea pacífica<sup>23</sup>. Ahora bien, cuando lo que se discute es la naturaleza del contrato en cuestión, dicho pronunciamiento declarativo corresponderá al Juzgado de lo Social competente en virtud del territorio y del reparto funcional de dicha circunscripción.

## **2. Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: una modalidad del cese *ad nutum*.**

El artículo 65 LC comienza su exposición estableciendo que “*durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.*” La simple lectura de este pasaje evoca a la posibilidad de desistimiento *ad nutum* contemplada por el artículo 11.1 RDAD. Ese último precepto

---

<sup>23</sup> Así se puede observar en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 26 de julio de 2010, proc. 190/2010 (AC/2010/1440), en la que, por lo demás, pensamos que se realiza una incorrecta interpretación sobre la doctrina del vínculo que hubiera dado lugar al pronunciamiento de un fallo distinto.

admite la posibilidad de extinguir el contrato del alto directivo por parte del empresario sin observarse causa alguna. El único requisito establecido es que el empresario preavise dicha extinción con 3 meses de antelación como mínimo, que podrá aumentarse hasta 6 meses cuando así se haya establecido por escrito en los contratos celebrados de forma indefinida o con una duración superior a los 5 años. Por descontado, esta opción empresarial extintiva libre de causa llevará aparejada la necesidad de acompañamiento mediante la correspondiente indemnización. La razón de ser de esta vicisitud se asienta sobre los cimientos de la confianza mutua que está presente en la relación entre el empresario y alto directivo, en virtud de la cual se consideró proporcionado ampliar significativamente las posibilidades de actuación sobre estos contratos, pudiéndose incluso, como se está advirtiendo, llevarse a cabo de forma prácticamente libre<sup>24</sup>. En consecuencia, la autonomía de la voluntad que rige toda celebración de estos contratos lleva a la ordenación de una tutela en el empleo de este personal menos intensa y caracterizada por una menor garantía de permanencia en la empresa<sup>25</sup>.

Como era de esperar, también va a mantenerse la posibilidad de extinguir el contrato de alta dirección sin alegarse causa alguna cuando la empresa está inmersa en un proceso concursal. Lo que materializa el artículo 65.1 LC es simplemente el hecho de trasladar esta facultad decisoria a la administración concursal. En este sentido, se ha llegado a decir que lo único que la Ley Concursal ha previsto en este punto ha sido el hecho de transferir a la administración concursal una facultad que fuera del concurso ostenta el empresario<sup>26</sup>. Las posibilidades de actuación frente al contrato de alta dirección durante el concurso contrastan sobremanera con las predisuestas para la extinción colectiva de los trabajadores comunes, donde como se habrá podido advertir a lo largo del presente estudio, la decisión corresponde en exclusiva al Juez del Concurso. Por consiguiente, tal y como se podrá advertir a simple vista, la extinción del contrato del alto directivo cuando la empresa está en concurso presenta un procedimiento mucho más ágil que el observado para los restantes trabajadores, para los que habrá que acudir al artículo 64 LC. La asunción de esta capacidad extintiva por parte de la administración

---

<sup>24</sup> MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup>. T. “Artículo 65”. En *Comentario de la Ley Concursal*, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 1231.

<sup>25</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 21.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ GARRIDO. L. “Artículo 65 LC”...*Op. Cit.* Página 782.

concursal ha venido explicándose con el fin de facilitar que este órgano concursal pueda prescindir de los servicios de aquellos directivos que podrían resultar culpables por el fracaso del proyecto empresarial o de la insolvencia empresarial<sup>27</sup>. También se ha dicho que el objetivo de esta encomienda podría radicar en la posibilidad de que se puedan amortizar algunos cargos que podrían resultar redundantes, ya que la administración concursal va a asumir una vez aceptado el cargo la dirección empresarial de la concursada<sup>28</sup>. Estamos por tanto, como han señalado MORENO VIDA Y FERNÁNDEZ AVILÉS, ante una excepción importante del principio de la relatividad de los efectos del contrato (art. 1091 del Código Civil), puesto que los administradores concursales encargados de concluirlo no son parte del mismo, ni tampoco están investidos de potestad jurisdiccional<sup>29</sup>. Por este motivo, algunos autores no han dudado en calificar como exorbitante la facultad extintiva que la Ley Concursal reserva a la administración concursal<sup>30</sup>. Y es que, el ejercicio de esta facultad se otorga inaudita parte, es decir, el administrador concursal no tiene ninguna obligación de oír al empresario, ni mucho menos al directivo cuyo contrato se pretende extinguir. De esta suerte, va a ser el administrador concursal quien deberá de valorar en cada empresa la importancia que puedan revestir las aportaciones de los directivos, o bien su carácter redundante para los intereses del concurso, que por regla general tendrá como contrapeso el importante coste que suele suponer su mantenimiento.

El artículo 65.1 LC expresa con meridiana claridad que el sujeto encargado de llevar a cabo la extinción *ad nutum* del alto directivo es la administración concursal, jugando por ende el empresario un papel secundario en dicha decisión, puesto que éste solamente puede limitarse a proponer la adopción de dicha medida. Nada indica el artículo 65.1 LC sobre el grado de intervención exigible para poder llevar a cabo esta extinción. Ante el silencio del legislador la mayoría de la doctrina ha venido entendiendo que la facultad extintiva la ostenta el administrador concursal con

---

<sup>27</sup> TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004. Página 763; MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 47.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F. “Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal”...*Op. Cit.* Página 44.

<sup>29</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 55.

<sup>30</sup> Por ejemplo VIGUERA RUBIO, J. M<sup>a</sup>. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”. En *Relaciones Laborales*, núm. 14. 2004. Página 6 (Ref. CISS 1685/2004).

independencia del grado de intervención que represente sobre las facultades de administración del deudor, es decir, que este órgano puede actuar de oficio tanto en los casos los que el auto declarativo del concurso ha previsto la mera intervención de las facultades representativas y de gestión del deudor como, *ad maiore ad minus*, cuando éstas se encuentra totalmente suspendidas<sup>31</sup>. También alguna resolución judicial de suplicación se ha situado en esta misma dirección y ha considerado que el artículo 40.1 LC se ha de poner en relación con el artículo 65.1 LC y su carácter específico y, por tanto, concluye que la administración concursal es competente para adoptar esta medida cualquiera que sea el régimen del concursado (*vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 8 de noviembre de 2007<sup>32</sup>). Sin embargo, existen mayores dudas interpretativas sobre el papel que debe jugar el empresario en esta decisión y, en este sentido, algunos autores han defendido que éste solamente podrá proponer a la administración concursal la adopción de la medida cuando sus facultades de administración y disposición estén meramente intervenidas y no así cuando estén suspendidas<sup>33</sup>. No obstante, desde estas líneas se llega a una solución opuesta, con base en que el derecho que ostenta el empresario en esta materia consiste simplemente en solicitar de la administración concursal la adopción de esta medida, no así la de ejecutarla por sí mismo, cuestión que no podrá realizar bajo ningún concepto. De este modo, si recordamos lo defendido cuando se trataron los aspectos relacionados con la legitimación del empresario para solicitar el inicio de un ERE Concursal y guardando coherencia con lo aseverado en aquel momento, se ha de asentir que dicha facultad puede llevarse a cabo con independencia del grado de intervención decretado, puesto que en ambos casos actúa como un mero resorte para lograr la concreta medida solicitada. En consecuencia, como el empresario evidencia un simple derecho “a pedir”, considero que podrá instar la extinción del contrato del alto directivo tanto si sus

---

<sup>31</sup> Salvo alguna postura minoritaria que ha defendido que la administración concursal solamente puede actuar de oficio cuando está sustituyendo las facultades de administración del deudor, puesto que en caso contrario solamente podrá tomar esta decisión con acuerdo del concursado o a instancia del mismo. En este sentido, TAPIA HERMIDA, A. “Efectos del concurso sobre la relación laboral de alta dirección”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 264. 2005. Páginas 70 y 83.

<sup>32</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de noviembre de 2007, rec. 285/2007.

<sup>33</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 56; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 5 (del pdf); o MONTOYA MEDINA, D. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*. Ed. Thomson-Cívitas. 2008. Página 140.

capacidades de administración y disposición están meramente intervenidas, tanto como si lo están totalmente suspendidas.

Otra de las dudas interpretativas que suscita la redacción del artículo 65.1 LC se da respecto al plazo o lapso temporal durante el cual puede prolongarse la decisión de extinción *ad nutum* del alto directivo, y ello porque dicho precepto comienza su exposición expresando que esta posibilidad podrá llevarse a cabo “*durante la tramitación del concurso*”. En ese sentido, se aprecia como el legislador no ha optado por escoger un momento concreto durante el cual pueda tomarse esta medida, sino que ha utilizado por el contrario un concepto bastante extenso. Pese a la amplitud con la que está configurado el lapso temporal durante el cual es posible acometer esta medida extintiva, el *dies a quo* o momento a partir del cual podrá dar comienzo la misma no será hasta que el administrador concursal haya aceptado su cargo y sea efectivamente nombrado. Cuestión que entiendo bastante lógica puesto que el órgano encargado de ejecutar la extinción es el propio administrador concursal. Llama la atención que no se haya prevenido un límite temporal como el predispuesto para el caso de la solicitud de medidas de ajuste de plantilla como el señalado por el artículo 64 LC, que hace esperar al momento en que el administrador concursal haya elaborado y presentado el informe avistado en los artículos 74 y 75 LC. El motivo de la supresión de este requisito podría encontrarse, como ha señalado VIGUERA RUBIO, en que el informe de situación emitido por el administrador concursal es un elemento de juicio previo a la negociación sobre la que tienen necesariamente que participar los representantes de los trabajadores<sup>34</sup>. Por tanto, el hecho de que el administrador concursal no tenga que esperar a la elaboración y presentación de su propio informe facilita en gran medida la adopción de esta medida. Por su parte, el límite posterior o *dies ad quem* será consecuentemente el de la conclusión del concurso. En este sentido, mientras el concurso continúe abierto va a poder actuarse sobre el contrato del alto directivo según las previsiones del artículo 65 LC, aunque la opción más lógica será que el administrador concursal prescinda de los servicios de éste en momentos iniciales del concurso, salvo en los casos en los que algún directivo aporte un valor extra para la empresa que contribuya al saneamiento o conservación de la misma. El cualquier caso, hay que tener presente que cuando se aprueba un convenio cesan los efectos del concurso y con ello también el cargo del

---

<sup>34</sup> VIGUERA RUBIO, J. M<sup>a</sup>. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 9 (Ref. CISS 1685/2004).



administrador concursal, por lo que razonablemente durante este periodo no se podrá actuar contra los contratos del personal de alta dirección a través del artículo 65 LC (art. 133.1 LC), sino que habrá que hacerlo conforme las disposiciones del RD 1382/1985. No obstante, en los casos de “reinsolvencia” por incumplimiento del convenio, que dará lugar a la apertura de la fase de liquidación (142.2 LC), así como en los casos en los que se acuerde la reapertura del concurso (art. 179 LC) sí que se podrá actuar contra el contrato de los directivos conforme las prerrogativas del artículo 65 LC.

Otra de las cuestiones que cabe esclarecer acerca de este sistema es el referido al órgano judicial competente para conocer sobre la eventual impugnación de la extinción o suspensión del contrato de alta dirección ejecutada por parte la administración concursal. Esta circunstancia era bastante problemática bajo la redacción originaria del artículo 65 LC, puesto que éste guarda absoluto silencio sobre el particular, situación que dio lugar al enfrentamiento de dos posturas interpretativas diferentes: a) la primera pasaba por incardinar estas acciones a través del incidente concursal “común” del artículo 192 LC. Esta opción era defendible porque el artículo 195 LC, encargado de regular el incidente concursal en materia laboral, no daba la cobertura necesaria para acoger en su seno estas acciones, pues no lo contemplaba explícitamente. Por consiguiente, a falta de mención expresa tanto por el artículo 65 LC como por el propio artículo 195 LC, cabía interpretar que los pleitos suscitados entre el alto directivo y la administración concursal debían de sustanciarse a través del procedimiento incidental del artículo 192 LC, el cual, a grandes rasgos, está diseñado conforme a las reglas del juicio verbal civil<sup>35</sup>. Sin embargo, otra parte de la doctrina consideraba que pese a la falta de inclusión de esta materia dentro del mencionado artículo 195 LC y teniendo en cuenta la *vis attractiva* del artículo 192 LC frente a las acciones que no tuvieran designación específica, la reclamación del alto cargo debía de sustanciarse por la vía del incidente concursal en materia laboral<sup>36</sup>. Apoyaba esta tesis la

---

<sup>35</sup> Entre otros, MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Páginas 64 a 66; TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 778; MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 785; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Páginas 12 y 13 (del pdf); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 248

<sup>36</sup> Entre otros, MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M<sup>a</sup>. T. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 1232; MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 70 y 71; DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 77; FALGUERÁ BARÓ, M<sup>a</sup>. A. “Las competencias de los de

naturaleza laboral de la controversia, unido a la disfunción que se produciría si el alto directivo se encontrara afectado por un ERE Concursal donde la posterior impugnación sí que iría por la vía del artículo 195 LC, así como las ventajas que esta opción presenta en segunda instancia donde se retoma la competencia por parte del orden jurisdiccional social.

Sobre esta evidente controversia se hizo eco la reforma concursal llevada a cabo a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, donde el legislador se decidió finalmente por acoger *ex lege* la segunda de estas opciones que, por lo demás, resulta bastante más deseable para los intereses del alto directivo en particular y para la rama del derecho que sustenta esta relación en general. En este sentido, la reforma concursal de 2011 llevó a cabo esta tarea complementando el apartado primero del artículo 65 LC a través de las siguientes proposiciones: *“la decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”*. Por consiguiente, en la actualidad ya no existe ninguna duda sobre el cauce procesal adecuado para combatir la decisión de la administración concursal consistente en extinguir o suspender el contrato del alto directivo, puesto que deberá regirse de forma indubitada por las reglas del artículo 195 LC, más afines con las dispuestas por el proceso laboral. Otra de las consecuencias que se desprende de la utilización de esta vía procesal va a consistir en que la sentencia que dicte el Juez del Concurso resolviendo el litigio puede ser objeto de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se halle ubicado el juzgado de instancia. Esta afirmación podría alcanzarse sin que el artículo 65.1 LC *in fine* exprese que *“la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”*. Por ello, este último aserto sería un tanto redundante y quizás prescindible puesto que esta cuestión ya quedaría aclarada con la simple remisión efectuada hacia el incidente del artículo 195 LC establecida por el artículo 65.1 LC, sin más aditamentos, porque la intervención del TSJ en segunda instancia ya viene deducida de lo dispuesto en el artículo 197.8 LC que establece que *“contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del concurso, cabrá el*

---

los jueces de lo mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales”...*Op. Cit.* Página 60.

*recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral”.*

Otra de las incertidumbres que suscita el laconismo con el que está redactado el artículo 65 LC consiste en interpretar si cuando la empresa está en concurso solamente existe la opción de cesar *ad nutum* al personal de alta dirección, o si por el contrario también perviven dentro de este instituto el resto de causas contempladas supletoriamente por el RD1382/1985. En esencia, se debe despejar la duda de si durante el concurso también tiene cabida la decisión del empresario de extinguir el contrato del alto directivo mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable de éste, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores (art. 11.2 RDAD). Pues bien, comoquiera que el artículo 65 LC resulta de aplicación a los trabajadores que entran dentro de la definición dada por el artículo 1.2 RDAD y puesto que el primero solamente brinda una serie de soluciones que podrán adoptarse únicamente cuando la empresa está en concurso, nada obsta para una posible aplicación supletoria de este real decreto regulador de la relación laboral de alta dirección. De igual modo a lo que sucede con los trabajadores comunes que también podrían resultar despedidos según las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, los mayores interrogantes respecto a esta cuestión no residen tanto en la aplicación supletoria del RDAD, que como ya hemos anticipado es perfectamente posible, sino más bien en quien deberá llevarlo a cabo y qué juez será el competente de conocer sobre la impugnación del despido. Respecto a la respuesta sobre la primera de las incógnitas planteadas hay que tener presente lo que se ha aseverado respecto de la decisión extintiva *ad nutum* establecida específicamente por el artículo 65.1 LC que, si recordamos, residía en el administrador concursal cualquiera que fuera el nivel de intervención decretado sobre las facultades administrativas y dispositivas sobre el empresario. No parece que este régimen, que ha sido defendido para el caso de la extinción *ad nutum*, resulte de aplicación para los despidos disciplinarios dictados *ex* artículo 11.2 RDAD. Más bien al contrario, la opción jurídica ajustable para estos casos sería de la compatibilizar estos despidos con las normas ordinarias que disciplinan el estatuto jurídico de la administración concursal<sup>37</sup>. Así las cosas, cuando las facultades del empresario estén totalmente suspendidas el despido deberá de ejercitarlo el

---

<sup>37</sup> En este sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 774.

administrador concursal, mientras que si están meramente intervenidas será el propio deudor con refrendo de este órgano concursal el que podrá adoptar la medida extintiva. De otro lado, en respuesta al segundo de los interrogantes, considero que la competencia jurisdiccional para resolver sobre estos supuestos la conservan los Jueces y Magistrados del orden jurisdiccional social tal y como reza el artículo 14 RDAD, puesto que el Juez del Concurso solamente extiende su competencia sobre las medidas establecidas explícitamente a lo largo del artículo 65 LC.

Relacionado con el aspecto señalado anteriormente, debemos ubicar la posibilidad de que el alto directivo pueda incluirse en un despido colectivo, o bien ver extinguido su contrato conforme al artículo 52 ET. Esta opción está permitida por la aplicación supletoria del RD 1382/1985, donde en su artículo 12 se dice que “*dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*”. Por lo tanto, si consideremos aplicable supletoriamente este precepto debemos de concluir que también durante la situación concursal pervive la posibilidad de que el contrato de alta dirección pueda extinguirse por mor de un despido colectivo o individual basado en el artículo 52 ET. Ahora bien, resulta necesario establecer las siguientes precisiones. Si lo que se pretende es incluir a un alto directivo dentro de un despido colectivo, naturalmente el mismo deberá llevarse a cabo según el procedimiento del artículo 64 LC, ampliamente analizado a lo largo de este estudio. La posibilidad de que el alto directivo sea incluido en un despido colectivo ya era admitida ampliamente por la doctrina judicial y la jurisprudencia con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal, situación que naturalmente debemos de extender dentro de la esfera del concurso<sup>38</sup>. De otro lado, tanto en el expediente judicial de regulación de empleo, como en los despidos ordenados conforme al artículo 52 c) ET el resultado crematístico será el establecimiento de un *quantum* indemnizatorio para los trabajadores afectados consistente en 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de una anualidad. Por descontado, el directivo en estos casos no tendrá derecho a ninguna indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso, por provenir dicha

---

<sup>38</sup> Por todas, STS de 17 de abril de 1996, 22 de mayo de ese mismo año, o 15 de junio de 1999. Sentencias todas ellas obtenidas del estudio de: ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 172.

extinción de causas ajenas al empresario<sup>39</sup>. En cualquier caso esta opción no parece del todo aconsejable cuando en el contrato celebrado con el alto directivo se hubiera pactado una indemnización menor a la acabada de mencionar o cuando no se hubiera pactado nada, puesto que en estos casos si acudimos supletoriamente al artículo 11.1 RDAD vemos como la indemnización devengada será la de 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades, puesto que en estos casos sería menos costoso acudir al libre desistimiento o extinción *ad nutum* permitido por el artículo 65.1 LC.

En resumidas cuentas, el sistema de extinción *ad nutum* del contrato de alta dirección cuando la empresa está en concurso corresponde en exclusiva al administrador concursal, y ello con total independencia del grado de intervención que este órgano disponga. Esta opción ha sido criticada porque merma las garantías del personal de alta dirección frente a decisiones arbitrarias<sup>40</sup>. En cualquier caso, bajo mi punto de vista, el hecho de que pueda adoptarse sin sustento en causa legal alguna no quiere decir que el administrador concursal vaya a tomar esa decisión de forma arbitraria, caprichosa o injustificadamente, sino que serán el interés del concurso y la buena gestión de la empresa los motivos que guíen la decisión de este órgano<sup>41</sup>. Por ello, aunque bastante limitada causalmente, esta decisión puede impugnarse por parte del alto directivo, competencia que por lo demás recaerá en el Juez del Concurso, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 8.2 LC y 65 LC. Para ello, el procedimiento que se deberá seguir será el del incidente concursal en materia laboral contemplado en el artículo 195 LC, a mitad camino entre un juicio verbal civil aderezado con algunos criterios propios del proceso social. Con todo, el recurso que cabrá interponer frente a la sentencia dictada por parte del Juez del Concurso será el de suplicación y con ello la competencia para conocer sobre el mismo residirá en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda en virtud del territorio.

---

<sup>39</sup> Así lo consideró, acertadamente, la STSJ de Aragón de 31 de mayo de 2005. Rec. 310/2005.

<sup>40</sup> Así lo ha expresado VIGUERA RUBIO, J. M<sup>a</sup>. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 7 (Ref. CISS 1685/2004). Esta autor indica que resulta censurable que, por regla general, se atribuya esta competencia en exclusiva a la administración concursal quien puede, ante sí y por sí, acordar la extinción.

<sup>41</sup> En este sentido, ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Páginas 7 (del pdf); o MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 63 y 64.

### **3. La suspensión del contrato del alto directivo y la posterior extinción por su propia voluntad.**

#### **3.1. *La suspensión ad nutum del contrato***

Junto con la facultad de extinguir el contrato del personal de alta dirección, el artículo 65.1 LC brinda la posibilidad al administrador concursal para poder suspenderlo si así lo considera más conveniente. De esta suerte, el citado precepto expresa textualmente que “*durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección*”. Por consiguiente, en manos de la administración concursal no se encuentra simplemente la facultad de extinguir *ad nutum* el contrato del alto directivo, sino que también va a poder suspenderlo sin alegar tampoco causa alguna. Esta segunda posibilidad supone una auténtica especialidad sobre el régimen jurídico de los contratos de alta dirección, puesto que solamente se existe cuando la empresa está incurso en un procedimiento concursal, no estando esta opción prevista en el RD 1382/1985. Se trata, sin lugar a dudas, de un instrumento de flexibilización al servicio del administrador concursal para acudir a figuras de alteración del contrato menos agresivas que la extinción en unas circunstancias de dificultades económicas tales que hayan terminado por significar la entrada en concurso de acreedores. Así, en la previsión de esta medida subyace la idea de obtener un ahorro en los costes fijos de la empresa, puesto que los elevados sueldos que suelen acompañar al puesto de alta dirección pueden constituir una carga demasiado onerosa para el deudor<sup>42</sup>. Se trata, en suma, de que cuando la empresa está inmersa en un concurso de acreedores, la administración concursal tenga la opción de calibrar las posibilidades de continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo de los altos directivos, sosteniendo en suspenso aquellos contratos en función del posible reflotamiento o mejora de la situación económica empresarial<sup>43</sup>. Por consiguiente, estamos ante una

---

<sup>42</sup> MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Páginas 65.

<sup>43</sup> COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”. En *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 80. 2005. Página 136.

nueva causa de suspensión, que por lo demás podrá ser adoptada *ad nutum*, es decir, sin necesidad de alegar una causa tipificada legalmente que la justifique.

La utilización de la partícula disyuntiva “o” por parte del artículo 65.1 LC: “*podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección*”, ha sido interpretada por algún autor como una facultad alternativa que la ley brinda al administrador concursal y que se agota una vez ejercida en alguno de los sentidos previstos<sup>44</sup>. Esta interpretación supondría que al administrador concursal solamente le restaría una alternativa donde elegir, es decir, jugar las posibilidades de actuación frente a los contratos de alta dirección con base a una sola carta. Sin embargo, esta opción no me parece del todo razonable puesto que con toda probabilidad ante la duda de qué decisión tomar se terminaría por extinguir el contrato en cuestión. Por ello, en aras de promover las medidas de flexibilidad interna y con el fin de favorecer la estabilidad en el empleo parece más prudente interpretar que el contrato del alto directivo puede suspenderse y posteriormente, si la crisis empresarial persiste o empeora extinguirse finalmente sobre la base del propio artículo 65.1 LC. En este sentido, no parece que el empleo de la partícula disyuntiva “o” establezca una opción excluyente entre ambas medidas, forzando al administrador concursal a optar entre una u otra y sin poder posteriormente extinguir en función de la evolución de las circunstancias<sup>45</sup>. Más bien, lo que debe significar el manejo de la partícula “o” es que el administrador concursal tiene a su disposición la posibilidad de adoptar dos potenciales medidas *ad nutum*: o bien puede suspender el contrato del alto directivo o bien puede extinguirlo –naturalmente las dos cosas a la vez no pueden realizarse-, por lo que nada impide que este órgano pueda ejercitar la primera, menos agresiva y posteriormente terminar por acordar la conclusión del contrato.

Las vicisitudes de esta decisión coinciden, en esencia, con las observadas para la extinción del contrato, a la que me remito en orden de no reproducir los mismos razonamientos allí esgrimidos. Si bien, de forma resumida, se ha de insistir en que la decisión de suspender el contrato del alto directivo se encuentra en manos del

---

<sup>44</sup> VIGUERA RUBIO, J. M<sup>a</sup>. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 13 (Ref. CISS 1685/2004).

<sup>45</sup> Así lo vienen entendiendo algunos autores: MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 66; o COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 131.

administrador concursal, con independencia del grado de intervención fijado por parte del Juez del Concurso sobre las facultades empresariales del deudor. Por su parte, el empresario podrá plantear la suspensión del contrato de algún directivo al administrador concursal, también cuando sus facultades estén meramente intervenidas, permaneciendo en todo caso la decisión en este último. El momento temporal durante el cual se puede llevar a cabo la presente medida también coincide con lo que ha sido argumentado para el supuesto extintivo. Asimismo, las posibles controversias que surjan al socaire de esta decisión serán, nuevamente, competencia del Juez del Concurso a través del incidente en materia laboral regulado por el artículo 195 LC, pasando la sentencia dictada bajo este procedimiento a ser impugnada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Otorgando valor al silencio que guarda la Ley Concursal al respecto, entiendo que las consecuencias jurídicas que asumirá la suspensión del contrato serán las mismas que las reflejadas supletoriamente por la normativa laboral común y que, en esencia, significará la pérdida de los elementos configuradores básicos de toda relación laboral, es decir, las obligaciones recíprocas de prestar trabajo y de su correspondiente remuneración (art. 45 ET). Parece razonable, aunque el artículo 65 LC nada indique al respecto, que por seguridad jurídica la suspensión se realice por escrito y que en la misma se contenga con claridad su duración exacta o en su defecto la fijación de una condición resolutoria, marcando de este modo el momento a partir del cual el directivo deberá retornar a la empresa, puesto que la propia naturaleza jurídica de la suspensión evoca a una medida limitada en el tiempo.

### ***3.2. Rescisión indemnizada por voluntad del alto directivo en caso de acordarse la suspensión de su contrato.***

El artículo 65.2 LC contempla una posibilidad que como tal no existe en la regulación extraconcursal, que guarda una estrecha relación con la facultad extintiva por voluntad del propio directivo *ex* artículo 10.3 a) RDAD. Este último precepto previene sobre la facultad que ostenta este personal laboral especial para extinguir su contrato con derecho a la indemnización pactada, entre otras, por las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad o que sean decididas con grave transgresión



de la buena fe. Ahora bien, la Ley Concursal no regula específicamente la posibilidad de modificación sustancial del contrato de alta dirección, sino que simplemente se refiere a su extinción y suspensión, por lo que, consecuentemente, la opción extintiva que se le presenta al directivo responderá simplemente a este último avatar. Por esta razón, parte de la doctrina ha tildado la posibilidad que brinda la Ley al personal de alta dirección dentro del concurso como un híbrido<sup>46</sup> o *tertium genus*<sup>47</sup> entre la facultad de dimisión *ad nutum* por parte del propio directivo contemplada en el artículo 10.1 RDAD y la resolución indemnizada llevada a cabo también a instancia del propio trabajador en respuesta al incumplimiento empresarial, tal y como se acaba de advertir hace unos instantes (art. 10.3 RDAD). En cualquier caso, bajo mi punto de vista, no estaríamos ante ninguna regulación híbrida puesto que mientras la empresa esté en concurso las previsiones reglamentarias del personal de alta dirección mantienen su vigencia y resultan de aplicación en todo aquello que no haya sido matizado expresamente por el legislador concursal. En concreto, durante el concurso el trabajador alto directivo mantiene intacta la posibilidad de dimitir sin causa y preavisando como mínimo con 3 meses de antelación —o 6 en caso de que así se hubiera establecido por escrito para contratos de duración indefinida o superiores a los 5 años—, naturalmente, sin derecho a indemnización. También conserva la facultad de extinguir su contrato, esta vez con derecho a indemnización y sin obligación de preaviso, cuando esta decisión se funde en un incumplimiento grave por parte del empresario. Por lo tanto, la opción por resolver el contrato de trabajo cuando éste se encuentra suspendido no es una “mitad entre dos cosas”, sino más bien una especialidad que la Ley Concursal prevé para reaccionar frente a este incumplimiento del empresario, posibilidad que fuera del concurso no existe, puesto que el RD1382/1985 no regula la suspensión del contrato del alto directivo. Más bien, lo que lleva a cabo el legislador concursal en este punto es una auténtica traslación de la capacidad que tiene el personal laboral de alta dirección de rescindir con derecho a indemnización su contrato de trabajo por el incumplimiento grave del empresario (art. 10.3 RDAD) a la nueva vicisitud que incorpora cuando la empresa está en concurso, es decir, a la suspensión del contrato. Por ello, bajo mi punto de vista, esta decisión contiene un carácter causal que se encuentra suficiente avalado

---

<sup>46</sup> MONTOYA MEDINA, D. “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes”...*Op. Cit.* Página 8 (del pdf).

<sup>47</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 8 (del pdf).

por la falta de ocupación efectiva o suspensión del contrato, circunstancia que puede repercutir en importantes perjuicios para este tipo de sujetos.

Tal y como se está aseverando en este apartado, sabemos que el legislador concursal brinda al trabajador alto directivo la oportunidad de poder extinguir su contrato cuando previamente la administración concursal haya optado por suspenderlo. Cabe esgrimir por consiguiente que esta forma de extinción tampoco requiere de ninguna aprobación por parte del Juez Concurso, sino que nace por voluntad unilateral del propio directivo. Por su parte, la indemnización que se le adeude va a ser la misma que le corresponda para el caso de que haya sido despedido por el administrador concursal, cuestión sobre la que no vamos a entrar por el momento puesto que será objeto de un amplio tratamiento en los epígrafes subsiguientes. En cualquier caso, sí que cabe afirmar en este preciso instante que el derecho a la indemnización deriva en estos casos porque la voluntad extintiva del alto directivo no es caprichosa, ni obedece a un acto de puro desistimiento sin causa,<sup>48</sup> sino que proviene de un acto previo ejercitado por parte del administrador concursal que perjudica a sus intereses, pues recordemos que el personal de alta dirección ocupa un cargo de confianza dentro de la empresa que, en ocasiones, es considerado como un “alter ego” del empresario.

Una de las especialidades que se contempla dentro del artículo 65.2 LC, junto a la ya de por sí novedad de que esta clase de contratos puedan suspenderse *ad nutum* por la simple voluntad del administrador concursal, es la presencia de un preaviso por parte del directivo para poder ejercitar el derecho de rescisión total del contrato. En este sentido, la obligación que se le reclama al trabajador de alta dirección para poder extinguir su contrato es que de cumplimiento con el preaviso mínimo de 1 mes de antelación, tres veces menor que el contemplado por artículo 10.1 RDAD. La necesidad de imponer un preaviso, siquiera emitido con poca antelación por la especial consideración del tiempo que se presume en los procedimientos concursales, puede encontrar cierto sentido con el fin de evitar posibles daños a la masa activa y demás intereses del concurso, en especial, los presentes en el resto de acreedores, pues no olvidemos que esta decisión da origen a una indemnización, que dicho sea de paso, recibirá el calificativo de crédito contra la masa. Por ello, resulta del todo adecuado que

---

<sup>48</sup> Vid. MONTROYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 18 (del pdf).

se deba de avisar dicha decisión de abandono justificado para que el administrador concursal y la empresa tengan en cuenta dicha contingencia y puedan acomodar los haberes de la masa del concurso para el pago de la indemnización resultante. Con todo, la norma concursal no contempla las consecuencias que se derivan del incumplimiento de este preaviso de 1 mes. La singularidad que reviste esta figura deja un panorama nada exento de dudas, razón por la cual se suceden opiniones tan dispares como la de considerar aplicable analógicamente la regla contenida en el artículo 10.2 RDAD, en virtud de la cual es el directivo quien debe de indemnizar a la empresa por dicho incumplimiento<sup>49</sup>. Otras alcanzan una solución contraria, basándose en la especialidad de la figura del artículo 65.2 LC que no refiere en ningún momento ninguna consecuencia posible, o bien en que durante la suspensión del contrato el directivo permanece sin retribución alguna, o que los servicios de éste no deben de ser de utilidad en la medida de que está suspendido de empleo y sueldo<sup>50</sup>. En cualquier caso, en mi opinión, la opción legal más adecuada coincidiría con la resultante de aplicar analógicamente el artículo 10.2 RDAD que dispone que: *“el empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido”*. Esto sería así porque el propio artículo 65.2 LC asigna un *quantum* indemnizatorio a favor del alto directivo que decida extinguir su contrato cuando éste ha sido previamente suspendido, por lo que la ausencia de retribución no sería suficiente para avalar esta tesis, siendo que el mes de salario debido a la empresa por contravenir esta obligación legal podrá detraerse perfectamente del monto indemnizatorio que le corresponda al directivo. Pero, principalmente, porque el preaviso, pese a que la extinción por voluntad del alto directivo estuviera provocada, cumple una función cautelar dentro del concurso para que el administrador concursal y el deudor puedan prever con cierta antelación este crédito y acomodar de este modo la masa activa para su efectiva satisfacción, siendo que, una marcha repentina por parte del directivo podría ocasionar bastantes perjuicios para la masa del concurso. Por ello, pese a la regulación

---

<sup>49</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 8 (del pdf); TRUJILLO DIEZ, I.J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 778; o MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 78 y 79.

<sup>50</sup> DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23. 2005; MONTOYA MEDINA, D. *La extinción del contrato del alto directivo*. Ed. Thomson-Cívitas. 2008. Página 148; o MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 784.

específica que ofrece la Ley Concursal sobre esta vicisitud del contrato del alto directivo, entiendo que habría que aplicar analógicamente la sanción del artículo 10.2 RDAD por falta de preaviso, puesto que, de otro modo, no existiría tampoco ningún aliciente para que éste cumpla con el deber que el propio artículo 65.2 LC expresa con meridiana claridad y que consiste como sabemos en preavisar como mínimo con 1 mes de antelación a la consumación de la efectiva extinción.

Otra de las cuestiones que se silencia por el artículo 65.2 LC es el relativo al plazo durante el cual el alto directivo puede ejercitar su derecho de rescisión del contrato. Sin embargo, fácilmente descartable sería que esta opción pudiera prorrogarse *sine die*, puesto que sólo podrá llevarse a cabo mientras perdure la suspensión del contrato y siempre dentro del concurso<sup>51</sup>. De este modo, el *dies a quo* de la decisión podrá situarse desde el mismo momento en que el alto directivo recibe la notificación mediante la cual se procede a la suspensión de su contrato, donde tendrá que advertir que en el plazo de 1 mes romperá su relación contractual, puesto que en caso contrario tendría que reparar esta falta, según se ha examinado, con el equivalente a 1 mes de salario a favor de la concursada. Por su parte, el *dies ad quem* vendrá condicionado con base a dos circunstancias. Por un lado, que el contrato siga suspendido. De este modo, si el contrato se extingue porque la empresa ha cesado en su actividad no tendría sentido ejercitar este derecho puesto que no podría pretenderse dar por terminado lo que ya ha sido previamente extinguido. Tampoco podría extinguirse cuando el directivo ya hubiera retornado a la empresa tras la suspensión, ya que razonablemente ya no podría acogerse a la rescisión indemnizada del artículo 65.2 LC (pudiendo no obstante acudir a cualquiera de las opciones que brinda el RD 1382/1985, ya sea sin alegar causa, donde no disfrutará de indemnización, o bien con derecho a ésta si se diera cualquiera de las causas del artículo 10.3 de este reglamento). Por otro lado, será necesario que la situación de concurso continúe abierta puesto que concluido éste no pueden regir para la empresa las prescripciones de la Ley Concursal, que ya no será vigente para la misma, salvo reapertura judicial del concurso. Por lo que, una vez concluido, el contrato de alta dirección habrá de tutelarse según las normas laborales. Surge en estos casos la duda

---

<sup>51</sup> En este sentido, MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 78; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 8 (del pdf); o COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 138.

sobre qué es lo que sucede cuando se apruebe judicialmente un convenio, donde según mi punto de vista parece que también debería decaer esta opción, puesto que el artículo 133 LC manda desaparecer los efectos de la declaración del concurso, entre los que se encuentra inserto el artículo 65 LC.

#### **4. El tratamiento de la indemnización por extinción del contrato del alto directivo**

Tanto la extinción *ad nutum* del contrato adoptada por el administrador concursal, como la reacción del alto directivo frente a la decisión suspensiva del mismo, dan lugar a la correspondiente indemnización. La primera opción la lleva aparejada porque se trata de una extinción sin causa, consecuencia que por lo demás viene siendo tradicionalmente admitida por el artículo 11.1 RDAD. Por su parte, el propio artículo 65.3 LC hace referencia expresa a la obligación de compensar esta circunstancia cuando dispone que el Juez del Concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, por lo que implícitamente está admitiendo la necesidad resarcir la extinción *ad nutum* llevada a cabo dentro del procedimiento concursal. Por lo que respecta a la extinción del contrato laboral por voluntad del alto directivo cuando previamente el administrador concursal ha decidido suspenderlo, tampoco existen inconvenientes en aceptar la necesidad de activar una compensación económica, ya que el propio artículo 65.2 LC enuncia esta consecuencia cuando dispone que mediante esta vicisitud el directivo conserva “*el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente*”. En fin, tanto la extinción del contrato por voluntad del administrador concursal, como la decidida por el propio trabajador de carácter especial como respuesta a la suspensión del mismo, llevan aparejada la obligación por parte del concursado de indemnizar según los términos y singularidades que serán observadas en las siguientes líneas.

En principio, cabe indicar que muchos de los aspectos relativos a la cuantía indemnizatoria no están contemplados en el artículo 65 LC. Este último precepto únicamente señala aquellas especificidades que son de aplicación a las empresas en concurso y que consisten tanto en la facultad de moderación de la cuantía indemnizatoria, como en la posibilidad de aplazamiento de la misma, ambas contempladas en los apartados tercero y cuarto del artículo 65.3 LC, respectivamente.

Esto significa que, por regla general, los aspectos referidos a la cuantía indemnizatoria deberán inquirirse en la normativa supletoria. En este sentido, si acudimos al artículo 11.1 RDAD podremos constatar que para la relación laboral especial de alta dirección las indemnizaciones resultantes de la extinción del contrato serán, en primer lugar, las pactadas por las partes. Estos pactos son tradicionalmente conocidos en el acervo popular como “cláusulas de blindaje”<sup>52</sup>. Se trata de aquel acuerdo o pacto alcanzado por las partes contratantes de una relación laboral especial de alta dirección mediante el cual se aplican unos montos indemnizatorios superiores a los que la normativa residualmente fija para algunos de los supuestos de extinción de este tipo de contratos. Una de las razones que explica esta regulación se encuentra en la recíproca confianza que reina en este tipo de relaciones, donde la voluntad de las partes aparece ya en el artículo 3.1 RDAD como la primera de las fuentes de derecho y obligaciones del personal de alta dirección –siempre con sujeción al RD 1382/1985 y las restantes normas supletorias-. Otra de las argumentaciones que avalaría la presencia de pactos indemnizatorios vendría animada por el exiguo *quantum* reflejado por el artículo 11.1 RDAD, lo que supone que sea bastante común en la práctica la proliferación de cláusulas de blindaje en este tipo de contratos. En último término, la necesidad de establecer pactos indemnizatorios surgiría como reacción ante la facultad extintiva carente de causa que permite dar por finalizados a esta clase de contratos. En este orden de cosas, cabe destacar que, en principio, cuando la empresa esté en concurso van a resultar de aplicación las indemnizaciones pactadas entre la empresa y el alto directivo en el contrato individual que guía esta relación laboral especial, sin perjuicio de su moderación por parte del Juez del Concurso tal y como veremos a continuación.

En defecto de pacto, por lo general menos común, se devengará la cantidad reflejada expresamente por el artículo 11.1 RDAD, es decir, el equivalente a 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades. No parece existir ningún género de dudas acerca de que la cantidad que entraría en juego en defecto de pacto cuando se den cualquiera de las vicisitudes extintivas contenidas en el párrafo primero del artículo 65 LC. Esto es así porque la extinción sin causa es una de las peculiaridades que presenta este contrato laboral especial, que en caso de concurso supone únicamente la traslación del sujeto decisor. Por ello, suele ser bastante habitual

---

<sup>52</sup> Algún autor los ha llegado a denominar “paraguas dorados”. En este sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 780.

que las partes acuerden para los casos de rescisión *ad nutum* una indemnización privativa superior a la mínima reglamentaria, operando esta última residualmente. Esta situación, por tanto, es totalmente extensible al procedimiento concursal. Sin embargo, algún autor ha recelado esta posibilidad cuando la extinción ha venido ocasionada por la suspensión del contrato<sup>53</sup>. Según la postura mantenida por este sector doctrinal cuando el directivo ha extinguido su relación laboral especial como reacción frente a la suspensión previa del contrato, habrá que estar a la indemnización pactada “específicamente” para esta dimisión *sui generis*. De no ser así, se ha expresado que la falta de pacto no conllevaría indemnización alguna, apoyándose esta tesis minoritaria en el hecho de que lo que regula el artículo 65.2 LC es una variante de la dimisión del directivo que, como regla general, no lleva aparejada compensación. Con todo, bajo mi punto de vista no parece que esta sea la interpretación más adecuada sobre el precepto en cuestión. De un lado, porque lo que se contempla por el artículo 65.2 LC no sería una variante de la dimisión *ex* artículo 10.1 RDAD, sino más bien una subespecie en los casos de concurso de acreedores dimisión del directivo, si bien provocada por un incumplimiento previo del empleador, más acorde con la previsión del artículo 10.3 RDAD que sí que resulta resarcida económicamente. De otro lado, porque el propio artículo 65.2 LC concluye que para estos casos el directivo conserva “el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente”, por lo que debemos de interpretar que el legislador ha optado por conceder a sendas vicisitudes contractuales la misma consecuencia jurídica. Por ello, desde estas líneas se afirma que cuando la extinción de este contrato haya surgido al albur de una suspensión llevada a cabo por parte del administrador concursal, el alto directivo conservará siempre y en todo caso un mínimo indemnizatorio coincidente con la cifra de 7 días de salario por año con el límite de 6 mensualidades.

#### **4.1. La facultad moderadora de la indemnización por parte del Juez del Concurso**

El artículo 65.3 LC expresa textualmente que “*en caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que*

---

<sup>53</sup> DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”...*Op. Cit.* Página 25; y MONTOYA MEDINA, D. “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes”...*Op. Cit.* Página 9 (del pdf).

*corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto 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*". Como ya ha sido señalado, la extinción a la que se refiere este apartado podrá devenir bien por la decisión directa del administrador concursal o bien por voluntad del propio directivo cuando su contrato estuviere en suspenso. Ahora bien, la parquedad con las que está redactada la norma dificulta la comprensión sobre si la facultad mitigadora que está en manos del Juez del Concurso opera únicamente frente a la indemnización desprendida por estas dos vicisitudes o si, por el contrario, alcanza a otras eventuales extinciones que puedan darse también cuando la empresa está inmersa en un procedimiento concursal. Como sabemos, durante el concurso también cabe la posibilidad de llevar a cabo despidos disciplinarios sobre el personal de alta dirección, que si bien en principio no dan lugar a indemnización, podría llegar lograrse posteriormente en caso de que éste sea declarado judicialmente improcedente, devengándose la indemnización pactada en el contrato o en su defecto la supletoria de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Asimismo, también es posible que el contrato del alto directivo se extinga por causas objetivas o en virtud de un despido colectivo, ambas con derecho a indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Junto con ello, también daría devengaría indemnización cualquiera de las vicisitudes del artículo 10.3 RDAD donde la extinción se produce por voluntad del propio directivo originada por un incumplimiento contractual grave por parte del empresario. Sin embargo, no parece que la moderación de la indemnización pueda darse en cualquiera de estas modalidades extintivas, puesto que una lectura sistemática llevada a cabo sobre todos los apartados que componen el artículo 65 LC invita a que dicha posibilidad solamente alcance a los supuestos contemplados por este mismo precepto<sup>54</sup>. Una exégesis ampliatoria o extensiva sin duda favorecería la tutela de los intereses subyacentes del concurso, pero como se ha señalado desde la doctrina "*socava la posición jurídica del alto directivo y fricciona con la regla del pacta sunt servanda*"<sup>55</sup>. Por las razones esgrimidas, la facultad de moderación de las indemnizaciones por

---

<sup>54</sup>De igual forma: RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. S. "La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso", En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2005. Página 3 (La Ley 4466/2005); ALTÉS TÁRREGA, J.A. "Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso"...*Op. Cit.* Página 15 (del pdf); DE VAL TENA, A. L. "Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios"...*Op. Cit.* Páginas 27-28.

<sup>55</sup> Así lo expresaron MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...**Op. Cit.* Página 81.



extinción del contrato del alto directivo solamente puede tener lugar cuando ésta proviene o bien por la decisión *ad nutum* del administrador concursal o bien por la reacción del propio directivo frente a la suspensión de su contrato, es decir, por las posibilidades expresamente contenidas en el artículo 65 LC. El resultado de esta interpretación restrictiva, aquí defendida, supone que cuando el contrato de alta dirección se extinga con arreglo a otra serie de causas previstas tanto el RDAD como en el Estatuto de los Trabajadores entrarán en juego, con todo su esplendor, las indemnizaciones pactadas en el contrato, o en su defecto, las derivadas en ausencia de pacto para cada caso concreto, sin que el Juez del Concurso pueda rebajar su cuantía, posibilidad que solamente alcanza a las modalidades instauradas por el propio artículo 65 LC. Con todo, la reducción de la cuantía indemnizatoria para los supuestos no contemplados por el citado precepto concursal, podría intentarse mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por una alteración sobrevenida de condiciones ocasionada quizás por la excesiva onerosidad de la indemnización pactada en una situación tan especial como sería la concursal<sup>56</sup>. No obstante, su apreciación no es del todo segura, ni el éxito de tal pretensión una cuestión despejada. En su caso, el órgano competente para conocer sobre tal pretensión podría ser el propio Juez del Concurso en virtud de la regla prejudicial contenida en el artículo 9 LC, puesto que la elevada cuantía de la indemnización con clara afección sobre del patrimonio del concursado así lo justificaría<sup>57</sup>. Otra opción posible y que sería si cabe más complicada, pasaría por intentar buscar una declaración de nulidad de la cláusula de blindaje por considerarse abusiva<sup>58</sup>. Se trataría, en suma, de una medida excepcional pero que podría llegar a resultar viable cuando se hubiera actuado con mala fe o con abuso de derecho, lo que sucedería, por ejemplo, cuando dicha cláusula se pactara de forma sobrevenida tras la declaración de concurso o ante su inminencia. Por los razonamientos ofrecidos hasta el momento, se puede llegar a la conclusión de que cuando la empresa está en situación de concurso resulta mucho más barato despedir al alto directivo sin alegar ninguna causa que haciéndolo con sujeción a cualesquiera de los motivos establecidos en la RDAD o ET, puesto que en el primer caso será posible instar la moderación de la indemnización resultante. Como podrá apreciarse, esta regulación tiende a que la mayoría de causas de

---

<sup>56</sup> RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...Op. Cit. Página 3 (La Ley 4466/2005).

<sup>57</sup> Así, MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...Op. Cit. Página 82.

<sup>58</sup> Opción que contempla alguna doctrina, por ejemplo, ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”...Op. Cit. Página 177.

extinción se canalicen por la vía del artículo 65.1 LC, otorgando un privilegio demasiado amplio al administrador concursal, por lo que entiendo que esta cuestión debería de revisarse. Con ello, desde estas líneas se propone abrir la puerta para que legislativamente se extienda la moderación indemnizatoria a otra serie de extinciones y de esta forma terminar con otro argumento más que actúe favor de la extinción sin causa.

Por lo que respecta a la presencia de la facultad de moderación indemnizatoria por parte del Juez del Concurso, ésta podría explicarse razonablemente con el fin de lograr, en una situación de insolvencia genérica, la inoperatividad de las cláusulas blindaje. De este modo, se está dando la opción a que empresas inmersas en un concurso de acreedores puedan poner coto a los abusos que se hayan producido en la celebración de este tipo de contratos al albur de la nueva situación empresarial. Se ha dicho por algún autor que tal previsión ha sido incluida con toda probabilidad por la posible responsabilidad o culpa del alto directivo en la situación de insolvencia<sup>59</sup>. Sin embargo, considero que la explicación vendría dada más bien por las aseveraciones anteriormente procuradas, puesto que para la eventual culpabilidad del alto directivo en la insolvencia empresarial ya tenemos otra previsión distinta, reflejada en el artículo 65.4 LC. Con todo, la moderación de la indemnización no surge como una obligación que deba de operar siempre que exista una extinción *ad nutum* o por voluntad del propio directivo producida durante el concurso, sino que se trata de una facultad sobre la que el Juez del Concurso podrá hacer uso potestativamente. Por lo tanto, cabe asentar que la facultad moderadora no opera en nuestro derecho de forma automática. Esta es la lectura unívoca que merece el término jurídico empleado por la norma concursal, que expone textualmente “podrá moderar”. No obstante, surgen algunas dudas sobre si el Juez del Concurso puede hacer uso de esta facultad *motu proprio* o de oficio, situación sobre la que existe cierta armonía en la doctrina, que se ha ido decantando hacia una respuesta negativa. En este sentido, la facultad que el artículo 65.3 LC brinda al Juez del Concurso siempre deberá contar con la petición del administrador concursal, por lo que

---

<sup>59</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 14 (del pdf); CRESPO CHAMPIÓN, F. “Especialidades respecto al personal de alta dirección”. *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 321.

el órgano judicial deberá actuar a instancia de parte<sup>60</sup>. En adición, considero que el silencio que guarda el precepto en este punto puede abrir la posibilidad a que no sea solamente el administrador concursal el único sujeto legitimado para solicitar del Juez del Concurso la predicada moderación indemnizatoria, sino que esta podrá alcanzar a cualquier persona que tenga un interés legítimo en la misma, en especial, el propio deudor, así como incluso cualquier acreedor que pueda verse afectado por el elevado crédito a favor del directivo<sup>61</sup>.

Respecto a la moderación de la indemnización en sí misma, basta recordar que solamente podrá devengarse cuando su cuantía se hubiera pactado expresamente en el contrato de alta dirección, puesto que en caso contrario se deberá aplicar irreparablemente la suma establecida supletoriamente por el art. 11.1 RDAD, es decir, la sabida cifra de 7 días de salario con un máximo de 6 meses. Esta fijación expresa o cláusula de blindaje puede ser la que se hubiera fijado para el desistimiento empresarial *ad nutum* previsto por el artículo 11.1 RDAD, aunque nada obstaculiza que ésta se prevea expresamente para los casos de extinción *ex* artículo 65 LC y en este sentido que se pueda válidamente acordar una indemnización inferior para estos concretos supuestos, asegurando de esta forma un menor coste con independencia de la eventual moderación judicial<sup>62</sup>. De la lectura correcta que se infiere de la locución del artículo 65.4 LC, que expresa lo siguiente: “*quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato*” se deduce que la ponderación de la indemnización sólo procedería, en su caso, cuando ésta haya sido establecida consensualmente. Junto con ello, cabe añadir que la facultad moderadora no se hace depender de ninguna causa o razón concreta, por lo que se deja a la libre discrecionalidad del Juez del Concurso, la cual, en ningún caso deberíamos de confundir con su total arbitrio<sup>63</sup>, más bien al contrario, pienso que el órgano judicial deberá, como es natural, motivar el fallo de su resolución. Asimismo, para poder tomar esta decisión, entiendo que el juzgador tendrá

---

<sup>60</sup> Entre otros muchos: MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 782; VIGUERA RUBIO, J. M<sup>a</sup>. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 17 (Ref. CISS 1685/2004) etc. En contrario, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Páginas 6 y 7 (La Ley 4466/2005).

<sup>61</sup> En este sentido, COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 143.

<sup>62</sup> RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Página 4 (La Ley 4466/2005).

<sup>63</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 782; TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 781.

que tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, valorando la situación en que se encuentra la empresa y el concurso en general<sup>64</sup>.

Con todo, la referida moderación judicial encuentra un límite que se encuentra establecido dentro del propio tenor del artículo 65.3 LC y que consiste en “*la indemnización establecida en la legislación laboral para los despidos colectivos*”, es decir, de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Por lo tanto, la discrecionalidad de la que dispone el Juez del Concurso para decidir si modera o no la indemnización que corresponde al personal de alta dirección se topa con un límite que viene representado en forma de cláusula suelo o módulo indemnizatorio mínimo. En este sentido, el Juez del Concurso podrá menguar la indemnización pactada entre la empresa y alto directivo hasta el límite inferior de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. De este modo, si se hubiera pactado un *quantum* indemnizatorio superior a esa cantidad el Juez podrá manejarse entre la horquilla que dista entra la cantidad allí dispuesta y la banda inferior del despido por razones objetivas dispuesto para los trabajadores “comunes”. Como el precepto en cuestión está destinado para dotar de un mecanismo que evite la satisfacción de unas indemnizaciones desmesuradas dentro de un contexto de insolvencia generalizada por parte del empresario, considero que solamente puede accionarse esta moderación cuando la cantidad establecida en el contrato de alta dirección sea superior a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. *A sensu contrario*, si la cantidad pactada es menor a la señalada habrá que respetar la autonomía de las partes respecto a su libre fijación y atender a la cantidad dispuesta en el contrato. Parece, desde este prisma, que el legislador ha entendido que una indemnización menor a la contemplada para los casos extinción del contrato por razones objetivas y despidos colectivos guarda la necesaria proporcionalidad y medida aún en los casos en los que la empresa está en concurso, pues solamente prevé la limitación de aquéllas que se hubieran pactado por encima de dicha cantidad. Por descontado, ante la ausencia de pacto entrará en juego la indemnización reglamentaria supletoria, fijada como sabemos en 7 días de salario por año de servicio con un máximo de 6 mensualidades, importe que, evidentemente, no podrá rebajarse en ningún caso. Su explicación podría deberse a que la finalidad de la

---

<sup>64</sup> En este sentido, ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 176.

actuación moderadora en el contexto de concurso parece ser la de atemperar las elevadas cantidades pactadas en el contrato. De esta suerte, una cantidad tan exigua como la establecida para los casos de defectos de pacto no pondría en peligro el patrimonio empresarial de la concursada<sup>65</sup>. Para concluir debemos de señalar que la indemnización resultante deberá de satisfacerse con cargo a la masa del concurso, aunque tampoco en este punto existe unanimidad doctrinal. En cualquier caso, sobre todas estas cuestiones volveremos más adelante con mayor detenimiento cuando tratemos el tema de los créditos laborales dentro del concurso.

#### **4.2. *La facultad de aplazamiento de la indemnización por parte del Juez del Concurso***

La segunda de las medidas que el legislador ha prevenido respecto a la cuestión indemnizatoria consiste en la posibilidad de aplazar dicho pago. En concreto, el último apartado del artículo 65 LC establece de forma un tanto lacónica que *“la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación”*. Nuevamente, será el Juez del Concurso el órgano encargado de declarar por medio de auto el aplazamiento del pago de dicha indemnización. Para lo cual, dispondrá de plena discrecionalidad, aunque su decisión no podría ser arbitraria, por lo que consecuentemente deberá de motivarla. Junto con ello, y coincidiendo la actuación del Juez del Concurso respecto a lo visto en la moderación indemnizatoria, esta postergación contenida en el apartado cuarto del artículo 65 LC no cabría entenderla de oficio, sino que va a precisar de una previa solicitud de parte. Al contrario de lo que sucedía con la facultad moderadora, aquí el precepto sí cita expresamente a la administración concursal como órgano encargado de solicitar dicha suspensión indemnizatoria, por lo que para accionar la sustanciación de este incidente concursal parece que esta vez no estarían legitimados otra serie de sujetos interesados, en concreto, el deudor u otros acreedores.

La existencia de esta previsión radica en la posibilidad de que el alto directivo haya sido cooperador o incluso causante de la situación de insolvencia, con potenciales

---

<sup>65</sup> RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...Op. Cit. Página 6 (La Ley 4466/2005).

responsabilidades a su cargo<sup>66</sup>. Si nos vamos al artículo 172.2 LC podremos observar como una de las consecuencias de que el concurso sea declarado culpable será el de *“la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”*. Por ello, como anticipación ante dicha posible responsabilidad que lleve a la adjetivación como sujeto culpable de la insolvencia al alto directivo en cuestión, el artículo 65.4 LC permite suspender la indemnización debida a causa de la extinción de su contrato. No se trata de un pérdida total de la indemnización devengada contra la masa por la extinción del contrato de trabajo del alto directivo, sino más bien una paralización de su pago a resultas del contenido de la sentencia de calificación. Por consiguiente, lo que el legislador ha previsto en este precepto compadecería con una suerte de medida cautelar, en el sentido de que se está sujetando un derecho económico devengado a favor del alto directivo hasta la firmeza de un proceso, en este caso de un incidente concursal que coincide con la pieza sexta o sección de calificación del concurso. De este modo, la indemnización fijada por la sentencia se deberá desembolsar desde el momento en que se sepa que el directivo no ha participado de la insolvencia empresarial o, dicho de otro modo, no se haya considerado culpable de la misma. No obstante, si la extinción se ha producido durante la fase común del concurso el término el fin de la suspensión indemnizatoria podrá darse tanto cuando se habrá la sección de calificación y este concluya mediante sentencia firme en la que se declara no culpable el concurso o directivo en cuestión o directamente desde el momento en que no quepa abrir esta sección sexta.

Sobre el particular se han producido algunas modificaciones legislativas. Así, si con la redacción originaria de la Ley Concursal el artículo 163.1 LC establecía con carácter positivo cuando cabía abrir la sección de calificación, la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 octubre, aparte de trasladar esta cuestión sistemáticamente al artículo 167 LC optó por ampliar las posibilidades de apertura de esta sección sexta. En este sentido, acontecerá cuando se apruebe un convenio y cuando se abra la fase de liquidación, es decir, en las dos salidas del concurso procederá la formación de la pieza

---

<sup>66</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65 LC”...*Op. Cit.* Página 783.

de calificación, salvo para aquellos casos en los que finalmente se acuerde un convenio “poco gravoso”, que la ley lo fija cuando se establezca en el mismo una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a 3 años. Posteriormente el RD 11/2014 incorporó la regla de que este convenio “poco gravoso” podría afectar a todos los acreedores o solamente a las clases de acreedores establecidas en el artículo 94.2 LC, es decir, laborales –excluyéndose los de alta dirección-, públicos, financieros y los restantes –que serían los no incluidos dentro de las categorías anteriores-. Por lo tanto, cuando las quitas o esperas de alguna de esta “clase de acreedores” o, a mayor abundamiento para todos ellos, se pacte una quita o espera en los términos anteriormente reflejados el Juez del Concurso no procederá la formación de la pieza de calificación y por ello entiendo que será en ese preciso momento cuando se tendrá que acabar con la suspensión del abono del crédito el alto directivo, salvando de este modo la literalidad del precepto que indica “*hasta que sea firme la sentencia de calificación*”. Puede darse el caso que de incumplirse este convenio “no gravoso” se produzca una suerte de “reinsolvencia” y con ello se proceda a abrir la fase de liquidación y junto con ello la sección de calificación el concurso, pero parece que sujetar el crédito del alto directivo y esperar a que se produzca un posible incumplimiento del convenio es una medida un tanto gravosa para estos sujetos cuyo contrato ha sido extinguido, con lo que ya no han podido participar de esta nueva insolvencia o “reinsolvencia”. Su culpabilidad en la insolvencia inicial tampoco parece que haya sido determinante, puesto que la situación en la que se dejó la empresa ya habría pasado por un extremo tal que ni siquiera dio lugar a depurar las posibles responsabilidades de los gestores. Por lo tanto, considero que en estos casos el levantamiento de la medida cautelar deberá de llevarse a cabo en la fecha en que se apruebe un convenio “no gravoso”, puesto que en estos casos tal y como se ha tenido ocasión de advertir, no se abre la sección de calificación. En los restantes casos, es decir, cuando el convenio alcanzado por los acreedores sea considerado “gravoso” o cuando se abra la fase de liquidación, el Juez procederá a formalizar resoluciones la pieza de calificación, por lo tanto, en estos casos, más comunes, razono que habrá que estar a la literalidad del artículo 65.4 LC y esperar a que se dicte la sentencia que declare la culpabilidad o no del concurso y en caso afirmativo qué concretos sujetos son los que se van a ver afectados por dicha determinación. En este sentido, si la responsabilidad de la situación de insolvencia alcanza al directivo en cuestión, ya se ha comentado con anterioridad que una de las consecuencias que la Ley Concursal reserva para tales casos es la privación de los créditos que estos tengan a su

favor, razón por la cual la indemnización extintiva finalmente no se devengará. Por su parte, si el concurso ha sido declarado no culpable o aun siéndolo el directivo no entre dentro de los sujetos responsables se levantará la medida cautelar que pesa sobre su crédito y podrá finalmente cobrarlo dependiendo del orden de prelación y de los haberes de la empresa.

Finalmente, cabe indicar que el artículo 65 LC no establece ningún orden de prelación o incompatibilidad entre la solicitud de moderación del crédito del personal de alta dirección y el aplazamiento de su pago, por ello entiendo que ambas opciones pueden actuar tanto alternativamente como cumulativamente. En este sentido, el sujeto legitimado podrá requerir perfectamente del Juez del Concurso una resolución mediante la cual se modere la indemnización del directivo pero donde no se diga nada sobre su posible suspensión, quizá por entenderse que éste no ha influido en la situación empresarial deficitaria. Asimismo, podría optar por solicitar un aplazamiento, precisamente por pensar en una posible responsabilidad en la insolvencia empresarial pero no así su moderación, quizá por entenderse que esta resulta proporcionada o no poder efectuarse al resultar ésta inferior al límite legal. En último término, también podría pedirse en una misma solicitud ambas vicisitudes, debiéndose pronunciar el Juez del Concurso sobre ambas cuestiones en una misma resolución, donde perfectamente cabría estimar una de ellas, las dos, o ninguna, motivándose en todo caso la decisión adoptada.