

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTRATO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

Carolina Blasco Jover

*Profesora contratada doctora. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

EXTRACTO

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece unos mecanismos protectores en caso de subrogación empresarial, básicamente la pervivencia del contrato en todos sus términos. Pero, ¿es aplicable este artículo cuando la sucesión afecta a un alto directivo? ¿Vinculan al nuevo empresario las condiciones contractuales, incluidas, desde luego, las indemnizatorias, que el empresario cedente hubiera podido pactar con el trabajador? Es tal la pregunta que desde este trabajo se realiza; pregunta nada sencilla si se tiene en cuenta la diversidad de opiniones doctrinales y judiciales existentes sobre el particular, pero a la que cabe responder, y por los argumentos que se expondrán, afirmativamente.

Palabras claves: alta dirección, transmisión de empresa, mantenimiento del contrato e indemnización.

Fecha de entrada: 17-02-2014 / Fecha de revisión: 31-03-2014 / Fecha de aceptación: 02-04-2014

THE APPLICATION OF ARTICLE 44 OF THE WORKERS' STATUTE IN THE CONTRACT OF SENIOR MANAGEMENT

Carolina Blasco Jover

ABSTRACT

Article 44 of the Workers' Statute establishes protective mechanisms in the event of transfer of an undertaking, basically the survival of the contract in all its terms. But, is this article applicable when the succession involves a senior manager? Will contractual terms, including, of course, the compensation agreed by the assignor with the senior staff member, link to the new employer? That's the question posed in this paper; not a simple question taking into consideration the diversity of existing judicial and doctrinal opinions on this matter, although for the arguments put forward, could be answered affirmatively.

Keywords: senior management, transfer of undertakings, continuation of the contract and compensation.

Sumario

- I. Consideraciones generales
- II. La incidencia del cambio de titularidad de la empresa sobre el personal de alta dirección
 - 1. La ausencia de remisión expresa al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como base para negar la virtualidad de la obligación subrogatoria
 - 2. El favor por la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores: el dato normativo como elemento de contraste
- III. A modo de conclusiones

I. CONSIDERACIONES GENERALES

De entre la compleja y variada gama de cuestiones que plantea el instituto de la transmisión de empresa, resulta interesante detenerse en una de ellas en concreto por los interrogantes interpretativos que ocasiona. Se trata de los efectos que pueda tener la sucesión empresarial en el contrato del alto directivo. En este sentido, es de reconocer que, a falta de jurisprudencia unificada, numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia venían incidiendo sobre el dato de que, en estricta técnica jurídica, los mecanismos protectores que articula el artículo 44 del **ET** no podían ser de aplicación cuando del contrato de aquel sujeto estamos hablando. Y ello, adelantando ideas que más adelante se expondrán, por una razón muy sencilla: porque debe imperar el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, principio civilista que, como es conocido, se contempla en el artículo 1.257 del **Código Civil**.

En buena medida puede parecer que ello debe ser así, habida cuenta del cerrado sistema de fuentes que implementa el tercer artículo de la norma reguladora de la alta dirección, el **Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto**, que excluye a la legislación laboral, incluso, como fuente supletoria de aplicación. Pero, a mi modo de ver, pueden existir argumentos suficientes para desmentir tal posicionamiento y para abogar por la aplicación del artículo 44 del **ET** en sus exactos términos, esto es, reconociendo el derecho del alto directivo a ver mantenido su contrato de trabajo con la empresa cesionaria tal y como se pactó en su momento con la empresa cedente. Al análisis de tales argumentos y de los efectos que pueda tener para la relación del alto directivo llevarlos hasta sus últimas consecuencias se dedican las páginas que siguen, no sin antes advertir que, tras la toma de postura por uno u otro planteamiento, subyace la cuestión, nada baladí, del coste indemnizatorio que la empresa cesionaria pueda tener que asumir por la extinción de un contrato que el alto directivo suscribió, en su momento, con la empresa cedente. Este, y no otro, es el verdadero punto clave para afrontar la problemática que se apunta. Y es que, como puede comprenderse, en absoluto carece de trascendencia que la nueva empresa se vea obligada, por imperativo legal, a respetar las condiciones contractuales preexistentes del alto directivo (incluyendo, aquí, las normalmente elevadas indemnizaciones que por extinción de contrato se puedan haber estipulado) o que, por el contrario, pueda poner fin, libremente, al contrato de este trabajador.

II. LA INCIDENCIA DEL CAMBIO DE TITULARIDAD DE LA EMPRESA SOBRE EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

1. LA AUSENCIA DE REMISIÓN EXPRESA AL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES COMO BASE PARA NEGAR LA VIRTUALIDAD DE LA OBLIGACIÓN SUBROGATORIA

Como se ha planteado en la parte introductoria de este trabajo, la cuestión que cabe abordar es la de los efectos que pueda provocar la sucesión empresarial en el contrato del alto directivo.

El punto de partida para afrontar esta problemática se sitúa en el artículo 10.3 d) del [Real Decreto](#) antes mencionado, precepto que, cuando articula el régimen jurídico de la extinción contractual por voluntad del propio alto directivo, se refiere a la «sucesión de empresa» para otorgarle a este trabajador –y siempre que se produzcan unas determinadas circunstancias como consecuencia de aquel hecho–¹ la facultad de desistir de su contrato en un plazo de tres meses² y con derecho a percibir las indemnizaciones pactadas o, en su defecto, las fijadas por la norma para el caso de la extinción por voluntad del empresario (siete días de salario por año de servicio).

El sentido de la norma, como se aprecia, es –en pocas palabras– liberar al alto directivo de su obligación de prestar servicios cuando exista un singular cambio de titularidad empresarial. Desde ahí, la pregunta que cabe plantearse es si puede inferirse la aplicación del régimen jurídico propio del artículo 44 del [ET](#) de aquella alusión que realiza la norma reglamentaria a la «sucesión de empresa». Porque, aceptando que lo pretendido con las garantías que se conceden en el precepto estatutario es que «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior», una respuesta en un sentido positivo conduciría a pensar que el sucesor o nuevo adquirente vendría obligado, cuando el directivo decidiera hacer uso de su derecho a la extinción, por unas estipulaciones en materia indemnizatoria que le serían completamente ajenas, pero que tendría, de igual modo, que respetar y asumir como propias, como así debe hacer cuando de relaciones laborales ordinarias se trata. Sin embargo, a una conclusión de signo contrario conllevaría el hecho de realizar una interpretación sistemática del citado artículo 10.3 d), poniéndolo en relación con el propio sistema de fuentes que implementa el tercero de los artículos del [Real Decreto](#) y con el principio civilista, ya antes mencionado, de que los contratos únicamente producen efectos entre las partes que los otorgan.

Situada la controversia en estos términos, parece, por tanto, que resulta tan oportuno como indispensable analizar los argumentos que se han ofrecido por parte de los tribunales menores y de cierta doctrina científica para negar la aplicación del artículo 44 del [ET](#) a estos supuestos³.

¹ Básicamente que «la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal».

² Contados desde que el directivo conociera la realidad y el alcance de los cambios acaecidos. *Vid.* [STS de 27 de marzo de 1990](#) (rec. núm. 314/1988). Este es un plazo que se concede para que el alto directivo tome conciencia de la situación, compruebe que, efectivamente, el cambio en la orientación de la empresa se ha producido y sopesa, en consecuencia, si desea abandonarla. Y es que no es ocioso recordar que esta facultad de resolución contractual encontraría su fundamento en la pérdida de confianza que el alto directivo habría sufrido como consecuencia de una sucesión empresarial de las características descritas por la norma.

³ *Vid.* [SSTSJ de Canarias, Las Palmas, núm. 678/1995, de 19 de octubre](#) (rec. núm. 235/1995); [Andalucía, Granada, núm. 42/1997, de 3 de enero](#) (rec. núm. 1655/1996); [Andalucía, Sevilla, núm. 3106/1999, de 24 de septiembre](#) (rec. núm. 1744/1999); [Castilla-La Mancha, núm. 1512/2001, de 29 de octubre](#) (rec. núm. 1323/2001); [Aragón, núm. 1080/2002, de 21 de octubre](#) (rec. núm. 938/2002); [Navarra, núm. 136/2004, de 4 de mayo](#) (rec. núm. 151/2004); [Galicia, de 19 de julio de 2004](#) (rec. núm. 992/2004), y [Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 625/2010, de 28 de](#)

En este contexto, la argumentación que se plantea pivota sobre un eje central: el artículo 3 de la norma reguladora de la alta dirección. A tal efecto, es oportuno recordar que este precepto claramente dispone que la relación laboral del personal de alta dirección se regulará, en primer lugar, por «la voluntad de las partes con sujeción a las normas de este real decreto y a las demás que les sean de aplicación»; en segundo lugar y «en todo lo no regulado por el real decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil»; finalmente, se prevé que las «demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este real decreto o así se haga constar específicamente en el contrato».

De lo que antecede pueden extraerse ya de por sí dos conclusiones que resultan claras. La primera, que la regulación normativa configura, precisamente en virtud del sistema de fuentes citado, un régimen semilaboral, en el sentido de que el manto protector consustancial del Derecho del Trabajo retrocede ante el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, propio tal principio del régimen iusprivatista⁴. La segunda, que las normas del Estatuto de los Trabajadores únicamente serán de aplicación cuando lo acuerden así las partes y lo manifiesten en el contrato o cuando exista una remisión expresa en el propio real decreto a ellas.

Pues bien, por empezar por el principio y dejando a un lado la posibilidad de que las partes hayan pactado la aplicación del régimen jurídico legal de la subrogación empresarial, porque, entonces, ningún problema o duda interpretativa existiría, cabe preguntarse cuáles son los preceptos del Estatuto a los que la norma reguladora de la alta dirección hace expresa referencia para, de este modo, comprobar si entre ellos se encuentra el artículo 44 del ET. Y, así, por lo pronto, es evidente la remisión al artículo 8.1 del ET en el artículo 4 del Real Decreto, que regula la forma y el contenido del contrato. También es evidente la remisión al artículo 55 del ET en el artículo 11 del Real Decreto, que regula la extinción del contrato por voluntad del empresario. Siguiendo con el régimen de extinción contractual, el artículo 12 del Real Decreto remite al artículo 49 del ET en cuanto a otras posibles causas de extinción del contrato del alto directivo y procedimientos para llevarlas a cabo. El artículo 13 del Real Decreto, en su mención a las infracciones laborales de los empresarios, se remite, por su parte, al artículo 57 del ET (remisión hoy entendida hecha a la [Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social](#)). Dos remisiones más se realizan en el artículo 15 del Real Decreto, una al artículo 45 del ET en tema de suspensión del contrato y otra al artículo 59 del ET, en cuanto a la prescripción y la caducidad de acciones. Finalmente, la norma reglamentaria, en su artículo 16, realiza una alusión al título II del ET para negar que el alto directivo pueda participar como elector o elegible en los órganos de representación del personal.

junio (rec. núm. 1119/2009). Entre la doctrina y por todos, MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, Madrid: Civitas, 2011, págs. 500 a 505 y DEL VAL TENA, A. L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, 2.ª ed., Cizur-Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, págs. 335 y 336.

⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 33.ª ed., Madrid: Tecnos, 2012, pág. 506.

Ciertamente, tras lo anterior y aun a riesgo de señalar lo evidente, ha de concluirse que no existe en el articulado del Real Decreto ninguna referencia expresa al artículo 44 del ET. Omisión legal esta en la que se han fundamentado tanto doctrina judicial como científica para sostener que del mero hecho de que en el artículo 10.3 d) de la norma reglamentaria se realice una mención a la «sucesión de empresa» no puede derivarse que lo pretendido por el legislador haya sido la aplicación de los mecanismos de protección que encierra el artículo 44 del ET, porque, si así hubiera deseado que fuera, lo hubiera hecho constar expresamente. Desde este punto de vista, la conclusión a la que se llega se muestra con total claridad y facilidad: el régimen jurídico legal propio de la transmisión de empresa (mantenimiento del contrato y de todas sus estipulaciones) únicamente entraría en juego si así se pactara expresamente por las partes. La norma reglamentaria lo único que estaría configurando sería una suerte de regulación especial y autónoma de la subrogación empresarial para un colectivo de trabajadores de los que no puede afirmarse que mantengan una relación ordinaria con quien es su empresario. Tal regulación únicamente resultaría de aplicación cuando se produjera un cambio importante en la titularidad de la empresa que tuviera por efecto una renovación en la orientación de la misma y garantizaría al alto directivo la posibilidad de extinguir, en un amplio plazo de tres meses, su contrato con derecho a percibir las indemnizaciones correspondientes; indemnizaciones, sin embargo, que ya no serían las pactadas con el anterior titular (habrían devenido ineficaces), sino, más bien, las legales, sensiblemente inferiores⁵.

A mayor abundamiento, al argumento aquí expuesto de la falta de remisión expresa en la norma al precepto estatutario, se han adicionado otros dos. El primero, centrado en la aplicación supletoria de la legislación civil. El segundo, en la exclusión, a estos efectos, de la [Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo](#), sobre aproximación de las legislaciones del Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o de centros de actividad.

Por lo que atañe a la primera cuestión, repárese en que el propio tenor literal del artículo 3.3 del Real Decreto estipula muy claramente que «en lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales». Pues bien, interpretando que con lo que nos encontramos, a fin de cuentas, es con una laguna de la norma reglamentaria (o, en su caso, del contrato), se ha entendido que, para llenarla, habría que acudir, no a la legislación laboral común—expresamente excluida si no hay específica remisión a ella—, sino al ordenamiento civil/mercantil y a sus principios rectores. Y, de acuerdo con el tradicional principio civilista, los contratos solo producen efectos entre las partes que los conciertan, en nuestro caso, la empresa cedente y el alto directivo, quedando liberada la empresa cesionaria de las obligaciones que la anterior hubiera podido adquirir con aquel trabajador.

⁵ Se hace jugar la previsión contenida en el artículo 10.3 del Real Decreto, por la que se dispone que, en defecto de pacto por lo que respecta a la cuantía indemnizatoria por fin de contrato por voluntad del trabajador, deben abonarse las indemnizaciones «fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario», esto es, siete días de salario por año de servicio.

Respecto a la inaplicación de la [Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo](#), lo primero que ha de destacarse es que tal norma, cuando impone al cesionario que asuma como propios los derechos y obligaciones que resulten de los contratos de trabajo en vigor, no realiza distinción alguna sobre el tipo de relación laboral, ordinaria o especial, de los trabajadores afectados por la subrogación. Y si ninguna disparidad de tratamiento se realiza por razón del carácter especial u ordinario del vínculo, pudiera llegar a pensarse que no cabe distinguir donde la ley no lo hace y que la regla de la continuidad automática e íntegra de las relaciones laborales en curso ha de aplicarse por igual a cualquier trabajador que preste servicios en la empresa en el momento de la transmisión.

El planteamiento anterior, sin embargo, es contradicho sobre la base de la siguiente argumentación. El eje central de la tesis que niega la aplicación del artículo 44 del ET pasa, como se ha podido constatar, por negar la mayor: que de la propia mención a la «sucesión de empresa» realizada por el artículo 10.3 d) del Real Decreto no puede derivarse la aplicación, para el alto directivo inmerso en una subrogación empresarial, de las garantías concedidas en el precepto estatutario. Pues bien, partiendo de esta idea, esto es, partiendo del hecho de que la norma nacional reglamentaria resulta ser nítida en lo que pretende, la exclusión del artículo 44 del ET, se llega a sostener que traer a colación la norma comunitaria para que el contrato del alto directivo se mantenga en vigor sería tanto como desvirtuar el propio sistema de fuentes establecido y la interrelación entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario. En otras palabras, se objeta que ello equivaldría a inaplicar una norma nacional «clara y diáfana», ajena a cualquier duda interpretativa, para aplicar, de forma forzada –y podría decirse que hasta gratuita–, una norma, la Directiva, que de suyo no tiene eficacia directa, ni puede ser invocable en el plano horizontal, es decir, en las relaciones entre particulares⁶. A todo ello se añadiría, además y siempre desde esta perspectiva, el hecho que el legislador nacional ya habría dado exacto cumplimiento a la norma comunitaria –eso sí, según su criterio– al prever «un mecanismo de garantía en caso de sucesión de empresa, solo que este mecanismo sería especial para los altos directivos, como especial es su vínculo y que no tendría, por tanto, por qué coincidir con el general del art. 44 ET»⁷.

2. EL FAVOR POR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL DATO NORMATIVO COMO ELEMENTO DE CONTRASTE

Como ha quedado constatado, el enfoque tradicional del problema que aquí se trata siempre ha transitado por los efectos que provoca la no remisión expresa en la norma que rige la alta dirección a la subrogación empresarial. Y ello, para llegar a la solución de que el nuevo adqui-

⁶ Y es que una Directiva «no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal en su contra». Sobre el particular, *vid.* SSTJCE de [26 de febrero de 1986](#), asunto Marshall; de [14 de julio de 1994](#), asunto Faccini Dori, y de [14 de septiembre de 2000](#), asunto Collino, entre otras.

⁷ STSJ de Canarias, Las Palmas, núm. 678/1995, de 19 de octubre (rec. núm. 235/1995). En el mismo sentido, *vid.* DEL VAL TENA, A. L.: *Los trabajadores directivos de ..., op.cit.*, págs. 334 y 335.

rente, si el alto directivo insta la resolución, quede liberado de las obligaciones contraídas entre aquel y la anterior empresa, sobre todo y desde la perspectiva que ofrecen los datos judiciales, en materia de indemnizaciones por fin de contrato.

Ciertamente, cabe reconocer que esta solución ha merecido un esfuerzo dialéctico importante; pero, esfuerzo, quizá y a mi modo de ver, que resulta ser un tanto artificioso. Así, me parecen más ajustadas a la literalidad del artículo 10.3 d) del Real Decreto aquellas interpretaciones que abogan por la aplicación del artículo 44 del ET⁸. Bastaría con reparar, desde el plano de los concretos datos normativos, en el hecho de que es el propio precepto reglamentario el que concede al alto directivo un plazo ciertamente prolongado de tres meses para ejercer su derecho a la resolución indemnizada. Detalle este que, de por sí, ya implicaría que la propia norma estaría contemplando la posibilidad de que el contrato se mantuviera en vigor y en todos sus términos durante ese lapso temporal, circunstancia esta que solo ocurriría si fuera de aplicación el paraguas protector que ofrece el precepto estatutario.

Pero, por si la consideración que acaba de realizarse no fuera suficiente, cabe pensar que, si el legislador hubiese querido que la sucesión de empresa fuera causa, *per se*, de extinción del contrato por voluntad del empresario, desconociéndose, de este modo, los nítidos límites legales que impone el artículo 44 del ET, así lo hubiera hecho constar expresamente. Máxime cuando la única referencia que se hace a la sucesión de empresa en la norma es para dejar constancia de que tal hecho y si se dan determinadas circunstancias puede provocar la extinción del contrato, pero única y exclusivamente por voluntad del alto directivo. Cierto es que, frente a esta argumentación, podría oponerse que la regulación en tan amplios términos que se realiza del desistimiento empresarial (art. 11 del RD) acaba por inutilizar la iniciativa resolutoria del directivo, habida cuenta de que para el ejercicio de tal desistimiento el empresario no tiene que alegar causa justificativa alguna. Pero, ello no obstante, entiendo que a este dato pueden confrontarse otros dos.

Así, en primer lugar, porque de la literalidad del mencionado artículo 11 no puede extraerse que la sucesión patronal pueda fundamentar automáticamente la extinción del contrato por voluntad del empresario, ni tan siquiera por desistimiento. De hecho, cabe pensar que, si así lo hubiera querido el legislador, lo hubiese reflejado explícitamente, sobre todo cuando, primero, no ha tenido inconveniente alguno en hacerlo cuando ha regulado el régimen jurídico de la extinción por voluntad del alto directivo y, segundo, cuando mal puede conjugarse la voluntad extintiva empresarial con la persistencia en su totalidad del contrato que impone el artículo 44 del ET. Es más, ni siquiera puede llegar a extraerse tal conclusión del artículo 12 de la norma reglamentaria que, al prever que la relación del alto directivo pueda extinguirse por otras causas, se remite a las

⁸ Por todos, SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao: Deusto, 1990, págs. 61 y 62, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, págs. 246 y 247 y BAYLOS GRAU, A. y PARDO LAGUNA, J. L.: «Notas sobre la resolución voluntaria del contrato de alta dirección: aspectos críticos», en AA. VV.: *IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1993 (ejemplar fotocopiado), pág. 12.

previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Y, como es conocido, los artículos 49 y siguientes del Estatuto no contemplan entre su listado de causas de extinción la subrogación empresarial. Cuestión distinta, eso sí, es que el alto directivo hubiese libremente acordado con su anterior empresario la extinción de su contrato si aconteciera en un momento dado la sucesión o, incluso, que pactara esto mismo con el nuevo adquirente una vez consumada la subrogación.

Y, en segundo lugar, porque, aunque se admitiera que la sucesión empresarial pudiera fundamentar el desistimiento empresarial, entiendo que tal facultad extintiva no podría operar automáticamente tras la subrogación. En efecto, si bien se mira, la norma reglamentaria prevé una regulación en cierto modo muy pareja del régimen jurídico de la extinción por voluntad del alto directivo y de la extinción por voluntad del empresario, de tal forma que coinciden el plazo de tres meses del que dispone el directivo para tomar conciencia de los cambios operados en la empresa tras la sucesión, con los tres meses⁹ que el empresario debe cumplir de preaviso para desistir del contrato. Tomando en cuenta este dato normativo, podría sostenerse, a fin de evitar desnaturalizar el periodo de tiempo que se concede al alto directivo para constatar que los cambios en la orientación de la empresa se han producido tras la subrogación, que únicamente cuando el contrato se consolide porque aquel no haya hecho uso de su facultad de extinción, podría el empresario desistir del contrato si así lo considerase conveniente. Ciertamente, ello implica que el empresario deba demorar su decisión de desistimiento hasta que el directivo tome su decisión o, en todo caso, hasta el transcurso de los tres meses, pero es que una interpretación en sentido contrario supondría tanto como negar la existencia misma de la causa de resolución contractual que contempla el artículo 10.3 d) del Real Decreto.

Por lo demás y a mayor abundamiento, otro dato vendría a refrendar la idea de la aplicación del artículo 44 del ET cuando del contrato del alto directivo estamos hablando; un dato que llevaría a pensar que esta técnica de la referencia implícita al concepto y régimen jurídico de una institución laboral no resultaría ser una *rara avis* en el texto reglamentario. Y ello porque, al menos, en otra ocasión, el legislador la habría utilizado. En efecto, si nos fijamos, ya no en el artículo 10.3 d) del Real Decreto, sino en el artículo 5 (periodo de prueba), podemos apreciar, de nuevo, otra llamada implícita de la norma reglamentaria al Estatuto de los Trabajadores. Y es que, al margen de otras disquisiciones posibles que se puedan realizar sobre este artículo, como la pertinencia (o no) de pactar tal estipulación en este tipo de contratos, cabe hacer notar cómo el legislador parte de entender cuál es el objeto del periodo de prueba y cuáles sus consecuencias y ello a pesar de la no referencia expresa al artículo 14 del ET. Veamos.

El tenor literal del precepto citado indica que «en el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un periodo de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servi-

⁹ Tres meses que suben a seis «si así se establece por escrito en los contratos por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años» (art. 11 del RD, puesto en relación con el art. 10.1 de la misma norma).

cios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la empresa». Ciertamente, las diferencias con la regulación que de esta figura realiza el artículo 14 del ET son evidentes; pero lo que también es apreciable, a mi modo de ver, es que existe una alusión implícita, dentro del propio tenor de la norma, al concepto y al régimen jurídico del periodo de prueba estatutario¹⁰.

Así, de un lado, y aunque se omita, no hace falta agotar los argumentos para mantener que la misma finalidad a la que sirve el periodo de prueba en el plano de una relación laboral ordinaria rige también cuando de la relación laboral especial del alto directivo se trata. Esto es, la obligación, por parte de empresario y trabajador, de «realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba». Entender lo contrario sería tanto como desvirtuar, sin motivo alguno que lo justifique, la propia naturaleza de la institución. De otro lado, y aunque también se haya omitido, parece claro que el alto directivo, durante el lapso temporal de prueba, «tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral». Y es que requisito ineludible del periodo de prueba es que el trabajador sometido a tal condición no se vea perjudicado en sus condiciones laborales, a las que tendrá derecho de igual modo que si su contrato fuera definitivo. Por lo que atañe a la facultad del desistimiento mutuo durante el periodo de prueba, tampoco la norma resulta ser muy clara al respecto, pero resultaría cuando menos sorprendente no entender hecha, al menos, implícitamente, la referencia a esta posibilidad, máxime cuando el propio párrafo segundo del artículo 5 estipula que el contrato producirá plenos efectos cuando haya transcurrido el periodo de prueba «sin que se haya producido desistimiento». Por último, otro aspecto a destacar de la regulación del periodo de prueba en el Estatuto es la posibilidad de suspenderlo, previo acuerdo entre las partes, si acontecen determinadas circunstancias, las ya conocidas de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad. Pues bien, también en este caso entiendo que regiría, previo acuerdo, tal posibilidad, habida cuenta de que el bien jurídico que se pretende proteger con tal previsión cuando estamos ante una relación laboral ordinaria resulta ser el mismo que cuando estamos ante una relación laboral especial como la que aquí se trata.

A la vista de las precedentes consideraciones, entiendo, en fin, que puede afirmarse que el pacto contractual al que llegaron en su día el alto directivo y la empresa cedente resulta vinculante en todos sus términos para la empresa adquirente, como así lo son los contratos de los trabajadores con relación ordinaria de la misma empresa. Y, precisamente, en esto mismo ha reparado la jurisprudencia en fechas relativamente recientes¹¹, ofreciendo otros dos argumentos, adicionales a los aquí expuestos, para llegar a esta misma conclusión.

¹⁰ De esta misma opinión son FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I)», en *Relaciones Laborales*, tomo I, 1988, versión *on-line*, pág. 17 y SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de ...*, *op. cit.*, págs. 45 y 46. En contra, MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta ...*, *op. cit.*, pág. 486.

¹¹ **STS 27 de septiembre de 2011** (rec. núm. 4146/2010). Sentencia seguida por la STSJ de Madrid, núm. 117/2012, de 10 de febrero (rec. núm. 1980/2011).

En primer lugar, por propia reducción del absurdo. Porque carece de toda lógica admitir que, por el hecho de que acontezca una novación en la figura del empleador, deba producirse, de modo automático, una novación objetiva del contrato; novación por la que se haga caso omiso de las estipulaciones pactadas (muy especialmente, por lo que se refiere a indemnizaciones) y por la que la relación de las partes pase a regirse por una fuente reguladora distinta, las previsiones del propio Real Decreto. Tal cambio, si en su caso aconteciera, debiera realizarse de común acuerdo entre alto directivo y nuevo empresario¹², habida cuenta de que lo pactado se erige en fuente primera y principal de esta relación jurídica¹³. Lo contrario supondría tanto como concederle al nuevo adquirente la posibilidad de modificar a su antojo y hasta caprichosamente las condiciones contractuales preexistentes y llegar al contrasentido, por ende, de que «la extinción por voluntad del trabajador deba atenerse al importe indemnizatorio pactado, mientras que la efectuada por la empresa tenga en cuenta el importe –ya inferior– fijado en el Real Decreto, diversidad que chocaría frontalmente con la finalidad tuitiva que persigue el artículo 44 del ET, con el deseable equilibrio negocial entre los contratantes y con la regulación paritaria que el legislador hace para los supuestos de extinción por voluntad de una y otra parte»¹⁴.

En segundo lugar, por aplicación de la ya citada Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo, una norma que, como se ha visto, no realiza distinción alguna sobre la relación laboral, ordinaria o especial, de los trabajadores afectados por la subrogación. De hecho, ni el propio artículo 44 del ET ni, incluso, la [Ley 3/2009, de 3 de abril](#), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, acometen tales diferenciaciones¹⁵. De ahí que resulte otro contrasentido efectuar disparidades de tratamiento –cuando las propias normas no las hacen– fundamentadas en el carácter especial del vínculo del alto directivo y en la especialidad de su norma de desarrollo para negar la virtualidad del paraguas protector del precepto estatutario.

¹² Acuerdo este que sería plenamente válido en tanto en cuanto no implicara cláusulas abusivas o irregulares.

¹³ Ello no obstante y como es conocido, tal afirmación resultaría negada en, al menos, dos ocasiones en las que quedarían sin efecto las indemnizaciones pactadas, siendo sustituidas, por imperativo de la ley, por otras distintas. Así, de un lado, el artículo 65.3 de la [Ley Concursal](#) prevé que, en caso de extinción del contrato de trabajo del alto directivo, «el juez del concurso pueda moderar la indemnización pactada que le corresponda, con el límite de la establecida en la legislación laboral para el despido colectivo». De otro, la disposición adicional octava de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, estipula que la indemnización que perciban por desistimiento empresarial los altos directivos que presten servicios en el sector público estatal será «no superior a siete días por año de servicio de la retribución anual en metálico, con un máximo de seis mensualidades». Sobre la aplicación judicial de esta última medida, puede verse la STSJ de Extremadura, núm. 548/2013, de 28 de noviembre (rec. núm. 445/2013).

¹⁴ [STS de 27 de septiembre de 2011](#) (FJ núms. 5 y 6).

¹⁵ Según su disposición adicional primera, «en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

Con todo, no puede desconocerse –como ha quedado constatado– la oposición tan férrea que tanto la doctrina judicial como la científica habían venido mostrado a la aplicación de la citada Directiva por considerarse forzado recurrir a ella. No obstante y como se ha demostrado a lo largo de este estudio, cabe sostener otro planteamiento; un planteamiento según el cual la alegación de la Directiva como punto de apoyo para sostener la continuidad automática e íntegra de la relación laboral del alto directivo no supone violentar el sentir de la norma nacional. Así las cosas, cierto es que las Directivas, de suyo, no poseen eficacia directa ni horizontal y que cuando un juez nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares queda, a lo sumo, obligado a interpretar las normas del Derecho nacional en la medida de lo posible «a la luz de la letra y de la finalidad de las Directivas de las que pudieran traer causa a fin de llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por estas». Pero ello siempre y cuando tal operación hermenéutica no suponga realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹⁶. ¿Es esto lo que ocurre en el supuesto concreto que se está analizando? Entiendo que en modo alguno, porque, como se ha visto, la norma comunitaria en absoluto diferencia entre una prestación de servicios laboral de tipo ordinario o especial cuando prescribe que han de mantenerse los contratos y derechos de los trabajadores afectados por la sucesión. Es decir, Directiva y norma nacional reglamentaria convergirían, por todas las razones expuestas anteriormente, en lo que pretenden, la conservación del contrato en todos sus términos. Siendo así que, desde este otro punto de vista, la norma reglamentaria vendría a ofrecer, no ya una regulación autónoma y, por lo tanto, diversa a la que puede extraerse del Derecho comunitario, sino, más bien, plenamente coincidente con el mismo¹⁷.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

Las reflexiones transcritas muestran, en fin, que resulta ser una opción razonable y coherente sostener que la sucesión empresarial conlleva el respeto a las convenciones contractuales también cuando del alto directivo se trata. No puede negarse que la prestación de servicios de este trabajador posee matices con respecto a una relación laboral ordinaria por los que se le atribuye el calificativo de especial, como especial es el reglamento que la desarrolla. Un reglamento del que se ha ofrecido una lectura muy estricta por lo que concierne a la sucesión empresarial, admitiendo que pueda existir, pero –contrariamente a lo que pudiera pensarse– sin desplegar los efectos que le son propios.

Ciertamente, no se escapa que el anterior argumento vendría a refrendar la primacía de la ley especial sobre la general que es el Estatuto de los Trabajadores, además de no resultar, en modo alguno, desfavorable a los intereses del empresario cesionario, que no quedaría vinculado

¹⁶ Sobre ello, *vid.* la reciente [STJUE de 15 de enero de 2014](#) (C-176/2012).

¹⁷ [STS de 27 de septiembre de 2011](#) (FJ núm. 7).

por las normalmente muy elevadas indemnizaciones que empresario cedente y alto directivo hubiesen podido pactar, en su momento, por fin de contrato. Ello no obstante, y a mi modo de ver, una lectura alternativa de la norma reglamentaria es posible; una lectura, fundamentada, principalmente, en el texto del artículo 10.3 d) del Real Decreto, por la que no se pretenda sortear la regulación de la institución subrogatoria, que impone, se quiera o no, la pervivencia de los contratos en vigor en el momento de la transmisión tal y como se concluyeron, y ello, sin realizar diferenciación alguna por razón de la naturaleza ordinaria o especial del concreto vínculo laboral.