

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid. Letrado (excedente) de  
la Seguridad Social*

**Extracto:**

**L**A Ley 22/2003, de reciente entrada en vigor, ha supuesto una «profunda reforma» de la tradición concursal española. Inspirada en la «cultura del salvamento o recuperación de las empresas», lleva a cabo una amplia subjetivación de la empresa, sin precedentes en nuestro sistema jurídico. El personal de alta dirección por ocupar un lugar central en la misma, es objeto de especial atención, pero sin demasiada fortuna, con una regulación que, a la postre, le resulta gravemente lesiva, por contradictoria, pues no obstante presuponer su vinculación laboral, lo hace participe y responsable, como alto directivo, de la «gestión empresarial» (proyectando sobre el mismo toda la problemática de la «gobernanza corporativa»).

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
  - 1.1. Apreciación crítica de la legislación concursal anterior a la Ley 22/2003.
  - 1.2. Tratamiento de los contratos de trabajo y de los créditos laborales ordinarios y de personal de alta dirección en la legislación anterior a la Ley Concursal.
  - 1.3. Proyección sobre el contrato de trabajo del personal de alta dirección de la «cultura de la recuperación o salvamento de la empresa» (*rescue culture*), que informa la nueva legislación concursal.
- II. Los efectos del concurso de acreedores sobre «el ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», atribuidos (*ex lege*) al personal de alta dirección.
  - 2.1. Consideraciones generales.
  - 2.2. La «intervención» del ejercicio de «los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», atribuidos (*ex lege*) al alto directivo.
- III. El dilema entre la precisa gestión eficaz del alto directivo, la suspensión de la vigencia de su contrato con la atribución de la facultad resolutoria al alto directivo y la necesidad de su cese.
  - 3.1. El deber del personal de alta dirección de gestionar eficazmente la empresa durante el concurso.
  - 3.2. La suspensión de la vigencia del contrato de personal de alta dirección y la atribución de la facultad resolutoria del mismo al alto directivo.
    - 3.2.1. La suspensión de la vigencia del contrato de alta dirección por la administración concursal.
    - 3.2.2. La dimisión del alto directivo con contrato previamente suspendido por la administración concursal.
  - 3.3. Dimisión simple y cualificada, durante el concurso, del alto directivo con contrato no suspendido.
  - 3.4. La necesidad de proceder al cese del personal de alta dirección para la pervivencia de la empresa. Aspectos generales de la extinción del contrato de alta dirección por la administración concursal.
  - 3.5. Desistimiento y despido «concursoales».
- IV. Moderación y aplazamiento de las indemnizaciones por el Juez del concurso.
  - 4.1. Moderación de las indemnizaciones.
  - 4.2. Aplazamiento del pago de las indemnizaciones.

## I. INTRODUCCIÓN

Insolvencia<sup>1</sup>, concurso y quiebra son términos que refieren situaciones correlativas, de honda raigambre social y jurídica. La situación patrimonial del deudor que no puede cumplir sus obligaciones ha venido constituyendo un acontecimiento de gran trascendencia social, del que se ha dado históricamente testimonio literario<sup>2</sup>, y ha sido objeto de una regulación jurídica inicialmente muy severa para el insolvente, que ha ido sucesivamente moderándose a la par de la progresiva «humanización» y «nacionalización» del Derecho y en pro de una mayor eficacia económica general.

Efectivamente «el rigor tradicional que se refleja en el Derecho romano y también en el Derecho medieval, en el que se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador (*decoctor ego fraudatur*) que se aplicaba a toda clase de deudores, se intenta paliar con un procedimiento nuevo (...) a principios de la edad moderna»<sup>3</sup>, posteriormente se establece un procedimiento específico para el comerciante (quiebra) «más riguroso» que el aplicable a los que no tenían tal condición. Situación que ha permanecido sustancialmente inalterada hasta la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

En esta última norma se afirma, minimizando su alcance y con un exceso de voluntarismo, que «no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda reforma»<sup>4</sup>. Realmente se trata de una regulación novedosa, de una nueva etapa histórica en la «regulación de la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común»<sup>5</sup>, señaladamente cuando de

<sup>1</sup> Sobre los términos «insolvencia» y «quiebra» efectúa una recopilación de acepciones del Diccionario de Autoridades, CASTAN VÁZQUEZ, J.M.<sup>a</sup> [2004]: en «La insolvencia a través de la literatura», *AARA/JL* núm. 34, págs. 450 y 451. Precisa el *Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición, 2002, los siguientes significados, de la voz «Insolvencia»: «Falta de solvencia, incapacidad para pagar una deuda»; de la voz «Insolvente»: «Quien no tiene con que pagar»; de la voz «Solvencia»: «Carencia de deudas/Capacidad de satisfacerlas/Cualidad de solvente», y de la voz «Solvente»: «Desempeñado de deudas/Capaz de satisfacerlas/Que merece crédito».

<sup>2</sup> *Vid.* CASTAN VÁZQUEZ, J.M.<sup>a</sup>, *op. cit.* (La insolvencia a través de la literatura) págs. 449 y ss.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. [2003]: «Instituciones de Derecho Mercantil», Vol. II, McGraw-Hill, Madrid, pág. 451.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante Exposición de Motivos), apartado I, párrafo décimo primero.

<sup>5</sup> Es cierto, como se precisa en la Exposición de Motivos, apartado II párrafo quinto, que el nombre de «concurso» elegido para denominar a este procedimiento, es una «expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente AMADOR RODRÍGUEZ (*Tractatus concursu*, 1616) y de FRANCISCO SALGADO SOMOZA (*Labyntus creditorum concurrentium*, 1646) paso al vocabulario procesal europeo», pero no es menos cierto que precisamente en ese aspecto semántico y de alusión a un procedimiento judicializado o juzgado terminan las coincidencias.

la crisis económica de una empresa de trata, que se ha dejado sentir especialmente en el ámbito de las relaciones laborales y más específicamente en el tratamiento deparado al personal de alta dirección.

En ese aspecto ha de resaltarse que tanto el contrato como el crédito del personal de alta dirección son objeto de específica consideración en la Ley Concursal mejorándose la situación precedente, pero separándose, en aspectos sustanciales, del régimen general deparado en la misma Ley Concursal a los contratos de trabajo y créditos laborales ordinarios.

La explicación de esa diferencia de trato y de la regulación que establece para el contrato y el crédito del personal de alta dirección la Ley 22/2003, se encuentra tanto en la relevante participación, cuando no entero protagonismo, del alto directivo en la dirección económica y de los recursos humanos de la empresa y en la singularidad de su relación «laboral» especial (sobre la que se proyecta la problemática de la «gobernanza corporativa»<sup>6</sup>), como en los fines y funciones atribuidos a la institución concursal.

### 1.1. Apreciación crítica de la legislación concursal anterior a la Ley 22/2003.

Las «severas y fundadas críticas» que la normativa vigente hasta la Ley Concursal había merecido se resumen, con precisión, en la exposición de motivos de la Ley Concursal, en los siguientes términos<sup>7</sup>:

«Arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones (...). Defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de una dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil.»<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En el marco nacional español cabe citar el «Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas» de 8 de enero de 2003 (Informe Aldama), que se refiere al personal de alta dirección en diversos pasajes, así en el apartado III.2.3, al tratar de la «extensión subjetiva de los deberes de lealtad», precisa que «debiera abarcar al menos a las siguientes personas: (ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros», en el apartado III.3 sobre «el marco ético del gobierno corporativo» alude al deber de «comportamiento ético por parte de los administradores y gestores», en el apartado IV.6 trata de «la remuneración del Consejo y de la alta dirección». En el ámbito comunitario es de referencia obligada el «Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe», de 4 de noviembre de 2002 (informe Winter), que en el capítulo III, titulado «Corporate Governance», se refiere a los altos directivos en muchos apartados (especialmente en los correspondientes al punto 4, bien que en la concepción anglosajona de la relación jurídica existente entre el alto directivo y la sociedad), refiriéndose a su responsabilidad en caso de insolvencia de la compañía por razón de la *wrongful rule*.

<sup>7</sup> Apartado I, párrafo primero.

<sup>8</sup> Advierte la Ley Concursal (LC), en su Exposición de Motivos, apartado I, segundo párrafo, que «también contribuye a aumentar esos defectos y a dificultar la correcta composición del sistema la multiplicidad de procedimientos concursales; así junto a las clásicas instituciones de la quiebra y del concurso de acreedores, para el tratamiento de la insolvencia de los comerciantes y de los no comerciantes, respectivamente, se introducen otras preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas».

Hasta la Ley 22/2003 el legislador español no puso «remedio a estos males»<sup>9</sup>. Efectivamente, como indica la propia Ley Concursal hasta su promulgación las modificaciones legislativas anteriores a la misma fueron «muy parciales y limitadas a materias concretas, lo que, lejos de mejorar el sistema concursal, han contribuido a complicarlo con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y, frecuentemente con la introducción de privilegios y de alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia»<sup>10</sup>.

## 1.2. Tratamiento de los contratos de trabajo y de los créditos laborales ordinarios y de personal de alta dirección en la legislación anterior a la Ley Concursal.

La regulación concursal anterior a la Ley 2/2003 resultaba especialmente desfavorable para los contratos relativos al trabajo dependiente y los créditos nacidos de la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena. Unos y otros eran tratados como simples negocios contractuales comunes y créditos civiles y no como los únicos medios con los que el trabajador contaba para atender a su propia subsistencia y a la de su familia.

Ha de recordarse que durante esa etapa anterior correspondiente al siglo XIX, el contrato de trabajo no aparecía todavía como negocio jurídico con sustantividad propia independiente del arrendamiento civil de servicios, no obstante la valoración positiva del trabajo, que junto con la declaración de la libertad de industria constituyeron los rasgos más destacables de la ideología liberal (inspiradora de los «códigos decimonónicos»), a partir de la proclamación de los principios de libertad e igualdad<sup>11</sup>.

Efectivamente, la vigencia en aquella etapa histórica del *laissez faire, laissez passer* (que se corresponde con la «escuela clásica» de la economía<sup>12</sup> y fue observado rígidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial<sup>13</sup>), como criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social para no influir en la formación de los precios, determinó la pervivencia del contrato civil de arrendamiento de servicios como negocio jurídico regulador de la prestación del trabajo asalariado.

<sup>9</sup> Exposición de Motivos, apartado I, párrafo quinto.

<sup>10</sup> Exposición de Motivos, apartado I, párrafo tercero.

<sup>11</sup> «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», Preámbulo de la Constitución revolucionaria francesa.

<sup>12</sup> Cuyo máximo exponente es A. SMITH con su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*, título traducido como *La riqueza de las naciones*.

<sup>13</sup> La expresión «Revolución Industrial» es de origen muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (así las efectuadas por WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa, se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. Lugares y momento en que grandes masas trabajadoras sufren las consecuencias más adversas (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc., y, en fin, brevedad de una sufrida existencia), encontrándose en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecían de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia (aquellas terribles consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX). Circunstancias que propiciaron la aparición de una gran violencia social y política, con la emergencia de nuevas ideologías llamadas a influir determinadamente en la marcha de la humanidad (socialistas y anarquistas, fundamentalmente), propiciando, finalmente, la intervención de los Estados y la regulación de la prestación del trabajo asalariado.

Ante la catastrófica situación social generada por una política legislativa acorde con las posiciones doctrinales propias de la «economía clásica», la agitación social y los movimientos socialistas revolucionarios (anarquistas, socialistas y comunistas), comienza a desarrollarse la actividad legiferante, administrativa y prestacional de los Estados en relación con el trabajo asalariado por cuenta ajena, con consecuencias positivas para el tratamiento del crédito laboral en los procedimientos concursales mercantiles a la sazón vigentes (la «quiebra» y la «suspensión de pagos»).

En España es a partir de 1900 cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo asalariado, que ha permitido referirse (desde 1920) a un singular Derecho obrero <sup>14</sup>. Pero únicamente con la aprobación de la Ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, se establece una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena. Regulación a la que sucede la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

Si bien la aparición y desarrollo de aquella normativa e instituciones jurídicas relativas al trabajo por cuenta ajena asalariado provocó importantes cambios interpretativos y, de menor entidad, jurídico-positivos en la legislación concursal entonces vigente que afectaron al tratamiento de los contratos y créditos salariales del personal «obrero», el contrato del alto cargo siguió considerándose mercantil y su remuneración tratada como un crédito de aquella naturaleza hasta mucho más adelante <sup>15</sup>.

La razón se encuentra en que histórica y funcionalmente coinciden factor (*alter ego* del empresario) y director general <sup>16</sup> o gerente (alto cargo = factor mercantil) y en la, ya tradicional, confusión entre personal de alta dirección y administrador social con funciones ejecutivas <sup>17</sup> (admi-

<sup>14</sup> Singularmente relevantes son los Reales Decretos-Leyes de 26 de julio de 1926 (trabajo a domicilio), 15 de agosto y 6 de septiembre de 1927 (descanso nocturno de la mujer obrera) que inician el desarrollo de una legislación ordenada y unitaria de las relaciones de trabajo, que se refuerza con la creación, en 1920, del Ministerio de Trabajo. Mediante el Real Decreto-Ley del 23 de agosto de 1926 se aprueba el primer Código de Trabajo que, no obstante su denominación, no contiene una regulación general de la relación de trabajo. En ese inicial «derecho obrero» también deben destacarse las siguientes normas: la Ley de 13 de marzo de 1900 (por la que se fijan las condiciones de trabajo de mujeres y niños), el Real Decreto de 20 de junio de 1902 (condiciones de los contratos de los obreros con los concesionarios de obras públicas), las Leyes de 3 de marzo de 1904 (descanso dominical), y de 12 de julio de 1906 (de modificación de los artículos 1.449 y 1.451 LEC, de 1881, y que limita la cuantía de los embargos de jornales y salarios), el Real Decreto de 18 de enero de 1907 (prohibiendo a los patronos y jefes establecer tiendas y cantinas en las explotaciones), la Ley de 19 de mayo de 1908 (Tribunales Industriales), la Ley de 27 de abril de 1909 (que deroga el artículo 556 CP, de 1870, permitiendo coligaciones y huelgas), la Ley de 12 de agosto de 1912 (de protección de la infancia), y las Leyes de 27 de febrero (ley de la silla), de 11 de julio de 1912 y de 4 de julio de 1918 (sobre jornada en establecimientos mercantiles).

<sup>15</sup> Siendo genuina «expresión de la moderna evolución de la empresa» (MENÉNDEZ, A.).

<sup>16</sup> En ese sentido JUSTE MENCÍA, J. [2002]: «Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor», en «Derecho de Sociedades-Libro homenaje a Fernando SÁNCHEZ CALERO», vol. II, McGraw-Hill, Madrid, pág. 1.379.

<sup>17</sup> Figura habitual en la práctica, pero controvertida objeto de una no irreprochable jurisprudencia es la del Administrador-Director general. Sin detenernos en el estado del debate doctrinal y jurisprudencial sobre el particular, la situación actual de la cuestión puede enunciarse, en términos de la STS de Galicia de 21 de abril de 2004, de la siguiente manera:

«De conformidad con la letra c) del apartado 3 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, no genera un vínculo jurídico laboral "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo". Ahora bien, la existencia de un doble vínculo, societario y laboral, es posible salvo si el vínculo laboral es de alto cargo, ya que, en ese caso y sólo entonces, el vínculo societario absorbe al laboral». Con cita las SSTS, Sala de lo Social, de 29-9-1988; 25-7-1989; 12-3-1990; 21-1-1991; 18-3-1991; 29-4-1991; 13-5-1991; 3-6-1991; 18-6-1991; 6-12-1991; 27-1-1992; 22-12-1994; 4-6-1996; 16-6-1998, y Autos de la misma Sala de 27-4-2001 y 7-5-2001.

nistrador único y consejero delegado). Incluso no han faltado proyectos legislativos que le atribuyan la misma responsabilidad al personal de alta dirección que al administrador de hecho <sup>18</sup>.

La tardía consideración de la relación jurídica que vincula al alto cargo con el empresario como laboral <sup>19</sup>, la confusa delimitación del concepto de «alto cargo» <sup>20</sup>, su entronque, ya indica-

<sup>18</sup> LATORRE CHINER, N. [2003]: «El administrador de hecho en las sociedades de capital», Editorial Comares, Granada, págs. 19 a 24, se plantea la cuestión de la relación entre factor notorio y administrador de hecho, mediante la doctrina de la apariencia jurídica, y si bien comienza indicando que «la asimilación del administrador de hecho al factor notorio no es el todo inoportuna (pues) el calificado de administrador de hecho actúa, en definitiva, como si fuera el Gerente o Director General de la sociedad», concluye que no procede tal asimilación porque «el fenómeno de la administración de hecho presupone o, por así decirlo, engloba los efectos de la apariencia jurídica, pero alcanza (...) un ámbito al que ésta no llega: el de la responsabilidad»/Vid. anteproyecto de Ley 26/2003 sobre de la modificación del artículo 133.2 LSA

<sup>19</sup> En la evolución de la regulación jurídico-laboral del personal de alta dirección ha de destacarse la Orden de jornada máxima de 15 de enero de 1920 que excluía a los que expresivamente denominaba «altos funcionarios», pero el punto de arranque de la indicada normativa ha de situarse en el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926.

Aquel Código diferenciaba entre trabajadores manuales e intelectuales quedando únicamente los primeros incluidos en el campo de aplicación de la misma. No obstante la jurisprudencia matizó de manera muy importante aquella exclusión (la noción de «obrero», contenida en su artículo 1, resultaba clarificadora) y alcanzó a distinguir entre el «director gerente» y el «jefe de fábrica», incluyendo a este último entre los trabajadores manuales (SSTS de 14-4-1933 y 1-5-1944).

La Ley de jornada máxima de 1 de julio de 1931 continuó con la exclusión de la relación laboral de los denominados altos funcionarios, directores y gerentes. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 va a distinguir entre los encargados de la empresa, contra maestros y jefes de talleres de una parte y directores, gerentes y altos funcionarios de otra, excluyendo al segundo grupo de su campo de aplicación, en sus artículos 6 y 7. La Ley de Jurados Mixtos, en su texto refundido de 29 de agosto de 1935 no consideró competentes a tales tribunales en las cuestiones que se suscitasen respecto de directores o gerentes y, en general, de los apoderados generales y factores mercantiles. Sobre la figura del «jefe de fábrica» vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2002 que la considera propia de un «alto ejecutivo» pero no de personal de alta dirección.

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 ( arts. 6 y 7) no extiende su ámbito subjetivo a los sujetos que desempeñasen funciones de «alta dirección», estableciendo a título ejemplificativo una relación de tales cargos, lo que planteó numerosas dificultades cuando se trataba de puestos de trabajo que tenían asignado el desarrollo material de funciones de dirección y gerencia. La jurisprudencia va a resolver aquella problemática relacionando las funciones de alta dirección con la independencia en la actuación de quienes las desempeñaban (SSTS de 5-11-1954; 15-3-1955; 7-6-1955; 14-10-1955; 22-10-1956; 17-1-1966; 27-11-1973 y 19-1-1983, entre otras. Contraponer son STS, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2000).

La importante doctrina, en aquella época, del Tribunal Central de Trabajo va a distinguir, con importantes vacilaciones, entre administradores y consejeros de sociedades, personal de alta dirección y personal directivo alto y medio-alto (SSTCT de 30-9-1980, 2-5-1984, entre otras). Las características y tesis más relevantes contenidas en dicha jurisprudencia se pueden resumir en los siguientes términos: «a) Modificó el concepto de dependencia, flexibilizando el mismo y ampliándolo, haciendo cada vez más problemática la inserción de los cargos directivos en el arrendamiento civil de servicios; b) En otro orden de cosas, produjo una ampliación progresiva en el sentido de considerar cada vez más la presunción a favor del contrato de trabajo; c) Distinguió también los que eran puramente cargos con función de dirección y gobierno, de los cargos consejeros; d) Atendió sobre todo a la función más que al cargo que ostentaba el trabajador, ya que no todos los altos cargos (Director General, Director Gerente, Secretario General...) eran excluidos, por la Ley de Contrato de Trabajo, del ámbito laboral, sino sólo aquellos que respondían a funciones de alta dirección, alto gobierno y alto consejo; e) Debido a la primacía absoluta de la función sobre el cargo, excluyó asimismo cargos y cometidos, que si bien por su denominación no estaban excluidos expresamente, en la práctica venían desempeñando las funciones señaladas. Todo este cambio jurisprudencial y la propia realidad de que el alto cargo era un trabajador más por cuenta ajena, motivó que se planteara cada vez con mayor fuerza la necesidad de equiparación del mismo a los restantes trabajadores de la empresa» (ALEMANY ZARAGOZA, E., «La relación laboral del alto directivo», Pamplona 1994, pág. 21).

La Ley de Relaciones Laborales 16/1976, de 8 de abril, «recoge en su apartado k del artículo tercero, dicha figura (personal de alta dirección), que precisa de desarrollo, según estableció la disposición final cuarta, complementada por la disposición transitoria primera, que mantenía la norma de regulación vigente hasta que se aprobase la correspondiente normativa especial, por tanto para las relaciones de Dirección y Gerencia, se mantenía la regulación del artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo. Publicado el Estatuto de los Trabajadores vuelve a recogerse en su artículo 2.1.a) la alta dirección, pero queda subordinado su desarrollo a lo dispuesto en la disposición adicional segunda y, por falta de cumplimiento del plazo, a lo que remite la disposición final cuarta de dicho texto, es por lo que reiteradamente se resolvió por la jurisprudencia que continuaba aplicándose el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo como norma reglamentaria, en defecto de otra norma específica. Y con dicho carácter permanece hasta la entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto» (STS de 18-10-1980). Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 1996.

<sup>20</sup> Que es de «interpretación restrictiva y hay que extender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa» (SSTS de 24-1-1990 y 2-1-1991).



do, con la figura del factor mercantil <sup>21</sup>, y las posiciones doctrinales en torno a la naturaleza del régimen jurídico del personal de alta dirección (que van desde las que entienden que conforma un sistema laboral especial <sup>22</sup> hasta las que lo consideran «semi-laboral» <sup>23</sup>), explican el histórico maltrato comparativo del personal de alta dirección respecto del resto de los trabajadores asalariados por cuenta ajena <sup>24</sup> en los procedimientos concursales.

También en la Ley 22/2003, Concursal, se mantiene ese maltratamiento, procurándose al contrato y al crédito del personal de alta dirección un régimen más propio del responsable de la situación de insolvencia que de un trabajador asalariado por cuenta ajena ocupado, bajo «los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad», de gestionar la empresa.

### 1.3. Proyección sobre el contrato de trabajo del personal de alta dirección de la «cultura de la recuperación o salvamento de la empresa» (*rescue culture*), que informa la nueva legislación concursal.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supone un giro copernicano respecto de la legislación anterior, pues reconoce el fenómeno de la empresa (tanto en su dimensión jurídico-objetiva como de actividad), dándole trascendencia jurídica, de acuerdo con las tendencias actuales en Derecho comparado y comunitario <sup>25</sup>, orientándose hacia su recuperación y salvamento en situaciones de crisis económica.

<sup>21</sup> La relación jurídica que vincula al gerente o factor con el empresario «no puede considerarse como un simple mandato como parece suponer el C. de c., sino que es una relación laboral de carácter especial referente al personal de alta dirección (norma que) completa algunos aspectos de la relación interna entre el gerente y el empresario», indica SÁNCHEZ CALERO, F, *op. cit.* (Instituciones de Derecho Mercantil, T. I), pág. 207.

<sup>22</sup> Fundamentalmente porque en lo no regulado por la norma laboral específica reguladora (RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, en adelante RDAD) o por los pactos establecidos entre las partes en el contrato de trabajo de personal de alta dirección, «se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales» (art. 3).

<sup>23</sup> MONTOYA MELGAR, A., «Derecho del Trabajo», Tecnos, Madrid 1999, pág. 502.

<sup>24</sup> Respecto de los que puede observarse en la Ley Concursal una preocupación por la estabilidad en el empleo, consecuente con la circunstancia de que el paro o desempleo constituye una de las principales preocupaciones tradicionales de los españoles. El «principio de estabilidad en el empleo» (sobre el tema existe una amplia literatura, es suficiente con la cita de LÓPEZ CUMBRE, L., «El principio de estabilidad en el empleo», en «Los principios de Derecho del Trabajo» (DE LA VILLA, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L., dir.), Capítulo 11, ed. Estudios Financieros, Madrid 2003, págs. 287 ss.), que constituye parte del «núcleo irreductible» de protección de los trabajadores frente a la libertad del empresario se observa y respeta por la Ley Concursal constituyendo un punto de inflexión en su decadencia a «caída libre» como idea-fuerza a consecuencia de las doctrinas económicas actuales.

<sup>25</sup> Punto en el que se pueden citar la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo» titulada «Modernización del derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea-Un pan para avanzar», COM (2003) 284 final, así como la Recomendación de la Comisión de 14 de diciembre de 2004 (DOUE L-385 de 29-12-2004, págs. 55 y ss.) «Relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa», en donde se alude ya sistemáticamente «empresas con cotización en bolsa», «consejeros de empresas», etc.



Efectivamente, la Ley Concursal no imputa una finalidad determinada al concurso <sup>26</sup>. No obstante de su articulado pueden deducirse unas funciones y fines que desplazan los que tradicionalmente le han sido adjudicados, ajustándolos a los tiempos que nos ha tocado vivir.

La Ley 22/2003, Concursal, supera la función liquidativa. No es posible continuar calificando al concurso como un proceso de ejecución general, como lo fueron los procedimientos anteriores (señaladamente la «quiebra»), no obstante constituir su objeto material la empresa en cuanto activo patrimonial <sup>27</sup> embargable del empresario-deudor común <sup>28</sup> integrado en la masa activa.

La nueva regulación de la Ley Concursal también excede la funcionalidad conservativa, concebida bien como meramente instrumental para liquidación de la empresa, así como una «neutra» función «solutoria» <sup>29</sup>.

Efectivamente, si en una primera lectura la Ley Concursal parece incluir aquellas finalidades, en una consideración más atenta se descubre una sólida línea argumental acorde con la «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*) <sup>30</sup>, que implica trascenden-

<sup>26</sup> Bien que en su Exposición de Motivos, Apartados II, párrafo cuarto, y VI, párrafo octavo, establezca que la «satisfacción de los acreedores» constituye la «finalidad esencial del concurso, y que el concurso responde a la «finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado».

<sup>27</sup> Vid. LARENZ K., «Derecho Civil» (Parte general), Edersa, Madrid 1978, págs. 405-407/LACRUZ BERDEJO, J.L., «Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho», Librería Bosch, Barcelona 1980, págs. 126-127.

<sup>28</sup> «La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», artículo 1.1 Ley Concursal.

<sup>29</sup> Que traslada al interés y decisión de los acreedores la oportunidad del mantenimiento de la empresa; Indican URÍA R. MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., «Quiebra y Suspensión de Pagos», en *Curso de Derecho Mercantil* (URÍA, R. y MENÉNDEZ A., direc.), Capítulo 92, Civitas, Madrid 2001, pág. 875: «Es importante advertir que la fisonomía tradicional del derecho concursal, que cumplía una clara función liquidatoria, ha cambiado mucho a lo largo del siglo XX, como consecuencia de las vicisitudes económicas, que han obligado a tener presente en el tratamiento legal de la insolvencia a los intereses públicos y sociales que presionan a favor de la conservación de las empresas en crisis. Surgió así en muchos países una legislación de urgencia dirigida a evitar el normal efecto liquidatorio de los procedimientos concursales: de un lado, introduciendo medidas previas de salvamento empresarial (...) y, de otro, introduciendo en los sistemas legales del concurso una fase inicial directamente dirigida a evitar la inmediata ejecución de los créditos sobre el patrimonio de las empresas quebradas. Todo ello ha permitido hablar de una función conservativa de los procedimientos concursales; No es menos cierto, sin embargo, que, en los últimos años se observa una crisis de esa función conservativa, que no supone retorno a la función liquidatoria, sino la formulación de una función neutra: la función solutoria. De este modo, los procedimientos concursales tienen como función primordial la satisfacción de los acreedores, quienes deben decidir si la solución más adecuada es la liquidación o la conservación de la empresa»

<sup>30</sup> Expresión inicialmente empleada en Gran Bretaña, para aludir al sistema resultante tras la reforma de la Insolvency Act en el año 2000. A partir de la Enterprise Act de 2002 (en vigor desde el 15 de septiembre de 2003 para las sociedades y desde el 1 de abril de 2004 para las personas físicas) aquel sistema concursal anglosajón consolidó, con proyección general, lo que se ha dado en llamar «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*), a la que no se opone que mantenga su característico procedimiento liquidatorio (*creditors' voluntary winding-up and compulsory winding-up*).

De aquella «cultura» se pueden citar precedentes significativos, siendo su más importante el Código de los procesos especiales de recuperación de empresas y de la quiebra portugués, aprobado por Decreto Ley 132/1993 de 23 de abril, que en su artículo 1.º indica lo siguiente: «1. Toda empresa en situación de insolvencia, puede ser objeto de una o más modalidades de recuperación o ser declarada en quiebra; 2. La quiebra de la empresa insolvente sólo debe ser declarada cuando sea económicamente inviable o si no se considera posible, a la vista de las circunstancias, su recuperación financiera».

Sin embargo no todos los ordenamientos han sido proclives a semejante modo de ver las cosas, manteniéndose en una situación indefinida entre la antigua y la nueva funcionalidad del concurso, así el Derecho alemán, cuya Ley de Insolvencia

cia jurídica (personificación) de la empresa mejor que confusión empresa-empresario, al propio tiempo que no se desatiende una particular, aguda y crítica problemática patrimonial <sup>31</sup>.

Esa nueva función asumida por el concurso según la Ley Concursal es la más coherente con «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» que garantiza nuestra Constitución (art. 38 CE), la «economía social de mercado, latamente competitiva» y «economía de mercado abierta y libre competencia», que establece la Constitución Europea (arts. I-3 apdo. 3 y 185 CEu) <sup>32</sup>. En este sistema económico la permanencia de las empresas, como principales agentes económicos, es indispensable <sup>33</sup>.

La asunción de aquella «cultura del salvamento o recuperación de empresas» (*rescue culture*) que se encuentren en crisis económica, no supone la vuelta a una situación ya pasada, de capitalismo desenfadado con consecuencias sociales de tintes apocalípticos, sino que, atendiendo al mandato constitucional, español y europeo, la Ley Concursal es consecuente con el sistema de economía social de mercado. La Ley Concursal cuida de esas exigencias con dos tipos de regulaciones:

---

(Insolvenzordnung, InsO) de 5 de octubre de 1994, en su artículo 1º, establece que «el procedimiento de insolvencia tiene por objeto la satisfacción general de los acreedores del deudor, mediante la realización del patrimonio del deudor y el reparto del producto resultante, o a través de un arreglo diferente contenido en un plan de insolvencia, especialmente encaminado al mantenimiento de la empresa. Al deudor honesto se le dará la posibilidad de eximirse de sus obligaciones pendientes».

Lo mismo acontece al Derecho francés, cuyo Código de comercio tras señalar que se abrirá un procedimiento de suspensión de pagos a toda empresa que se encuentre en «la imposibilidad de hacer frente al pasivo con el activo de que dispone» (art. L.621-1) y de liquidación sin período previo de observación a la empresa «que hubiera cesado pagos, que hubiera cesado en su actividad y en la que al plan de suspensión de pagos fuera manifiestamente imposible» (art. L.622-1), dispone (art. L.621-26) que «la actividad de empresa continuará durante el período de observación», pero podrá el Tribunal «ordenar la interrupción total o parcial de la actividad o la liquidación parcial» (art. L.621-27), y que el Tribunal «decidirá la continuidad de la empresa, previo informe del administrador, cuando existieran posibilidades serias de saneamiento de la empresa y de pago del pasivo. Esa continuidad irá acompañada, si procede, de la detención, de la agregación o de la cesión de algunos sectores de actividad» (art. L.621-70). Cuando se trata de una persona jurídica se indica que «el plan (de continuidad durante la suspensión) precisará las modificaciones que fuera necesario efectuar en los estatutos para la continuación de la empresa» (art. L.621-73). Se prevé la actuación del «conciliador, cuya finalidad será la de favorecer el funcionamiento de la empresa e intentar llegar a un acuerdo con los acreedores» (art. L.611-4.I). Precisando que «desde la apertura del procedimiento (de suspensión de pagos) se admitirá que los terceros propongan al administrador ofertas que persigan el mantenimiento de la actividad de empresa» (art. L.621-57).

No puede incluirse el la «cultura del salvamento y rescate de las empresas» al Derecho italiano Legge Falimentare (1942) en su artículo 5 establece: «El empresario que se encuentra en estado de insolvencia es declarado quebrado».

Aparenta un marcado paralelismo nuestra Ley Concursal respecto de la Ley mexicana de concursos mercantiles (2000), cuyos artículos 2 y 3 distinguen entre conciliación y quiebra, siendo la finalidad de la primera «lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos», y la de la segunda «la venta de la empresa del Comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los Acreedores Reconocidos».

Sobre los modelos en Derecho comparado GALÁN, C., «Derecho concursal: Modelos de regulación en Derecho comparado», en *Economistas*, núm. 8, 1993, págs. 22 y ss.

- <sup>31</sup> Trato ampliamente este tema en mi trabajo «Artículo 43», en «Comentarios a la Legislación Concursal», T. I, Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 760 a 766, principalmente.
- <sup>32</sup> Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DOUE núm. C-310, de 16-12-2004, que entrará con toda probabilidad en vigor el 1-11-2006 (art. IV-447).
- <sup>33</sup> En un sistema de economía planificada o de plan rígido la desaparición de las empresas por su ineficiencia económica no se plantea en los mismos términos que en una economía de mercado, simplemente han de ajustarse al plan.

A) Con un conjunto de normas de las que se deduce el deber de mantener la empresa-organización existente (y en funcionamiento), evitando su desaparición material (y el cese en su actividad), entre las que cabe destacar:

- La instrumentalización a tal fin del convenio con los acreedores («la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad»<sup>34</sup>).
- El mantenimiento de la integridad de las empresas o unidades productivas incluso en fase de liquidación («aun en este último caso, la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa activa, mediante su enajenación como un todo»<sup>35</sup>).
- La consideración como «una excepción» que el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, acuerde el «cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones, el cese o la suspensión, total o parcial de la actividad profesional» (art. 44.4 LC).

B) Mediante la afirmación del mantenimiento de la actividad de empresa durante el concurso. La Ley confirma que «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el deudor» (art. 44 LC), formular cuentas anuales durante el concurso.

El mandato legal, en su doble dimensión de mantener existente y operativa la empresa-organización durante el concurso que se pone singularmente de manifiesto en la subsistencia del deber de formular las cuentas anuales durante la tramitación del procedimiento concursal<sup>36</sup>, determina que el personal de alta dirección ocupe un lugar preeminente en el desarrollo del mismo. Por ello la nueva legislación se ocupa específicamente de los efectos de la declaración de concurso sobre el contrato de personal de alta dirección.

<sup>34</sup> Exposición de motivos, epígrafe VI, apartado séptimo.

<sup>35</sup> Epígrafe VII, párrafo quinto.

<sup>36</sup> Sobre el deber de formular cuentas anuales durante la tramitación del concurso me remito a mi trabajo «Artículo 46», en «Comentarios a la Legislación Concursal», Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 757 a 923. Dado que el deber contable indicado se extiende prácticamente a todo tipo de organizaciones aun cuando no lleven a cabo una actividad de empresa (incluyendo asociaciones y fundaciones) razonablemente debe generalizarse el deber de mantener operativa la organización a todo tipo de entidades.

## II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES SOBRE «EL EJERCICIO DE LOS PODERES INHERENTES A LA TITULARIDAD JURÍDICA DE LA EMPRESA», ATRIBUIDOS (*EX LEGE*) AL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

### 2.1. Consideraciones generales.

Para un adecuado análisis de la materia referida en el enunciado de este apartado es preciso efectuar la siguiente, doble y previa, consideración:

- a) Que la declaración de concurso produce el «efecto personal» de someter el ejercicio de las facultades de administración y disposición por el «deudor-común-empresario-declarado en concurso» sobre la masa activa «a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal»<sup>37</sup>.
- b) Que el personal de alta dirección tiene atribuido, por imperativo legal<sup>38</sup>, el ejercicio de las facultades patrimoniales «propias» («equivalentes») del «deudor-común-empresario-declarado en concurso» en relación con la empresa (ejercicio de «poderes inherentes a la titularidad de la empresa»), constituyendo su principal nota definitoria. Pero el alto directivo no se confunde con aquel «deudor-común-empresario-declarado en concurso».

Esto es, la declaración de concurso afecta al ejercicio de las facultades patrimoniales por el personal de alta dirección, en cuanto la Ley le atribuye el ejercicio de las que teóricamente corresponden al deudor común, en cuanto que titular<sup>39</sup> de la empresa que se integra en la masa activa<sup>40</sup>.

Efectivamente si ciertamente aquellos «efectos personales» sobre el «deudor-común-declarado en concurso», se desplazan o transmiten cuando las facultades patrimoniales son ejercitadas por el alto directivo en virtud de delegación expresa y se trata de facultades que exceden del tráfico empresarial ordinario, sin embargo cuando el personal de alta dirección ejercita facultades patrimoniales correspondientes al tráfico ordinario de la empresa (atribuidas *ex lege*) únicamente se produce un «reflejo» («efecto reflejo peculiar») de la intervención de las facultades patrimoniales del empresario-deudor común.

<sup>37</sup> Exposición de Motivos de la Ley, apartado III, párrafo primero. Me remito a mi trabajo *cit.* (Comentario al art. 43), págs. 757 a 835.

<sup>38</sup> De ahí la especial confianza que merece y se descansa en el alto directivo. Según el artículo 1.2 del RDAD: «Se considera personal de alta dirección a 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».

<sup>39</sup> *Vid.* LARENZ, K., *op. cit.* (Derecho Civil), págs. 256 a 259, y 274/LACRUZ BERDEJO, J.L., Manual de Derecho Civil, Librería Bosch, Barcelona 1979, pág. 124.

<sup>40</sup> Conjunto de «bienes» (expresión no unívoca pero cuyo sentido «es de más amplio alcance que las cosas», indica LACRUZ BERDEJO, J.L. *opus cit.* («Manual de Derecho Civil», pág. 269) y «derechos» [sobre los derechos, *vid.* DE DIEGO C., Dictámenes Jurídicos, T I. (Dictamen núm. 15), Bosch Barcelona 1958, pág. 188], en el que se integra la empresa y del que es titular el «empresario-deudor común-declarado en concurso».

No contradice aquellas apreciaciones que el personal de alta dirección pueda ser declarado cómplice del deudor (en cuanto «apoderado general») con graves consecuencias, si hubiere cooperado, con dolo o culpa grave, con aquél en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable (arts. 166, *in fine*, y 172.1.2.º LC).

Efectivamente el personal de alta dirección ejercita poderes relativos a los objetivos generales de la empresa, 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 <sup>41</sup> (art. 1 del RD 1382/1985, de 1 de agos-

<sup>41</sup> Sobre el personal de alta dirección me remito a mis trabajos «La relación laboral especial del Personal de alta dirección». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 104, noviembre 1991, págs. 129 y ss. «El contrato de trabajo y el régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 108, marzo 1992, págs. 103 y ss.; «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos Cargos)», en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al prof. Manuel BROSETA, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, págs. 3.723 y ss. Sobre personal de alta dirección *vid.*, entre la numerosa bibliografía al efecto, SALA FRANCO, T., «La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas», Ed. Deusto, Bilbao 1990; IGLESIAS CABERO, M. «Relación laboral especial de personal de alta dirección», Civitas, Madrid 1991, y 1994 (2.ª edición); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», *RL* núm. 14, 1992, págs. 9 y ss.; MARTÍNEZ MORENO, C., «La relación de trabajo especial de alta dirección», CES, Madrid 1994; MOLERO MANGLANO, C., «El contrato de alta dirección», Civitas, Madrid 1995; del mismo autor, «Alta dirección: una revolución jurisprudencial», *RL* II, 1997, págs. 141 y ss.; GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C., «El personal de alta dirección: concepto y características», Tecnos, Madrid 1995; DEL VAL TENA, A.L., «Los trabajadores directivos de la empresa», Aranzadi, Pamplona 1999, del mismo autor, «El trabajo de Alta Dirección-Caracteres y régimen jurídico», Civitas, Madrid 2002; MARTÍNEZ MORILLO, L., «La relación especial de trabajo de Alta Dirección», CESS, Madrid 1999. Sobre la nota de la «parasubordinación» PEDRAZZOLI, M., «El trabajo que cambia: problemas de calificación y métodos», *RFDUC*, núm. 14(monográfico) 1991, págs. 111 a 123; RUIZ DEL CASTILLO, M.M., «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado», *RL*, 1991 II, pág. 135. Acerca de la ajenidad *vid.* especialmente ALONSO OLEA, M., «Introducción al Derecho del Trabajo», Civitas, Madrid 1994 (quinta edición), especialmente págs. 56 y 57. Debe advertirse como indica MONTOYA MELGAR, A., «Derecho y Trabajo», Civitas, Madrid 1997, principalmente págs. 22 a 28, en pág. 24 indica «que la ajenidad, el actuar por cuenta de otro, no es una figura creada por el Derecho del Trabajo ni exclusiva de él: el representante, el mandatario, el gestor de negocios ajenos, el comisionista o el administrador, actúan evidentemente por cuenta de otra persona». La STSJ de Navarra, de 25 de octubre de 2004, establece que «la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, etc., regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social; así como tampoco el casuismo de la materia que obliga a entender a las específicas circunstancias de cada caso concreto», añadiendo «el contrato de trabajo no sólo se caracteriza por la ajenidad, sino también por referirse a un trabajo dependiente (...), siendo ésta la única nota que permite diferenciar el contrato de trabajo del civil de arrendamiento de servicios (...) El trabajo regulado por el derecho del trabajo es, por lo pronto, el trabajo personal, esto es, el trabajo en cuya realización se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales, sin que quepa posibilidad alguna de sustitución novatoria en la persona del trabajador. No interesan, por tanto, al derecho del trabajo ni las prestaciones a cargo de personas jurídicas ni aquellas de carácter fungible en las que la persona del trabajador es intercambiable. A diferencia de lo que ocurre en los contratos civiles de empresa en los que el contratista de la obra no se obliga a trabajar personalmente (...) para determinar la existencia de un contrato de trabajo lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia». No obstante la figura de la ajenidad recibe un tratamiento técnico específico en el Derecho del Trabajo. Como ocurre generalmente en el Derecho la explicación de fenómenos e instituciones jurídicas se encuentra en el puro devenir histórico, extremo en el que son atinentes las observaciones de ALONSO OLEA, M., en «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, págs. 400 a 416, y de GÓMEZ-IGLESIAS, A., que en «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo» Civitas, Madrid 1995, pág. 79, precisa que «puede deducirse un dato objetivo o de experiencia: nuestro Derecho laboral actual, aun a pesar de las grandes modificaciones operadas, no ha abandonado los esquemas generales fijados por los jurisconsultos romanos».

to, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, RDAD), lo que supone el ejercicio de facultades directivas, gestoras y patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa.

La participación del alto directivo en el ejercicio de poderes y facultades propias del empresario <sup>42</sup>, constituye el núcleo de los requisitos o notas características que precisamente viene exigiendo la jurisprudencia <sup>43</sup> para que se pueda apreciar la existencia de la relación laboral de personal de alta dirección.

Aquella participación en el ejercicio de las facultades gestoras y directivas empresariales delimita la relación laboral de personal de alta dirección tanto respecto de quienes son titulares (en ocasiones simultáneamente con la alta dirección empresarial <sup>44</sup>) del órgano de administración societario (cuando el empresario adopta esta forma jurídica) como de quienes puedan considerarse «directivos no altos» y, más en general, personal directivo de la empresa <sup>45</sup>. Si no se diera

<sup>42</sup> Vid. mi trabajo, *op. cit.* (La alta dirección empresarial), pág. 3.730. La participación del personal de alta dirección en el ejercicio de poderes y facultades empresariales es tan amplia e intensa, que ha llevado a decir, quizás con exceso (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 23 de septiembre de 2003) que «supone un apéndice de gestión de la misma sociedad o empresa» y a concluirse que en el Derecho español no hay funciones propias del alto directivo laboral frente a la administración social y que el alto directivo tiene sólo competencias «derivadas de la administración» (DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E., «Administradores sociales, Altos directivos y Socios trabajadores», Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 90, que añaden: «el único límite no es positivo –es decir, no define un reducto competencial propio de ese cargo–, sino negativo: lo que el órgano de administración no puede delegar, ni mediante delegación en sentido estricto ni mediante apoderamiento»).

<sup>43</sup> SSTs de 17-6-1993 y 3-10-2000, entre otras.

<sup>44</sup> «La doctrina jurisprudencial iniciada por las SSTs de 14 de septiembre de 1983, 27 de marzo de 1984, 6 de febrero de 1985, 24 y 30 de septiembre y 14 de octubre de 1987, 28 de septiembre de 1988 y 18 de marzo de 1989, para consolidarse definitivamente en las de 21 de enero y 18 de junio de 1991 y quedar recogida en las dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina de 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de 1994, entre otras, en que se razona que el artículo 1.º 3 c) del ET, que excluye del ámbito laboral la actividad que se limite al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, no sólo es de aplicación a quienes circunscriben su relación con la empresa a la simple pertenencia al Consejo de Administración, sino también a quienes compatibilizan ese cargo con el desempeño de funciones directivas o de gestión empresarial, porque es «equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía». Por consiguiente todas estas actuaciones comportan «la realización de cometidos inherentes» a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.º 3 c) del ET, añadiendo que en estos casos «la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral» (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2002).

<sup>45</sup> Según la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2002, en la definición del personal de alta dirección son notas determinantes «el ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a objetivos generales de la misma. Ello ha de ejercitarse con autonomía y plena responsabilidad. A nivel teórico no siempre es fácil diferenciar una contratación de este tipo con la contratación de un alto ejecutivo de una empresa con relación laboral común. La jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión existiendo múltiples sentencias que tratan de diferenciar la situación del personal de alta dirección con relación laboral con la situación de personas que



el ejercicio de facultades patrimoniales equiparables a las del empresario no existirá relación laboral de personal de alta dirección <sup>46</sup>, siendo notas características de tal actuación las siguientes:

- 1.º Deben ejercitarse «poderes inherentes a la titularidad de la empresa» <sup>47</sup> (que constituye una organización y es un actividad organizada <sup>48</sup>, al extremo que «la futura teoría de la empresa, para que sea pertinente, deberá constituir ante todo una teoría de la estructura y

gestionan la empresa pero con contrato civil o mercantil. La doctrina jurisprudencial ha llegado a concluir que ha de estarse a un criterio orgánico, es decir, a si la gestión se realiza como persona integrada en un órgano estatutario de la empresa o no. Esta cita, que puede parecer superflua, (...) no lo es pues si el personal de alta dirección sólo se diferencia de un consejero delegado en que uno actúa como órgano societario y el personal de alta dirección no, es evidente que el personal de alta dirección en la esfera de su competencia se convierte en un *alter ego* del empresario, es decir, gestiona la empresa con autonomía. (...) cuando existe (...) un consejero delegado que es quien gestiona la empresa y define la política y actuaciones de la misma, es decir, existe un consejero delegado al que no sólo se rinden cuentas sino que es quien gestiona directamente la empresa, la autonomía se encuentra muy supeditada».

<sup>46</sup> «Aun cuando la forma del contrato sea de alta dirección, y así se denomine expresamente, es doctrina jurisprudencial reiterada en la materia la de que no es la forma o nombre del contrato lo que determina la verdadera naturaleza de la relación, sino su contenido real» (SSTS de 24 de febrero y 2 de abril de 1987). La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2004, recogiendo la doctrina legal aplicable, precisa como características que definen al personal de alta dirección las siguientes: «1.º El alto directivo sólo tiene como superior al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto de titular de la empresa (empleador en sentido funcional), 2.º La alta dirección, recibe por tanto los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (...); 3.º La legitimación formal se complementa con el desempeño efectivo de tales poderes; 4.º El ámbito de actuación se refiere a la empresa entendida como unidad total sin perjuicio de una especialidad funcional; 5.º Autonomía y plena responsabilidad, la supeditación a criterios e instrucciones, sólo se aceptan si éstas son directas al emanar del empleador propiamente dicho; 6.º Carece en absoluto de relevancia aun en el aspecto plenamente indiciario la denominación que las partes hayan podido dar al cargo encomendado, o el puesto de trabajo que deba servirse; siendo lo realmente trascendente el conjunto de facultades y o poderes que se desarrollen en la práctica; 7.º Así como la relación en que se encuentre el interesado con la Seguridad Social, es decir, poco importa su afiliación o alta en cualquiera de los regímenes existentes (...). la noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes que han de referirse a los objetivos generales de la entidad lo que supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o aspectos trascendentales de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad sólo limitado por criterios o directrices de los órganos de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas de la empresa puede ser calificada de alto directivo, debiendo excluirse a quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de la dirección de la empleadora».

<sup>47</sup> Precisa la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2003, sintetizando jurisprudencia consolidada:

- Que «aun cuando existe gran dificultad en delimitar al personal de alta dirección, con relación laboral de carácter especial, para diferenciarlo del resto del personal directivo superior y medio, con relación laboral anormal u ordinaria, la jurisprudencia ha perfilado ambas figuras, señalando que el alto cargo es la excepción, y la regla general la de la relación laboral pura, no quedando ésta excluida más que en los supuestos en que así se deduzca claramente el conjunto de atribuciones que el interesado tenga asignadas, con independencia de la denominación que los contratantes le hayan podido dar; y, en tal sentido, para que el personal pueda ser calificado como de alta dirección, es preciso que rijan la total vida del negocio, sin necesidad de recibir órdenes del titular del mismo y con facultades para llevar la total dirección y administración del negocio, realizando incluso actos patrimoniales de disposición, con funciones rectoras de la empresa en sí», y
- Que «no es necesario que sea el *alter ego* de la empresa, sino que también comprende a quien, dotado de los correspondientes poderes, asume altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, ya que la expresión "poderes inherentes a la titularidad" hace referencia a la intensidad de los mismos y no a la extensión, de tal suerte que la esencia es que se participe e intervenga en la dirección y gobierno».

<sup>48</sup> GONDRA, J. M.<sup>a</sup>, *op. cit.* págs. 12 y ss. SUÁREZ-LLANOS, L., «Introducción al Derecho Mercantil», Civitas, 1998, págs. 137 a 146, para el factor págs. 193 a 196.



de la organización burocráticas»<sup>49</sup>), que se refieran a «el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas»<sup>50</sup>, lo cual no exige ni impide que exista un acto formal de apoderamiento<sup>51</sup>.

- 2.º Aquellos poderes se actuarán sobre objetivos generales de la empresa. Consecuentemente es preciso que las facultades correspondientes a los mismos «además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos»<sup>52</sup>.
- 3.º La actuación del personal de alta dirección ha de ser autónoma<sup>53</sup> y plenamente responsable (con «autonomía y plena responsabilidad», establece la regulación laboral especial correspondiente). Su margen de independencia sólo puede estar limitado por los criterios o directrices (órdenes concretas o instrucciones generales) de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad<sup>54</sup>. Bastando con la mera posibilidad teórica de la limitación de sus poderes por tales criterios, directrices, órdenes o instrucciones, sin que en absoluto se exija la existencia real y efectiva de las mismas.

La comprensión de la singular posición del personal de alta dirección en el concurso de acreedores se explica tanto por su característica actividad de gestión y participación en el ejercicio de la actividad de empresa llevando a cabo acciones materialmente gerenciales con «autonomía»<sup>55</sup>, como por el régimen de «responsabilidad» que le atribuye la Ley y por la libertad de pactos que caracteriza a la regulación laboral especial de alta dirección.

<sup>49</sup> GALBRAIT, J.K., «Historia e la Economía», Ariel, Barcelona 1991 (5.ª edición), pág. 315.

<sup>50</sup> STS de 6-3-1990.

<sup>51</sup> STS de 18-3-1991.

<sup>52</sup> Como precisa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2001. En este sentido las SSTS de 30-1 y 12-9-1990.

<sup>53</sup> Indica la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2002, que «no existe autonomía en la prestación de servicios (...cuando) además de estar subordinado al consejo de administración en sus decisiones, (se) depende del director general que asume la responsabilidad (...). Las jefaturas de servicio, (...), dependen de éste. Tal director general, que no es estricto miembro del consejo de administración sino designado por el consejo y con voz pero no voto, se interpone entre el consejo y el actor»

<sup>54</sup> SSTS de 13-3 y de 12-9-1990. La jurisprudencia (SSTS de 10-10-1985, 2-9 y 27-10-1986, 24-1 y 13-3 y 12-9-1990, 2-1-1991 y 4-6-1999, ente otras) tiene también declarado que aun cuando la forma del contrato sea de alta dirección, y así se denomine expresamente, no es la forma o nombre del contrato lo que determina la verdadera naturaleza de la relación, sino su contenido real (SSTS de 24-2 y 2-4-1987), siendo lo decisivo la existencia de poderes que permitan gestionar la empresa, poderes que han de referirse a los objetivos generales de la misma, si bien no es necesario que sea el *alter ego* del empresario, sino que también comprende a quien, dotado de los correspondientes poderes, asume altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial, ya que la expresión «poderes inherentes a la titularidad» hace referencia a la intensidad de los mismos y no a la extensión, de tal suerte que la esencia es que se participe e intervenga en la dirección y gobierno (SSTS de 30 y 22-1-1990). Pero en todo caso supone el ejercicio de facultades patrimoniales propias de un empresario.

<sup>55</sup> Como precisa la STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2001, «los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común».

Efectivamente la responsabilidad civil del director general o gerente (ex arts. 297 y 298 C. de c.) es tan amplia que posibilita la aplicación al mismo de la legislación ordinaria sobre responsabilidad civil por los daños a terceros y a los trabajadores derivados o consecuencia de su gestión empresarial (ex arts. 1.902 y 1.903 C.c.). Responsabilidad reafirmada por la legislación laboral de alta dirección <sup>56</sup>. Todo lo cual explica una especie de responsabilidad del alto directivo por una singular «autoría ideológica» de la insolvencia de la empresa.

Además la libertad de pactos entre el personal de alta dirección y el empresario es tal, que los convenidos pueden llegar a determinar que el personal de alta dirección sea quien tome todas o las principales decisiones económicas en la empresa, con la consecuencia de constituirse en el único empresario, desde la perspectiva económica. Aquella libérrima libertad de pactos que caracteriza a la relación laboral de personal de alta dirección es consecuencia de la supletoriedad general en el régimen laboral especial de personal de alta dirección de la legislación civil y mercantil y no de la legislación laboral ordinaria que sólo se aplicará en caso de remisión expresa.

El personal de alta dirección seguirá siendo económicamente «empresario» durante el concurso en cuanto que continuará adoptando las principales decisiones sobre la marcha de la empresa o, al menos, aquellas que se refieran a la actividad ordinaria de la misma. Seguirá ejercitando principales y fundamentales facultades patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa, y la actividad de empresa (incluyendo normalmente las «actividades de explotación», las «actividades de inversión» y las «actividades financieras», y siempre, al menos, la primera) <sup>57</sup> al seguir vigente su contrato durante la tramitación del procedimiento <sup>58</sup> atendiendo a un principio general de continuidad de la actividad de empresa recogido en la Ley Concursal <sup>59</sup>.

Ha de repararse en que el empresario y los administradores concursales, en su caso, atentarían contra el alto directivo como tal si suprimiesen el ejercicio por aquél de las facultades antes indicadas, con consecuencias catastróficas para el concurso (posible dimisión del alto directivo con derecho a indemnizaciones pactadas y «descabezamiento» directivo de la empresa). En principio el alto directivo sólo dejará de ser personal de alta dirección si el contrato de trabajo se extingue por el mismo o por la administración concursal al amparo de su legislación laboral específica o del artícu-

<sup>56</sup> A su «plena responsabilidad» (trasunto de la «autonomía») del alto directivo alude el artículo 1 RDAD.

<sup>57</sup> «Actividades de explotación son las actividades que constituyen la principal fuente de ingresos ordinarios de la empresa, así como otras actividades que no puedan ser calificadas como de inversión o financiación. Actividades de inversión son las de adquisición, enajenación o abandono de activos a largo plazo, así como de otras inversiones no incluidas en el efectivo y los equivalentes a efectivo. Actividades de financiación son las actividades que producen cambios en el tamaño y composición de los capitales propios y de los préstamos tomados por parte de la empresa» (NIC 7.6).

<sup>58</sup> Indica la Ley Concursal en el epígrafe III, apartado primero, de la Exposición de Motivos que «declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del empresario-deudor común se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal». La cesión temporal de las facultades para su ejercicio, «incluso la facultad de disposición sobre su derecho de propiedad», se admite sin reparos por LARENZ K., *op. cit.* (Derecho Civil), pág. 259. Cuestión diferente es que la declaración de concurso produzca determinados efectos sobre el deudo común, p. ej. la suspensión y revocación de autorizaciones de las instituciones de inversión colectiva, ex artículos 49.1 d), 53.2 y 64.1 c) de las Ley 35/2003, de 4 de noviembre.

<sup>59</sup> Artículo 61 sobre la «vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas».

lo 65 Ley Concursal. La degradación fáctica durante el concurso mediante el cómodo expediente del «rebajamiento» de las tareas encomendadas sólo le hará perder aquella condición de alto directivo si se aquieta a semejante novación contractual.

Ciertamente las «limitaciones» patrimoniales características del concurso sobre el empresario-deudor común afectan al ejercicio de las facultades patrimoniales por el personal de alta dirección sobre la empresa integrada en la masa activa, pero no por ello dejaría de ser personal de alta dirección.

Al extremo es cierto lo indicado en el apartado anterior que si bien el deudor común puede dejar de ser, durante la tramitación del concurso, empresario desde el punto de vista económico, que no jurídico, el alto directivo no dejará de serlo.

Efectivamente el empresario-deudor común-declarado en concurso puede ver sometido el ejercicio de sus facultades patrimoniales a «intervención» de la administración concursal, en cuyo caso no perderá su condición económica de empresario, y tampoco la perderá el alto directivo, pero en cuanto el empresario-deudor común sea «sustituido» por la administración concursal en el ejercicio de las facultades patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa, dejara de poder ser considerado empresario desde el punto de vista económico, y sin embargo el personal de alta dirección no podrá ser desposeído del ejercicio de aquellas facultades patrimoniales (pues sería tanto como despojarle de su misma condición de personal de alta dirección) manteniendo en todo caso aquella condición de empresario en dimensión económica.

La declaración de concurso si bien desencadena, automática y necesariamente, determinadas consecuencias sobre el ejercicio de facultades patrimoniales por el personal de alta dirección en relación con la empresa integrada en la masa activa, en absoluto producen una novación modificativa (transformación) legal del contrato de alta dirección convirtiéndolo en un contrato de trabajo común u ordinario. Sintéticamente pueden enunciarse aquellas consecuencias en los siguientes términos:

- a) En el supuesto de intervención (generalmente en el concurso voluntario <sup>60</sup>) del ejercicio de las facultades de administración y disposición del empresario-deudor común sobre la empresa, el alto directivo no podrá ejercer las facultades patrimoniales sobre la misma <sup>61</sup> sin que sean sometidas a intervención en los mismos términos que si las ejercitase el deudor empresario declarado en concurso, pero no por ello pierde la condición de personal de alta dirección.
- b) Cuando se produce la sustitución del deudor común empresario declarado en concurso por los administradores concursales (generalmente en el concurso necesario, art. 40.1 y 2 LC), el personal de alta dirección mantiene, en principio y salvo que se extinga su contrato en

<sup>60</sup> Debe repararse en que la intervención corresponde al concurso voluntario y la suspensión al concurso necesario, pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas.

<sup>61</sup> Que le son atribuidas *ex lege* pero que se corresponden con propias del empresario.

los términos que más adelante se indicarán, el ejercicio de aquellas facultades patrimoniales sin ninguna alteración, únicamente sucede que ha cambiado el titular principal de semejante ejercicio, a cuyas instrucciones está sometido aquel personal de alta dirección, que ahora ya no será el empresario deudor común sino el(los) administrador(es) concursal(es).

## 2.2. La «intervención» del ejercicio de «los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa», atribuidos (*ex lege*) al alto directivo.

El ejercicio por el personal de alta dirección de facultades patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa requiere la autorización o conformidad de los administradores concursales, cuando el ejercicio de las facultades patrimoniales por el empresario-deudor común-declarado en concurso sobre la masa activa esté sometido a intervención.

Dado que aquella autorización o conformidad de la administración concursal a que se ha de someter el ejercicio de facultades patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa no tiene carácter sancionador ni afecta a la capacidad de obrar, no supone una alteración fundamental limitativa del ejercicio de las facultades que le son propias («inherentes a la titularidad de la empresa»).

Efectivamente la falta de carácter sancionador del sometimiento a la intervención de los administradores concursales <sup>62</sup> es consecuente con la naturaleza misma de la intervención concursal <sup>63</sup>, otro tanto cabe afirmar respecto de la no afectación de la declaración de concurso a la capacidad de obrar (el empresario-deudor común declarado en concurso no se convierte en un incapaz y sólo se afecta su capacidad de obrar si es inhabilitado). Además la intervención del ejercicio de facultades patrimoniales no puede afectar o limitar la capacidad de obrar del personal de alta dirección porque aquel personal no es, en ningún caso, declarado en concurso.

<sup>62</sup> Desapareciendo la vinculación «inhabilitación-nulidad» propia de los procedimientos concursales precedentes históricamente. Indica la Ley Concursal en su Exposición de Motivos, epígrafe III, apartado primero *in fine*. Según el artículo 40.7 Ley Concursal, que «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en éste artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiera convalidado o confirmado (...) la acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse producido el requerimiento (de los acreedores a la administración concursal) al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de ésta». Sobre el particular me remito a mi trabajo, *opus cit.* (art. 43), págs. 786 a 797.

<sup>63</sup> A este respecto cabe traer a colación la diferenciación de situaciones relativas a la «capacidad» (¿?) del concursado que establece CUIEL F., «Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad», *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, Madrid 2004, págs. 56 y 57 (literalmente y que deberán leerse «*mutatis mutandis* cambiando lo que debe ser cambiado»): «a) en la fase común del concurso, que se inicia con la declaración de concurso, se impone al deudor un régimen de carácter judicial: el juez, al declarar el concurso del deudor, determina el régimen de capacidad que le impone decidiendo entre los que la Ley permite, esto es, intervención o suspensión; b) con la aprobación del convenio el ámbito de autonomía del deudor es de carácter convencional: el deudor y los acreedores deciden en el marco del convenio si se imponen o no limitaciones en las facultades de administración y disposición del deudor; c) durante las operaciones de liquidación las restricciones tienen, en cambio, marcado carácter legal e imperativo: se establece un régimen obligatorio de suspensión de facultades que no puede ser alterado por los acreedores ni por el juez».

Ciertamente el personal de alta dirección puede ver afectada su capacidad de obrar si es inhabilitado como cómplice del empresario-deudor común, pero nunca como efecto inmediato de la declaración del empresario-deudor común en concurso. En ese supuesto la limitación de la capacidad de obrar se confunde con la sanción que en sí misma supone aquella inhabilitación <sup>64</sup>.

La afectación al ejercicio por el personal de alta dirección de facultades patrimoniales sobre la empresa integrada en la masa activa, en el supuesto de intervención (esto es, cuando el ejercicio de las facultades de disposición y administración del empresario-deudor común, titular de la empresa, sobre la masa activa se someten a intervención), no tiene siempre el mismo fundamento, sino que pueden diferenciarse los siguientes supuestos:

- a) Que el personal de alta dirección ejercite facultades patrimoniales no relativas al tráfico ordinario de la empresa, que le hayan sido delegadas mediante apoderamiento expreso por el empresario-deudor común declarado en concurso.
- b) Que el personal de alta dirección ejercite unas facultades patrimoniales relativas al tráfico ordinario de la empresa, existiendo o no apoderamiento expreso.
- c) Que el personal de alta dirección tenga conferido un apoderamiento expreso de carácter general conferido por el empresario-deudor común declarado en concurso, que incluya todas las facultades patrimoniales en relación con la empresa integrada en la masa activa.

Efectivamente, en principio y en todos aquellos supuestos, el ejercicio de facultades patrimoniales por el alto directivo en relación con la empresa integrada en la masa activa, está sometido a «autorización» o «conformidad» de la administración concursal, pero no tiene idéntico fundamento.

<sup>64</sup> Artículo 172.2.2.º Ley Concursal. En la Exposición de Motivos, epígrafe III, apartado primero, se precisa la «inhabilitación (...) se impone como sanción». Niega el carácter sancionador de la inhabilitación del quebrado MARTÍNEZ FLOREZ, A. «La Inhabilitación del quebrado», Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 9 y 21 que le atribuye la finalidad exclusiva de «asegurar el resultado del procedimiento, cuyo objeto básico es el reparto del producto de los bienes entre los acreedores». También la misma autora en «Las interdicciones legales del quebrado», Civitas, Madrid 2001, indica que «la inhabilitación (...) en tanto recaer sobre los bienes propiedad del quebrado, es claro que no es un mecanismo pensado para la protección de los terceros, pero tampoco esta destinada a sancionar al quebrado. Buena prueba de ello es el hecho de que no afecte a todos los bienes del quebrado, sino únicamente a los destinados a la satisfacción de los acreedores. La historia de las instituciones concursales pone de manifiesto claramente que la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes no es más que una de las múltiples técnicas que han arbitrado los sistemas jurídicos a lo largo de la distintas épocas con el fin exclusivo de garantizar el derecho de los acreedores al cobro de sus créditos sobre los bienes, evitando el riesgo de su desaparición o disminución de los mismos en tanto se tramita el procedimiento dirigido a su liquidación. Éste fue el objetivo perseguido por el Code de commerce francés de 1807 al privar al quebrado de las facultades de administrar y disponer de los bienes de pleno derecho desde el día de la quiebra, que sería seguido fielmente por el Código de SAINZ DE ANDINO (art. 1.035) y posteriormente por el de 1885». Indica GARCÍA VILLAVERDE, R., «Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial», AAMN tomo XXXVII (separata), Madrid, 1999, pág. 173 que «la ocupación de los bienes del quebrado y la administración de los mismos por terceros, que se da históricamente, es algo que permanecerá hasta nuestros días, sencillamente porque son medidas imprescindibles para que pueda agruparse y repartirse entre los acreedores el conjunto de bienes y de derechos que forman la masa de la quiebra».

Se toma como punto de referencia el ejercicio de facultades patrimoniales correspondientes al tráfico ordinario de la empresa, en terminología financiera «actividades de explotación», porque de la legislación concursal puede inferirse un punto de inflexión en la referencia a «actos u operaciones propias del giro o tráfico» de la empresa (art. 44 LC).

Ciertamente semejante punto de diferenciación no se sitúa en el límite del ámbito de competencias que *ex lege* tiene atribuido el alto directivo, sino que queda incluido dentro del mismo, abarcando además aquellas «actividades de inversión» y de «financiación»<sup>65</sup>, necesarias para el desenvolvimiento de la actividad de empresa (ejercicio de «poderes inherentes a la titularidad de la empresa», naturalmente no para negarla o destruir la empresa-organización, sino para afirmarla y desarrollarla).

No obstante si se toma en consideración aquella referencia de la legislación concursal y la circunstancia de que, aun cuando la existencia o inexistencia de un apoderamiento expreso es en principio indiferente para la actividad y capacidad representativa de la «empresa» por el alto directivo<sup>66</sup> (bien que por exigencias ideológicas y dogmáticas se venga sistemáticamente refiriendo al titular de la empresa), la jurisprudencia laboral admite la limitación de las facultades naturalmente (reflejadas *ex lege*) al alto directivo mediante un apoderamiento expreso (siempre que no llegue a desdibujar su condición de personal al extremo que no pueda reconocerse como tal, transformándose en un «cargo de confianza»<sup>67</sup>), la distinción indicada parece pertinente.

<sup>65</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2001. En este sentido señala la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2002, que «para poder aplicar la denominación de alta dirección, hemos de encontrarnos ante un personal que rija la total vida industrial, laboral, comercial y financiera del negocio, sin necesidad de recibir órdenes del titular del mismo y con amplias facultades para llevar a cabo la dirección y administración total del negocio, pudiendo incluso realizar actos patrimoniales de disposición y funciones rectoras de la empresa en sí misma consideradas como puede ser llevar la firma, administrar fondos, representar a la sociedad, concertar seguros, solicitar préstamos, contratar y despedir personal y otros similares». Sin embargo, da trascendencia a la inexistencia de poderes para no calificar una relación de personal de alta dirección la STS, Sala de lo Social, de 4 de junio de 1999, pero no considera trascendente la revocación de los poderes si se continúan desarrollando las mismas funciones. La STS, Sala de lo social, de 12 de julio de 1997, los considera relevantes para la existencia de aquella relación laboral especial. La STSSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 1999.

<sup>66</sup> Como precisa la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2004, «la noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes que han de referirse a los objetivos generales de la entidad lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia».

<sup>67</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1997. Indica la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 9 de abril de 1999, que cuando se califique a un trabajador como «cargo de confianza», nos encontramos, entonces ante una relación laboral en el que el «plus de confianza» sólo o exclusivamente despliega sus efectos sobre el puesto de trabajo y no sobre la relación laboral. Fundamentalmente, en lo que ahora interesa, permitiendo que el empresario designe y cese libremente a la persona en ese puesto (de ahí que también se les suela denominar «cargos de libre designación y cese»), sin que ello implique variación alguna del contenido de esa relación, sometida a las reglas generales previstas en las normas laborales para las relaciones laborales «comunes». Bien que en algunos contratos o relaciones laborales «especiales» (art. 2. del ET), como ocurre en la denominada relación laboral especial de alta dirección, en la que esa especial confianza sí despliega sus efectos directamente sobre el contrato de trabajo, puesto que en base a la misma se justifican las múltiples reglas especiales del régimen jurídico de esa relación frente a las comunes o generales establecidas en el ET. En definitiva, si en un contrato de trabajo se denomina al trabajador «cargo de confianza» con funciones de dirección o mando en la empresa, sólo cabe una de las dos opciones siguientes a efectos de su calificación jurídica:

Se trata de una cuestión con repercusiones prácticas porque el juez del concurso goza de amplias facultades para determinar el régimen de intervención y de intervención-suspensión, así como de modificación, a solicitud de la administración concursal, del régimen que hubiere establecido.

Pudiéndose concluir que cuando el alto directivo ejercita facultades patrimoniales que exceden de las que naturalmente (*ex lege*) le corresponden, como consecuencia de un mandato y apoderamiento voluntario (supuesto del apartado «a» anterior), su sometimiento a autorización o conformidad de la administración concursal es razonable por la propia naturaleza de aquellos negocios jurídicos<sup>68</sup>.

Sin embargo, el sometimiento del ejercicio de facultades patrimoniales que el personal de alta dirección tiene atribuidas *ex lege* (supuestos de los apartados «b» y «c», anteriores) a «autorización» o «conformidad» de los administradores concursales, únicamente se explica si se considera que se produce una «objetivación de la intervención».

---

O es laboral común y, en consecuencia, deben aplicarse las reglas generales sobre extinción del contrato por voluntad del empresario, es decir, las previstas en el ET, artículo 49 y siguientes.

O es laboral especial de «alta dirección», siempre que el trabajador encaje en la definición de «alto directivo» propuesta por el Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, en cuyo caso podrán aplicarse las reglas especiales en materia de extinción previstas para esta relación y, en concreto, el libre desistimiento del empresario o rescisión *ad nutum*, acompañado de la indemnización legalmente prevista, en la cuantía que fijen las partes o, en su defecto, la establecida en el Real Decreto 1382/1985, artículo 11.1.

Lo que no es posible es que, con fundamento en la confianza, se cree una institución *sui generis*, la relación laboral de confianza, como un *tertium genus* respecto de la relación laboral común u ordinaria y de las de carácter especial, en particular de la relación laboral especial de alta dirección (...). Se podría también afirmar que de esta forma crearíamos una nueva «modalidad del contrato de trabajo» común (o un nuevo «contrato común con peculiaridades»), añadida a las previstas como *numerus clausus* en el ET (arts. 10 a 13). Hay unanimidad en la doctrina, legislación y jurisprudencia (constitucional y ordinaria) en calificar al alto directivo como «cargo de confianza», en tanto en cuanto su relación laboral se basa en la «recíproca confianza de las partes» (art. 2.), es decir, en «el vínculo de necesaria confianza entre el empresario y el trabajador de alta dirección» (STC 79/1983). Ahora bien, una cosa es afirmar que la especial confianza impregna totalmente la base del negocio del alto directivo o que éste es un cargo de confianza y otra que este elemento subjetivo sea la causa o fundamento de la especialidad de esta relación laboral. Si así fuera, todos aquellos cargos de una empresa a los que se califique de confianza o de mando o de alto nivel serían, sin más, altos directivos.(...) no se puede identificar cargo de confianza con alto directivo. Es cierto que el alto directivo es un cargo de confianza porque las funciones que tiene asignadas (razón o fundamento de la especialidad de su relación laboral) son las inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relativas al objetivo general de la misma y ejercidas con autonomía y plena responsabilidad, artículo 1.º.2 y, en consecuencia, su vinculación personal al empresario ha de ser superior a la de otro trabajador, directivo o no, que no tenga asignadas esas funciones de máxima responsabilidad en la empresa, en cuanto de él depende el éxito o fracaso de la misma, cuya gestión tiene encomendada. Pero no es cierto, por el contrario, que todo cargo o puesto de confianza sea alto directivo; lo será y, en consecuencia, se le aplicarán las reglas especiales del régimen jurídico de esa relación previstas en el Real Decreto 1382/1985, si ejerce las funciones propias del alto directivo».

<sup>68</sup> Como indica Díez-Picazo, L., «La representación en el Derecho privado», Civitas, Madrid 1979, p. 190: «Considerado como una situación jurídica de carácter activo, es lícito decir que el poder de representación se «ejercita». Y se ejercita en todos aquellos casos en que el apoderado realiza cualquiera de los actos para los que el poder le faculta (...). Los actos de ejercicio del poder de representación (...) pueden ser: a) Actos de ejercicio de derechos subjetivos correspondientes al principal (...); b) Actos de cumplimiento de obligaciones del principal (...); c) Actos de emisión de declaraciones de voluntad constitutivas de negocios jurídicos o llamados a integrarse en negocios jurídicos; d) Actos de emisión de declaraciones de voluntad o la adopción de un comportamiento positivo o negativo que deban ser considerados actos de naturaleza no negocial».



Esto es, en el supuesto del apartado anterior la limitación no recae ya sobre el posible «ejercicio por el empresario» de sus facultades patrimoniales como titular de la masa activa, sino sobre las «facultades patrimoniales actuadas» por el personal de alta dirección. Tratándose de una «limitación en el ejercicio de facultades patrimoniales por quien no es limitado por la declaración de concurso».

Queda por discernir que sucede en el caso indicado con la letra «c» anterior. En este supuesto habrá que diferenciar si se ejercitan por el alto directivo facultades inherentes a las «actividades de explotación», o si se trata de «actividades de inversión» o de «financiación», y resolver en cada caso conforme con el criterio establecido para los supuestos recogidos en los demás apartados.

Respecto del momento en que el ejercicio de las facultades patrimoniales por el personal de alta dirección se ve «limitado» por la necesidad de «autorización o conformidad» (intervención) de los administradores concursales, también habrá de matizarse entre los supuestos de apoderamiento voluntario o atribución *ex lege* de las facultades patrimoniales.

Efectivamente como el auto de declaración de concurso (en el que se incluyen los efectos sobre las facultades patrimoniales del empresario-deudor común, ex art. 21.1.2.º LC) produce «efectos inmediatos», el ejercicio de las facultades expresamente delegadas en el alto directivo y que no correspondan al tráfico empresarial ordinario, en principio también se verán inmediatamente afectadas.

Sin embargo respecto del ejercicio de aquellas facultades que el alto directivo tiene atribuidas *ministerio legis*, solamente desde la fecha en que se le notifique personalmente o se publique la intervención del empresario-deudor común se producirán los «efectos reflejos» antes aludidos (arts. 21.6, 23 y 24 LC). Lo mismo sucederá respecto de la modificación de aquel régimen (cambio de «sustitución» a «intervención», ex art. 40.4 LC).

Excepcionalmente el personal de alta dirección no tendrá que someter el ejercicio de las facultades patrimoniales a la autorización o conformidad de la administración concursal:

- Cuando se trate de la realización de actos u operaciones propios del «giro o tráfico de la actividad empresarial», que hallan sido autorizados, por razón de su naturaleza o cuantía, con carácter general por la intervención concursal, lo que se proyecta inmediatamente sobre la actuación del alto directivo.
- Cuando lleve a cabo, sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiere adoptado el juez del concurso y hasta la aceptación por los administradores concursales, los actos propios del giro o tráfico empresarial que sean imprescindibles para la continuación de la actividad de empresa, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado

Se trata de un supuesto en que el ejercicio de facultades patrimoniales sobre determinadas «actos u operaciones» propias del giro o tráfico empresarial no sufre limitación alguna, al prevenirse esa autorización respecto del ejercicio de las facultades patrimoniales del empresario-deudor común <sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Me remito a mi trabajo, *opus cit.* (art. 43), págs. 820 a 823.

En caso de modificación del régimen de intervención de aquellos actos u operaciones deberá notificarse al alto directivo, para que ese nuevo régimen sea operativo, por no prevenirse en la Ley ningún régimen de publicidad comparable a la del Auto de declaración de concurso.

Una última referencia ha de efectuarse a la necesaria autorización del Juez del concurso para la enajenación o gravamen de algún bien o derecho (cederlo) de la empresa integrada en la masa activa.

Aquella autorización, necesaria hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, tampoco afecta a la capacidad de obrar del personal de alta dirección. Simplemente constituye una especial medida de control que la Ley reserva al Juez del concurso <sup>70</sup>, dada la especial gravedad de aquellos actos para la conservación de la masa activa.

Semejante autorización resulta exigible siempre que no se trate de actos u operaciones correspondientes al tráfico ordinario de la empresa que hayan sido autorizados con carácter general por la administración concursal o imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial en los términos ya señalados (art. 43.3 LC).

El ejercicio por el alto directivo de una facultad dispositiva, respecto de la que sea necesaria la autorización judicial, no se requiere que le haya sido notificada previamente tal exigencia anticipadamente, basta con la publicación del Auto de declaración de concurso para que el alto directivo esté obligado al acatamiento de tal exigencia legal.

---

<sup>70</sup> El Juez es un órgano del concurso que ejerce funciones de dirección, control y vigilancia administrativa y de plena jurisdicción. «La ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios del procedimiento» (Exposición de Motivos, epígrafe IV, apartado primero). «La ley configura al juez como el órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones», (Exposición de Motivos, epígrafe IV, apartado segundo). Sobre el Juez de la suspensión de pagos y de la quiebra CORDÓN MORENO «Suspensión de pagos y quiebra», Aranzadi, Pamplona 1995, págs. 33, 174 y 175.

Los administradores en el concurso no son simples delegados del Juez, sino que son un órgano del concurso con funciones específicas, atribuidas y definidas en la Ley. «La administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora vigente» (Exposición de Motivos, epígrafe IV, apartado octavo). Como pone de manifiesto el artículo 43 Ley Concursal, habida cuenta de la existencia de un acto de nombramiento (artículo 27.1.3.º y 3 LC, con las precauciones del apartado 2 del mismo artículo) y de la necesidad de su «aceptación del cargo» (art. 29 LC) se atribuye a los administradores el ejercicio de una serie de competencias establecidas en la Ley, por ello puede considerarse que desarrollan una función pública, de ahí que deban ser considerados funcionarios públicos en sentido amplio/SÁNCHEZ CALERO, F., en «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel BROSETA PONT», T. III, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 3.396, destaca el paralelismo existente entre los interventores en la suspensión de pagos y administración de empresas embargadas con el nombramiento de funcionarios por la Administración Pública. Sobre los distintos modelos de sindicatura concursal TIRADO MARTÍ, J.I. «La sindicatura concursal», en «La reforma de la legislación concursal», Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 152 y ss.

### III. EL DILEMA ENTRE LA PRECISA GESTIÓN EFICAZ DEL ALTO DIRECTIVO, LA SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE SU CONTRATO CON LA ATRIBUCIÓN DE LA FACULTAD RESOLUTORIA AL ALTO DIRECTIVO Y LA NECESIDAD DE SU CESE

El contenido de la Ley Concursal en relación con el personal de alta dirección de la empresa incluida en la masa activa parece contradictorio, en cuanto que:

- a) Afirma la continuidad en la prestación de los servicios del personal de alta dirección, sin relajar o moderar el rigor de la legislación laboral especial respectiva, lo que supone la realización por parte de aquel personal de una actividad gestora eficiente.
- b) Atribuye a la administración concursal facultades exorbitantes sobre la vigencia y existencia misma del contrato de alta dirección, otorgando al juez del concurso la facultad de suspenderlo y de extinguirlo y atribuyéndole facultades de moderación y aplazamiento del pago de las indemnizaciones pactadas.

Gestión eficiente del alto directivo con continuación de su relación laboral, por una parte, y suspensión de la vigencia o extinción del contrato y relación laboral, por otra, constituyen estrategias contenidas en la Ley Concursal diferentes y encontradas pero encaminadas a la misma finalidad, consistente en procurar la continuación de la empresa en actividad, que deberá observarse necesariamente salvo supuestos excepcionales, debidamente justificados, de liquidación.

#### 3.1. El deber del personal de alta dirección de gestionar eficazmente la empresa durante el concurso.

Por el contrario de lo que sucedía en la quiebra mercantil y en el concurso de acreedores civil, en los que la masa debía ser «liquidada, esto es, convertida en numerario líquido»<sup>71</sup>, en el sistema de la nueva Ley Concursal se impone el deber de continuar gestionando eficientemente la empresa integrada en la masa activa (art. 44 LC). Ese deber afecta al empresario-deudor común, a los administradores concursales y, consiguientemente, también, siempre y en todo caso, al personal de alta dirección.

Se afirma en la Ley Concursal que «la declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor», circunstancia favorable y suficiente, en principio, para que el personal de alta dirección deba continuar gestionando eficientemente la empresa en cuyo vértice (en una consideración piramidal de la organización empresarial) se sitúa (como director general o gerente), o atendiendo a las tareas directivas «en sectores específicos» que lo cualificasen como tal (en una consideración funcional de la empresa)<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> URÍA, R., «La quiebra de la Barcelona Traction» Barcelona 1953, pág. 207

<sup>72</sup> Como precisan las SSTs, Sala de lo social, Ss. de 15 de julio y 12 de septiembre de 1986, 3 de marzo y 30 de abril de 1990, «el texto no exige que únicamente merezca tal calificación el *alter ego* de la empresa, el titular del puesto-vértice de su estructura piramidal, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial».

El estricto mandato legal de continuación en el ejercicio de la actividad empresarial, contenido en el artículo 44 Ley Concursal, se complementa con otras obligaciones establecidas en la misma Ley y en cuyo cumplimiento la intervención del personal de alta dirección parece necesaria por sus específicos conocimientos de la empresa y de su entorno (local y mundial). Aquellas obligaciones son las siguientes:

- a) El deber del concursado de «comunicar» la contabilidad a los administradores concursales (art. 45 LC).
- b) El deber de formular las cuentas anuales, durante la tramitación del concurso (art. 46 LC).
- c) La elaboración del «plan de viabilidad» o «explotación», que ha de acompañarse a la proposición de convenio <sup>73</sup>.

La Ley Concursal no alude a la «gestión» de la empresa por el personal de alta dirección, ni utiliza el término «gestión» en ningún momento, sino que se refiere, impersonalmente, al «ejercicio de las facultades de administración y de disposición».

La explicación del uso de aquella terminología debe buscarse tanto en el carácter universal del concurso, que se impone a cualquier sujeto, con independencia de que desarrolle o no una actividad profesional o empresarial, como en la intervención de otros sujetos, diferentes del titular de la empresa, en la continuación de la explotación que establece la Ley, entre los que destaca sobremana el personal de alta dirección.

Si se considera con detenimiento el uso que hace la Ley Concursal de aquella terminología cuando se refiere a la empresa integrada en la masa activa, pronto se advierte que alude a tales facultades con un sentido totalizador, globalizador y dinámico.

La legislación concursal, tras limitar los efectos de la declaración de concurso en un sentido funcional, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas del caso <sup>74</sup>, ordena que se gestione eficientemente la masa activa, lo que supone mantener operativa la organización empresarial, en la que el desarrollo de competencias y habilidades directivas, propias del personal de alta dirección, se antojan imprescindibles.

Parece, pues, que el mantenimiento de la vigencia de los contratos de alta dirección y el ejercicio de competencias y funciones propias por los altos directivos se incluyen en el mandato legal, de ahí que la suspensión y la extinción de aquellos contratos cuente con una disposición específica en la Ley, el artículo 65 Ley Concursal.

<sup>73</sup> «En el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros» (art. 100.5 LC).

<sup>74</sup> Exposición de Motivos, epígrafe III, segundo apartado.

El deber de «gestión eficiente» de la empresa durante el concurso, que se impone al personal de alta dirección, se pone singularmente en evidencia con la alusión continua de la Ley Concursal a los «actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad» (profesional o empresarial), pues supone la actuación de su principal ejecutor, que no es otro que el personal de alta dirección.

Precisamente la administración concursal en aras de esa eficiencia gestora podrá determinar los tipos o clases de «actos y operaciones» que, atendiendo a su naturaleza o cuantía, resultan incluidos en el giro o tráfico (ordinario) <sup>75</sup> de la empresa y «quedan autorizados con carácter general», sin necesidad de una intervención individualizada. Se trata de una precisión legal cuyo principal destinatario es el personal de alta dirección, en cuanto que principal encargado y ejecutor de ese tráfico ordinario de la empresa tendente a lograr su actuación fluida y eficaz al frente de la misma.

Semejante intencionalidad y determinación del mandato legal se pone singularmente de manifiesto cuando se observa que los actos u operaciones incluidos en el giro o tráfico ordinario sean «imprescindibles para la continuación de su actividad» (la propia del deudor-común-declarado en concurso) y se lleven a efecto «en condiciones normales de mercado», se autoriza por la Ley su realización (salvo criterio diferente del Juez) durante el período inicial, más o menos largo, del concurso, lo cual naturalmente supone la actuación continuada del personal de alta dirección.

### **3.2. La suspensión de la vigencia del contrato de personal de alta dirección y la atribución de la facultad resolutoria del mismo al alto directivo.**

La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del empresario-deudor común-declarado en concurso, puede suspender la vigencia del contrato que éste haya concluido con el «personal de alta dirección».

Como compensación o contrapeso al reconocimiento de aquella facultad suspensiva del contrato del personal de alta dirección a la administración concursal, la misma norma establece que el alto directivo podrá resolver ese contrato, con derecho a la pertinente indemnización, si la administración concursal efectivamente suspende la vigencia de su contrato.

#### *3.2.1. La suspensión de la vigencia del contrato de alta dirección por la administración concursal.*

La legislación concursal regula un supuesto singular de suspensión del contrato y relación laboral de personal de alta dirección, pues la referencia al contrato, en este contexto, no ha de con-

<sup>75</sup> Se afirma que en la actividad de empresa no cabe diferenciar entre administración ordinaria y extraordinaria por LOJACONO V., «Atti di amministrazione» en voz «Amministrazione», Enciclopedia del Diritto, T. II, Giuffrè Editore, Milan 1958, págs. 161 a 163. Sin embargo TRABUCCHI A., voz «Amministrazione (Atti di)», Novísimo Digesto Italiano, T. I, UTET, Turín 1968, págs. 46 y 47, señala como la distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria en una perspectiva estática del patrimonio se «dinamiza» cuando se trata de una actividad de empresa.

siderarse como algo diferente a la relación laboral. Constituye un supuesto específico que habrá de añadirse a la regulación contenida en la legislación laboral especial de personal de alta dirección <sup>76</sup> para una consideración completa del fenómeno suspensivo.

Ciertamente el contrato de alta dirección también puede suspenderse en el marco de un expediente de regulación de empleo, pero se trata de un supuesto de suspensión, previsto en el artículo 64 Ley Concursal, que además de infrecuente o excepcional <sup>77</sup> no faculta al alto directivo para extinguir el contrato en los términos establecidos en la legislación concursal. Por ello nos limitamos a la suspensión acordada por la administración concursal en el marco de la relación individual de alta dirección.

Como ya se indicó, en el marco de la relación laboral individual de alta dirección la administración concursal puede suspender el contrato de alta dirección por «propia iniciativa o a instancia del deudor».

Ha de entenderse, en correcta hermenéutica jurídica, que la administración concursal podrá actuar por propia iniciativa cuando hubiera «al deudor en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición», debiendo actuar «de acuerdo» con el empresario-deudor común-declarado en concurso cuando éste retuviese el ejercicio de aquellas facultades.

Esto es, la legitimación para procurar la suspensión del contrato se otorga por la Ley a la administración concursal. Únicamente aquella administración puede «suspender» la vigencia del contrato (relación laboral), sin que se diferencie entre el supuesto en que los administradores «sustituyan» al deudor (concurso necesario) y el supuesto en que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición estén meramente «intervenidas». Pero sólo podrá actuar sin el concurso del deudor común si éste ha sido sustituido en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición. En otro caso ha de actuar de acuerdo con aquél <sup>78</sup>.

Se trata del ejercicio unilateral de una facultad que la Ley Concursal otorga a los administradores concursales. La literalidad del precepto excluye que pueda ejercitarse de mutuo acuerdo con el alto directivo, pero la práctica, sin duda, le dará otro alcance propiciando la suspensión realmente por mutuo acuerdo entre la administración concursal y el alto directivo, por más que formalmente aparezca como la ejecución de una facultad unilateral atribuida por la Ley a la administración concursal, en línea con una práctica habitual <sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Según se establece en el artículo 15 RDAD el «contrato podrá suspenderse, con los efectos y para los casos previstos en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores». En este último precepto se establece la exoneración de las principales obligaciones recíprocas en sede de contrato de trabajo, trabajar y pagar el salario o remunerar el trabajo. Algunas de las causas de suspensión enumeradas en dicho precepto no parecen aplicables, o son de dudosa aplicabilidad, al personal de alta dirección

<sup>77</sup> Sobre esta posibilidad *vid.* SSTS, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 1991 y 15 de junio de 1999.

<sup>78</sup> Tomando la expresión «a iniciativa», del artículo 65.1 Ley Concursal, no literalmente sino en una interpretación amplia. *Vid.* mi trabajo «artículo 65» en «Comentarios a la Legislación Concursal», Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 1.282 a 1.321.

<sup>79</sup> Despidos y otros ceses pactados.

Aquella suspensión del contrato puede llevarse a efecto en cualquier momento del procedimiento concursal, bien sea en la fase común, en fase de convenio o en fase de liquidación.

Como la suspensión no puede suponer que la actividad de empresa se extinga o se suspenda, pues la empresa ha de permanecer activa por mandato legal, deberán desarrollar las competencias propias del personal de alta dirección otros sujetos, bien el propio empresario persona física declarado en concurso o los administradores titulares del órgano encargado de la administración de la persona jurídica declarada en concurso <sup>80</sup> o bien los administradores concursales.

La probabilidad de que aquellos sujetos carezcan de la habilidades propias de la «administración y dirección» de una empresa, así como de conocimientos suficientes sobre la marcha del negocio y de la economía en ese sector de actividad, máxime en la época de globalización que vivimos, determina que no sea razonable el cese del personal de alta dirección en la fase común o de convenio, siendo más fundado en fase de liquidación, dada la permanencia, en esa fase del concurso, del mandato legal de mantenimiento de la actividad empresarial.

Afirmada aquella posibilidad de que la administración concursal suspenda la vigencia del contrato de personal de alta dirección, procede entrar en las condiciones a que está sometido el ejercicio de semejante facultad. Efectivamente, el mismo requiere que se den las siguientes circunstancias, que operan como requisitos de eficacia del acto suspensivo adoptado por el administrador concursal único (art. 27.2.3.º LC) o con expresa atribución de esa facultad (art. 35.2.2.º párr. LC) o mediante acuerdo suspensivo (adoptado por el órgano colegiado, art. 27.1 Ley Concursal, en relación con el art. 35.2.1.º párr. LC), del contrato de personal de alta dirección:

- a) Que esté vigente la relación laboral de personal de alta dirección <sup>81</sup>.
- b) Que los administradores concursales no hayan sido cesados.
- c) Que no se hayan extinguido los efectos de la declaración de concurso <sup>82</sup>.

La suspensión del contrato de personal de alta dirección establecida en el artículo 65.1 Ley Concursal, se sitúa fuera tanto de la legislación laboral general (ET) como de la reguladora de aquel

<sup>80</sup> Al empresario y no a la empresa es al que se declara en concurso, pues esta última no tiene personalidad jurídica y «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», artículo 1.1 Ley Concursal

<sup>81</sup> En sentido contrario se pronuncia IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.* (Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RD 1382/1985 de 1 de agosto), 2.ª edición, 1994, pág. 149. Por consiguiente, los administradores concursales no pueden hacer uso de la facultad suspensiva del contrato de personal de alta dirección si concluido el contrato no hubiere nacido todavía la relación laboral, al no haberse iniciado la prestación de servicios. Ha de repararse en que es frecuente la conclusión de contratos de personal de alta dirección por administradores sociales a modo de «cobertura» de cualquier cese. *Vid.* STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 1998.

<sup>82</sup> Este requisito no impide que tal facultad suspensiva se incluya entre las posibles funciones que el convenio pudiera atribuir a alguno de los administradores concursales, hasta su íntegro cumplimiento (art. 133 LC), pero en este concreto supuesto ya se ejercerá fuera del procedimiento concursal por lo que habrá de estarse al concreto contenido del convenio sobre la forma en que se ha de ejercitar dicha facultad suspensiva.



régimen laboral especial del personal de alta dirección, constituyendo una regulación laboral específica y singular, no obstante incluirse en una norma tradicionalmente considerada mercantil (realmente «transversal»).

Aquella «suspensión del contrato por declaración de concurso del empresario» tiene carácter imperativo <sup>83</sup>, por lo que y conforme con esa característica universal de la legislación concursal, constituye una facultad irrenunciable de la administración concursal (atentaría contra el «interés del concurso») que no puede eliminarse por acuerdo de las partes (empresario-deudor común y personal de alta dirección) ni en el momento de perfeccionamiento o formalización del contrato (que la legislación laboral específica exige que se haga «por escrito», art. 4.1 RDAD) ni posteriormente mediante una novación modificativa del mismo.

Efectivamente, la imperatividad antes aludida impide que la administración concursal pueda renunciar al ejercicio de esa facultad o condicionar siquiera su ejercicio, por más que, al estar su oportunidad dejada a su libre criterio o arbitrio, ésta pueda decidir no actuarla, pero habrá de ser siempre atendiendo al interés del concurso y no como resultado de una renuncia explícita ni implícita.

Los efectos de esa suspensión son necesarios, singulares y específicos, estando predeterminados en el artículo 65 Ley Concursal, sin que puedan ser modificados ni alterados por las partes ni por acuerdo con la administración concursal.

Su ejercicio es unilateral y está atribuido a quien no es parte en el contrato de personal de alta dirección, la administración concursal, lo que vulnera principios elementales de la ordenación jurídico-política. Constituye una severa anomalía en sede de teoría general del contrato, y que sólo se explica por la posición que ocupa aquella administración en el concurso, a la que «se encomiendan funciones muy importantes» <sup>84</sup>, cuyos titulares «desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal» (art. 35.1 LC), «responderán frente al deudor y frente a los acreedores por los daños causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia» (art. 36.1 LC) y podrán ser cesados «cuando concurra justa causa» (art. 37.1 LC).

La suspensión del contrato de trabajo de personal de alta dirección se llevará a efecto por la administración concursal sin necesidad de acudir al Juez del concurso, en línea con la legislación civil ordinaria y con las facultades exorbitantes que la legislación laboral otorga al empresario en sede del contrato de trabajo, sin que eso signifique negar la competencia al juez del concurso, actuando como juez de lo social, para conocer de las cuestiones suscitadas en el ejercicio de esta facultad suspensiva (art. 86 ter 1.2.º LOPJ <sup>85</sup>).

<sup>83</sup> La autonomía de la voluntad que caracteriza al régimen laboral especial de personal de alta dirección no alcanza a que las partes «desvirtúen los límites de Derecho necesario del artículo 15.2 RDAD. Es decir, las partes del contrato ni pueden eliminar algún(os) de los supuestos suspensivos, ni pueden atribuir a la suspensión efectos que excluyan la ausencia de servicios y remuneración, bien que «a nada más vienen obligadas» (MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* [El contrato de Alta Dirección], pág. 317 ss.).

<sup>84</sup> Exposición de Motivos, epígrafe IV, apartado décimo.

<sup>85</sup> Añadido por Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio, artículo segundo, punto 6.

### 3.2.2. La dimisión del alto directivo con contrato previamente suspendido por la administración concursal.

El alto directivo, como es sabido, según su legislación específica puede extinguir el contrato y dar por terminada la relación laboral mediante un acto unilateral resolutorio<sup>86</sup>. Facultad extintiva que se atribuye generalmente a la declaración de voluntad del alto directivo, siempre que no sea cuestionada por el empresario, pues en ese caso se requiere la resolución judicial pertinente resolutoria<sup>87</sup>. A tal dimisión del alto directivo, así como el desistimiento del empresario, no se le atribuye por la jurisprudencia carácter irrevocable<sup>88</sup>, por lo que sus consecuencias no son necesariamente traumáticas.

Aquella facultad está justificada por el carácter sinalagmático del contrato de trabajo de alta dirección y por la prohibición de las vinculaciones personales de prestaciones de servicios de por vida, teniendo amparo constitucional en la libertad de trabajo (art. 35 CE y art. II-75. 1 y 2 CEu).

Para el análisis de esta causa extintiva ha de partirse de la normativa reguladora del RDAD, que atribuye al alto directivo la facultad resolutoria del contrato, distinguiendo entre:

#### a) Extinción del contrato sin justa causa.

<sup>86</sup> Conocido como dimisión, SSTS, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2000 y 27 de junio de 2001. Sobre la «dimisión» del trabajador indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2003, lo siguiente: «el negocio jurídico, sobre todo en su modalidad o variedad contractual, se integra, como elemento esencial del mismo, por la voluntad de quien o quienes en el mismo intervienen (...). La voluntad negocial puede manifestarse, según diferenciación consagrada, de dos maneras: una expresa, otra tácita (...). Y puede hacer aparición la declaración de voluntad tácita en cualquiera de sus fases principales: nacimiento, desarrollo, extinción (...). En nuestro derecho, donde se parte de que hay un contratante débil, que es el trabajador, lo que más interesa es delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de unas ciertas causas, como muestra el artículo 49, con los concordantes, del ET. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su número 1 d), previene que el contrato se extingue «por dimisión del trabajador». Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva».

<sup>87</sup> Señala la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2002, que «de la lectura del propio artículo 10.3 mencionado ha de extraerse la conclusión del condicionamiento existente, entre la posibilidad de resolver y la concurrencia de alguna de las causas comprendidas en los apartados a), b), y d) de la mencionada norma, ya que dice «podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario fundándose en las causas siguientes» y es claro que para conocer si se han dado o no dichos supuestos, fuera del caso de admisión por parte empresarial, se precisará de una resolución jurisdiccional que así lo decida. En este caso, a las causas legales recogidas en el precepto que se viene mencionando, debe añadirse el supuesto concreto de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de alta dirección por la empleadora demandada pero con idéntica consecuencia de que el directivo no puede plantear una extinción, abandonar la empresa, en este caso con el añadido, iniciar inmediatamente la prestación de servicios para otra, y pretender una vez que se ha colocado en esta posición que se le abone la indemnización, sino que precisa de una declaración judicial de extinción con derecho a indemnización. Esta doctrina ha sido mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sala Cuarta reflejado en Sentencias como las de 25 de septiembre de 1989 y 10 de marzo de 1990, que coincidentemente excluyen la potestad resolutoria indemnizable sin la concurrencia de resolución jurisdiccional que la otorgue».

<sup>88</sup> Como precisan las SSTS, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 1985 y 26 de febrero de 1990 y 4 de junio de 1990, «el desistimiento (...) adquiere carácter irrevocable, aun mediando retractación, cuando el trabajador afectado no aceptare dicha retractación, como también se entiende irrevocable, en parejas circunstancias, la dimisión del trabajador».

- b) Resolución del contrato por alguna de las causas que en la propia norma laboral se establecen como singularmente justificativas de aquel acto resolutorio.
- c) Resolución del contrato por «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario».

Solamente en los dos últimos supuestos tendrá derecho el alto directivo a una indemnización <sup>89</sup>, bien entendido que:

- Aun cuando aquella extinción encuentre amparo en la «justa causa general» (debida a «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario»), decaerá el derecho indemnizatorio si concurre fuerza mayor (en cuyo caso «no procederá el abono de las indemnizaciones»).
- La declaración del empresario-deudor común en concurso de acreedores no supone, en principio, la concurrencia de fuerza mayor, al caracterizarse los eventos constitutivos de fuerza mayor por la falta de voluntariedad. Pero como también hay supuestos en los que la concurrencia de la voluntad no elimina la calificación del acto como fuerza mayor, ha de estarse a cada caso concreto.

La legislación concursal establece que «en caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización» (art. 65.2 LC), sin que supedita a cualquier otra circunstancia el ejercicio de dicha facultad resolutoria, por lo que no procede traer a colación si ha de tratarse de un contrato de duración indefinida o de duración limitada superior a cinco años <sup>90</sup>.

Aquel supuesto de suspensión que faculta al alto directivo para extinguir el contrato no constituye ni una simple dimisión ni una dimisión cualificada, por más que se asemeje a esta última y se mantenga la necesidad de un plazo de preaviso. Constituye un supuesto específico de dimisión del alto directivo que no constituye un supuesto de dimisión simple; aun cuando no exista «justa causa resolutoria», tampoco puede considerarse que constituya una resolución por «justa causa», al no estar la previa suspensión del contrato por la administración concursal enumerada entre las que se establecen en la legislación laboral específica de alta dirección, ni poderse asimilar a ninguna de ellas.

<sup>89</sup> Señala IGLESIAS CABERO, M., *opus cit.* (Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), pág. 138 que «evidentemente, en este caso, no procede indemnización alguna a favor del trabajador, puesto que la extinción del contrato se produce por su propia conveniencia; no obstante, sí puede haber indemnización para el empresario en determinados supuestos (...), si la ruptura del vínculo laboral viene motivada por el incumplimiento contractual grave del empresario, y el alto directivo no desea acudir a la vía del artículo 10.3 del Real Decreto 1382/1985, desaparece la obligación del empresario y no procede ningún tipo de indemnización».

<sup>90</sup> Realmente se trata de una cuestión ya superada en el régimen laboral especial de alta dirección. En ese sentido DEL VAL TENA, *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa), pág. 296

Efectivamente, la legislación concursal no añade a la legislación laboral especial de alta dirección una nueva causa justa de extinción del contrato, sino que simplemente atribuye la facultad de resolver al alto directivo cuando se den las siguientes circunstancias que actúan como presupuesto legitimador de la resolución y del derecho al devengo de la indemnización pertinente <sup>91</sup>, a saber:

- a) La existencia de una resolución judicial (Auto) declarando al empresario en concurso de acreedores.
- b) Que el contrato de alta dirección esté en suspenso por decisión de los administradores concursales.
- c) Que el alto directivo preavise con un mes de antelación a la resolución del contrato.

La regulación en el artículo 65 Ley Concursal de un supuesto suspensivo de la relación laboral de alta dirección no supone que dejen de ser operativas, durante la tramitación del concurso, las causas justificativas de la suspensión de aquella relación laboral previstas en la legislación laboral específica de personal de alta dirección.

Se mantiene durante el concurso la posible operatividad de las «justas causas» extintivas y los efectos indemnizatorios correspondientes regulados en la legislación laboral de alta dirección, pues por la declaración de concurso no pierde vigencia el artículo 10.3 RDAD, a cuyo tenor el alto directivo podrá extinguir, fundándose en alguna de aquellas justas causas concretas que la propia norma enumera, su contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas y, en su defecto, fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario. En estos supuestos la situación de previa suspensión del contrato, prevista en la Ley Concursal para la procedencia del acto resolutorio (art. 65.2 LC), no resulta exigible.

En la Ley Concursal, dado el supuesto de hecho (suspensión del contrato), se faculta al alto directivo para que extinga el contrato y resuelva la relación laboral, porque su situación contractual ha sido gravemente alterada por una determinada actuación de la administración concursal (con la participación, en su caso, del empresario-deudor común), que si bien está autorizada por la misma Ley Concursal, le ha perjudicado sustancialmente (la «sustancialidad» o trascendencia del perjuicio, en términos de Derecho común se presume *iuris et de iure* en la Ley Concursal <sup>92</sup>).

La Ley asigna a los administradores concursales la especial facultad suspensiva de la vigencia del contrato de alta dirección, que ordinariamente conlleva altas remuneraciones y el ejercicio efectivo de la dirección de la actividad de empresa o al menos una relevante influencia en la misma, por la situación de insolvencia (actual o inminente) del empresario y la crisis económica de la empresa.

<sup>91</sup> Vid. mi trabajo, *opus cit.* (art. 65) págs. 1.291 y 1.292.

<sup>92</sup> Salvándose así un cierto prejuicio ideológico que en buena medida subyace en la nueva legislación concursal respecto de la alta dirección empresarial y que esta vinculado a la cuestión de la «gobernanza corporativa».

No es el único supuesto de la Ley Concursal en el que se perjudica a terceros para proteger a los acreedores concursales, *vid.* PAU, A., «Las limitaciones patrimoniales del concursado», Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pág. 97.

A la atribución por la legislación concursal de tan extraordinaria facultad a la administración concursal ha de atribuírsele alguna justificación (finalidad de la norma), que razonablemente podrá ser:

- a) De carácter técnico o profesional. Parece que la falta de confianza en la capacidad profesional del alto directivo para llevar a cabo una eficaz gestión empresarial en la peculiar situación de «insolvencia» en que se encuentra la empresa, apreciada discrecionalmente por la administración concursal con la amplitud propia de la relación laboral de alta dirección, podría justificar la suspensión de la vigencia del contrato, a modo de medida cautelar.
- b) De índole económica. La suspensión del contrato de alta dirección generalmente supondrá el ahorro de un coste fijo (salario, en metálico y en especie, y cargas sociales anejas) muy elevado, que puede constituir una carga excesivamente onerosa para la «gestión» de la crisis empresarial.

No obstante las posibles justificaciones o fines que pueden considerarse subyacentes en la norma concursal, lo cierto es que como consecuencia de la suspensión en su caso llevada a efecto por la administración concursal, el alto cargo se ve privado unilateralmente de su salario, medio esencial para atender a las necesidades vitales, propias y de su familia, lo cual, y sin tomar en consideración otras consecuencias indirectas como pueden ser la pérdida de oportunidades de empleo, la atribución de «mala fama» como gestor, etc., constituye un grave perjuicio, en todo caso, para el alto directivo, por más que el equilibrio contractual, aparentemente y *grosso modo*, se mantenga con la extinción temporal de las obligaciones principales dimanantes del contrato (prestación del trabajo y pago del salario). Por ello, la Ley faculta al personal de alta dirección para resolver el contrato con derecho a indemnización.

Ha de repararse en que, si bien la previa suspensión del contrato del personal de alta dirección genera el derecho del alto directivo a resolver el contrato con derecho a las indemnizaciones pactadas, que pueden y suelen ser cuantiosas, el ejercicio por el Juez del concurso de las facultades moderadoras y, en su caso, de aplazamiento, que al respecto la Ley le atribuye, permiten ajustar a límites tolerables para la situación de «insolvencia» de la empresa (mejor que del empresario) el coste asociado a aquella actuación (suspensión previa del contrato) de la administración concursal.

Se ha de cuestionar<sup>93</sup> en este punto si acaso el alto directivo ha de instar judicialmente la resolución de su contrato ya suspendido por la administración concursal para que éste se extinga mediante la oportuna resolución jurisdiccional (sentencia).

<sup>93</sup> MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), págs. 379 a 381. DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa) pág. 292 indica que «el trabajador de alta dirección puede ejercer su derecho a dimitir en cualquier momento, en tanto subsista la relación contractual de trabajo, sin que sea necesaria la intervención del juez». Para MARTÍNEZ MORENO, C., «La relación de trabajo especial de alta dirección», CES, Madrid 1997, pág. 337, «la respuesta afirmativa al ejercicio directo de esta facultad por el alto directivo, aparte de en la aludida literalidad del precepto (...), podría encontrarse, una vez más, en el (...) señalado paralelismo de este supuesto con el desistimiento empresarial, así como en la mayor equiparación de las posiciones de los sujetos en esta relación especial que se pone de relieve en la misma fuerza del contrato individual, esto es, en la autonomía de la voluntad de las partes». En sentido diferente señala IGLESIAS CABERO, M., *opus cit.* (La relación laboral especial del personal de alta dirección), pág. 146, que «si se pretende resolver el contrato y percibir una indemnización, salvo en el caso de que la empresa acepte la propuesta y abone la cantidad legal o pactada, habrá de someterse a la censura judicial, promoviendo un procedimiento a tal efecto, porque puede suceder que la causa de incumplimiento empresarial no sea verdadera o resulte de insuficiente entidad para el fin propuesto, cuestiones todas ellas que deben ser decididas en la sentencia».

Según una no irreprochable jurisprudencia, el personal de alta dirección ha de instar judicialmente la extinción indemnizada <sup>94</sup>. Aquella doctrina legal propicia, a la postre, el mismo trato a una relación laboral ordinaria <sup>95</sup> o común <sup>96</sup> que a una relación laboral de personal de alta dirección, sin reparar en que la aplicación del primer criterio interpretativo que se impone en nuestro ordenamiento jurídico, el gramatical <sup>97</sup> (art. 3 CC), impide semejante dislate <sup>98</sup>.

En ese panorama doctrinal y jurisprudencial irrumpe el artículo 65 Ley Concursal, el cual establece que el contrato de trabajo del personal de alta dirección suspendido «podrá extinguirse por voluntad del alto directivo». Atendiendo a los criterios manejados en la teoría general del contrato y a la interpretación gramatical del artículo 65 Ley Concursal debe estimarse que también en este supuesto la declaración de voluntad del alto directivo es suficiente <sup>99</sup> para producir la extinción del contrato <sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Las SSTS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 1989 y 10 de marzo de 1990, excluyen la potestad resolutoria indemnizable sin la concurrencia de resolución jurisdiccional que la otorgue. En el mismo sentido la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2002.

<sup>95</sup> En una interpretación gramatical, literalista al extremo y que manifiesta un desmedido apego a la letra de la Ley, consideran al unísono la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que, cuando de una relación laboral ordinaria se trata, la indicación en la norma legal (art. 50 ET), «para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato», supone la necesidad de acudir al Juez para que sea éste quien produzca, mediante la sentencia oportuna, aquella extinción.

<sup>96</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores», Aranzadi, Pamplona 2001, págs. 46 a 52; la situación jurisprudencial se recoge en la STSJ de Navarra de 21 de julio de 2003, en los siguientes términos: «Esta acción (refiriéndose a la de "extinción del contrato de trabajo") concedida al trabajador, de antigua tradición en nuestro ordenamiento jurídico laboral –artículo 22 del Real Decreto de 23 de agosto de 1926; 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, 21.1 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales y artículo 50 del vigente Estatuto de los Trabajadores– tiende a evitar que un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador sitúe a aquél en una posición forzada de dimisión, sin recibir la indemnización correspondiente al despido». Puede aplicarse, *pari passu*, la doctrina contenida en la STS, Sala de lo Social, de 3 de abril de 1997, según la cual:

«El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores constituye transcripción en el derecho laboral del artículo 1.124 del Código Civil, precepto que establece que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso en que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe»; resolución que comporta «el resarcimiento de daños y el abono de intereses», vocablos que, según constante jurisprudencia de la Sala Primera equivalen o son sinónimos a la indemnización de daños y perjuicios, a que se refiere el artículo 1.108 del Código Civil. A su vez, según el artículo 1.101 del Código Civil «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas (...) la resolución del vínculo contractual por este motivo es una solución extrema que ha de estar proporcionada a la gravedad del incumplimiento empresarial (...), por lo que tan sólo procede en casos de grave y reiterados incumplimientos por su parte de las condiciones esenciales que regulan la relación laboral, de los que se infiera una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones contraídas con el trabajador. Únicamente en tales supuestos puede entenderse justificada la acción de extinción».

<sup>97</sup> En la norma laboral de alta dirección se utilizan las siguientes expresiones: a) El «contrato especial de trabajo se extinguirá por voluntad del alto directivo» (art. 10.1 RDAD) y, b) «El alto directivo podrá extinguir el contrato» (art. 10.3 RDAD).

<sup>98</sup> Bien entendido que el alto directivo «no puede plantear una extinción, abandonar la empresa (...), iniciar inmediatamente la prestación de servicios para otra y pretender una vez que se ha colocado en esta posición que se le abone la indemnización, sino que precisa de una declaración judicial de extinción con derecho a indemnización». SSTS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 1989 y 10 de marzo de 1990. «Siendo distinto el supuesto contemplado en el artículo 10.1 RDAD que se refiere a la extinción por voluntad de alto directivo mediando un preaviso de tres meses pero esta extinción unilateral no lleva aparejada indemnización ni legal ni pactada» (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2002).

<sup>99</sup> Pero, como precisa IGLESIAS CABERO, M., *opus cit.* (La relación laboral especial del personal de alta dirección), pág. 144, la dimisión del trabajador puede llevarse a efecto, «mientras el vínculo laboral esté vivo. A partir del día en que el empresario comunique formalmente al alto directivo su voluntad de dimitir del contrato o de proceder al despido, ya no cabe la posibilidad de acudir a esta(s) causa(s) (la dimisión, entre otras) de extinción del contrato».

<sup>100</sup> Vid. MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), pág. 358.

Apoya esta conclusión en que la intervención del Juez del concurso se considera en aquel precepto únicamente a los efectos de «moderar» la indemnización pertinente. Sólo la disconformidad de la administración concursal con la indemnización exigida obligará al personal, para poder percibirla, a interponer la correspondiente demanda de cantidad ante el Juez del concurso.

El carácter recepticio de la declaración de voluntad extintiva del alto directivo exige que durante el concurso el receptor de la misma deba ser la administración concursal. Bien que cuando no se opere la sustitución del empresario deudor común-declarado en concurso también a éste haya de notificarse aquella extinción.

### **3.3. Dimisión simple y cualificada, durante el concurso, del alto directivo con contrato no suspendido.**

La legislación concursal no contempla expresamente el supuesto del alto directivo que, sin haber sido suspendida previamente la vigencia de su contrato de trabajo por los administradores concursales, decida unilateralmente resolverlo.

No obstante, como ya se indicó, la regulación de un determinado supuesto en la legislación concursal no supone que los regulados en la legislación laboral específica de alta dirección pierdan vigencia por el hecho de encontrarse el empresario declarado en concurso.

Aquel régimen laboral de personal de alta dirección establece (art. 10.1 RDAD) que el contrato «se extinguirá por voluntad del alto directivo», sin necesidad de que concurra una justa causa pero debiendo mediar un preaviso mínimo de tres meses. Período que podrá ser de hasta seis meses, si así se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. Plazos de preaviso que no operan «en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario» (art. 10.1, *in fine*).

Si bien «el trabajador de alta dirección puede ejercer su derecho a dimitir en cualquier momento»<sup>101</sup>, sin necesidad de razón o causa que lo justifique, la mediación del preaviso evitaría mayores daños a la empresa y a la masa activa, con lo cual mediante ese plazo se atiende a los principales intereses del concurso, la continuación de la empresa y la satisfacción de los acreedores concursales. Además de la comúnmente atribuida a los plazos de preaviso de evitar la enojosa y siempre dificultosa prueba de los daños y perjuicios que una dimisión abrupta o inopinada pudieran causar<sup>102</sup>.

Ha de plantearse si acaso que la declaración del empresario en concurso lleva implícita la realidad o inminencia de violación de alguna obligación contractual que pudiera asimilarse a un «incumplimiento contractual grave» del mismo, que exonere al alto directivo, conforme a la legislación

<sup>101</sup> DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa) pág. 292.

<sup>102</sup> Sobre el tema DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa) págs. 294 y 295.



laboral específica de alta dirección, de cumplir los plazos de preaviso. Ni de la legislación concursal ni del ordenamiento laboral específico de alta dirección puede concluirse con precisión al respecto, pero parece que puede afirmarse lo siguiente:

- a) En tanto el concurso se encuentre en fase común o de convenio no podrá estimarse que la declaración de concurso tenga la consideración de «incumplimiento contractual grave» (actual o inminente). En esta fase se mantiene la actividad de empresa, por lo que aquella dimisión sin plazo de preaviso es susceptible de causar los graves daños antes referidos.
- b) Por el contrario, si el procedimiento concursal se encuentra en fase de liquidación parece procedente entender que existe por parte del empresario una situación asimilable al «incumplimiento contractual grave», que eximirá al alto directivo de cumplir los plazos de preaviso. Ciertamente también en esta fase ordena la Ley que se continúe normalmente la actividad de empresa y la dimisión del alto directivo sin atender aquel plazo de preaviso causará daños, pero el interés del alto directivo por atender a su propia supervivencia mediante el salario y la búsqueda de estabilidad en otro empleo parece que ha de prevalecer frente a los demás intereses que se concitan en el concurso.

Aquella asimilación tendrá ese limitado efecto de excluir la observancia del plazo de preaviso, sin llegar a constituir justa causa para la resolución del contrato. Otra interpretación vaciaría de contenido al artículo 65.2 Ley Concursal <sup>103</sup>.

En el régimen laboral de personal de alta dirección la comunicación de la dimisión del alto directivo sin respetar los plazos de preaviso «tiene eficacia extintiva con la única consecuencia de hacer surgir a cargo del alto directivo una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período no respetado» <sup>104</sup>, no siendo razonable plantearse el devengo de indemnizaciones a favor del alto directivo, no obstante los amplios márgenes de libertad contractual existentes en este régimen laboral especial.

En ese caso la legislación laboral especial de alta dirección (art. 10.2 RDAD) establece que el montante de la indemnización depende de que el incumplimiento sea total o parcial del deber de preaviso, haciéndola equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

<sup>103</sup> No obstante, es posible cuestionarse si tal situación «asimilada al incumplimiento contractual grave» del empresario queda suficientemente compensada con la eliminación de los plazos de preaviso y si acaso el alto directivo podrá ejercitar acciones indemnizatorias con fundamento en el 1.124 CC (Vid. OGAYAR AYLLÓN, T., «Efectos que produce la obligación bilateral- Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.502 del Código Civil», Aranzadi, Pamplona 1983) en relación con el artículo 3.3 RDAD, con apoyo y aplicando, *pari passu*, la doctrina jurisprudencial que «ha equiparado de manera constante la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores con la resolución por incumplimiento de los contratos generadores de obligaciones bilaterales regulada en el artículo 1.124 (...), exigiendo para la viabilidad de aquella los mismos requisitos sustanciales que ésta precisa» (STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 15-1-2004).

<sup>104</sup> DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa) pág. 293 precisa que «tiene eficacia extintiva aunque demorada hasta que expire el plazo de preaviso señalado. No obstante, en el momento de comunicar la decisión se puede poner fin a la vez al contrato de alta dirección, con lo que se incumplirá el requisito de preavisar, lo cual no limita la voluntad del trabajador; surgirá entonces el derecho del empresario a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración temporal del período no respetado».

Ha de precisarse que se trata de una indemnización y no de otros devengos, aun cuando el módulo para su cálculo sea el salario. El derecho a la misma, por estar el empresario-deudor común declarado en concurso, ha de reconocerse a favor de la masa activa y a los administradores concursales la legitimación para exigirla.

En la legislación laboral de alta dirección aquella indemnización está prefijada legalmente y está generalmente aceptado que no cabe alterarla mediante pacto, lo que no obsta a la posibilidad de su renuncia explícita o implícita (no exigibilidad) ni a transacciones ni a las consecuencias naturalmente asociadas a cualquier alteración (ampliación, acortamiento o desaparición) de aquellos plazos de preaviso <sup>105</sup>, pero debe cuestionarse si la legislación concursal influye en la misma y si el juez del concurso puede moderar la indemnización que pueda generarse a favor de la masa activa y a cargo del alto directivo por su inopinada dimisión, o incluso dejarla sin efecto.

La norma concursal simplemente manifiesta que «el Juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo» (art. 65 LC), expresión que, considerada aisladamente, abarca tanto la que «corresponda recibir» al alto directivo como la que le «corresponda pagar».

No obstante la dicción del resto de la norma concursal indicada permite concluir que únicamente se atribuye aquella facultad moderadora al Juez respecto de la indemnización que «corresponda recibir» al alto directivo, pues en cuanto tenga que pagarla constituirá un derecho de la masa, al que los administradores no pueden renunciar, so pena de incidir en responsabilidad, y que el juez no puede obviar dado el presupuesto del concurso (insolvencia) y la necesidad de procurar la «satisfacción de los acreedores», que es la «finalidad esencial del concurso», según la Ley <sup>106</sup>.

Además de esa dimisión sin «causa justa», el personal de alta dirección, durante la tramitación del concurso, podrá resolver el contrato de trabajo que le vincula con el empresario-deudor común-declarado en concurso, aun cuando éste no hubiera sido suspendido por la administración concursal, si concurre alguna de las causas enumeradas como «justas causas» en la legislación laboral específica de personal de alta dirección.

Analizando detenidamente aquellas «justas causas» se llega a la conclusión de que la existencia de un procedimiento concursal constituye una situación favorable a su concurrencia. Pero no podrá ni pactarse contractualmente que la declaración de concurso constituya un «grave incumplimiento del empresario», no obstante el «amplio margen al pacto entre las partes de esta relación, como elemento de configuración del contenido de la misma, profundizando más en materias como las relativas a las causas y efectos de la extinción del contrato» <sup>107</sup>.

Efectivamente, el personal de alta dirección, en una situación de crisis económica de la empresa es muy probable que se vea afectado por «modificaciones sustanciales en las condiciones de tra-

<sup>105</sup> Me remito a mi trabajo, «El contrato de trabajo y el régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 108, marzo 1992, pág. 116.

<sup>106</sup> Exposición de Motivos, apartado II, párrafo cuarto.

<sup>107</sup> STS, Sala de lo Social, de 30 de enero de 1991.

bajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave trasgresión de la buena fe, por parte del empresario». Con más probabilidad incluso que la concurrencia de la «justa causa» anterior es posible que como consecuencia de la insolvencia del empresario el alto directivo sufra «la falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado».

Incluso ha de considerarse que el alineamiento de la Ley Concursal con la «cultura del salvamento o recuperación de las empresas en crisis» (*rescue culture*), determina que en la misma se ordene que si fuera precisa la venta de activos para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones, se enajene la empresa «como un todo», de tal manera que pueda continuarse la actividad de empresa, produciéndose el fenómeno jurídico laboral conocido como «sucesión de empresa»<sup>108</sup>.

Si la enajenación se previene en el convenio, la venta se producirá fuera del procedimiento concursal en sentido estricto, pero si acontece en fase de liquidación, aquella compraventa se llevará a efecto dentro de procedimiento concursal y entonces con toda probabilidad el alto directivo podrá aducir como justa causa de dimisión «la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal», bastando que «la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios».

En fin, la declaración en concurso del empresario-deudor común es situación propicia a «cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del empresario» (*pari passu*, «administración concursal»). Teniendo en cuenta que la buena fe contractual y la recíproca confianza constituyen elementos definitorios e identificadores de la relación laboral de alta dirección, aquellos incumplimientos contractuales parecen posibles.

Aquellas justas causas de dimisión no sólo autorizan al alto cargo a dimitir sin consecuencias desfavorables para el mismo, y sin necesidad de observar plazo de preaviso, sino que además se generará a su favor el derecho a una indemnización, salvo la concurrencia de «fuerza mayor», en cuyo caso «no procederá el abono de las indemnizaciones», bien entendido que el concurso no se puede incluir entre los supuestos típicos de fuerza mayor, pues la propia Ley Concursal ordena que el concurso no interrumpa la actividad de empresa, y para cuando no pueda materialmente (en términos de ciencia económica) continuarse aquella explotación, la misma legislación concursal establece (art. 64 LC) un régimen específico de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, lo que excluye la operatividad de la propia declaración de concurso como «fuerza mayor» eliminadora del derecho a una indemnización a favor del personal de alta dirección.

Cuando el alto directivo invocando su legislación laboral específica (art. 10.3 RDAD) resuelva el contrato de alta dirección tendrá derecho a «las indemnizaciones pactadas» (art. 11.1 RDAD), que podrán ser objeto de moderación y de aplazamiento dados los términos del artículo 65.3 y 4 Ley Concursal, con el alcance que en el mismo se establece, bien entendido que con alguna precisión adicional.

<sup>108</sup> Vid. SSTSJ de de Canarias de 19 de octubre de 1995, y de Aragón, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2002.

Efectivamente, el mencionado precepto se limita a establecer que, «en caso de extinción del contrato de trabajo, el Juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo», sin que establezca una relación de supuestos de extinción, los limite a los producidos por o a instancia de una determinada parte. Una interpretación diferente resultaría correctora de la norma y contraria a una elemental hermenéutica jurídica.

En el ejercicio de esa facultad, que le atribuye la Ley, el Juez del concurso, podrá moderar la indemnización correspondiente hasta un determinado límite, que la Ley Concursal sitúa en cuantía superior a la que la legislación especial establece para el caso de falta de pacto.

Se plantea consecuentemente un conflicto entre la norma concursal y la norma laboral de alta dirección, cuando la indemnización pactada a moderar sea de una cuantía tal que se encuentre entre el límite mínimo establecido en la Ley Concursal y el importe (inferior) indicado en la legislación laboral de alta dirección, para cuya resolución nos remitimos al correspondiente apartado de este trabajo.

### **3.4. La necesidad de proceder al cese del personal de alta dirección para la pervivencia de la empresa. Aspectos generales de la extinción del contrato de alta dirección por la administración concursal.**

La Ley Concursal establece que «durante la tramitación del concurso la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir (...) los contratos de éste con el personal de alta dirección» (art. 65.1 LC). Extinción individual del contrato que es alternativa a la posibilidad de que la administración concursal incluya al alto directivo en el expediente de extinción de las relaciones laborales <sup>109</sup> que se tramite durante el concurso (art. 64 LC).

Desde la perspectiva de la «cultura del salvamento o recuperación de las empresas» que informa la legislación concursal, el «expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales» es más trascendente que la resolución individual del contrato de trabajo del alto directivo. Si bien se observa, en el artículo 64 Ley Concursal se advierte una constante preocupación por lograr mediante el mismo «la viabilidad de la empresa».

No obstante resulta que la inclusión del director general de la empresa (ordinariamente único personal de alta dirección existente en la misma) en un expediente de regulación de empleo es absolutamente inusual, entre otras razones porque el mandato legal de que la empresa continúe en funcionamiento durante la tramitación del concurso determina, casi inexorablemente, a que se mantenga vigente su relación laboral.

La circunstancia indicada en el apartado anterior propicia que la extinción individual del contrato del personal de alta dirección constituya el sistema normal y habitual de resolución de aquella relación laboral, de ahí que la Ley Concursal le dedique un precepto concreto. Por ello merece la mayor atención, sin perjuicio de efectuarse concretas referencias al supuesto del despido colectivo.

<sup>109</sup> Vid. STS, Sala de lo Social, de 16 de junio de 1999.

La posibilidad de que la administración concursal pueda unilateralmente extinguir el contrato de trabajo del personal de alta dirección y, consiguientemente, la relación laboral que del mismo se deriva constituye una anomalía en el esquema general de libertad contractual y eficacia vinculante de los contratos, pues los administradores concursales ni son parte en el contrato ni están investidos de *ius dicere*. Esta regulación concursal agudiza la tradicional separación de la relación laboral respecto de las relaciones jurídicas contractuales comunes en cuanto a la vigencia de los principios relativos a la irrevocabilidad del contrato (art. 1.258 CC) y a que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 CC)<sup>110</sup>, y añade una radical alteración del criterio general sobre la relatividad de los efectos del contrato (art. 1.091 CC).

Sólo la atención a un preferente «interés del concurso» puede justificar tal «descabamiento» de los principios jurídicos generales del derecho contractual. Efectivamente, la legislación concursal establece en aquella norma una serie de posibles medidas a adoptar por los administradores concursales en relación con el personal de alta dirección cuya justificación radica tanto en que, habiendo sido aquellos quienes han estado al frente de la organización empresarial siendo, ordinariamente, responsables de su diseño y funcionamiento, puede que no se les considere por la administración concursal profesionalmente competentes para la «gestión de la insolvencia», como en que la continuación en el pago a los mismos de los salarios y otros beneficios sociales, ordinariamente cuantiosos, pueden resultar especialmente onerosos para la conservación de la masa activa y la recuperación de la empresa.

Esa atención al «interés del concurso» se manifiesta también cuando se repara en que las habitualmente importantes indemnizaciones que la extinción del contrato del personal de alta dirección suelen conllevar pueden ser moderadas y aplazadas por el Juez del concurso. En esta posible moderación y aplazamiento de las indemnizaciones debidas ha de verse también el interés del propio procedimiento concursal, pues el importe de las pertinentes indemnizaciones suele ser tan elevado que, de satisfacerse, razonablemente devendrán en un obstáculo para el desenvolvimiento del procedimiento concursal perjudicando a los demás acreedores.

La legitimación de la administración concursal para procurar la extinción de los contratos de alta dirección, genéricamente enunciada en la norma concursal, supone el desplazamiento de una facultad ordinariamente asociada al poder de dirección empresarial, en los siguientes términos:

- Cuando los administradores «sustituyan» al deudor común declarado en concurso, la facultad de extinguir el contrato de trabajo de alta dirección puede considerarse incluida entre las de administración extraordinaria u ordinaria o como parte del «poder de dirección», en que la administración concursal «sustituye» al empresario-empleador (art. 44.3 LC),
- En los supuestos de intervención en el ejercicio por el deudor común declarado en concurso de las facultades de administración y disposición, la administración concursal será la única legitimada para procurar la extinción del contrato de trabajo de personal de alta dirección, sin embargo, ha de actuar de acuerdo («a instancia», dice la Ley) con el concursado.

<sup>110</sup> Sobre la separación del Derecho laboral del Derecho civil o común *vid.* LARENZ, K., *op. cit.* (Derecho Civil-Parte General), pág. 65 ss.

Aun cuando el deudor común-declarado en concurso retenga el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa en que se integra la empresa para la que el alto directivo presta sus servicios, no podrá despedirlo (en ninguna de sus modalidades) al habersele sustraído por la Ley Concursal semejante facultad. Únicamente podrá instar de la administración concursal que proceda a aquella extinción. Incluso respecto de los despidos colectivos se residencia también en los administradores concursales la posibilidad de instarlos, bien que sin despojar al deudor común declarado en concurso de la misma iniciativa.

En la referencia de la Ley Concursal a la extinción del contrato laboral de alta dirección, no puede verse la intención de construir un nuevo régimen extintivo laboral, sino simplemente de modular hasta cierto punto el régimen jurídico diseñado en la legislación laboral específica de alta dirección. En consideración al mismo ha de considerarse incluido en la norma concursal (art. 65 LC) únicamente el despido en sus modalidades de desistimiento empresarial, despido disciplinario y despido por causas objetivas. A esas modalidades extintivas, como ya se indicó, habrá de añadirse el supuesto de inclusión del alto directivo en un expediente de regulación de empleo de extinción de las relaciones laborales o despido colectivo, ex artículo 64 Ley Concursal.

También ha de afirmarse, con la necesaria cautela, que «la extinción del contrato de trabajo de alta dirección no se agota en (...las) posibilidades reguladas *ad hoc*, pues se permite recurrir a otras comunes al resto de los trabajadores»<sup>111</sup>, además de aquellos supuestos previstos contractualmente<sup>112</sup>, por lo que habrá de afirmarse la posibilidad de que los administradores concursales acudan a otras formas extintivas, pues ni la legislación laboral de alta dirección ni la legislación concursal consumen las posibilidades de extinción de aquella relación laboral durante el procedimiento concursal.

No obstante la afirmación de que la relación especial de alta dirección «podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el ET» (art. 12 RDAD) ha de acogerse *cum granum salis*. Ha de repararse en que los supuestos extintivos que según la legislación laboral de alta dirección pueden generar indemnización de daños y perjuicios a favor del alto directivo son los referidos como supuestos de dimisión o despido, salvo algún que otro supuesto anómalo<sup>113</sup> respecto de los que, para los que baste con esta referencia<sup>114</sup>, al no generar mayor problemática patrimonial, procediendo efectuar una remisión general al régimen laboral especial del personal de alta dirección.

<sup>111</sup> DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* ( Los trabajadores directivos de la empresa), pág. 351.

<sup>112</sup> *Vid.* SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de mayo de 2003, de las Isla Baleares, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2003.

<sup>113</sup> Por ejemplo el de extinción del contrato por mutuo acuerdo con derecho a indemnización para el personal de alta dirección.

<sup>114</sup> Siguiendo a DEL VAL TENA, A.L., *opus cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa, pág. 289, procede distinguir entre:

- a) Extinciones por acontecimientos externos a la voluntad de las partes:
  - Fallecimiento, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta y jubilación del trabajador.
  - Fallecimiento, jubilación, incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica.
- b) Extinciones por la voluntad concurrente de las partes:
  - Acuerdo mutuo.
  - Término final y
  - Condición resolutoria.

Ha de cuestionarse la posible inclusión entre los supuestos implícitamente considerados en el artículo 65 Ley Concursal del despido nulo, habida cuenta de que en el mismo siempre procede la readmisión <sup>115</sup>, no pudiendo reducirse, sin más, al despido regulado en la legislación especial de alta dirección con las consecuencias asociadas al mismo <sup>116</sup> y además es susceptible de generar consecuencias indemnizatorias <sup>117</sup> cuyo ajuste al régimen establecido en la legislación concursal es más que cuestionable. Son dos las cuestiones que principalmente se suscitan en relación con el despido calificable como nulo:

- c) Extinciones por voluntad unilateral de empresario:
  - Fundada en un incumplimiento del alto directivo.
  - Simple desistimiento empresarial.
  - Despido individual.
  - Despido por causas objetivas.
- d) Extinciones por voluntad unilateral del trabajador alto directivo:
  - Dimisión con preaviso.
  - Resolución causal del trabajador previo incumplimiento del empresario.
- e) Extinción por inclusión del contrato de alta dirección en un despido colectivo.

<sup>115</sup> Según el artículo 55.6 ET (en redacción dada por Ley 45/2002, de 12 de diciembre, art. segundo dos). «el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir». Indica la STS de 3 de abril de 2000, lo siguiente (aplicable, *pari passu*, a los altos cargos): «La nulidad del cese de un trabajador o de un empleado con relación estatutaria con (...) lleva anudada la única consecuencia que, con carácter principal, contempla nuestro ordenamiento jurídico, cual es la de la readmisión inmediata del trabajador (...), consecuencia aplicable según reiteradísima jurisprudencia del TS a este tipo de ceses. En similares términos se pronuncia el artículo 113 de la LPL, al prevenir que si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador (...). Por su parte, el artículo 280.1 de la LPL establece también, en la misma línea, que la sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando (...) declare la nulidad del despido, supuesto en el cual sólo existe una previsión legal que permite extinguir el contrato de un trabajador despedido mediante despido nulo y el abono de determinadas indemnizaciones superiores a las ordinarias, por otra parte, cual es el previsto en el artículo 284 de la LPL, que establece, dentro de la ejecución de las sentencias firmes de despido, que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará que se abonen al trabajador las indemnizaciones (...). Ningún otro supuesto en nuestra legislación permite alterar la consecuencia o efecto sustancial de la declaración de nulidad de un cese, cual es el de la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, sin que pueda un órgano judicial prever resultados distintos en atención a circunstancias diversas que no constituyen las que el legislador ha considerado suficientemente relevantes como para sustituir la readmisión por una indemnización repárese que ello sólo se permite para la imposibilidad de readmitir. Lo contrario supone atribuir efectos no queridos por la Ley a determinados actos y ello no nos está permitido».

<sup>116</sup> Indica el artículo 11.2 RDAD lo siguiente: «El contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET; respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de 20 días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de 12 mensualidades».

<sup>117</sup> Bien en el supuesto de nulidad por violación de que derechos y libertades fundamentales, bien en los demás supuestos establecidos legalmente. El artículo 55.5. ET, según la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (art. séptimo, tres), establece lo siguiente:

«Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma...».



- a) ¿Puede la administración concursal, que no es parte en el contrato, ejecutar la obligación de readmitir <sup>118</sup>?
- b) ¿Puede ser objeto de moderación y aplazamiento la indemnización pactada en el contrato o establecida en la Ley, por violación de derechos fundamentales o libertades públicas del personal de alta dirección, por el Juez del concurso?

Sobre la ejecución de la obligación de readmitir <sup>119</sup> nos remitimos a lo que indicaremos más adelante, bien que en este caso con el añadido de que no se trata de una facultad del empresario (léase administración concursal) alternativa a la indemnización, sino que es obligado. Acerca del posible ejercicio por parte del Juez del concurso de las facultades moderadoras del importe de la indemnización pertinente y de aplazamiento de su pago que la Ley Concursal atribuye al Juez del concurso, ha de afirmarse su inoperatividad al prevalecer sobre la legislación concursal la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

### 3.5. Desistimiento y despido «concursales».

El desistimiento o despido no causal <sup>120</sup>, que está reconocido en la legislación laboral de alta dirección como singularidad <sup>121</sup> lo diferencia del régimen común o general laboral, adquiere una especificidad relevante en la legislación concursal.

En el «desistimiento concursal» la declaración de voluntad extintiva de los administradores concursales, que ha de ser inequívoca, tiene efectos distintos, de más «amplio espectro» pero de posibles menores consecuencias económicas, en comparación con el que se produce fuera del mismo. El «desistimiento concursal» tiene tanto un efecto resolutorio más amplio respecto de las relaciones jurídicas que pueden llegar a extinguirse, como más limitado en cuanto a las consecuencias económicas derivadas del mismo en cuanto pueden ser moderadas y aplazadas.

<sup>118</sup> Ha de repararse en que el artículo 11.3 RDAD establece lo siguiente: «Cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo 2 de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas (...)».

<sup>119</sup> Vid. SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 19 noviembre de 1991, 19 de enero de 1993, 17 de noviembre de 1995 y 31 de marzo de 2004.

<sup>120</sup> Negocio típico, unilateral de carácter patrimonial y recepticio, en cuanto que ha de comunicarse al alto directivo, mediante el que se extingue el contrato.

<sup>121</sup> Vid. MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), pág. 399. Precisa MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.* (La relación especial de alta dirección) que «la explicación de la existencia de este supuesto extintivo que hace quebrar algunos de los principios que caracterizan el tratamiento de esta materia en el ordenamiento laboral se encuentra en la confianza depositada en el alto directivo que conlleva a la vez el elevado grado de autonomía con el que aquél ejercita sus funciones y adopta y ejecuta sus decisiones». Indica la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2001 que «el hecho de que se prevea el desistimiento del empleador como causa específica de extinción de la relación laboral especial de alta dirección se debe a que esta clase de relación laboral se sustenta en la confianza del empresario en el alto directivo, habida cuenta de la autonomía del mismo y de la transcendencia de las funciones de éste en la empresa, y cuando esta confianza se pierde se arbitra un mecanismo específico; el desistimiento empresarial, que permite una extinción contractual sin causa que resulta menos onerosa para el empresario que el despido improcedente».

Efectivamente, si el alto directivo hubiera sido promocionado desde la condición de trabajador con una relación laboral común y aquélla estuviere en «suspense», el desistimiento de la relación laboral de alta dirección provoca, además de la extinción de la relación laboral de alta dirección, los mismos efectos extintivos en la relación laboral común u ordinaria «suspendida», por el contrario de lo que sucede en la legislación laboral de alta dirección en la que, como es sabido aquélla se reaviva <sup>122</sup> constituyendo la ruptura de aquélla, en su caso, un nuevo despido <sup>123</sup>.

Esta previsión extintiva de la dos relaciones (laboral de alta dirección vigente y laboral común u ordinaria suspendida) no se contiene en la Ley Concursal, pero la conclusión de que efectuado el desistimiento de la relación laboral de personal de alta dirección, por la administración concursal, no se reviva la relación ordinaria o común suspendida no es arbitraria ni rompe la economía del contrato, puesto que no excluye que haya también que indemnizarse la ruptura de esa otra relación suspendida <sup>124</sup>. Concluir en otro sentido:

- a) No sería obediente a la finalidad e interés del concurso y dañaría la economía del mismo.
- b) Restaría eficacia a las facultades moderadoras y de aplazamiento otorgadas al Juez del concurso respecto de las indemnizaciones debidas al personal de alta dirección por aquella ruptura contractual.

El desistimiento no requiere en la legislación laboral especial de alta dirección alegación de causa justificativa alguna por parte de la administración concursal, pero semejante circunstancia no impide que pueda invocarse algún acontecimiento que haya llevado a la pérdida de la confianza en el alto directivo sin transformar el desistimiento en un despido disciplinario <sup>125</sup>. Tampoco impide que se alegue la situación concursal como justificativa del desistimiento acordado.

<sup>122</sup> STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 1991, según la cual: «En la normativa sobre el trabajo de los altos cargos de las empresas establecida en el Real Decreto 1382/1985 se ha dado respuesta a los interrogantes que plantea la cuestión jurídica enunciada en los siguientes términos: «a) A falta de pacto en contrario, se entiende que la relación de trabajo común en los supuestos de «promoción interna» a trabajo de alta dirección permanece subyacente en situación de suspensión (art. 9.2), pudiendo reactivarse al extinguirse la relación laboral especial (art. 9.3); b) Es válido, no obstante, el pacto de «sustitución» o absorción de la relación laboral común por la relación especial de alta dirección (art. 9.2), que hace desaparecer del todo el vínculo generado por aquélla entre las partes y, c) La eficacia de tal pacto se hace depender, no obstante, de dos requisitos, que son la constancia expresa del mismo en el documento escrito del contrato de alta dirección (art. 9.2 en relación con el 9.1) y el transcurso de un período de espera mínimo de dos años «desde el correspondiente acuerdo novatorio» (art. 9.2)».

<sup>123</sup> Como precisa la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2003: «El actor inició su relación laboral en fecha 1 de diciembre de 1973 como Jefe de Personal y que fue promovido a puesto de Gerente desde el 7 de enero de 1987, de ello se infiere que en esta última fecha el actor pasó de ser trabajador de relación laboral común a ser trabajador de personal de alta dirección, y como quiera que no consta probado que se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, ha de entenderse que la relación laboral común quedó suspendida y, habiéndose declarado la improcedencia del despido, para el supuesto de que no se produzca la readmisión como trabajador de alta dirección prevista en el artículo 11.3, el actor tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen». *Vid.* también la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2004.

<sup>124</sup> STS, Sala Cuarta (de lo Social) de 27 de marzo de 1990.

<sup>125</sup> MOLERO MANGLANO, C., y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), págs. 396 y 397.

Es más, como en el régimen laboral especial el desistimiento no puede concebirse como un acontecimiento arbitrario, sino que ha de existir una pérdida de confianza, por mínima que sea <sup>126</sup> o una valoración objetiva sobre la oportunidad o conveniencia económica de mantener vigente la relación <sup>127</sup>, cuando en el concurso se procede al desistimiento por la administración concursal invocándose tal circunstancia, se está cumplimentando precisamente ese requisito de mínima racionalidad en los actos y negocios jurídicos. De ahí la oportunidad de adjetivar este desistimiento de «concurzal».

El desistimiento del contrato de personal de alta dirección por los administradores concursales además de constituir una declaración inequívoca, al tenor de la legislación de alta dirección (art. 11 RDAD), ha de cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ha de comunicarse por escrito al alto directivo, por más que su eficacia sea *ad probationem* no *ad solemnitatem* <sup>128</sup>.
- b) Mediando un preaviso mínimo.

Puede cuestionarse si el preaviso ha de ser de tres meses, que pueden llegar a seis, establecido en la legislación especial de personal de alta dirección o si podrá aplicarse por analogía al plazo de un mes establecido para la dimisión en el artículo 65 Ley Concursal. Dado que el único perjudicado por el acortamiento del plazo sería el alto directivo ha de aplicarse el plazo más amplio establecido en la legislación laboral. Su incumplimiento genera el derecho del alto directivo a una indemnización complementaria <sup>129</sup>, equivalente a los salarios dejados de percibir correspondientes al período de preaviso incumplido.

Como consecuencia de aquel desistimiento el alto directivo tendrá derecho generalmente a las indemnizaciones pactadas, pues «el desistimiento del empresario, que se contempla como causa extintiva en el artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985, debe entenderse comprendido en la cláusula que establece una indemnización para los supuestos en que el directivo es despedido o cesado improcedentemente» <sup>130</sup> y, en su defecto, a una indemnización de «siete días de salario en metálico» por año de servicio con un límite de seis mensualidades.

La Ley Concursal en su regulación del negocio unilateral de la administración concursal resolutorio del contrato, otorga determinadas facultades (moderadoras y de aplazamiento) al Juez del concurso respecto del pago de la pertinente «indemnización», (adscribiéndose la tesis que afirma la

<sup>126</sup> DEL VAL TENA, *op. cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa), pág. 321. MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), pág. 398.

<sup>127</sup> En ese sentido DEL VAL TENA, *op. cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa), págs. 329 y 330.

<sup>128</sup> DEL VAL TENA, *op. cit.* (Los trabajadores directivos de la empresa), págs. 319, 323 y 324.

<sup>129</sup> *Vid.* STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 5 de noviembre de 2001.

<sup>130</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 6 de junio de 1996, reiterando la doctrina de la propia Sala establecida en su sentencia de 27 de julio de 1990.

naturaleza indemnizatoria de la cantidad adeudada como consecuencia de la ruptura del contrato por desistimiento (al margen de las que se adeuden por salarios devengados <sup>131</sup>, que además se aviene bien con la facultades de moderación dejadas a criterios de equidad del juzgador).

Además del desistimiento, en el contenido de la regulación concursal (art. 65 LC) ha de considerarse incluido el despido disciplinario, categoría por excelencia de la resolución unilateral empresarial del contrato de trabajo, al que se refiere la legislación laboral general <sup>132</sup> y especial de alta dirección. Según el artículo 11.2 RDAD, «el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET».

Dados los términos del precepto parcialmente transcrito, no resulta aplicable a la relación laboral de alta dirección el contenido del artículo 54 ET <sup>133</sup>. Esto es, no son relevantes respecto del personal de alta dirección las causas enumeradas en aquel precepto estatutario, asumiendo trascendencia las establecidas contractualmente, lo cual plantea múltiples cuestiones.

Efectivamente son variados los interrogantes que surgen como consecuencia de aquella previsión legal. En el ámbito del procedimiento concursal la principal de ellas es la de si acaso puede pactarse que la declaración de concurso sea causa justa de despido disciplinario, bien porque se establezca en el contrato la presunción de que cualquier situación de insolvencia <sup>134</sup>, y la declaración de concurso consiguiente, del empresario (empresa) suponga un incumplimiento «grave y culpable» del deber de «gestión eficaz» que incumbe al alto directivo, bien porque se pacte que cuando le sea imputable aquella situación se constituirá en justa causa de despido si da lugar a la declaración en concurso del empresario-empresa (por la exigencia estructural del despido disciplinario habrá que «imputar» al alto directivo un determinado incumplimiento de deberes y obligaciones asumidas en sede de la relación laboral, criterio de imputabilidad).

Semejante acuerdo o pacto contractual no es posible. Los argumentos para rechazar la licitud de un pacto por el que la insolvencia, actual o inminente, y la declaración de concurso se constituyan en justas causas de despido disciplinario son tanto concursales como laborales:

<sup>131</sup> No obstante la confusa redacción del artículo 11.1 RDAD; en ese sentido MOLERO MANGLANO, C. y otros, *op. cit.* (El contrato de Alta Dirección), págs. 403 y 404.

<sup>132</sup> Artículo 49.1 k) ET, según el cual el contrato se extingue «por despido del trabajador»; artículo 54 ET, titulado «Despido disciplinario», a cuyo tenor «El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario», y artículo 55 ET, que establece que el empresario podrá resolver el contrato mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

<sup>133</sup> No obstante, se aplica corrientemente; así la STSJ de Castilla y León de 9 de febrero de 2004.

<sup>134</sup> Según la Exposición de Motivos II, apartado sexto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el «presupuesto objetivo» del concurso se identifica «con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario. Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la Ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados».

- a) Concursales. El artículo 61.3 Ley Concursal, relativo a la «vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», establece que «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes».
- b) Laborales. En puridad es insolvente «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (sin perjuicio de la calificable como inminente). Esto es, la insolvencia sólo vulgarmente puede referirse a la «empresa», y en esta acepción establecerla como causa de despido del alto directivo supone una conducta del mismo bien incompetente, bien fraudulenta y desleal causante de la misma que no se manifiesta explícitamente.

Limitándonos a las justas causas de despido disciplinario en la relación laboral de alta dirección que pueden aducirse por la administración concursal, es punto de referencia la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la disminución del rendimiento y a la trasgresión de la buena fe como causas justas de despido tipificadas en el artículo 54 ET.

La primera <sup>135</sup> de aquellas causas requiere una efectiva disminución del rendimiento, con cuantificación de su diferencia con la actividad normal exigible al alto directivo, continuidad en esa conducta y voluntariedad en la misma. Esta última circunstancia se considera existente siempre que no se aprecie causa objetiva ajena a la voluntad del alto directivo.

Dicho en otros términos «la voluntariedad se presume concurrente cuando no hay impedimento ajeno al trabajador (léase «alto directivo») que justifique, de alguna forma, la baja de rendimiento, comparado éste con el que obtienen otros (altos directivos) en empresas del mismo sector y división comparables» <sup>136</sup>.

Aquella disminución del rendimiento en un alto directivo será normalmente difícil de acreditar, dado que la mayoría de los empresarios son personas jurídicas, singularmente sociedades mercantiles, y en la dirección de la empresa intervienen generalmente otros sujetos titulares del organismo administrativo, con más poder relativo, y a cuyas instrucciones, generales o concretas, está sometido el alto directivo. Además de que:

<sup>135</sup> Precisa la STJ de Extremadura de 23 de septiembre de 2003 que «según doctrina ya antigua, para la existencia de la falta tipificada en el artículo 54.2 c) ET, que justifique la decisión extintiva del empresario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: «1. Efectiva disminución del rendimiento con cuantificación de su diferencia con la actividad normal exigible. 2. Continuidad en la conducta. 3. Voluntariedad, que se tiene existente cuando no se aprecia causa objetiva ajena a la voluntad del trabajador (la voluntariedad se presume concurrente cuando no hay impedimento ajeno al trabajador que justifique, de alguna forma, la baja de rendimiento, comparado éste con el que obtienen sus compañeros, SS del extinguido TCT de 16 de marzo de 1982, 20 de enero de 1983 y 7 de enero de 1987)». Se entiende que el pacto sobre el rendimiento y su determinación es válido, siempre que no resulte abusivo (SSTS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 1983, 17 de julio de 1984, 15 de enero de 1986, 16 de febrero de 1987, 25 de enero de 1988 y 23 de febrero de 1990). Una nutrida jurisprudencia menor admite topes y pactos de rendimiento que, de no alcanzarse, justifican el mecanismo sancionador por parte empresarial (STSJ, Sala de lo Social, de Cataluña de 24 de mayo de 1991, 18 de enero de 1996, 1 de julio de 1998, 18 de enero de 2000, 21 de junio de 2001, 8 de enero y 13 de noviembre de 2002 y de la Comunidad Valenciana de 5 de julio de 2001, etc.).

<sup>136</sup> La doctrina jurisprudencia, que se refiere a trabajadores ordinarios, aludiendo a «sus compañeros».

- a) En una época como la actual, de globalización o mundialización, acontecimientos absolutamente fuera de control de cualquier alto directivo influyen sobre la marcha de la empresa y pueden llegar a determinar, inexorablemente, su insolvencia.
- b) En los ámbitos nacionales reducidos, como el nuestro, los «mercados estrechos» son abundantes, no siendo posible plantear resultados comparativos de la gestión realizada por los altos directivos de las empresas (o empresa) que actúan en el mismo con posiciones relevantes.

En la segunda de aquellas causas justas de despido disciplinario puede encontrarse algún apoyo más explícito para resolver contratos de personal de alta dirección, tanto sin conexión con el concurso como en cuanto se considere, y pueda acreditarse, que la insolvencia de la empresa (empresario) ha sido debida a «fraude, deslealtad o abuso de confianza» del alto directivo. Causas precisas que podrán estar además pactadas expresamente en el contrato de alta dirección, sin necesidad de que sea causante de la insolvencia y declaración de concurso.

Efectivamente, en una relación basada especialmente en la mutua confianza «cualquier incumplimiento grave y culpable que quebrante la confianza mutua y la regla de la buena fe que debe presidir sus actuaciones»<sup>137</sup>, es justa causa de despido y en el mismo puede fundamentar la administración concursal el del alto directivo durante la tramitación del concurso.

Por ello es preciso efectuar una breve alusión a esa causa de despido. Cualquier referencia a la misma ha de comenzar por la reiterada declaración jurisprudencial acerca de que la buena fe constituye uno de los principios y criterios ordenadores del Derecho<sup>138</sup> y vía de penetración en los ordenamientos jurídicos de una serie de valores ético-sociales.

La buena fe tiene un transcendencia jurídica precisa<sup>139</sup> desarrollando una función de adecuación y flexibilización del ordenamiento jurídico (*iuris civilis iuvandi, supplendi vel corrigendi gratia*),

<sup>137</sup> STSJ, de Baleares, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2000.

<sup>138</sup> Basta con una remisión a la Exposición de Motivos de la norma modificadora del Título Preliminar del Código Civil (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), que atribuye a la buena fe la condición de «postulado básico» del ordenamiento jurídico.

<sup>139</sup> Recogiendo la doctrina legal existente indica la STS de Navarra, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2003, lo siguiente: «A) La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (Sentencia de 26 enero de 1987 con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo de 1986); B) La buena fe, como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así, el Título Preliminar del Código Civil precisa que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe» (art. 7.1), pone coto al fraude de Ley (art. 6.4) y niega amparo al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2). También el ET la ha incluido en sus preceptos; somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (art. 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo sustancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad [art. 50.1 a)] y al empleador cuando la conducta de aquél comporte transgresión de la buena fe contractual (Sentencia de 25 de febrero de 1984, con cita de la de 10 de mayo de 1983); C) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (SSTS de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1984). También consiste en usar con exceso el

entroncando con la equidad <sup>140</sup>. El principio de buena fe es consustancial con el contrato de trabajo <sup>141</sup>, imponiéndose en la ejecución del contrato a todas las partes. Se trata de una actitud recíproca, si bien la normativa social especial de alta dirección enfatiza la obligación de su observancia para el alto directivo.

La trasgresión de la buena fe contractual se constituye en la principal y más alegada justa causa de despido disciplinario, tanto en la relación laboral común u ordinaria como de alta dirección <sup>142</sup>. Por tal se ha de entender «la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes» (STS, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 1991), «deberes de conducta que imponen un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que se traducen en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza» (STS, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 1991).

La referencia a la buena fe (en cuanto que transgredida) no se diferencia en el alto directivo respecto del trabajador común. Como precisa la jurisprudencia menor, «en definitiva se exige una conducta grave y culpable» (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 2002) para que la administración concursal pueda proceder al despido disciplinario del alto directivo.

Además, junto a la «trasgresión de la buena fe» se alude, en tal «justa causa» de despido disciplinario legalmente tipificada, al «abuso de confianza», entendiéndose por tal «una modalidad de la trasgresión de la buena fe contractual, consistente en un mal uso o en un uso desviado por parte del trabajador de las facultades que se le confiaron con lesión o riesgo para los intereses de la empresa» (SSTS, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 1987 y 26 de febrero de 1991).

Indica la jurisprudencia que «la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza constituyen una causa de despido compleja y de amplios contornos, que pretende sancionar, en síntesis, lo que podemos llamar el «quebranto de la confianza mutua» (STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 1988); que «es una causa genérica que permite sancionar muy diversos comportamien-

empleado de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales (STS de 25 de febrero de 1984 con cita de la de 30 de enero de 1981, entre otras). También declara la mencionada doctrina jurisprudencial que «en ese incumplimiento se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien lo ha empleado, como por negligencia o descuido imputable al mismo; se impone, pues, una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor, de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y la confianza depositada en quien lo ocupa» (SSTS de 26 de mayo y 9 de diciembre de 1986).

<sup>140</sup> Como pone de manifiesto la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 24 de abril de 1992, la buena fe supone un «entroncamiento de la ética con el Derecho o una irrupción de la ética social en el orden jurídico, estableciendo un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social vigente»; *Vid.* CASTAN TOBEÑAS, J., «La idea de la equidad en las letras españolas», RAJL, Madrid 1949; VALLART DE GOYTISOLO, J. B., «La interpretación según el título preliminar del Código Civil», RAJL, Madrid 1996, págs. 103 a 121.

<sup>141</sup> GIL Y GIL, J.L., «La buena fe en el contrato de trabajo» *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 163, octubre 1996, pp. 7 ss.

<sup>142</sup> Precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 2002 que «debe tenerse en cuenta también que en la regulación de la relación de alta dirección, trata del incumplimiento del directivo contratado y de las sanciones (...) de manera que en este caso si cabe se concretan más las referencias a las conductas que pueden ser consideradas como trasgresión de la buena fe contractual o al incumplimiento de los deberes del contrato ya que éstos están especificados en las cláusulas del contrato (...), la obligación de no divulgar información, métodos de trabajo, datos comerciales e industriales o realizar manifestaciones que puedan dañar la imagen de la sociedad».



tos (...), entre otros aquellos comportamientos que comportan un evidente desprestigio para la empresa, no siendo necesario en tales casos que la deslealtad o abuso de confianza tenga por exclusivo destinatario a la empresa, sino que puede afectar a terceros, tales como clientes y usuarios de la misma o a terceras personas relacionadas con aquélla» (STS, Sala de lo Social, de 8 de junio de 1988), «no siendo necesario que la conducta (...) ocasione daños reales o cuantiosos a la empresa, bastando con la pérdida de confianza por parte del empresario, no siendo tampoco preciso que exista dolo o voluntad consciente de producir daño» (STS, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 1991), apreciaciones de singular aplicabilidad cuando de personal de alta dirección se trata <sup>143</sup>.

En el despido disciplinario del alto directivo durante el procedimiento concursal se suscita la misma problemática que ya referida respecto del desistimiento, respecto del renacimiento de la relación laboral común suspendida para el caso en que el despedido hubiese sido promovido al cargo de alto directivo desde la condición de trabajador común u ordinario <sup>144</sup>, debiendo optarse por la solución allí indicada, distinta de la prevista para el supuesto en que la empresa no se halle integrada en una masa activa <sup>145</sup>.

<sup>143</sup> «La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traduciéndose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del CC) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza» (SSTS, Sala de lo Social, de 21 de enero y 22 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987). La esencia del incumplimiento «no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 1986 y 8 de febrero de 1991), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad» (STS, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 1989). De igual manera «no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el artículo 54.2 d) ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable» (SSTS, Sala de lo Social, de 7 de julio y 25 septiembre de 1986, 19 de enero de 1987, 30 de junio de 1988 y 4 de febrero y 30 de abril de 1991). «A los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la responsabilidad del personal directivo» (SSTS, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 1988 y 19 de diciembre de 1989).

<sup>144</sup> Como indica la STSJ, Sala de lo Social de Castilla y León, de 6 de julio de 2003, «promovido a puesto de Gerente desde (...) el actor pasó de ser trabajador de relación laboral común a ser trabajador de personal de alta dirección, y como quiera que no consta probado que se optase por la sustitución de la relación laboral común por la especial, ha de entenderse que la relación laboral común quedó suspendida, y habiéndose declarado la improcedencia del despido, para el supuesto de que no se produzca la readmisión como trabajador de alta dirección prevista en el artículo 11.3, el actor tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen». No puede olvidarse que conforme reiterada jurisprudencia (recogida en la SSTS, Sala de lo Social de 26 de abril de 2001), la relación de trabajo de alta dirección es una relación singular, dotada por ello de un régimen especial de extinción, cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión. El artículo 11 del Real Decreto aplicable distingue, dentro de la extinción del contrato por voluntad del empresario, entre el desistimiento del empresario y el despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET respecto a las indemnizaciones, distinguiendo el supuesto en el que se hubiese pactado su cuantía en el contrato.

<sup>145</sup> *Vid.* STS, Sala Cuarta (de lo Social) de 31 de enero de 1991. Señala la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de julio de 2002, que «en el despido de un alto cargo, aunque en principio la relación especial se extingue en la fecha del mismo, existe sin duda la posibilidad de que esa relación pueda renacer y tener de nuevo vigencia, pues, según el artículo 11.3 del Real Decreto 1382/1985, si dicho despido es declarado improcedente o nulo las partes pueden acordar la readmisión del despedido y, por ende, la pervivencia de la comentada relación especial; así pues, mientras exista esta posibilidad de renacimiento de esta relación laboral especial, no puede considerarse abierto el plazo para solicitar la restauración de la relación común, máxime cuando conforme al artículo 9.3 de dicho Real Decreto esta relación laboral común también queda extinguida si el despido de que se trata es declarado procedente».

Las consecuencias de la declaración del despido por la administración concursal del personal de alta dirección como «improcedente, deben ser las previstas en el artículo 11.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de dicha relación laboral, es decir, que no corresponde a la empresa el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización pactada, sino que ambas partes acordarán si se produce la readmisión o el abono de la indemnización, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de la indemnización»<sup>146</sup>.

Se plantea la cuestión de si la administración concursal esta legitimada para convenir la readmisión del alto directivo despedido improcedentemente. Sin duda los administradores concursales tienen legitimación suficiente para proceder al despido, porque la Ley les otorga esa facultad resolutoria, pero semejante atribución legal no deja de constituir una anomalía en sede de principios jurídicos, «lógica jurídica», y teoría general del contrato deducible de nuestro entero ordenamiento jurídico positivo, como ya se ha indicado. Aquella legitimación sólo puede reconocerse con fundamento en un positivismo jurídico extremado<sup>147</sup>, pero es perfectamente posible tacharla de irracional, contraria al sistema jurídico, y por tanto de «no jurídica» o «no una norma de Derecho» (cuestión diferente es que se imponga «por la fuerza bruta» del Estado).

Pero dejando aparte disquisiciones filosóficas, sin duda de la mayor trascendencia, y ubicados en la época que nos ha tocado vivir de positivismo jurídico extremado, por más que severamente matizado gracias al adobo moral del «constitucionalismo», resulta que los administradores concursales carecen de la atribución legal de la facultad de reinstauración o instauración de la relación jurídica del personal de alta dirección extinguida por el despido<sup>148</sup>, pues está generalmente y jurisprudencialmente aceptado que el acto del despido produce aquel efecto<sup>149</sup> con independencia de que

<sup>146</sup> STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 1999.

<sup>147</sup> Sobre el positivismo jurídico *vid.* ESCUDERO ALDAY, R., «Los calificativos del positivismo jurídico-El debate sobre la incorporación de la moral», Thomno-Civitas, Madrid 2004.

<sup>148</sup> Como precisa la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2002, «la decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido días antes no puede tener la eficacia de restablecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes. A ello debe añadirse que el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) ET, de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo. Pues bien, no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil, lo que fue contemplado por el TS en Sentencia de 17 de diciembre de 1990. Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil)».

<sup>149</sup> Según reiterada jurisprudencia menor, SSTSJ, Sala de lo Social, de Canarias, de 8 de abril de 2002, 8 de marzo de 1995; de Cataluña de 20 y 28 de febrero y 28 y 29 de mayo de 2001; de País Vasco, de 26 de septiembre de 2000; de Andalucía sede en Sevilla de 29 de enero de 2002; el ofrecimiento empresarial de readmisión después de que el trabajador hubiera accionado por el despido no restablece el contrato extinguido, se haga el ofrecimiento en el acto de conciliación (judicial o extrajudicial) o después de interpuesta la demanda. En el mismo sentido SSTS, Sala de lo Social, de 1 de julio de 1996 y 30 de septiembre de 1991.

ejercitadas las correspondientes acciones se declare aquél improcedente. A esa falta de legitimación de los administradores concursales se añade que el propio empresario-deudor común-declarado en concurso tampoco puede llevar a efecto la readmisión porque la Ley le ha despojado de la facultad de despedir y, consecuentemente, de readmitir o convenir la readmisión.

No obstante y sin dejar el modo de pensar propio del positivismo jurídico, resulta que puede concluirse en sentido favorable a la legitimación de la administración concursal para proceder a acordar con el alto directivo su readmisión. Efectivamente, si se toma en consideración que aquella facultad de readmitir, como el pago de la indemnización correspondiente, no es sino una consecuencia, efecto dependiente y asociado o acto de ejecución del despido (improcedente, o efectuado sin justa causa), bien que no esté atribuida a la discrecionalidad del empresario ni del trabajador-alto directivo, sino que tiene que ser acordada entre ambos, aplicando el brocardo de «quien puede lo más puede lo menos», resulta que si la administración concursal está legitimada para despedir también habrá de reconocérsele legitimación para poder convenir con el alto directivo su readmisión o el pago de la indemnización pertinente, tras el despido declarado improcedente.

Son peculiaridades también relevantes del despido del alto directivo las que hacen referencia a la cuantía de las indemnizaciones previstas legalmente (el cómputo de su base por el salario en metálico <sup>150</sup> y la inexistencia de salarios de tramitación <sup>151</sup>) y especialmente a la posibilidad de establecer cláusulas indemnizatorias <sup>152</sup>. Las facultades judiciales, que más adelante referiremos, de moderación y aplazamiento de aquellas indemnizaciones constituyen singularidades concursales, pero que no pueden dejar de destacarse.

Junto al despido disciplinario, vigente el concurso, es preciso efectuar una referencia tanto al despido por causas objetivas <sup>153</sup> como al despido colectivo <sup>154</sup> que incluya al alto directivo, dada la

<sup>150</sup> Vid. STS, Sala Cuarta (de lo Social) de 12 de noviembre de 1991

<sup>151</sup> Precisan las STS, Sala de lo Social, de 15 de marzo y 9 de octubre de 1989, 12 y 26 de febrero de 1990, 6 de marzo de 1991, 12 de marzo de 1993, 4 de enero de 1999 y 26 de abril de 2001 lo siguiente, «A) La ordenación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el RD 1382/1985, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil (art. 3 RD 1382/1985); B) La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al artículo 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable; C) La relación de trabajo de alta dirección es una relación singular, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización de salarios de tramitación».

<sup>152</sup> Cuya virtualidad es tal que se consideran subsistentes para los supuestos en que la relación se califique por el juzgador de común u ordinaria y no de alta dirección, como precisa la STS, Sala de lo Social de 25 de septiembre de 2003.

<sup>153</sup> Se establece en el artículo 52 c) ET la posibilidad de acudir a tal modo extintivo: «Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos».

<sup>154</sup> SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 2 de noviembre de 1983, 25 de marzo de 1991, 17 de abril de 1996 y 15 de junio de 1999.

posibilidad de la invocación por la administración concursal de causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción» para la extinción del contrato del alto directivo, procurando, en su caso, la iniciación de un expediente de regulación de empleo.

Al tenor del artículo 64 Ley Concursal y respecto de la resolución que deba adoptar el Juez del concurso sobre el expediente de extinción de las relaciones laborales, en el que se incluya al alto directivo, cuando exista acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, aquél resolverá «mediante auto sobre las medidas propuestas aceptando el acuerdo alcanzado» y, si no existe tal acuerdo, «determinará lo que proceda de acuerdo con la legislación laboral».

En el segundo de los supuestos referidos parece que deberá el Juez del concurso seguir el criterio jurisprudencialmente establecido respecto de las suspensiones de pagos y quiebra, estableciendo un paralelismo, a los solos efectos de poder estimar la concurrencia de causa resolutoria, entre aquellos procedimientos y las fases de convenio y liquidación de la nueva regulación concursal.

De tal manera que si el Juez entendiera que concurre causa resolutoria (quiebra = fase de liquidación) se plantea la cuestión de si la resolución del contrato de alta dirección (como la de todos los demás contratos incluidos en el expediente de regulación de empleo) se producirá por la administración concursal o como consecuencia de la resolución judicial <sup>155</sup>.

De la dicción de la norma legal (art. 64 LC) puede concluirse que, producido aquél durante la vigencia del procedimiento concursal, la extinción de los contratos de trabajo se produce por virtud de la resolución judicial (Auto), a diferencia de lo que sucede normalmente, en el que la resolución administrativa autoriza la resolución que se lleva a cabo por decisión del empresario.

Respecto de la operatividad de las indemnizaciones pactadas habrá de considerarse, conforme a reiterada jurisprudencia <sup>156</sup>, que si la cláusula indemnizatoria contempla como supuesto de hecho determinante del derecho a la indemnización únicamente la extinción que opera por la voluntad unilateral de la empresa, esta extinción colectiva o por causas objetivas ha de considerarse debida a una causa independiente de la voluntad de la administración concursal y del empresario (causa concursal), siendo evidente que la voluntad de la administración concursal empresarial no es la causa de la extinción, sino únicamente una declaración que constata o invoca la concurrencia de la causa, para que la extinción mediante el auto judicial despliegue los efectos que le son propios y, consecuentemente, no se devenga derecho a las indemnizaciones pactadas.

<sup>155</sup> Repárese en las diferencias de redacción entre el artículo 51.2 ET («El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario») y el artículo 64.2 Ley Concursal («La administración concursal... podrán solicitar del Juez del concurso la ...extinción ...colectiva de los contratos de trabajo en que sea el empleador el concursado»).

<sup>156</sup> SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 2 de noviembre de 1983, 25 de marzo de 1991, 17 de abril de 1996 y 15 de junio de 1999.

#### IV. MODERACIÓN Y APLAZAMIENTO DE LAS INDEMNIZACIONES POR EL JUEZ DEL CONCURSO

El artículo 65 Ley Concursal, en sus apartados 3 y 4 <sup>157</sup>, atribuye al Juez del concurso dos facultades excepcionales, una moderadora de las indemnizaciones que pudieran corresponder al alto directivo y otra de aplazamiento del pago de aquellas indemnizaciones. Efectivamente, establece la Ley:

- Que «el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo».
- Que «la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze».

Las indemnizaciones a las que se refiere aquel precepto concursal son únicamente las que se deban al alto directivo como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo de personal de alta dirección durante el concurso, sea por el propio alto directivo (dimisión con justa causa, o por una causa pactada con derecho a indemnización) sea por la administración concursal (desistimiento y despido).

No obstante, el precepto parece inspirado por la reciente problemática de la «gobernanza corporativa» (retribuciones e indemnizaciones millonarias y crisis de las empresas, con episodios bien conocidos), por ello parece razonable tratar de los pactos indemnizatorios y sólo puntualmente de los supuestos en los que indemnizaciones legales pueden verse afectadas por lo prevenido en la norma concursal. En ese entendimiento puede afirmarse que cuando sea pertinente el derecho al percibo de las correspondientes indemnizaciones ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) La indemnización será la pactada entre el alto directivo y el empresario, en el contrato o mediante acuerdo aparte.
- b) Es lícito el pacto contractual en el que se establezca una indemnización menor a la que correspondería de aplicarse las reglas establecidas al respecto en la legislación laboral especial de alta dirección.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, ha de afirmarse que alguna jurisprudencia menor <sup>158</sup> ha considerado válido el pacto mediante el cual se establecía que ni el desistimiento ni el despido «originarán indemnización alguna», argumentando para ello que «tal pacto tiene pleno valor jurídico en este tipo de relaciones especiales en que tiene absoluta preponderancia la voluntad de los interesados y en que carece de aplicabilidad la norma del artículo 3 del ET, que está destinada a proteger sectores laborales con menor preparación intelectual y reducido potencial económico que les

<sup>157</sup> Establece la Ley Concursal en su artículo 65, puntos 3 y 4, lo siguiente:

«3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que 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.

4. La administración concursal podrá solicitar del Juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación».

<sup>158</sup> Lo considera válido la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 1998. Lo estiman nulo las SSTS de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 3 de marzo de 1998 y 14 de marzo de 2003.

hace susceptibles de ciertas imposiciones empresariales». En tal supuesto es evidente que carecerán de aplicabilidad las facultades moderadoras y de aplazamiento antes indicadas que los apartados 3 y 4 del artículo 65 Ley Concursal otorgan al Juez del concurso.

En el supuesto en que no existiera pacto indemnizatorio o el mismo sea nulo <sup>159</sup>, se aplican las establecidas legalmente, cuyo contenido se establece en la legislación laboral especial de alta dirección, bastando con indicar que el módulo de cálculo, cuando se trate de las indemnizaciones previstas en aquella legislación especial será el «salario en metálico», lo que plantea numerosas dudas porque los altos directivos suelen tener retribuciones, en ocasiones cuantiosas, difícilmente reconducibles a la dicotómica clasificación de salarios en metálico y salarios en especie <sup>160</sup>. También debe precisarse que el tiempo de servicios prestados como trabajador ordinario no se toma en consideración para el cálculo de la indemnización como personal de alta dirección <sup>161</sup> y que, cuando coincida durante un tiempo la prestación de servicios como personal de alta dirección y como administrador social gerente o ejecutivo, este período de tiempo no puede computarse a los efectos del cálculo de las indemnizaciones legales <sup>162</sup>.

Aquellas facultades de moderación y aplazamiento constituyen auténticas facultades o potestades jurisdiccionales, que se atribuyen al Juez del concurso por una norma con rango de Ley, de ahí que no pueda dudarse de su legitimidad por más que supongan una alteración radical de principio general de Derecho de la autonomía privada <sup>163</sup>, de la regla que establece la eficacia vinculante del contrato (art. 1.091 CC) y el deber de su observancia por parte de los jueces y tribunales <sup>164</sup>, una derogación de la prohibición de reconocer judicialmente «plazos de gracia, cortesía u otros que, bajo cualquier denominación, difieran

<sup>159</sup> STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2003 y Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Granada.

<sup>160</sup> Es el caso de las *stock options* (opciones sobre acciones). Al respecto me remito a mis trabajos realizados conjuntamente con Antonio David TAPIA FRADE, «*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (Employees Stock Options Plans – ESOPs)», *RDBB* núm. 87, julio-septiembre 2002, págs. 43 a 138, también «Nueva doctrina legal sobre las «opciones sobre acciones (*stock options*). Su incidencia en el calculo de indemnizaciones», *RDBB* núm. 90, abril-junio 2003, págs. 211 ss., *vid.* además de la doctrina legal citada en estos trabajos, la jurisprudencia menor contenida en la SSTSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001, 2 de octubre de 2001, 27 de diciembre de 2002, 25 de marzo de 2003, 23 de diciembre de 2003 y 19 de octubre de 2004 y la STSJ de las Palmas de 18 de julio de 2003.

<sup>161</sup> SSTS, Sala Cuarta de lo Social, de 27 de diciembre de 2002 y 18 de febrero de 2003.

<sup>162</sup> «No puede considerarse prestado con carácter laboral: y consecuentemente debe quedar excluido del computo de años de servicios para determinar la indemnización que corresponde percibir» (STS, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2002).

<sup>163</sup> Precisa DE CASTRO, F., «El negocio jurídico» (reedición), Civitas, Madrid 1985, pág. 31 «el poder de la persona para poder dictar reglas (...) y para dárselas a sí mismo (contrato), es decir, la autonomía (*subject made law*) es la médula del negocio jurídico (...) la vieja idea de la autonomía pervive, es decir la de que el negocio jurídico es norma concreta establecida por las partes». Indican LACRUZ BERDEJO y otros, «Elementos de Derecho Civil», T. I. (Parte General), vol. Tercero (Derecho Subjetivo. Negocio jurídico), revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J., DYKINSON, Madrid 1999, págs. 132 y 133, «la virtualidad de la voluntad de los particulares opera como una de las pautas fundamentales que vertebran todo el sistema del ordenamiento privado, no sólo alcanza el significado de informar su organización y contenido sino que también se presenta como fuente última del Derecho (...) el principio de la autonomía de la voluntad se aplica, faltando Ley y costumbre, como verdadera norma jurídica, en virtud de la cual los particulares pueden llevar a cabo los contratos y negocios que convenga a sus intereses».

<sup>164</sup> Como precisa Díez-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Tecnos, T. I, Madrid 1979, pág. 260, «¿Qué es lo que acontece cuando un contrato ha sido celebrado? En rigor, lo que aquí hay es la instauración de la reglamentación de intereses contenida en el contrato y la elevación de dicha reglamentación a la categoría de precepto jurídico. Por ello, de manera inmediata el efecto del contrato consiste en la necesidad de que las partes ajusten su conducta ulterior a esa reglamentación. Las partes tienen que cumplir todo aquello que el contrato les impone (...). En otro sentido, el contrato comporta un deber de observancia por parte de los jueces y tribunales: los litigios que entre los particulares se susciten habrán de ser decididos con arreglo al contrato y las pretensiones que el contrato se funden habrán de ser acogidos».



del cumplimiento de obligaciones mercantiles»<sup>165</sup>, y una ampliación extraordinaria de las facultades atribuidas a los jueces en los pleitos civiles de fijar plazos de cumplimiento de las obligaciones<sup>166</sup>.

#### 4.1. Moderación de las indemnizaciones.

En relación con el ejercicio de la facultad moderadora la Ley Concursal contiene una «regla jurisdiccional desnuda»<sup>167</sup>. Esto es, concede al Juez del concurso la potestad de tomar una decisión respecto al importe de las indemnizaciones a satisfacer al personal de alta dirección como consecuencia de su cese, sin establecer un contenido sustantivo ni determinar cómo ni con arreglo a qué criterios ha de ejercitarse esa potestad. Se establece ciertamente un límite mínimo a la indemnización pero tal circunstancia no transforma aquella regla convirtiéndola en una norma sustantiva.

Esa potestad no se puede ejercitar arbitrariamente por el Juez del concurso, el cual deberá además motivar la decisión que adopte<sup>168</sup>. Aquel Juez habrá de resolver con criterios de equidad<sup>169</sup>, entendida como «igualdad y (...) prudencia y acomodación a las particularidades de cada caso»<sup>170</sup>.

El ejercicio de aquella potestad jurisdiccional conlleva consecuencias tan negativas para el personal de alta dirección que sólo se explican por la «justificación»<sup>171</sup> de la norma que se encuentran, tanto en una expansión desmesurada, en cuanto aplicada al trabajador-alto directivo, de las medidas correctoras de la problemática vinculada a la «gobernanza corporativa», en la fidelidad al principio de «recuperación o salvamento de las empresas» y en la procura de «la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso»<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> Artículo 61 CC.

<sup>166</sup> Artículo 1.128 CC.

<sup>167</sup> SCHAUER, F., «Las Reglas en juego», Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, págs. 229 ss.

<sup>168</sup> Constituye una exigencia específica, «sucinta» para las providencias (art. 208.1 LECiv.) y completa para autos y sentencias (arts. 208.2 y 218.2 LECiv.), pero que es extensible a todas las resoluciones judiciales, según reitera jurisprudencia constitucional. Baste con referir la STC 119/2003, de 16 de junio, que afirma: según «reiterada doctrina constitucional (...) la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales está directamente relacionada con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE; SSTC 24/1990, de 16 de febrero, FJ 4; 108/2001, de 23 de abril, FJ 2; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3). En este sentido (...) el deber de motivar las resoluciones judiciales no es sólo una obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales por el artículo 120.3 CE, sino también y principalmente un derecho de los intervinientes en el proceso, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, el cual únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y eventualmente los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos determinantes de la decisión. De modo que la exigencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una resolución judicial que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4).

<sup>169</sup> Artículo 3.2 CC.

<sup>170</sup> CASTAN TOBEÑAS, J., *op. cit.* (La idea de la equidad en las letras españolas), pág. 75; Como destaca SCHAUER, F., *op. cit.* (Las reglas en juego), págs. 97 y ss., principalmente, la generalización probabilística de las normas conlleva falta de adecuación a un determinado «atrincheramiento» y siendo imposible la utilización sistemática de un método particularista (indicativo) en la toma de decisiones, la utilización de la «equidad» funciona como sistema de adecuación de las sub y sobre inclusiones normativas.

<sup>171</sup> SCHAUER, F., *op. cit.* (Las Reglas en juego), págs. 84 y 85

<sup>172</sup> Exposición de Motivos Ley Concursal, apartado II párrafo tercero.



Como no parece aceptable que mediante aquella norma se «sancione» al alto directivo por su ineficacia en su actividad ejecutiva o gerencial de la empresa, ni se incremente, por razón del concurso, su responsabilidad (establecida en el artículo 1.903 CC y cuya explicación, meramente histórica, ya no es compatible con la evolución de la naturaleza jurídica, de civil a laboral, de la relación del alto cargo o «director») ni se establezca una singular especie de responsabilidad «concursal del alto cargo paralela a la del empresario-deudor común», parece que el ejercicio de aquella facultad moderadora por el Juez del concurso requerirá, como supuesto fáctico, que la cuantía de la indemnización debida al alto cargo mantenga tal relación con el de las masas activa y pasiva que su pago ponga en peligro la satisfacción de los créditos de los demás acreedores o la «recuperación de la empresa en crisis».

Al ejercicio de la facultad moderadora por el Juez del concurso se vincula en la norma la pérdida de eficacia de la indemnización pactada. Según la Ley el Juez podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo «quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato».

Tal previsión normativa únicamente produce confusión, pues parece que con ella se deja sin efectos o anula la cláusula indemnizatoria. Efectivamente, no es posible que quede sin efectos la cláusula (en cuanto que incorporada a contrato) o pacto indemnizatorio (acuerdo posterior a la conclusión del contrato) y, al propio tiempo, tenga efectos limitados. En puridad lógica nos encontramos ante una contradicción.

Como no es posible admitir la existencia de tal contradicción lógico-jurídica, cabe, pues, considerar que mediante aquella previsión legal se pretende dejar sin efecto únicamente el importe de la indemnización pactada, pero no la cláusula o pacto indemnizatorio.

En realidad se trata de una consecuencia naturalmente asociada al ejercicio de la facultad moderadora. Esto es, la indemnización establecida en el contrato queda sustituida por la que, en base a criterios de equidad, que no de oportunidad, fije el Juez.

El término mismo, «moderación», empleado supone una actividad judicial que «templa, ajusta o arregla una cosa evitando el exceso», utilizándose por la Ley en sentido estricto, dado que de seguido la misma norma alude al aplazamiento, por lo que éste no podrá ser visto como una de las posibilidades de provocar aquel ajuste, que queda reconducido así a una disminución o limitación del importe de la indemnización por parte del Juez.

Puede cuestionarse si la actuación de la facultad moderadora por el juez ha de ser instada por la administración concursal o si podrá actuar de oficio. Ciertamente no puede olvidarse que la decisión de extinguir el contrato corresponde bien al propio alto directivo bien a la administración concursal, por lo que si actuase el Juez del concurso de oficio puede cuestionarse si acaso no estaría asumiendo una posición que la Ley no parezca que le atribuya. Al tratarse de un facultad jurisdiccional, si bien su ejercicio no es inevitable, es necesario en el sentido de que deberá ejercitarse por el Juez del concurso en cuanto se dé el supuesto de hecho y la justificación sea operativa.

Apoya esta fundamentación teórica la circunstancia de que la Ley no requiera expresamente que la actuación moderadora judicial se lleve a efecto a instancia de la administración concursal. Cuando la Ley requiere que la intervención se lleve a efecto a instancia de la administración concursal lo establece expresamente, y eso es precisamente lo que hace, a renglón seguido al establecer la facultad de aplazamiento del pago de la indemnización.

En el ejercicio de aquella facultad moderadora el Juez no podrá reducir la indemnización más allá de la «establecida en la legislación laboral para el despido colectivo», según se establece en la propia norma concursal. Determinación legal sin duda confusa, por cuanto:

- En el supuesto de que se tramite durante el procedimiento un expediente de regulación de empleo de extinción contractual no se podrá inferir con mínima fiabilidad si operara como aquel límite la indemnización legal o si habrá de estarse al que, en su caso, se haya acordado en el indicado expediente.
- Si la indemnización pactada contractualmente por el alto directivo es inferior a la establecida en la Ley para el despido colectivo o inferior a la pactada legalmente, surge la cuestión de si acaso no es operativa la facultad moderadora o si habrá de elevarse la indemnización («moderar» no es sólo reducir) hasta ese límite mínimo que parece también indisponible por el Juez del concurso.

Además de aquella problemática, la referida a la limitación indemnizatoria, se plantean otras cuestiones de menos interés pero no por ello intrascendentes. Así, puede cuestionarse qué sucederá si el alto directivo dimite con justa causa, pues no parece claro porque no opera como límite mínimo la legalmente establecida en la legislación laboral específica para tal supuesto. Tampoco queda claro cuál debe ser el salario que ha de adoptarse como módulo de cálculo de la indemnización, el salario en metálico o también si ha de computarse el salario en especie, normalmente emolumento importante de la alta dirección.

#### 4.2. Aplazamiento del pago de las indemnizaciones.

Diferente tratamiento depara la legislación concursal a la facultad judicial de aplazamiento del pago de las indemnizaciones que establece. Ha de partirse de que la «justificación» de esta facultad difiere en parte de la relativa a la facultad moderadora que también se establece en la misma legislación concursal, pues con el aplazamiento del pago se pretenden evitar daños a la masa pasiva por la salida indebida de elementos patrimoniales de la masa activa, cuya recuperación puede resultar difícil o imposible, así como los gastos en que se incurriría para ello, además de las eventuales pérdidas de rendimientos para la masa activa.

Efectivamente, si el alto directivo fuera declarado cómplice <sup>173</sup> del deudor en la sentencia de calificación del concurso declarado culpable <sup>174</sup> perderá cualquier derecho indemnizatorio pudiendo verse obligado, en su caso, a indemnizar daños y perjuicios <sup>175</sup>. Por lo que si se le hubiere satis-

<sup>173</sup> Establece el artículo 166 Ley Concursal que «se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

<sup>174</sup> Sin hacer cuestión de que pueda ser considerado «administrador de hecho».

<sup>175</sup> Según el artículo 172 Ley Concursal, la sentencia de calificación que califique el concurso como culpable «contendrá los siguientes pronunciamientos: 1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición; 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por

fecho alguna indemnización los administradores concursales deberán ejercitar las acciones pertinentes para su reintegro, lo cual podrá resultar infructuoso con el consiguiente daño para la masa pasiva y sin que a ello obste la deducible responsabilidad de los administradores, si no hubieran efectuado la pertinente solicitud dilatoria del pago al Juez del concurso.

Consecuentemente, el aplazamiento afecta a todas las posibles indemnizaciones debidas al alto directivo por razón de la extinción de su contrato de alta dirección, sean legales o pactadas, y sin que obste a tal consideración una interpretación gramatical del precepto (art. 65.4 LC), según el cual el Juez puede, a instancia de la administración concursal, aplazar el pago de «este crédito», expresión sin duda referida al indicado en el apartado inmediatamente anterior del mismo artículo (apartado 3 del art. 65 LC), por lo que habrá de efectuarse en lo que es preciso una interpretación correctora.

El aplazamiento, por el contrario con lo que sucede con el ejercicio de la facultad moderadora, tiene una precisa regulación normativa en la Ley Concursal, que sucintamente indicada es la siguiente:

- a) Su ejercicio requiere la previa apertura de la sección sexta (que «comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos», art. 183.6.º), que operará como presupuesto del ejercicio de la facultad de aplazamiento.
- b) El Juez del concurso no puede actuar de oficio, sino que ha de hacerlo a instancia de la administración concursal», que «podrá solicitar del juez que el pago (...) se aplaze».
- c) Aquel aplazamiento abarcará «hasta que sea firme la sentencia de calificación».

Puede cuestionarse si el plazo puede ampliarse o reducirse. Esto es, si el aplazamiento necesariamente ha de serlo hasta la fecha en que sea firme la sentencia de calificación.

De la redacción del precepto se colige que el aplazamiento no podrá superar el plazo de aquella firmeza, pero que tampoco puede ser menor, salvo que se archiven las actuaciones (art. 170.1 LC), se inadmita la demanda incidental (art. 194 LC) o se dicte sentencia incidental favorable al alto directivo (art. 171 LC en relación con el art. 196 LC), pero en estos supuestos no se tratará ya del establecimiento de un plazo menor, sino que deviniendo su observancia imposible deberá considerarse cumplido.

Semejante inflexibilidad del plazo tiene consecuencias sobre el modo en que ha de fijarse el mismo, pues el Juez del concurso no podrá señalar una fecha determinada, sino que habrá de fijarlo por referencia al momento, desconocido a la fecha de la resolución judicial que ordene el aplazamiento, en que la sentencia de calificación adquiera firmeza.

---

la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de 2 a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio; 3.º 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.