



EL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

ANTONIO COSTA REYES

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

El presente estudio pretende un análisis integral de las diversas medidas que la norma concursal ha previsto de forma expresa en relación a los altos directivos, y que se plasman esencialmente en los arts. 3.2 y 65 de la Ley 22/2003, Concursal. De tan corto precepto surgen importantes cuestiones en relación a las medidas que prevé: extinción o suspensión de la relación del directivo, resolución indemnizada del contrato así suspendido, y moderación y aplazamiento de la indemnización resultante.

La primera cuestión a dilucidar, obviamente, será determinar el ámbito subjetivo del art. 65 LC, para de inmediato procurar arrojar algo de luz sobre las causas y reglas de extinción reconducibles a este precepto y su relación con las previstas en las normas extraconcursoales; sobre la situación del crédito indemnizatorio resultante de la extinción *ex art.* 65 LC; y sobre el papel del deudor, de la administración concursal y del propio juez de lo mercantil en estas cuestiones. Concluye el trabajo con una referencia a las vías de impugnación frente a las medidas adoptadas con base en el mencionado precepto concursal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUJETO: CONTRATOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN
3. EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Órgano competente
 - 3.3. Medidas previstas: extinción y suspensión
 - 3.3.1. Extinción del contrato
 - 3.3.2. Suspensión
 - 3.3.3. Formalidades y preaviso
4. INDEMNIZACIONES
 - 4.1. Facultad moderadora
 - 4.2. Aplazamiento
 - 4.3. Preferencias y garantías
 - 4.3.1. Preferencias: deudas *de* la masa
 - 4.3.2. Garantía a través del Fondo de Garantía Salarial
5. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 22/2003, Concursal (en adelante, LC) ha supuesto la inclusión de importantes aspectos laborales dentro de su regulación. Sin duda, cuestiones como la preferencia de los créditos laborales y de Seguridad Social, y la situación y efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (art. 64 LC), así como los asuntos procesales (competencia judicial, incidente concursal, recursos, etc.) han sido los protagonistas en los comentarios de nuestra doctrina a la norma concursal. Con todo, debe indicarse que no se agotan en ellas los interrogantes que la LC plantea en materia laboral, pues, entre otros, aspectos como el papel del FOGASA, la transmisión de empresas o la situación de los trabajadores en un hipotético convenio concursal requieren también de una especial atención por nuestra parte ¹. De entre esas otras cuestiones laborales que tienen mención expresa en la norma concursal, merece destacarse el tratamiento dado a los contratos del personal de alta dirección.

Como sabemos, en virtud del principio de conservación de la empresa que inspira en parte la LC, y que se concreta en el art. 44 de la misma, la declaración de concurso no afecta por sí sola a los contratos con prestaciones pendientes al momento de dicha declaración (art. 61 LC).

¹ Con todo, han existido algunos trabajos sobre estas materias; así, con relación a la transmisión, DURÁN LÓPEZ, F., «Los efectos del concurso en las relaciones laborales»; *R.L.*, núm. 8, 2005; y, con relación al FOGASA, ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales»; *A.L.*, núm. 20, 2004.



Sin embargo, el propio legislador se guarda de establecer reglas específicas sobre la situación de los contratos en función de los intereses del concurso (arts. 61 y ss. LC). A tal efecto, corresponde ahora analizar las consecuencias que la apertura del proceso concursal implica sobre el contrato de alta dirección, cuya mención recoge el art. 65 LC.

Son diversos los interrogantes que se suscitan de la lectura de dicho artículo, a algunos de los cuales pasamos a intentar dar respuesta.

2. SUJETO: CONTRATOS DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

Antes de iniciar el estudio respecto las medidas previstas sobre los contratos de alta dirección, correspondería indicar a qué se refiere el legislador cuando menciona al *personal de alta dirección/alto directivo*; esto es, si la figura contemplada es el *alto cargo* en sentido amplio, o más restrictivamente, es exclusivamente la relación laboral especial mencionada en el art. 2.1.a) TRET (en conexión con el art. 1.3.c) del mismo cuerpo legal), y desarrollada en el RD 1382/1985, de 1 de agosto (en adelante RDPAD).

Desde nuestro punto de vista el art. 65 LC se refiere exclusivamente a este último supuesto y ello por las siguientes razones:

1. Literalidad: El legislador se cuida de utilizar términos que inequívocamente se refieren al personal de alta dirección *ex* RDPAD. Así, frente a términos más ambiguos e imprecisos jurídicamente como *alto cargo*, el art. 65 LC menciona reiteradamente la expresión *alta dirección/alto directivo*. Junto a ello, se mencionan voces netamente laborales, como por ejemplo es la expresa referencia al *contrato de trabajo* o a la *legislación laboral* (apartado 3), o también la mención a instituciones como la *suspensión* o el *despido colectivo* ².
2. Sistemática: No puede perderse de vista que el legislador, aunque con algunas deficiencias técnicas, recoge al personal de alta dirección dentro de lo que podríamos denominar *bloque concursal* sobre las cuestiones relativas a los contratos de trabajo, pues se sitúa entre el art. 64 (referido a los contratos de trabajo comunes), y el art. 66 (referido a los convenios colectivos del Tít. III TRET). No parece pues muy lógico considerar que el art. 65 LC introduce unos

² VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección»; *R.L.*, núm. 14, 2004, págs. 14 y 15. También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades respecto al personal de alta dirección»; en AA.VV. (FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; Marcial Pons (colección Garrigues); 2004, pág. 309.

sujetos excluidos del Derecho del Trabajo, o aplicarles a éstos categorías claramente laborales.

Determinado el alcance subjetivo del precepto, convendría indicar algunos aspectos que caracterizan al personal de alta dirección a efectos de concretar qué supuestos contempla. Comenzamos recogiendo la definición legal del art. 1.2 RDPAD, en que se incluye como tales 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 solo 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»*.

De todo ello se extrae³:

1. Que ejerce funciones inherentes a la titularidad de la empresa (define objetivos, dispone del patrimonio empresarial contratando con terceros en nombre del titular, etc.). En definitiva, el alto directivo se caracteriza por encontrarse sometido exclusivamente al empresario, sin que exista ningún responsable o cargo entre ambos, pues de ser así, carece del carácter de alto directivo y se trataría de un mero mando intermedio, sujeto al derecho laboral común. No obstante, no excluye la figura del alto directivo el hecho de que, en caso de existir varios, haya una coordinación entre ellos, pues esto no es comparable a la subordinación.
2. Que el alcance de sus funciones abarca la generalidad de las facultades que corresponden al empresario (no necesariamente todas), y sin que se tenga que limitar por el espacio donde las ejerce (empresa, centro, unidad, etc.), más aún ante la creciente complejidad de las estructuras empresariales⁴.
3. Que dichas facultades son ejercidas con plena autonomía y responsabilidad, sin perjuicio de atender a criterios generales que pueda marcarle el titular de la empresa.

Sin embargo, podría plantearse si, de alguna forma, sería posible extender o aplicar analógicamente las previsiones que plantea el art. 65 LC a otros altos cargos de la empresa; o incluso, si es posible que quien actuando como alto directivo simultanee dicha posición con, por ejemplo, consejero delegado, como pudiera derivarse a simple vista del art. 1.3.c) TRET (...*pura y simplemente*...). Se trata de una cuestión compleja, con diversos pronun-

³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección»; *R.L.*, 1993-II, pág. 430; y VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 20-22.

⁴ En extenso, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*; CES, 1994, págs. 105 y ss.

ciamientos y que ha llevado a diversas posturas judiciales incluso. Con todo, actualmente parece primar la opinión que sostiene la imposibilidad de sujetarse a la regulación del alto directivo y por ejemplo, ser miembro del consejo de administración de la empresa, por cuanto que las responsabilidades y exigencias de éste implican o subsumen las funciones y posición de aquél⁵. Tampoco podrá acumularse y simultanearse el desarrollo de funciones como personal de alta dirección y como trabajador común⁶. Diferente será que el consejero pueda ser a su vez trabajador común, a lo que nada obsta, siempre que no se cuestione la exigencia de ajenidad⁷.

En conclusión, el alto directivo se presenta como el *alter ego* del empresario, lo que justificaría un régimen de protección distinto e incluso, menor que el correspondiente al resto de trabajadores por cuenta ajena⁸, como, por otro lado, pareció entenderlo la redacción originaria del Proyecto de Ley Concursal de 2002, o en anteriores propuestas de reforma concursal (Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 —PALC—, Anteproyecto de 2001 —ALC'01—, etc.), que postergaron sus créditos de forma absoluta⁹. Esa diferenciación tenía toda su lógica tanto porque parece existir una especie de presunción de responsabilidad del alto directivo respecto a la situación de la empresa¹⁰, como para evitar que esa hiperprotección que se le dispensa a ese tipo de personal haga perder a nuestra disciplina su relación originaria con su propia razón de ser¹¹. Ciertamente, en la inmensa mayoría de las ocasiones la relación del personal de alta dirección se desenvuelve «en condiciones de relativo equilibrio» pues se integra por «grupos fuertes (...) con capacidad de desplegar un poder de negociación frente al Estado y las empresas»¹². No obstante, esa manifiesta desventaja del personal

⁵ MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., especialmente, págs. 96 y ss.

⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato “común” del trabajador “promovido” a un cargo de alta dirección» *R.L.*, 1994-I, págs. 1523, 1524 y 1525.

⁷ En extenso, TRUJILLO DÍEZ, I.J., *Artículos 65 a 66 (De los efectos del concurso)*, en AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.); Tecnos, 2004, especialmente, pág. 769. Ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C., *Sobre la compatibilidad entre la relación laboral y el cargo orgánico (Comentario a la SJS de Pamplona/Iruña, de 29 de julio de 2004 (AS 2004, 3284); BIB 2004/1851.*

⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., pág. 1514.

⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., «La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa»; *A.L.*, 1996-III, págs. 957 y 958.

¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal»; *AS*, núm. 18, 2002, pág. 26; y RÍOS SALMERÓN, B., «La reforma del Derecho Concursal y los trabajadores: notas sobre el estado actual»; *RDS*, núm. 19, 2002, pág. 221.

¹¹ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 308.

¹² FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92.

de alta dirección ha cambiado sustancialmente con la LC, por lo que cobra especial interés conocer la regulación concreta del mencionado art. 65¹³.

3. EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

3.1. Introducción

Ante la situación de crisis que vive la empresa, y ante la más que posible relación de la misma con las decisiones empresariales y de gestión que se adoptaron previamente, a nadie escapa que, por las facultades que ejerce el alto directivo, sea conveniente cuestionar que siga al frente de la empresa. Para facilitar la adopción de decisiones en este sentido, en aras —no lo olvidemos— del interés general del concurso, se ofrecen por parte del legislador concursal diversas posibilidades:

1. Suspender el contrato
2. Extinguir o resolver indemnizadamente el contrato de trabajo.
3. Moderar la indemnización que por la extinción correspondería al alto directivo.
4. Aplazar temporalmente el pago de dicha indemnización.

En este apartado, nos referiremos a las cuestiones relativas al contrato de alta dirección, remitiendo para el siguiente lo previsto en materia de indemnizaciones. Obsérvese, antes de entrar al estudio de la regulación concreta que se recoge, que el legislador está refiriéndose a medidas de carácter individual, lo que viene a diferenciarlo de las recogidas en el art. 64 LC (y 66 LC) que, como sabemos, son de carácter colectivo¹⁴. Junto a ello, y a diferencia también del tratamiento de los contratos laborales comunes, no se menciona el supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo del alto directivo, lo que hay que entenderlo como que para esta cuestión serán aplicables las reglas contenidas en la regulación extraconcursal¹⁵.

Esto, junto con la regla laboral de que el personal de alta dirección no se somete a las reglas laborales, salvo que expresamente así se señale (art.

¹³ Otros autores siguen sosteniendo «un carácter tuitivo sensiblemente más debilitado» respecto a estos trabajadores de alta dirección; VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 22 y 23.

¹⁴ Por todos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procesos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal»; *RDS*, núm. 26, 2004, pág. 25.

¹⁵ Algunos autores sostienen la aplicación de las reglas laborales (CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 312; y VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»;



3.2 RDPAD), ha llevado a algunos autores a sostener que no le son de aplicación las previsiones del art. 64 LC, sino que las lagunas habrá que suplirlas con las normas contenidas en el RDPAD¹⁶.

En línea con lo anterior, debe señalarse que las medidas que prevé el precepto concursal en estudio no excluyen o impiden otras que pudieran adoptarse conforme a la legislación laboral específica (RDPAD y TRET), sino que aquéllas tratan simplemente de complementar a éstas (al igual que ocurre con los contratos de trabajo comunes)¹⁷. Este hecho planteará importantes incógnitas (qué otras medidas son esas, quién las puede adoptar, etc.) que resolveremos a lo largo del estudio.

3.2. Órgano competente

La facultad de suspender o extinguir el contrato de alta dirección corresponde de forma exclusiva y excluyente a la administración concursal, con independencia de cuál sea la situación jurídica del empresario-deudor (art. 40 LC: suspendido o meramente intervenido)¹⁸; lo que además se aleja de la situación general prevista para los contratos no laborales (art. 61.2 LC)¹⁹.

Como se extrae del precepto concursal, la decisión del órgano concursal de extinguir o suspender tiene fuerza ejecutiva por sí, sin que —a diferencia del supuesto del art. 64 LC— sea precisa la intervención del juez del concurso para que tales medidas puedan hacerse efectivas²⁰. Algunos autores han visto una contradicción entre esta atribución a la administración y lo previsto en el art. 8.2 LC (competencia del juez concursal)²¹; sin embargo, como tendremos oportunidad de ver al referirnos *infra*, no existe con-

cit., págs. 38 y 39), lo que parece remitir al procedimiento recogido en el art. 41 TRET. Sin embargo, y con más acierto, otras voces señalan que tramitación aplicable a estos supuestos será la prevista en la regulación civil sobre novación; MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 327.

¹⁶ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 762 y 763.

¹⁷ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 23.

¹⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 24.

¹⁹ Una crítica a las facultades de la Administración judicial en detrimento del Juez, en DEL REY GUANTER/LUQUE PARRA, «Proyecto de Ley concursal y relación laboral»; *R.L.*, núm. 22, 2002, págs. 47 y 48.

²⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE, Coord.) *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*; Lex Nova, 2004, pág. 247.

²¹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., «Incidencia del Proyecto de LC en la normativa laboral»; *Información Laboral*, núm. 9, 2002, págs. 19 y ss.

tradición alguna, ya que el conocimiento *ex art. 8.2 LC* debe entenderse referido a las impugnaciones a la decisión de la administración concursal.

En definitiva, es la administración concursal quien decide al respecto, limitándose el deudor a poder solicitar-instar la adopción de cualesquiera de las medidas recogidas en el art. 65 LC. Situación que sólo se prolonga durante la tramitación del concurso, sin que la administración pueda posteriormente hacer uso de tales facultades, pero sin que tampoco se le exija hacerlo en un momento concreto (*v.gr.*, al declararse el concurso, o, como ocurre de forma general en el art. 64 LC, tras el informe del cap. I, Tít. IV; etc.)²². En todo caso, obviamente, las medidas no podrán adoptarse antes de que los administradores hubieran aceptado el cargo, pues de otra forma faltaría el órgano competente para decidir las²³.

Llegados a esta situación es preciso plantearse las siguientes cuestiones:

Primera; qué ocurrirá si en el seno de la administración concursal existen divergencias entre sus componentes sobre la oportunidad de hacer uso de tales facultades; en concreto, si podrá el juez del concurso dirimir y decidir en caso de que la decisión de ejercerlas no alcanzara la mayoría necesaria (*ex art. 35.2 LC*). Creemos que no podrá el juez del concurso resolver esta cuestión, entre otras razones porque se trata de una decisión que corresponde a la administración concursal, sin que necesariamente haya de existir por su parte pronunciamiento o ejercicio de las facultades de extinguir o suspender el contrato de alta dirección. En efecto, las medidas que contempla el art. 65 LC no tienen carácter de obligatorias o necesarias en todo caso, sino que son voluntarias, como se extrae, entre otras razones, del continuo uso de término *podrá* para referirse tanto al sujeto que extingue como a la facultad moderadora del juez²⁴.

En conclusión, a falta de acuerdo sobre la extinción o suspensión el contrato de alta dirección mantiene todos sus efectos y prestaciones²⁵.

Segundo. Nada dice el texto concursal sobre otras medidas extintivas o modificativas previstas en la regulación laboral específica (*v.gr.*, otras causas de extinción: despido objetivo o disciplinario) que, como adelantábamos, no están excluidas, sino que son complementadas por las ahora previstas. El problema evidente es determinar quién sea el órgano competente para adoptarlas, ante lo cual existen diferentes opiniones:

²² También, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 26.

²³ HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil»; *Diario La Ley*, núm. 6192, 2005, pág. 4.

²⁴ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 312.

²⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 28.



Por un lado, quienes aseguran que el competente, en todos los casos, será la administración concursal. Para sostener esta afirmación podemos atender a los siguientes razonamientos:

a) En lo que respecta al alto directivo, tanto el art. 8.2.º, como el art. 65 LC utilizan, como hemos visto en relación al sujeto, una terminología que pretende ser coincidente con la legislación laboral. En este sentido, si atendemos al RDPAD constatamos que en el mismo se utiliza la expresión *extinción* para abarcar a los todos los supuestos posibles de ruptura de la relación laboral (desistimiento, despido, etc.), por lo que bien podría considerarse que el art. 65 LC lo que pretende precisamente es otorgar a la administración concursal la facultad de decidir la extinción, cualquiera que sea la causa, por cuanto que no especifica y la atribución al juez del concurso es general (*ubi lex no distinguit...*).

b) No parece acertada la alegación de la regla general del art. 61 LC y/o la equiparación a la situación de los contratos laborales comunes (art. 64 LC) para con ello sostener que sea el empresario-deudor el competente para extinguir o suspender el contrato fuera de los casos previstos en este último precepto, por cuanto que la distinción que se hace en ellos para indicar el alcance del órgano competente (según sea o no colectiva la extinción), no es trasladable al supuesto del alto directivo. En efecto, si atendemos al art. 65 LC apreciamos que se refiere a extinciones individuales, por lo que se nos hace difícil entender qué justificación pudiera tener que unas extinciones corresponda ser decididas por el órgano concursal y otras, sin razón aparente, por el deudor.

c) Si como acertadamente se indica por parte de la práctica unanimidad de los autores, uno de los principales objetivos del art. 65 LC es permitir que el juez pueda modular la cuantía de la indemnización pactada con el alto directivo y evitar así la importante carga que a veces supone (*blindaje*), este objetivo sería fácilmente evitado por el deudor mediante cualquier otra causa extintiva (despido improcedente, despido objetivo, etc.). Posibilidad nada remota si tenemos en cuenta que la especial relación (de confianza) que une a estos contratantes²⁶, lo que permite pensar en acuerdos en este sentido.

El resultado de todo ello en relación al procedimiento a seguir, es que será el juez del concurso (vía incidente concursal) el competente para conocer las impugnaciones de las decisiones de la administración concursal.

Frente a esta posición se levantan, por otro lado, quienes consideran que el competente para adoptar medidas distintas a las del art. 65 LC será

²⁶ Ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 250 y ss.

el deudor, en concreto, distinguiendo la situación concursal del empresario-deudor (suspensión o mera intervención)²⁷. Para ello, podemos aducir:

a) Que al contener el art. 65 LC unas medidas extraordinarias —en cuanto complementarias— respecto a las previstas en la norma laboral, la solución sería entender que para otros supuestos extintivos o suspensivos será preciso acudir a la regla general contenida en el art. 61.2 LC, en cuyo caso, el deudor podrá llevarlas a cabo en los términos legalmente previstos (RDPAD, TRET, LC). En definitiva, la solución es similar a la prevista para el resto de contratos, los laborales en concreto, donde las medidas del art. 64 LC, no excluyen las facultades del empresario-deudor para proceder a medidas no colectivas, sin perjuicio, obviamente, de la intervención de la administración concursal en atención a la situación del concursado (arts. 40 y 44 LC)²⁸.

b) En relación con lo señalado, no puede pasar por alto que el art. 65.2 LC reconoce al alto directivo la posibilidad de extinguir indemnizadamente el contrato previamente suspendido por la administración concursal. Si atendemos a las reglas contenidas en el RDPAD (art. 15.2, en relación con el art. 45 TRET), no encontramos causa alguna que justifique no sólo la extinción por esa razón, sino el derecho a la indemnización. Es más, no todas las extinciones llevan aparejadas indemnización (*v.gr.*, despido procedente), por lo que al menos para esos casos no se entendería la previsión del art. 65.3 LC. Todo ello nos hace pensar que, realmente, la extinción y suspensión referidas en el art. 65 LC no son las facultades reconocidas al empresario-deudor en el RDPAD, so pena de que esas medidas generen un mayor gravamen en el concurso que fuera de él, lo que desde luego está fuera de la voluntad del art. 65 LC.

Junto a todo ello, cabría añadir en favor de este posicionamiento que no parece tampoco que fuera voluntad del legislador concursal atribuir al juez del concurso el conocimiento de cuestiones relativas a otras causas de suspensión (maternidad, disciplinaria, etc.) o de extinción (jubilación, término del contrato, etc.), cuya resolución por su parte conllevarían para el concurso y para él más problemas que soluciones²⁹.

Consecuentemente, creemos más acertada esta segunda opinión, y en suma, afirmar que corresponde al empresario-deudor, según su situación en el concurso, decidir sobre esas otras causas; y siendo el orden social el competente para resolver los conflictos que se planteen, lo que hará conforme a

²⁷ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 774 y 775.

²⁸ También, DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Artículo 64»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; Tecnos, 2004, págs. 729 y 730.

²⁹ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 83.



la LPL. Adviértase por último que la impugnación de estas decisiones de los juzgados de lo social tampoco corresponderá al órgano mercantil, pues el art. 8.2 LC hay que entenderlo referido en exclusiva al art. 65 LC, y en consecuencia, considerar que el mismo no abarca a la totalidad de supuestos extintivos o de suspensión del contrato de trabajo del alto directivo³⁰.

En todo caso, el posible interés del concurso podría quedar protegido vía, por ejemplo, arts. 40 y 50.2 LC, donde se exige que en aquellos procedimientos relativos a acciones con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, se deberá emplazar a la administración concursal y tenerla como parte para que alegue o defienda lo que estime oportuno³¹.

3.3. Medidas previstas: extinción y suspensión

Previamente al análisis de las opciones que el legislador concursal permite a la administración concursal en relación con los contratos de alta dirección (suspensión/extinción), creemos oportuno resolver si tales medidas son excluyentes entre sí, de tal suerte que de serlo y si se opta por la suspensión no podría posteriormente la administración concursal extinguir vía art. 65 LC³². O si por el contrario ambas medidas pueden ejercerse sucesivamente, esto es, decidir primero la suspensión y posteriormente, en función de la mejor opción para el interés del concurso, decidir la extinción.

Pienso que no debe haber mayor problema en admitir esta segunda lectura, por cuanto que no existe en el precepto concursal ninguna referencia clara al carácter alternativo entre ambas, ni parece lógico que un precepto que pretende ampliar las posibilidades de actuación en relación a los contratos de alta dirección, restrinja de tal forma la decisión de la administración concursal³³. Adviértase además que de lo contrario ésta se vería en la tesitura de tener que optar cuando aún puede no tener datos suficientes, lo que podría llevarle a extinguir apresuradamente ante la imposibilidad posterior de hacerlo.

Por concluir, debe recordarse que en materia de modificaciones sustanciales el art. 65 LC (y 8.2.º LC) no se pronuncia, por lo que no se trata

³⁰ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 774 y 775; y HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva...»; cit., pág. 3.

³¹ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 775 y 776.

³² Así, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 32.

³³ También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 315. Debe recordarse que conforme a la regulación extraconcursal nada impide la posterior extinción de un contrato de alta dirección previamente suspendido; STSJ de Murcia, de 3 de junio de 1992 (TSJ-207; R.L., 1992-II).

de una medida que pueda decidir en principio la administración concursal ni corresponda su conocimiento al juez del concurso³⁴.

3.3.1. *Extinción del contrato*

El supuesto previsto en el art. 65.1 LC recoge expresamente la facultad de la administración concursal (a instancia del deudor o por propia iniciativa) de extinguir el contrato de trabajo del alto directivo. Si como ya hemos defendido, las facultades del art. 65 LC se refieren a causas de extinción complementarias a las previstas en la normativa laboral (siendo el empresario-deudor quien decide esas otras extinciones —según su situación concursal—), debe entenderse que la extinción *ex art. 65 LC* se limita al desistimiento *ad nutum*, cuyo fundamento es la pérdida de confianza por parte del órgano concursal, lo que podría asimilarlo al supuesto previsto en el art. 11.1 RD, y en consecuencia, excluir la necesidad de alegar causa alguna³⁵.

Adviértase pues, como adelantábamos, que el legislador concursal no ha querido negar el resto de supuestos que justifican la extinción (despido disciplinario, extinción por causas objetivas, etc.), sino que más pareciera que, en atención al interés del concurso, pretende otorgar a la administración concursal la decisión de extinguir en caso de que ésta no tenga en el alto directivo existente la confianza que este cargo requiere. No obstante, otros autores defienden que el art. 65 LC engloba aquellas extinciones provocadas «por razones relacionadas con las causas que dieron lugar al concurso», lo que parece incluir las extinciones por causas objetivas³⁶. De cualquier forma, y como han señalado otros autores, las causas objetivas que justificarían la extinción *ex art. 52.c) TRET*, «pueden subsumirse en el desistimiento empresarial»³⁷.

No podemos pasar por alto que si es pretensión del concurso, siquiera mediata (para satisfacer a los acreedores), el mantenimiento de las empresas, y que si se procura facilitar que así sea —vistos los resultados del em-

³⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal»; en AA.VV. (García-Perrote, Coord.), *La reforma Concursal...*; cit., pág. 80.

³⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 30, y TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., especialmente, págs. 773 y 774.

³⁶ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 81.

³⁷ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, citados por RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral del personal de alta dirección*; Bosch, 2004, pág. 26. Así parece entenderlo GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas» (*Ponencia II*); *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 19 y 20 de mayo 2005, págs. 29 y 30.

presario-deudor—, otorgándole a dicho órgano concursal facultades propias del titular de la empresa, es imprescindible que los altos directivos cuenten con su confianza, pues corresponderá a éstos llevar a cabo las líneas u objetivos que marque la administración concursal. Ciertamente, si observamos con detenimiento los diversos preceptos concursales relativos al reflotamiento de la empresa (v.gr., arts. 44, 61 y ss., 148, etc.), constatamos que en todos ellos se otorga el protagonismo preeminente a la administración concursal. En definitiva, el legislador concursal otorga a dicha administración la posición propia del empleador cuando se trata de la gestión extraordinaria de los recursos humanos

Esto implicará, necesariamente, que el empresario-deudor pierda la correspondiente facultad de extinguir por este motivo (desistimiento), sin perjuicio, como indicamos, que pueda instar a la administración concursal a proceder a dicha extinción y de que, en su caso, pueda ejercer su facultad extintiva respecto a las otras causas previstas en la norma laboral (RDPAD).

En otro orden de cosas, existe una importante cuestión no resuelta tampoco en el art. 65 LC en relación a la extinción del contrato del alto directivo. Nos referimos al supuesto contemplado en el art. 9 RD, en virtud del cual es posible que el trabajador haya alcanzado la posición de alto directivo como consecuencia de una *promoción interna* en la empresa que le llevó desde su originario contrato laboral común a su actual relación laboral especial. En estos casos, cabe la posibilidad de que el contrato común originario quede suspendido mientras ejerce la función de alto directivo, reactivándose aquél cuando cese como tal (salvo que habiéndose realizado pacto en contrario, hubieran transcurridos dos años desde la *promoción* o *novación*)³⁸. La cuestión que surge es resolver si la extinción *ex* art. 65 LC alcanza o no al contrato laboral común, o si la extinción simplemente implicará el derecho del trabajador a reactivar el contrato común suspenso y demás derechos que menciona el art. 9.3 RDPAD (v.gr., derecho a la indemnización).

No hay una opinión unánime al respecto, por lo que tendremos que esperar a que los tribunales se pronuncien. Sí creemos, en todo caso, que lo más correcto parecería considerar que la extinción alcanza exclusivamente al contrato del alta dirección y no al común, cuyo tratamiento debe sujetarse a las reglas (laborales y concursales) previstas³⁹. Así parece extraerse,

³⁸ Sobre lo inadecuado de las expresiones legales *novación* y *promoción interna*, por tratarse en realidad de un contrato distinto del originario (art. 9.1 RD), *Vid.*, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1519-1522. Respecto a la salvedad señalada en el texto y al derecho de opción del trabajador, *ibidem*, págs. 1524 y ss.

³⁹ MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, pág. 394. Por todas, *Vid.*, STS de 17 de junio de 1993 (RJ 1991/200).

entre otras razones, porque de lo contrario estaríamos otorgando a la administración concursal unas facultades que el propio ordenamiento no parece admitir⁴⁰. Junto a ello, no puede perderse de vista que la extinción *ad nutum*, según la doctrina asentada conforme a la normativa extraconcursal, no implica la extinción de la relación laboral común, por lo que no parece acertado cambiar ahora el criterio⁴¹. Con todo, si la opción judicial considerase que la extinción de la relación especial implica en estos casos también la común, el juez del concurso, en la posible moderación que pudiera realizar de la indemnización, deberá valorar esta circunstancia⁴².

3.3.2. *Suspensión*

Facultad de la administración concursal

Al igual que hemos señalado respecto a la indemnización, el supuesto suspensivo previsto en el art. 65 LC no parece responder a los previstos en la norma laboral (RDPAD y art. 45 TRET), entre otras razones, porque si atendemos a éste último precepto laboral, constatamos que los efectos de la suspensión se limitan al cese de las obligaciones principales de trabajar y retribuir ese trabajo, pero en ningún caso se abre la posibilidad de extinguir indemnizadamente el contrato⁴³.

El principal problema que nos surge es resolver si la suspensión exige la previa alegación de causa y, en su caso, cuál pudiera ser ésta. Para responder adecuadamente a esta pregunta, nos remitimos a lo ya señalado *supra* respecto al carácter complementario de las medidas *ex* art. 65 LC, y con ello, afirmar que no será necesario basarse en alguna de las causas que, *ex*

⁴⁰ No obstante, cabe la posibilidad de extinguir la relación laboral común suspensa por los trámites correspondientes; SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1530 y 1531.

⁴¹ Recientemente, STSJ de Madrid, de 8 de septiembre de 2004 (AS 2704). Distinto será el caso en que la extinción lo fuera por despido declarado improcedente —judicialmente— (art. 9.3 *in fine*, RDPAD), donde la extinción de una relación sí afectará a la otra. La pérdida de confianza ordinaria que implica el despido procedente parece justificar esta excepción, sin embargo, existen matices a la automaticidad de ambas extinciones; en extenso, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato...»; cit., págs. 1520, 1521 y 1528-1530. Sobre estas cuestiones y las dudas en torno al alcance del término *extinguir/extinción*, (art. 9.3 RDPAD), *vid.*, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 268-270.

⁴² CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 324. Sobre cómo se calculan las indemnizaciones para una y otra relación; *vid.*, por todas, STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2004.

⁴³ Resaltando también este aspecto, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 31.

art. 45 TRET (art. 15 RDPAD), justifican la suspensión⁴⁴, y ello sin perjuicio de que también estas causas puedan alegarse cuando concurren, aunque los efectos serán los previstos en aquél precepto estatutario (art. 45.2 TRET) y que ya hemos señalado.

Efectivamente, pareciera que el legislador concursal quiere facilitar la suspensión del contrato del alto directivo, facilidad que se concreta en un nuevo supuesto que, al igual que ocurría con la extinción, basta con basarse en la excepcional situación de crisis que vive la empresa y plasmada en la apertura del proceso concursal⁴⁵. Asimismo, no puede olvidarse que la razón de esa mayor facilidad para adoptar las medidas que permite el art. 65 LC encuentra directa relación con la necesaria confianza que la administración concursal debe tener en el personal de alta dirección, por lo que como señalábamos no precisaría de alegación alguna por parte de la administración concursal, que sólo se vería limitada en su actuar por el abuso de derecho, la actuación fraudulenta, etc.⁴⁶

Con la introducción a favor de la administración concursal de esta facultad de suspender de forma automática el contrato (sin necesidad de causa ni solicitud), pensamos que se atiende y resuelve también el problema que planteaba la anterior regulación concursal y laboral respecto al hecho cierto de que, declarado el concurso, es posible que los trabajadores no puedan prestar sus servicios de forma inmediata y temporalmente, siendo por ello de mayor interés proceder automáticamente o en el plazo más breve de tiempo a la suspensión de sus contratos, en tanto se decide qué se hace finalmente con la empresa y en su caso, qué trabajadores se mantienen al servicio de ésta⁴⁷. Adviértase que al no haberse hecho así los trabajadores continuarían devengando sus salarios como consecuencia de lo establecido en los arts. 44.1 y 61.2 LC, en relación con el art. 30 TRET.

En pocas palabras, al continuar vigentes los contratos que existían antes de la declaración concursal y en consecuencia, el devengo de los salarios, se impone sobre la empresa una nueva carga para su maltrecha econo-

⁴⁴ De opinión contraria, VILA FORENSA en AA.VV. (Sala/Mercadal/Alonso-Cuevillas, Coords.), *Nueva Ley Concursal: Ley 22-2003, de 9 de julio*; Bosch, 2004, pág. 350.

⁴⁵ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29. También, HERRERA CUEVAS, E.J., «De la competencia objetiva...»; cit., pág. 2.

⁴⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección»; *TL*, núm. 49, 1998, págs. 89 y 90; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., págs. 313-315. En extenso, MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 399-401.

⁴⁷ Sin embargo, algún autor considera que no debe producirse la suspensión del contrato de trabajo por el mero hecho de la declaración del concurso, pues, se afirma, no debe trasladarse al trabajador un riesgo propio del empresario (crisis económica de la empresa), GIUSEPPE PERA, «Fallimento e rapporto di lavoro»; *RIDL*, 1999-I, pág. 241.

mía⁴⁸, por lo que podríamos preguntarnos «hasta qué punto puede considerarse equitativo el que soporten el coste de los salarios los otros acreedores (...)»⁴⁹.

Obsérvese que lo que se pretende con esta mayor facilitación de la suspensión es que, declarado el concurso en la empresa, sea el órgano concursal correspondiente quien, dentro de un plazo razonable, determine si es posible o no la continuidad de la actividad y el reflotamiento de aquélla, y en consecuencia, qué nivel de trabajo se requiere, manteniendo en suspenso aquellos contratos cuya continuidad dependa de una mejora en la situación económica de la empresa o de una valoración posterior más detenida⁵⁰. Con ello se evitaría un agravamiento patrimonial en la crítica situación de la empresa y un perjuicio mayor para los altos directivos, cual pudiera ser la extinción de sus contratos⁵¹. Ciertamente, se trata de una medida que no sería tan drástica como la extinción del contrato y que, además de permitir el mantenimiento del empleo o al menos su no eliminación inmediata, no supone para el trabajador mayores perjuicios, pues entre otras cosas, puede compatibilizar esta situación con el desempeño de otro trabajo⁵².

Sólo un aspecto puede cuestionar lo acertado de primar la suspensión y es el hecho de que el legislador no ha previsto modificar el art. 208 TRLGSS a efectos de considerar este supuesto de suspensión como una de las causas que justifican que los trabajadores encuadrados en el régimen general accedan al cobro inmediato del desempleo, al considerárseles en esa situación legal (*ex* art. 208.1.2 TRLGSS), a diferencia de lo que acontece en relación al art. 64 LC cuyo supuesto sí se prevé (D.F. 16.^a LC), posibilitando al trabajador acceder a dicha prestación⁵³.

⁴⁸ VIDA SORIA, J., «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»; en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T.II; EDERSA, 1994, págs. 21 y 22.

⁴⁹ FINEZ RATÓN, J.M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*; Civitas, 1992, pág. 147.

⁵⁰ Como de hecho ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, cfr. NARVÁEZ BERMEJO, M.A., «Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimientos en los juicios concursales»; *A.L.*, 1993-1, pág. 259.

⁵¹ Lo planteado permitiría confirmar que la suspensión se muestra «como un fenómeno protector del trabajador (...) en lo que no es sino una manifestación más de un principio más amplio cuál es el de la “estabilidad en el empleo”», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*; Civitas, 1993, pág. 209.

⁵² ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*; Civitas, 1997, pág. 421.

⁵³ Sobre el derecho a las prestaciones por desempleo por suspensión en relación a los trabajadores comunes, ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*; Tirant lo Blanch, 1998, pág. 158. De extenderse esta respuesta, estaríamos asimilándonos a otras soluciones como la prevista en el ordenamiento italiano de *le integracione salariali*; sobre esto último, ROMEL, R., «Le garanzie dei crediti dei lavoratori subordinati»,



Una última cuestión conviene precisar, y es saber si la suspensión en estos casos afecta de alguna forma al contrato laboral ordinario que, *ex art.* 9 RDPAD, pudiera estar también suspendido. Desde nuestro punto de vista, no parece aplicable la previsión del art. 9.3 RDPAD y que consecuentemente, se reactive la relación ordinaria, entre otras razones porque la reanudación tendría lugar, sólo y en su caso, cuando se extinga la de alto directivo, y no en otros supuestos⁵⁴. Lo señalado se entiende sin perjuicio de que la relación laboral ordinaria pueda actualizarse si el trabajador opta por ello tras el ejercicio de la extinción prevista en el art. 65.2 LC que ahora pasamos a analizar.

Respuesta del alto directivo

El legislador, además de posibilitar a la administración concursal la suspensión del contrato laboral en estudio de forma automática (ejecutiva) y sin necesidad de causa, prevé a favor del trabajador el derecho a extinguir el contrato suspendido por esa decisión y reclamar la correspondiente indemnización (art. 65.2 LC). Dicha extinción deberá ser preavisada al órgano concursal con una antelación de un mes.

Algunos autores han visto una cierta similitud entre la extinción por suspensión del contrato y la prevista para los casos contemplados en el art. 10.3 RDPAD (modificación sustancial que redunde en perjuicio o atente contra la buena fe, falta o retraso en el pago del salario, cualquier otro incumplimiento grave del empresario, o la sucesión de empresa o cambio importante en su titularidad)⁵⁵. Sin embargo, existen algunos elementos importantes que impiden identificar ambos preceptos. Por un lado, no puede pasar por alto que el art. 10.1 RDPAD excluye la obligación de preavisar cuando se da un incumplimiento grave del empresario, hecho que ocurre en algunas de las causas del art. 10.3 RDPAD. No obstante, no desconocemos que es en relación al desistimiento o a supuestos en los que se ocasiona un

AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. I, Jovene editore, 1994, especialmente, págs. 290 y 291. Respecto al encuadramiento en la Seguridad Social del alto directivo y el derecho a las prestaciones por desempleo; *vid.*, DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, *Administradores Sociales, Altos Directivos y Socios Trabajadores*; Lex Nova, 2000, especialmente, págs. 216 y ss. (especialmente, págs. 222 y 223).

⁵⁴ Sobre el alcance de dicha opción; MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 266.

⁵⁵ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 314; y TRUJILLO Díez, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 777.

cambio en la situación propia o de su contraparte donde parece exigirse el preaviso, lo que podría asemejar ambas situaciones.

Con todo, y por otro lado, la extinción *ex art. 65.2 LC* no precisa acudir a la vía judicial para hacerla efectiva, a diferencia de los supuestos del último precepto laboral señalado, que supone que «el directivo no posee por sí mismo facultad de resolver el contrato, sino sólo (...) el derecho a solicitar su extinción ante los órganos jurisdiccionales del orden social (...)»⁵⁶. Efectivamente, la extinción del contrato suspenso realizada *ex art. 65.2 LC* por el alto directivo tiene carácter constitutivo (extraprocesal), como se extrae, entre otras razones, de la propia exigencia del preaviso.

La siguiente cuestión que nos asalta es si existe algún plazo para que el alto directivo pueda extinguir indemnizadamente su contrato suspenso *ex art. 65 LC*. De nuevo el precepto concursal no señala nada, lo que plantea varias soluciones posibles:

- La primera, aplicar como criterio interpretativo el RDPAD, y en concreto, lo previsto para el supuesto del art. 10.3.d) (cambio de titularidad); lo que nos llevaría a entender que la extinción debiera ejercitarse dentro de los tres meses siguientes desde la decisión de suspender el contrato.
- Segunda, considerar que a falta de referencia expresa, será exigible que el derecho a resolver se ejercite conforme a las reglas de la buena fe, por cuanto no parecería admisible extender *sine die* el derecho a extinguir⁵⁷.
- Tercera, entender que a falta de previsión expresa por parte del legislador mercantil, y ante el hecho cierto de que estamos ante una situación no equiparable a las causas de suspensión previstas en el RDPAD (TRET), no puede imponerse límite alguno para su ejercicio, salvo el lógico de que el mismo se ejercite antes de que se agote esa situación suspensiva y en todo caso, durante la tramitación del proceso concursal⁵⁸.

Ésta última nos parece la solución más acertada, con la salvedad de que, *ex art. 65.4 LC*, pareciera que la fecha tope debiera ser antes de la sentencia de calificación del concurso, so pena de que pierda todo sentido la previsión señalada en aquél precepto (aplazamiento del pago).

Sin duda, al tratarse de una facultad de suspender por causas distintas a las previstas en el art. 45 TRET, y ante el hecho cierto de que al alto directivo puede resultarle gravosa esta nueva situación (derechos profesiona-

⁵⁶ RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral...*; cit., pág. 22. Con dudas, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 336 y 337.

⁵⁷ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 777 (nota 21).

⁵⁸ También, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 314.



les, su propia imagen, derechos económicos —partidas vinculadas a la marcha de la empresa—, etc.); el legislador permite al alto directivo que evalúe esta situación y decida si mantenerse o no vinculado a la empresa, reconociéndole en este caso una indemnización⁵⁹.

Como recogíamos al inicio de este apartado, el legislador también requiere al alto directivo para que, en caso de optar por la extinción, preavise con un mes de antelación. Cuestión ésta que pasamos a analizar.

3.3.3. *Formalidades y preaviso*

Si como hemos visto, ni la extinción ni la suspensión *ex art. 65 LC* requieren alegación de causa alguna ni solicitud y aceptación por la autoridad administrativa o judicial, parecen exigibles al menos unos requisitos formales mínimos para evitar situaciones excesivamente gravosas para el trabajador directivo⁶⁰. Por esta razón, creemos que en la comunicación de la suspensión sería preciso indicar la fecha o duración de ésta, bien con un término cierto o, más acertadamente, indicando la condición resolutoria de dicha situación⁶¹. De no exigirse esa concreción, podría darse una situación de franca indefensión del alto directivo, quien no podría impugnar ni actuar contra una decisión que no conoce claramente la causa que la motiva⁶².

Diferente será el caso en el alto directivo pretenda extinguir indemnizadamente su contrato suspenso, en cuyo caso creemos que no parece exigible la forma escrita en tal comunicación (preaviso), bastando que quede constancia de la voluntad inequívoca del alto directivo de extinguir la relación⁶³.

Más problemática es la cuestión del plazo de los preavisos, porque si bien el legislador exige que en caso de suspensión la extinción por voluntad del trabajador directivo deba comunicarse con un mes de antelación, no señala nada para cuando la decisión extintiva o suspensiva sea adoptada por la administración concursal *ex art. 65 LC*. Esta situación plantea diversos interrogantes que tratamos de resolver:

⁵⁹ Adviértase la proximidad con el supuesto del art. 10.3.d) RDPAD, y los comentarios al respecto de BORRAJO DACRUZ, E., «El personal de alta dirección en la empresa»; El Estatuto de los Trabajadores. Relaciones especiales de trabajo, en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes laborales*, T. II, Vol. 1.º; EDERSA, 1986.

⁶⁰ Esta razón subyace en la idea de TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit.

⁶¹ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29.

⁶² Sobre la posible reacción del alto directivo ante la falta de comunicación escrita, *vid.*, MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 392 y 393.

⁶³ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 777 y 778.

Primero, si es preciso o no preaviso para decidir la suspensión por parte de la administración concursal. Las opiniones se dividen entre quienes consideran que, por aplicación extensiva al supuesto de la extinción que ahora analizaremos, debiera exigírsele a dicha administración, ya que la finalidad en ambos casos (suspensión y extinción) es la misma, esto es, evitar los perjuicios que pudieran dañar al alto directivo por la falta de empleo efectivo⁶⁴.

Frente a esta postura y de forma más razonada pensamos, es defendible que no sea necesario preaviso alguno, no sólo porque la ley no lo exige (a diferencia de lo que expresamente señala respecto al alto directivo); sino también porque de hacerlo se estaría imponiendo unas limitaciones a la administración concursal que no existen tampoco en el RDPAD. Adviértase que de exigirse en el proceso concursal este preaviso se rompería la lógica de facilitar las decisiones en interés del concurso, amén de que podría resultar excesivamente gravoso mantener al alto directivo siquiera temporalmente (durante el preaviso), ya que, no lo olvidemos, esto implicará costes directos —altos salarios, etc.— y de oportunidad —actuar a través de quien puede carecer de la confianza de la administración concursal—. En otras palabras, si en relación al preaviso para extinguir veremos que «parece no tener sentido y no ser congruente con la institución debido a que las relaciones entre las partes se verían muy deterioradas al conocerse el cese con tan dilatada antelación (...)»⁶⁵; en el caso ahora analizado (suspensión) cobra mayor sentido, pues no olvidemos que si bien esta cuestión puede resolverse vía indemnización por falta de preaviso, este hecho no hará sino agravar aún más la previsible debilidad económica de la empresa, que se vería en la tesitura de decidir entre añadir una nueva deuda (indemnización por falta de preaviso) o mantener en puestos de suma relevancia en la empresa a quien ya sabe que carece de la confianza suficiente para continuar en el puesto.

Finalmente, creemos que también justifica la inexistencia de preaviso alguno por parte de la administración concursal el dato de que el alto directivo pueda reaccionar frente a tal decisión, no teniendo por qué aceptarla sin más, sino que se le otorga la opción de extinguir indemnizadamente su contrato suspenso, mejorando así para él los efectos que para la suspensión se indican en la normativa laboral (art. 45.2 TRET).

Segundo, si existe obligación de preavisar, al menos, en el caso de extinción *ex* art. 65.1 LC. Ante el silencio legal al respecto, algún autor ha aventurado que lo acertado sería aplicar analógicamente la previsión del art. 11.1 RDPAD (que remite al art. 10.1 RDPAD), y por tanto, reclamar de la

⁶⁴ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 779.

⁶⁵ RUBIO MEDINA, M.D., *La relación laboral...*; cit., pág. 24.



administración concursal un preaviso mínimo de 3 meses, o sustituir éste por la indemnización correspondiente⁶⁶.

De nuevo nos parece que es más acertado con la finalidad a la que sirve el concurso considerar que no sea preciso plazo alguno⁶⁷, y ello esencialmente por las razones económicas y de oportunidad antes mencionadas. Pero en todo caso, de considerar la necesidad de tal preaviso, creemos que el mismo no puede ser el previsto en el art. 10.1 RDPAD (mínimo de 3 meses), pues no puede pasar por alto que si eso fuera así se volvería a contradecir la finalidad del concurso. Ciertamente, si observamos con detenimiento, se le estaría exigiendo a la administración concursal un plazo superior al requerido al alto directivo, quien sí saldría beneficiado de la regulación concursal (art. 65.2 LC: un mes), al señalársele un plazo menor incluso que el previsto en el RDPAD.

Tercero, qué ocurre ante el incumplimiento por parte del trabajador del deber de preavisar. Sobre este aspecto parece existir una opinión muy generalizada en la dirección de considerar que la falta de preaviso implicará una indemnización similar a la prevista en el art. 10.2 RDPAD; esto es, equivalente al salario en metálico que implican los días no preavisados⁶⁸.

Pero junto a ello, algún autor ha defendido la falta de sentido de dicha indemnización en caso de que se incumpla y, por tanto, del propio preaviso. Así, se señala que es difícil comprender el sentido de ese preaviso y la indemnización aparejada en caso de incumplimiento cuando sea el alto directivo quien, *ex art. 65.2 LC*, proceda a extinguir su contrato suspenso, ya que no debiera suponerle a la empresa perjuicio alguno esa extinción no comunicada con ese mes de antelación, pues no puede olvidarse que al estar el contrato suspendido no parece que pueda representar daño alguno para la empresa ni para el concurso el hecho de extinguir dicho contrato⁶⁹.

4. INDEMNIZACIONES

El art. 65 LC prevé que en caso de extinción, tanto por voluntad de la administración concursal como por parte del alto directivo (respecto del contrato suspenso), éste tendrá derecho a una indemnización. En torno a esta cuestión el texto concursal plantea importantes interrogantes relativos al *quantum* que representa, a la calificación del crédito resultante, y a las op-

⁶⁶ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 779; y VILA FORENSA, cit., pág. 349.

⁶⁷ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 29.

⁶⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 32.

⁶⁹ TRUJILLO DíEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 779 y 780.

ciones que plantea sobre la misma: modificar su cuantía o aplazar su pago. Procedemos a estudiar estos aspectos.

4.1. Facultad moderadora

Respecto a la cuantía de la indemnización, debemos indicar que ante la falta de previsión específica, habrá que acudir a las reglas del RDPAD (art. 11.1), del que se extrae que habrá que atender, en primer lugar, a la pactada por las partes y en su defecto, será de siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades.

Esta regulación ha dado lugar a los conocidos como *contratos blindados*, en los que la cuantía por extinción supone una importante cifra, al objeto de evitar decisiones precipitadas por parte del empresario y, junto a ello, compensar al directivo por los perjuicios que ello le hubiera implicado (*v.gr.*, falta de empleo, renuncia previa a otras ofertas, etc.)⁷⁰. Pero el legislador es consciente del importante quebranto patrimonial que ese tipo de *blindaje* puede suponer para el patrimonio empresarial, sobre todo teniendo en cuenta el cambio en el tratamiento de tales créditos, que han pasado de ser considerados como créditos concursales⁷¹, a calificarse como deudas *de* la masa (art. 84.5.º LC), con las consecuencias a efectos de posibilidades de satisfacción que ello implica, y del perjuicio que provocará en otros acreedores (*v.gr.*, trabajadores comunes)⁷². Para remediar algo esta situación, se otorga al juez del concurso la facultad de poder modificar, si así lo decide, la cuantía indemnizatoria pactada⁷³.

Obsérvese pues que el art. 65.3 LC otorga al juez una facultad discrecional de modificar el *quantum* indemnizatorio. Esto implica, por un lado, que no tiene por qué ejercerla; y por otro, que al no equiparse la discrecionalidad a la arbitrariedad, le sea exigible al juez del concurso un mínimo de motivación⁷⁴. Recuérdesse en este sentido que la facultad mode-

⁷⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 106-108; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 316.

⁷¹ *Vid.*, arts. 74 PALC'95, art. 64.4 ALC'01.

⁷² También, GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», en AA.VV. (ROJO, Dir.) *La reforma de la legislación concursal*; Marcial Pons, 2003, pág. 233.

⁷³ Para aquellos autores que consideran que el directivo tendrá derecho a una indemnización en caso de falta de preaviso, se les plantea la cuestión de si también el juez podrá moderar la cuantía que ésta represente. Favorables a extender la facultad a este supuesto; VILA FORENSA, cit., pág. 350. Contrarios a ello, TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781. Aunque éste autor matiza que esa moderación será posible si la indemnización por falta de preaviso encubre o supone una cláusula de *blindaje*.

⁷⁴ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781. *Vid.*, art. 1154 C.Civ.



radadora no tiene como base el abuso o fraude alguno, por cuanto que éstos no son aspectos a tomar en cuenta para esa decisión (ya que los mismos darán lugar a la pertinente nulidad del pacto), ni la complicidad o responsabilidad del alto directivo en la insolvencia, pues para ello ya se prevé tanto la medida del art. 65.3 LC como lo contemplado en el art. 172.2 LC.

Nada dice el texto legal sobre si dicha facultad se ejerce de oficio o a instancia de parte (administración concursal, deudor etc.)⁷⁵. Ante este vacío algunos autores han defendido que será el juez quien unilateralmente decidirá al respecto⁷⁶; entre otras razones también por la diferencia con respecto al aplazamiento (art. 65.3 LC), ya que en este sí se hace mención expresa a la necesidad de solicitarla.

Sin embargo, al tratarse de una cuestión que atiende al interés del concurso y al no existir equivalente respecto a otros acreedores, parece que lo acertado es reclamar su previa solicitud al juez del concurso⁷⁷. Téngase en cuenta además que al ser la extinción automática —sin necesidad de intervención judicial—, éste no tendría por qué conocer de dicha extinción y por ende, sería francamente difícil imaginar que pudiera decidir unilateralmente la moderación en esa situación, pues pese a que la administración concursal está sometida a la supervisión del órgano judicial, lo cierto es que esta exigencia se limita a la posibilidad de que éste pueda requerir a los miembros de la administración concursal una información específica o una memoria de lo actuado (art. 35.6 LC), y no que dicha administración deba informar previamente y en todo caso de sus actuaciones. Por último, el hecho de que el legislador no mencione en el art. 65.3 LC a la administración concursal —a diferencia del apartado 4 de dicho precepto—, puede responder a que no sólo sea a ésta a quien corresponda solicitar la moderación, sino que podrá hacerlo cualquier interesado, ya que la modificación pueda importar a otros sujetos (acreedores, deudor, incluso los trabajadores ordinarios, etc.).

De no ser instada la moderación, el alto directivo no tendrá oportunidad de alegar lo que estime oportuno para que sea atendido por el juez del concurso a efectos de fijar finalmente la cuantía indemnizatoria, pues al no existir procedimiento específico ni contraparte que sostenga posición con-

⁷⁵ Manifestando sus dudas, MELÉNDEZ-MORILLO-VELARDE/PÉREZ CAMPOS, «Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo»; AA.VV. (RÍOS/SEMPERE, Direc.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*; Ed. Laborum, 2004, pág. 379; y CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 318.

⁷⁶ VILA FORENSA, cit., pág. 349.

⁷⁷ Así, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 38. Como afirma GARCÍA VICENTE, J.R. («Artículo 62»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 707 y 708), «es radicalmente excepcional la atribución en exclusiva de facultades de apreciación del *interés del concurso* al juez del concurso (...)».

traría (ya que lo decidió el juez unilateralmente), no sería posible activar el incidente concursal. Frente a esta situación, la consecuencia de que la moderación tenga que ser instada es que se abrirá un procedimiento (incidente concursal, arts. 192 y ss. LC), en el que las partes podrán alegar lo que a su derecho convenga, y que se resolverá por el juez mediante sentencia (art. 196 LC) en la que se pronunciará sobre la moderación⁷⁸.

En otro orden de cosas, conviene tener en cuenta que en opinión de la mejor doctrina, esa facultad moderadora podría alcanzar no sólo a la extinción intraconcursal y a la indemnización *ex art. 65 LC* (por voluntad de la administración concursal o la acontecida por decisión del alto directivo ante la previa suspensión de su contrato), sino también a cualquier otra de las previstas en la norma laboral, basándose para afirmarlo en que esa posibilidad modificativa por parte del juez ya estaba abierta extraconcursalmente vía arts. 1154 ó 1103 C.Civ.⁷⁹ Sin embargo, como se ha hecho ver por otro sector, estos preceptos hacen mención a la pena convencional, lo que no parece equiparable a la indemnización por desistimiento⁸⁰, y por ello, no sería posible la modificación extraconcursal ni podrá serlo en el concurso cuando dicha indemnización derive de cualquier otra causa distinta a la que justifica las extinciones *ex art. 65 LC*⁸¹. Junto a ello, no puede pasar por alto el hecho de que el legislador haya previsto esta facultad moderadora exclusivamente para cuando esté abierto el concurso, lo que nos hace pensar que esa mención expresa en el art. 65.3 LC manifiesta que la misma no existe fuera del concurso.

Con todo, manifestamos nuestras dudas al respecto, pues si bien la pluralidad de supuestos haría francamente compleja la decisión de cuándo correspondería moderar y cuándo no, lo contrario, es decir, que no exista esa facultad modificativa en esos otros casos extintivos, podría obviar todas las razones que justifican la moderación por el simple hecho de que sea otra causa la razón de la extinción⁸². Como puede comprobarse, el legislador

⁷⁸ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 41 y 42. Así parece inferirse también de lo señalado por ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial...»; cit., pág. 2417.

⁷⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato...»; cit., págs. 436, 437 y 442; y en VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., págs. 35 y 39.

⁸⁰ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 781.

⁸¹ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 37.

⁸² Adviértase que el TS extiende la indemnización pactada para los casos de despido improcedente (art. 11.2 RDPAD) al supuesto de desistimiento o resolución *ex art. 10.3 RDPAD*, aunque tal indemnización no estuviera prevista expresamente para estos casos; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 124 y 125; y MARTÍNEZ MORENO, C., «El personal de alta dirección, una relación especial siempre de actualidad»; *REDT*, núm. 125, 2005, págs. 837-839.

concursal otorga al juez del concurso la posibilidad de modificar, en el sentido de reducir, la cuantía pactada, «con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo». Sobre este aspecto aparecen algunas dudas:

Primera, determinar cuál sea el salario a tener en cuenta. Si atendemos a la regulación contenida en el RDPAD, extraemos que el límite concursal es mayor al legalmente previsto en su art. 11.1 (desistimiento), pero similar al recogido en su art. 11.2 (despido improcedente), si bien a diferencia del mismo, en éste se restringe al salario *en metálico*, lo que no se corresponde con la regulación del despido colectivo. Esto ha llevado a nuestra doctrina a considerar que será la indemnización conforme a este último la que deberá tenerse en cuenta, y con ello, computar a efectos del límite de la extinción cualesquiera partidas salariales recibidas por el directivo, en dinero o en especie⁸³, lo que sin duda ampliará de forma muy considerable el valor de la misma, al ser éste último tipo de partidas una de la principales que recibe el alto directivo (*v.gr.*, acciones de la empresa, vehículos, etc.)⁸⁴.

Segunda, cuándo entra en juego la mencionada facultad. La solución no puede ser otra que cuando las partes hubieran previsto o fijado una indemnización superior a la prevista en el art. 65 LC, pues de lo contrario el límite será, en primer lugar, la fijada por las partes, y en su defecto, la cuantía fijada como subsidiaria en el RDPAD; esto es, 7 días de salario en metálico, con un máximo de seis mensualidades (art. 11.1 RDPAD)⁸⁵.

Tercera, cuál sea el alcance de dicha moderación o, en otros términos, si el límite que recoge el art. 65.3 LC ha de entenderse como un tope mínimo o máximo (*despido colectivo*: 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, art. 51.8 TRET)⁸⁶. Hay que reprocharle por ello al legislador la escasa precisión que hace al respecto, porque la redacción final puede dar lugar a diversas interpretaciones, antagónicas entre sí, como

⁸³ Por todos, CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 319.

⁸⁴ MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., págs. 310 y 311.

⁸⁵ También, VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 41. Téngase en cuenta, no obstante, lo señalado por RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., «Los pactos indemnizatorios...»; cit., págs. 124 y 125. Planteando la admisión de la moderación para aumentar la indemnización; FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal*; Laborum, 2004, pág. 251

⁸⁶ Algún autor ha precisado que para determinar el número de días y meses adeudados, se computará, exclusivamente, el tiempo efectivo en la empresa, excluyendo el posible pacto de antigüedad que lo amplíe o el tiempo de trabajo en otras empresas del grupo; CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 319. No se entiende bien la razón de esta postura, pues supondría dejar sin efecto la voluntad de las partes, principal fuente reguladora de esta especial relación laboral; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Extinción del contrato...»; cit., pág. 436.

de hecho está ocurriendo⁸⁷. Sin embargo, debemos subrayar que la mayoría de los autores entienden que estamos ante un tope que, aunque superior al que correspondería en caso de desistimiento empresarial, funcionaría como mínimo para la facultad moderadora del juez⁸⁸. Las razones para justificar esta posición son:

a) No puede perderse de vista que la modificación moderadora es potestativa para el juez, por lo que bien puede ser que éste decida no ejercerla, lo que posibilitaría indemnizaciones muy por encima de la del despido colectivo sin que se entendiera qué sentido tendría entonces aquella limitación.

b) En relación con lo que acabamos de señalar, creemos que el limitar en exceso al juez concursal en este aspecto, considerando que el tope legal es el máximo permitido, podría llevar a que aquél decidiera no ejercer su facultad por entender que ese máximo es demasiado reducido⁸⁹.

c) Por último, debe recordarse que la finalidad de la moderación judicial es evitar las cuantías excesivamente desmesuradas, que podrían poner en cuestión la solución a la crisis económica de la empresa. Con ello queremos resaltar que no es función de la moderación penalizar al alto directivo (para lo cual existe el art. 172 LC), y en definitiva, que no debe entenderse que considerar la indemnización por despido colectivo como mínimo impediría tener en cuenta algunas actuaciones reprochables del alto directivo⁹⁰.

d) No podemos pasar tampoco por alto que la indemnización del despido colectivo funciona en el art. 64 LC como mínimo mejorable⁹¹, lo que dificultaría justificar la diferencia de trato que significaría entender que en este caso no ocurrirá lo mismo.

4.2. Aplazamiento

Distinta de la facultad de moderar la indemnización por extinción, el legislador permite a la administración concursal solicitar el aplazamiento de pago de la indemnización correspondiente «hasta que sea firme la sen-

⁸⁷ Como tope máximo lo consideran VILA FORENSA, cit., pág. 350; y ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*; Tirant lo Blanch, núm. 156, 2004, pág. 124.

⁸⁸ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 780 y 781; y FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La transmisión...*; cit., págs. 250 y 251.

⁸⁹ CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., págs. 320 y 321. Añadiendo que, en todo caso, las 12 mensualidades actuarán como tope máximo.

⁹⁰ VIGUERA RUBIO, J.M., «Efectos de la declaración...»; cit., pág. 40.

⁹¹ *Vid.*, con relación al art. 84.2.5.º LC; LOUSADA AROCHENA, J.F., «Los privilegios de los créditos...»; cit., pág. 43; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «El procedimiento concursal y...»; cit., pág. 21.



tencia de calificación» del concurso. Este hecho nos remite al art. 172.2 LC (y 166 LC), y a la posible declaración del mismo como fortuito o culpable, y en este último caso, señalar las personas afectadas y cómplices; lo que, entre otras cuestiones, implicará la pérdida de cualquier derecho como acreedor concursal o *de la masa*.

Sin duda, la especial posición del alto directivo, en cuanto *alter ego* del empresario, puede suponer una especial relación entre las partes y por sus propias funciones, el trabajador directivo puede haber incurrido en responsabilidades en la insolvencia empresarial⁹². La finalidad del precepto parece pues evitar que esa posible responsabilidad quede sin efecto práctico debido al pago al vencimiento que caracteriza a las deudas *de la masa* (art. 154 LC), de ahí que permita a la administración concursal solicitar al juez del concurso —que es a quien corresponde decidir—, que aplaze ese pago hasta que se resuelva la calificación del concurso⁹³.

El principal problema que supone esta previsión concursal es su falta de coordinación suficiente con la calificación del concurso, pues no es seguro que siempre acontezca la apertura de la sección de calificación (art. 163.1 LC), en cuyo caso parece excesivo el perjuicio que esa dilación puede suponer para el alto directivo, ya que se vería en la necesidad de esperar a constatar si existe o no convenio, si éste pacta unas quitas o esperas superiores a las señaladas, y si ese convenio termina por cumplirse o no⁹⁴.

4.3. Preferencias y garantías

Siquiera brevemente quisiéramos tratar la cuestión de los privilegios y garantías a los que tiene derecho el personal de alta dirección en relación al crédito indemnizatorio del art. 65 LC.

4.3.1. *Preferencias: deudas de la masa*

Debemos comenzar señalando que en ocasiones se ha criticado del legislador su excesiva protección de ciertos colectivos que, pese a su califica-

⁹² También, MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo...*; cit., pág. 317.

⁹³ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 782. VIGUERA RUBIO («Efectos de la declaración...»; cit., págs. 41 y 42) considera que, al ser también solicitada la moderación, en el *petitum* de la demanda incidental donde se pide ésta, debería de incluirse también el aplazamiento

⁹⁴ VILA FORENSA, cit., págs. 351 y 352. Como se ha recordado, ese aplazamiento y por ese tiempo lo es sin derecho a los intereses moratorios que pudieran corresponder por el retraso, TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., págs. 782.

ción formal como trabajadores por cuenta ajena, no precisan de una tutela similar a la dispensada para el general de los trabajadores. Ciertamente, creemos que al menos en situaciones como las que estamos analizando (crisis económicas graves), sería conveniente un recuestionamiento (por exceso y por defecto) del ámbito personal del Derecho del Trabajo, de tal suerte que se limite el alcance de las preferencias laborales del personal de alta dirección. Así pareció entenderlo la redacción originaria del Proyecto de Ley Concursal de 2002 (en adelante, PLC), en el que se establecía un régimen de protección dispensado al personal de alta dirección distinto y menor que el correspondiente al resto de trabajadores por cuenta ajena.

Esa diferenciación tenía toda su lógica tanto porque parece existir una especie de relación de responsabilidad del alto directivo respecto a la situación de la empresa⁹⁵, como para evitar que esa hiperprotección que se le dispensa a ese tipo de personal haga «perder a éste [Derecho del Trabajo] su relación originaria con su propia razón de ser», toda vez que en la inmensa mayoría de las ocasiones esa relación se desenvuelve «en condiciones de relativo equilibrio» pues se integra por «grupos fuertes (...) con capacidad de desplegar un poder de negociación frente al Estado y las empresas»⁹⁶. En esta línea, no debe perderse de vista que, generalmente, junto a esa situación de *hiperprotección* laboral de los altos directivos, «corre parejo el hecho de haber dejado fuera de su tutela relaciones sociales de intensa protección (...)» que, a nuestro modo de ver, justifican más y mejor la inclusión en la protección de las normas laborales (*v.gr.*, fenómenos de parasubordinación/pequeños autónomos, etc.)⁹⁷.

Con todo, el legislador concursal finalmente no ha seguido esta orientación, por lo que, al igual que ocurre en el ámbito extraconcursal (D.A. 5.^a TRET en relación al art. 32 TRET), el crédito del personal de alta dirección goza de un régimen de preferencias equiparable al general de los trabajadores ordinarios. No obstante, no se ha perdido de forma absoluta la pretensión que inspiraba el señalado PLC, ya que esa aparente equiparación queda parcialmente cuestionada por dos elementos:

Por un lado, y por lo que respecta a los créditos concursales o *en la masa*, el alto directivo cuenta en principio con las preferencias que dispensan los arts. 90.3.º y 91.1.º LC, mas éstas pudieran no ser de aplicación si el

⁹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal»; *AS*, núm. 18, 2002, pág. 26; y RÍOS SALMERÓN, B., «La reforma del Derecho Concursal y...», cit., pág. 221.

⁹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92. También, SANGUINETI RAYMOND, W., «La extinción del contrato “común” del trabajadora “promovido” a un cargo de alta dirección» *R.L.*, 1994-I, pág. 1514.

⁹⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica del salario*; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92.

directivo es considerado persona especialmente relacionada con el concursado, porque de ser así sus créditos se calificarán como subordinados (art. 92.5.º LC), lo que prácticamente implicará la imposibilidad de su cobro. Adviértase además que esta calificación y efectos operan automáticamente, sin admitir prueba en contrario y sin que parezca que la previsión del art. 92.5.º *in fine* LC pueda impedir salvar el privilegio general del art. 91.1.º LC, ya que la misma es aplicable exclusivamente cuando el deudor sea una persona natural, lo que se revela como la excepción en esta relación laboral⁹⁸.

Y por otro lado, en relación al crédito objeto de nuestro estudio (indemnización *ex art.* 65 LC), si bien se considerará a estos efectos, como hemos señalado ya, como deuda *de* la masa (art. 84.2.5.º LC), no puede perderse de vista el ya mencionado aplazamiento de su pago (art. 65.4 LC) y los problemas que ello puede generar.

Sin embargo, esta última facultad (aplazamiento) parece que no debe alcanzar a los créditos originados por extinciones distintas a las basadas en el art. 65 LC. En este sentido debe observarse que para ser calificados como créditos contra la masa el art. 84.2.5.º LC no reclama que las indemnizaciones reconducibles al mismo hayan debido ser acordadas por el juez del concurso⁹⁹, ni que las mismas deriven exclusivamente de extinciones impuestas por la propia crisis empresarial¹⁰⁰. Ha de subrayarse también —como apoyo a lo que acabamos de afirmar— la diferencia entre lo previsto en esta materia por la LC y lo que fue el contenido del PLC (art. 84.5.º) y del art. 83.7.º ALC'01, porque en éstos sí se limitaban las indemnizaciones a las extinciones acordadas por el juez del concurso¹⁰¹. En definitiva, que «el tratamiento contra la masa debería extenderse a toda indemnización debida a los trabajadores por extinción del contrato, cualquiera que fuese su causa, generada a partir de la declaración del concurso»¹⁰².

⁹⁸ Sobre todo ello, criticando esa automaticidad, sin admitir probar la inexistencia de perjuicio para la masa o fraude; CORDERO LOBATO, E., «Artículo 92» y «Artículo 93» AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 1100, 1101, 1103 y 1107.

⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*; cit., pág. 152.

¹⁰⁰ También, DE LA ROCHA, M., «El régimen de los créditos...»; cit., págs. 74 y 75.

¹⁰¹ Con la redacción anterior se negaba la inclusión de las mismas; en *Vid.*, GUALDA ALCALÁ/LILLO PÉREZ, «La reforma de la...»; cit., pág. 134 (referido al ALC'01). *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en AA.VV. (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) *Derecho concursal*; cit., págs. 421 y 422.

Creemos que este hecho no ha sido suficientemente apreciados por quienes siguen ligando las indemnizaciones del art. 84.2.5.º LC a las extinciones *ex art.* 64 del mismo cuerpo legal (*v.gr.*, LÓPEZ MOLINA, P., en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, Coord.) *Comentarios a la Legislación Concursal*; Dykinson, 2003, págs. 766 y 767).

¹⁰² CES, Dictamen 4, sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal; CES, 2001, pág. 10. Por ejemplo, la cuantía por falta



En resumen, en nuestra opinión se deberían calificar como deudas *de la masa* a todas las indemnizaciones laborales por extinción acontecidas tras la declaración concursal, so pena de incurrir en una clara discriminación de los trabajadores frente a otros acreedores sobre los que no se menciona excepción alguna (*v.gr.*, art. 84.2.6.º LC) ¹⁰³.

La consecuencia de esta calificación como deudas *de la masa* será otorgarle la prelación para el pago que se extrae del art. 154 y ss. LC; y por lo tanto, equipararlos en protección a los laborales de los trabajadores comunes. Junto a ello, debe subrayarse que los créditos contra la masa sólo ceden ante los tutelados con privilegio especial (art. 90 LC), primando sobre los créditos con preferencia general (art. 156 LC), dentro de los cuales deben destacarse los laborales del art. 91.1.º LC. Resaltamos esta situación porque al carecer la preferencia otorgada *ex art.* 84.2.5.º LC de limitación temporal o cuantitativa alguna (y ante la importancia cuantitativa que la indemnización del alto directivo llega a alcanzar), puede suponer un claro perjuicio para los trabajadores comunes (más necesitados de tutela), quienes verán menguado el patrimonio disponible ¹⁰⁴.

4.3.2. *Garantías a través del Fondo de Garantía Salarial*

Comenzaremos señalando nuestra disconformidad con la previsión subjetiva de beneficiarios del Fondo, pues vistas las finalidades de éste, bien cabría haber excluido al personal de alta dirección con base en las especialidades de esta relación laboral. Así ocurrió antes de la Ley 11/1994, pero hubo de rectificarse (D.A. 5.ª TRET) al no haber previsto nuestro país la posibilidad de su exclusión de la protección dispensada por la Directiva 80/987/CEE, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, y que sólo fue utilizada para los empleados domésti-

de preaviso; RESTELLI, R., «Indennità sostitutiva del preavviso como debito della massa nel caso di mantenimento del rapporto di lavoro (e poi sua cessazione) dopo la dichiarazione di fallimento»; *RIDL*, 2003-4 (parte II), especialmente, pág. 873.

¹⁰³ FALGUERA BARÓ/BARTOMEUS PLANA, «El Proyecto de Ley Concursal...», cit., págs. 245 y 246.

¹⁰⁴ Aunque referido al privilegio refaccionario (art. 90.3.º LC y art. 32.3 TRET), son plenamente trasladables a este supuesto las palabras de LANTARÓN BARQUÍN, D., «El privilegio salarial refaccionario del art. 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: Notas para un estudio»; *RTSS*, núm. 14, 1994, pág. 79. La pérdida del carácter de prededucibles confirma el carácter meramente preferente de los créditos contra la masa; CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, S., «La prelación de créditos en el proyecto de Ley Concursal española»; *RGD*, núm. 682-683, 2001, pág. 6642.



cos¹⁰⁵. En efecto, las singularidades que presenta la relación laboral del personal de alta dirección aconsejan su exclusión del ámbito de protección del Fondo, por cuanto que su singular posición en la empresa le permite obtener un mejor y mayor conocimiento del estado de la empresa y reclamar de su empleador algún otro mecanismo de protección de sus créditos laborales¹⁰⁶.

Centrándonos en los supuestos extintivos contemplados en el art. 65 LC, algunos autores consideran que en estos casos el alto directivo podría quedar sin protección por parte del FOGASA. Así, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la extinción de la relación laboral del alto directivo —y la indemnización que lleva pareja— tengan lugar de forma automática, por la decisión exclusiva de la administración concursal (o del propio trabajador suspendido), ya que al no venir impuesta por una resolución judicial o administrativa, falta el título habilitante para reclamar la garantía del FOGASA (art. 33 TRET). De ahí que afirmen que el alto directivo sólo podrá reclamar la garantía que le dispensa dicho Fondo por esta indemnización cuando se haya instado previamente el incidente concursal y éste concluya con la correspondiente resolución judicial que resuelve la impugnación de la decisión extintiva¹⁰⁷.

Con todo, esta última solución no resuelve los problemas que plantea el precepto concursal, ya que en el caso de extinción del contrato suspenso por voluntad del alto directivo (art. 65.2 LC) no existirá resolución judicial ni tampoco cabrá incidente alguno (salvo que se entienda que esa extinción requiere solicitarse al órgano judicial, algo que hemos descartado).

Por estas razones, cabría señalar que la cuestión principal por la que podría no tener lugar la protección por el FOGASA en los supuestos del art. 65 LC responde, en nuestra opinión, a otras razones, esencialmente, al hecho de que las causas (extinción *ad nutum*) y trámites a los que responde el

¹⁰⁵ ESCOTET VÁZQUEZ, M., «Jurisprudencia reciente sobre el Fondo de Garantía Salarial»; *T.S.*, núm. 87, 1998, págs. 166 y 167. Sobre la polémica que suscitó la exclusión del personal de alta dirección, puede verse MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 281 y ss.

Como ha señalado el TJCE, de no preverse expresamente el supuesto excluido, no cabrá posteriormente ningún tipo de interpretación o aplicación extensiva de dicha restricción, so pena de infringir la mencionada Directiva; STJCE, de 18 de octubre de 2001, Caso «G.C./ RIKSSKATTEVERKET» (*A.L.*, núm. 1, 2002, ref. 1).

¹⁰⁶ No obstante, algunos autores entienden que la protección dispensada al personal de alta dirección se limita a las retribuciones, excluyéndose la responsabilidad del FOGASA respecto a las indemnizaciones; GARCÍA NINET, J.I., «Sobre las modificaciones en la ordenación del salario (breves apuntes a modo de colaboración y justificación)»; *T.S.*, núm. 87, 1998, pág. 13.

¹⁰⁷ ROQUETA PUIG, R., «El Fondo de Garantía Salarial...»; cit., pág. 2417.

art. 65 LC no parecen tener reflejo en el art. 33 TRET¹⁰⁸. Consecuentemente, exista o no resolución judicial, lo cierto es que parecen no concurrir los requisitos exigidos por el precepto laboral, sin que la reforma concursal haya procedido a incluir o señalar modificación en este sentido en el mencionado art. 33 TRET. Consecuentemente, el FOGASA no garantizaría la cuantía resultante de las indemnizaciones derivadas del art. 65 LC¹⁰⁹.

No obstante, debe precisarse que la redacción del precepto laboral permitiría superar esta limitación, pues en él podrían quedar comprendidas las extinciones en las que concurra la ausencia de relación con la conducta previa del trabajador¹¹⁰, o más exactamente, en las que la terminación derive de una actuación o iniciativa previa del empresario (*v.gr.*, desistimiento)¹¹¹.

5. VÍAS DE IMPUGNACIÓN

Para concluir debemos referirnos a las vías de impugnación de las decisiones que se pueden adoptar *ex art.* 65 LC (extinguir y suspender el contrato, moderar la indemnización y aplazar su pago). Al respecto conviene recordar que el art. 8.2 LC reserva de forma exclusiva y excluyente para el juez del concurso el conocimiento de la extinción y suspensión del contrato de alta dirección. A falta de precisar un trámite específico, debemos de entender que las reclamaciones que pueda plantear el alto directivo por esas cuestiones se tramitarán por el incidente concursal (*ex arts.* 61, 188.3 y 192 LC)¹¹². En relación con ello, surge la duda de si el mismo será el ordinario (arts. 192 y ss. LC), o el específico en materia laboral del art. 195 LC¹¹³.

¹⁰⁸ La inclusión de la indemnización por *desistimiento* dentro de las protegidas por el FOGASA es una cuestión polémica también en las situaciones extraconcursales; al respecto encontramos opiniones contrarias a su inclusión, en CANTOS ABERASTURI, E., *El Fondo de garantía Salarial*; CISS, 2000, pág. 111. Con dudas, RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*; Comares, 2000, pág. 284.

¹⁰⁹ Así se infiere también de MOLINER TAMBORERO, G., «Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal»; *T.S.*, 166, 2004, págs. 20 y 21.

¹¹⁰ RÍOS SALMERÓN, B., «Garantías del salario», en *Comentarios a las Leyes Laborales*; EDERSA, T.I, vol. 1.º, págs. 353 y ss.

¹¹¹ *Ex STS*, de 26 de diciembre de 2001 (A.L., núm. 19, 2002, ref. 585). Radicalmente en contra, haciendo una interpretación restrictiva del art. 32.3 TRET, STS, de 5 de noviembre de 2002 (RJ 9747).

¹¹² CRESPO CHAMPION, F., «Especialidades...»; cit., pág. 323. Como causas de reclamación que recoge este autor estarían las divergencias en determinación de la antigüedad, o del salario a aplicar, etc. (*ibidem*, págs. 323 y 324).

¹¹³ Así, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Artículo 197»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., pág. 2007.



No existe una opinión clara al respecto, por cuanto que si bien pareciera que lo lógico es utilizar éste último, el literal del mismo viene a excluirlo, ya que se refiere sólo y exclusivamente a las acciones *ex art. 64 LC*, lo que puede inclinarnos a pensar que el trámite adecuado sea el incidente ordinario ¹¹⁴.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a los recursos de las resoluciones emanadas de los mencionados incidentes concursales, también en esta cuestión las opiniones varían entre los autores. Así, por un lado, se encuentran quienes afirman que, al excluirse el incidente laboral, el recurso posible será el de reposición ante el orden civil (*ex art. 197.2 LC*), alegando para ello que los recursos ante el orden social se limitan a los supuestos del art. 195 LC ¹¹⁵. Y por otro lado, aquellos que sostienen la aplicación del art. 197.7 LC también en este caso, y por lo tanto, admitiendo el recurso de suplicación y demás previstos en la norma laboral (LPL), y remitiendo su conocimiento al orden social ¹¹⁶. La justificación de esta posición nos parece que acierta sobre esta cuestión, por cuanto que subrayan que el art. 197.7 LC se refiere no sólo al incidente concursal laboral del art. 195 LC, sino a cualesquiera incidentes que resuelvan *acciones sociales* interpuestas ante el juez del concurso, con independencia de que las mismas se ventilen por el incidente ordinario o el laboral ¹¹⁷.

¹¹⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., págs. 81 y 82. Del mismo autor, MOLINER TAMBORERO, G. «Aspectos procesales de la Ley Concursal»; T.S., núm. 166, 2004, pág. 29. Con dudas, HERRERO PEREZUAGA, J.F., «Artículo 195»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.); cit., págs. 1959 y 1960. Obsérvese además que la gratuidad de las costas es sólo predicable del incidente laboral (art. 196.3 LC).

¹¹⁵ TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Artículos 65 a 66»; cit., pág. 776.

¹¹⁶ También, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Artículo 197»; AA.VV. (BERCOVITZ, Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*; cit., págs. 2006 y 2007. En todo caso, señala VIGUERA RUBIO («Efectos de la declaración...»; cit., pág. 41) que al ser la facultad moderadora una labor equitativa, no es revisable en casación.

¹¹⁷ MOLINER TAMBORERO, G., «Las competencias del juez mercantil...»; cit., pág. 82.