

¿Puede pactarse en el contrato laboral de alto directivo que éste no tendrá derecho de indemnización ante el desistimiento empresarial?

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho Laboral de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

I. Autonomía individual y mínimo legal

1. El alcance de la autonomía de la voluntad en la fijación de la indemnización por desistimiento empresarial en el contrato de alta dirección no resulta una cuestión pacífica, ni siquiera tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. La prioridad que la norma laboral (RD 1382/85, 1 ago., BOE, 12) concede a la voluntad de las partes puede entrar en contradicción con la regulación de mínimos contenida en la misma.

Bien es cierto que la ordenación de las fuentes reguladoras parece claramente establecida en el art. 3 de dicho reglamento: a) prevalece la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este reglamento y a cuantas sean de aplicación; b) las normas de la legislación laboral común, incluido en el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa por parte del reglamento en cuestión o cuando se haga constar específicamente en el contrato; y c) en lo no regulado por dicha norma o por el pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

2. Cuando se extingue el contrato de trabajo por desistimiento del empresario, el alto directivo tiene derecho a la indemnización pactada en el contrato y, a falta de pacto, la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades,

ex art. 11.1 RD 1382/85. El problema surge cuando expresamente las partes establecen que, en tal caso, el alto directivo no tendrá derecho a indemnización alguna. De ser así, se trata de decidir si el alcance del art. 11 RD 1382/85 permite este tipo de pactos que excluyen la indemnización del alto directivo en todo caso o, por el contrario, el contenido del citado precepto convierte el derecho a la indemnización en un derecho irrenunciable.

Por una parte, cabría entender que, atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 RD 1382/85 en el que prima la voluntad de las partes y no siendo aplicable la legislación laboral común salvo en aquellos supuestos en que existe una remisión expresa, será válido un pacto con renuncia a toda indemnización. Por el contrario, cabe considerar asimismo que lo dispuesto en el art. 11.1 RD 1382/85 constituye una norma mínima de derecho necesario y, por ende, no disponible de manera tal que la indemnización constituye un derecho que no puede ser suprimido ya que, en tal caso, la previsión normativa carecería de sentido.

II. Negativa al desistimiento empresarial de la relación de alta dirección sin indemnización

1. Ante esta contradicción, el Tribunal Supremo ha reaccionado, con una decisión difundida recientemente, oponiéndose al contrato de alta dirección sin indemnización en su STS 22 abr.14, Ar. 3599. A tal fin, utiliza varios argumentos. El primero, la estructura

del art. 11 RD 1382/85. El precepto se compone de tres elementos normativos: a) el legislador confiere directamente al alto directivo un derecho no condicionado a recibir una indemnización cuando su contrato se extinga por voluntad unilateral del empresario sin necesidad de justa causa alguna (desistimiento); b) el legislador no establece directamente la cuantía de dichas indemnizaciones sino que se remite a la que pacten las partes; c) el legislador utiliza una norma subsidiaria para el caso de que las partes no hayan pactado dicha cuantía: a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

Pues bien, dada esta estructura y contenido del precepto, *"no parece lógico interpretar que el legislador permite un pacto –como es el del caso de autos- cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria sino que consista, lisa y llanamente en eliminar toda indemnización. Si fuera así, el legislador incurriría en una palmaria contradicción con lo que él mismo establece en primer lugar y de manera terminante: el alto directivo tendrá derecho. Cabrán, pues, modulaciones varias de este derecho pero no su completa ablación"* (FJ 3).

2. El segundo argumento recurre a la *voluntas legislatoris* manifestada en el Preámbulo de la norma en el que, tras aludir a que la relación especial *"se caracteriza por la confianza recíproca que debe existir entre las partes"*, añade que precisamente por esta característica de la relación que une al directivo con la empresa se ha optado por proporcionar un amplio margen al pacto entre las partes de esta relación, como elemento de configuración del contenido de la misma. Corresponde a la norma fijar el esquema básico de la materia a tratar en el contrato, profundizando más en cuestiones como, por ejemplo, las relativas a las causas y efectos de extinción de contrato, respecto de las que se ha considerado debía existir un tratamiento normativo más completo, al ser menos susceptibles de acuerdos entre partes. *"Pues bien, no parece lógico interpretar que ese tratamiento normativo más completo (contenido, en parte, en el art. 11.1) –que el legislador justifica porque, en su opinión (acertada o no), se*

trata de una cuestión menos susceptible de acuerdo, entre las partes-, pueda consistir, paradójicamente, en permitir que las partes sean absolutamente autónomas para pactar que no exista ninguna indemnización, siendo así que la indemnización es un efecto típico de casi todas las extinciones contractuales en materia laboral, incluidas las objetivas por justa causa e incluso la extinción debida a la mera llegada del término en los contratos temporales" (FJ 4)

Por lo demás, la sentencia recuerda que el aún vigente art. 1586 CC en relación al arrendamiento de servicios establece que no pueda despedirse sin justa causa. Se considera lógico, pues, que, en el contrato basado en la mutua confianza como es el de los altos cargos, se permita el libre desistimiento, sin necesidad de alegar ni acreditar causa alguna por ambas partes. Pero no lo es que ese libre desistimiento sin causa no vaya acompañado de alguna indemnización. Es un principio general del derecho de obligaciones la indemnización de daños y perjuicios, incluso si no está expresamente prevista en el contrato, por falta de cumplimiento de éste. Y, en definitiva, la denuncia *ante tempus* de un contrato a término, como ocurre con este supuesto, sin causa es, materialmente, una falta de cumplimiento. Así, teniendo en cuenta lo previsto el art. 1107 Cc, el perjuicio que sufre el alto directivo por la pérdida de su trabajo es una consecuencia necesaria del desistimiento que debería ser siempre indemnizado. El libre desistimiento sin causa y sin indemnización alguna no parece cohonestarse muy bien con ese otro principio general del derecho de los contratos que dice que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art 1256 Cc) pues no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna (FJ 4).

III. El derecho a pactar la indemnización: una cuestión de principios

1. Argumentos los anteriores que no convencen a los firmantes del Voto Particular que acompaña a la decisión mayoritaria. En su opinión, si en el contrato de alta dirección se incluye una cláusula en la que se establece un preaviso de tres meses sin derecho a

indemnización "el desistimiento, aunque preavisado (y el simple preaviso es ya una forma de compensar la pérdida del puesto de alta dirección) no daría lugar a indemnización y no consta el más mínimo indicio que pueda acarrear, conforme al art. 1265 CC (error, violencia, intimidación o dolo), la nulidad en el consentimiento de este pacto, éste ha de tener plena validez en aplicación de lo que el al efecto dispone el art. 1255 CC, fuente y criterio regulador (art. 3.3 RD) primero y muy principal de esta relación especial".

Este Voto Particular entiende que un acuerdo expreso en este sentido no ha de considerarse contrario a la ley por varias razones. En primer lugar, porque no resultan de aplicación los principios de indisponibilidad, norma mínima de derecho necesario -absoluta o relativo- o norma más favorable o beneficiosa que, según el art. 3 LET, constituyen fuentes de la relación laboral común, en ningún caso de la especial de alta dirección. En segundo término, porque, a diferencia de pronunciamientos jurisprudenciales anteriores (sirva de ejemplo la STS 24 feb.09, Ar. 900) en los que se declaraba nula la cláusula contractual de un contrato de alta dirección que establecía la indemnización en cuantía neta - por suponer en aquel caso la vulneración de la legalidad tributaria-, aquí la indemnización prevista en el art. 11.2 RD 1382/85 no se configura como una norma imperativa sino dispositiva o incluso accesoria, supletoria o complementaria (a falta de pacto) de la autonomía de la voluntad. Y, en fin, en última instancia, porque es ese mismo precepto del RD 1382/85 el que, al remitirse a la voluntad concurrente de las partes respecto a la cuantía de la indemnización (tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato), está admitiendo implícitamente la posibilidad de que ésta sea cero contemplado también (ahora de forma expresa) que sólo en el caso de que nada se hubiera acordado al respecto (a falta de pacto) procedería la que ese mismo reglamento dispone con carácter, no sólo mínimo, sino esencialmente supletorio del silencio de las partes sobre este extremo.

2. Comoquiera que ninguna de las normas que regulan el resto el de relaciones

laborales especiales sitúan en primer plano la autonomía de la voluntad en la forma y con la intensidad que lo hace la de alta dirección, no cabe si no concluir que la primacía del principio de la autonomía de la voluntad constituye una característica exclusiva de la relación laboral especial de los altos directivos. Por tanto, si las partes acuerdan que el desistimiento empresarial no conlleve indemnización y ese pacto no tiene vicio alguno, no afecta a normas imperativas, de policía o de orden público y no perjudica a terceros, es perfectamente válido y aplicable.

IV. Exclusión de la indemnización versus indemnización inferior a la establecida en defecto de pacto

1. Una cuestión no pacífica que no deja de poner de manifiesto el alcance de la autonomía de la voluntad en un contrato basado casi exclusivamente en ella. La relación de confianza es la clave que permite ordenar las fuentes normativas en este contrato: primero, el pacto; segundo, las normas derivadas del reglamento aplicable; tercero, la legislación civil o mercantil en lo no regulado o pactado; y, por último, la legislación laboral por remisión expresa. Con todo, esta ordenación exige una aclaración y es que el "pacto" ha de estar sometido a las normas que se derivan del reglamento y a cuantas resulten de aplicación.

En este sentido, el RD 1382/85 prevé dos tipos de indemnización para cuando el contrato se extingue sin que concurra el incumplimiento contractual del alto directivo: el desistimiento empresarial (art. 11.1) y el despido improcedente (art. 11.2). Y, en coherencia con la sentencia que se analiza, el Tribunal Supremo ya consideró, en su STS 6 jun.96, Ar. 4995, que el desistimiento del empresario del art. 11.1 debe entenderse comprendido en la cláusula que establece una indemnización para los supuestos de despido improcedente del alto directivo por cuanto el término improcedente no es sinónimo, aquí, de lo previsto en el art. 55 LET (aplicable sólo en relación a la forma y a los efectos, ex art. 11.2) sino que ha de interpretarse como "alusiva a cualquier extinción o rescisión de la relación laboral que se haya efectuado sin contar

con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por un incumplimiento grave de éste” (FJ 2). Cuando el incumplimiento contractual se debe a la voluntad del trabajador no debe tener derecho a una indemnización pero “en cambio, en todos los demás supuestos de extinción lo lógico es que tenga derecho a percibir una indemnización” (FJ 2). La interpretación literal no puede ser otra que “la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación” (FJ 2).

Como en el caso del art. 11.1 (desistimiento), el art. 11.2 (despido improcedente) se remite a la cuantía de la indemnización pactada en el contrato, siendo “en su defecto” de veinte días de salario con un límite de doce mensualidades. Pues bien, siendo coherente con la jurisprudencia establecida hace décadas y considerando que la extinción de la relación de alta dirección no basada en el incumplimiento del trabajador ha de conllevar una indemnización, no parece que el pacto de “no indemnización” cumpla con el objetivo pretendido.

Lo que ya no resulta tan claro, tras la STS 22 abr.14, Ar. 3599 que se analiza, es si la fijación de una indemnización inferior a los mínimos legales (siete días en caso de desistimiento o veinte días en el supuesto de despido improcedente) merecería la misma consideración. De ser así, la norma ya no puede ser

interpretada como autonomía de la voluntad sino como norma mínima susceptible de ser mejorada por el acuerdo de las partes. Y, aun cuando, al tratarse de una sentencia dictada en unificación de doctrina, opta por una de las dos decisiones contrastadas y en ella se apunta expresamente que el art. 11.1 constituye un mínimo susceptible de ser mejorado, la decisión del Tribunal Supremo únicamente se centra en dilucidar si cabe o no una cláusula que excluya la indemnización del alto directivo (extinción *ad nutum*), no que la rebaje. De hecho, la sentencia considera lógico que el legislador permita un pacto cuyo contenido fije una cuantía diferente a esta subsidiaria pero no que “*lisa y llanamente elimine toda indemnización*”. Por lo que, en su opinión, cabrán “*modulaciones varias de ese derecho pero no su completa ablación*” (FJ 3).

Si eso es así, si se permite que las partes determinen la cuantía de la indemnización sin contemplar el mínimo establecido en la norma “a falta de pacto”, entonces una cuantía manifiestamente inferior, residual o meramente testimonial serviría para cumplir la condición establecida por el legislador (indemnización pactada). El efecto económico sería prácticamente el mismo que el de no fijar indemnización pero la objeción jurídica quedaría invalidada al contener el contrato un pacto indemnizatorio. Un planteamiento más para sucesivas decisiones judiciales.