

Laboral

Los contratos de los altos directivos —y de los consejeros ejecutivos— en riesgo por el plan de reestructuración concursal

El derecho preconcursal creado en la última reforma de la legislación mercantil prevé la intervención del juez en la modulación de la indemnización del alto directivo —y del consejero ejecutivo— cuando el plan de reestructuración así lo exija y en defecto de pacto. Esta regulación genera dudas no sólo sustantivas, sino también procesales, como el empleo del incidente concursal y, en su caso, del recurso de suplicación, previstos fundamentalmente para acciones colectivas, no individuales.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Entre las múltiples novedades de la Ley Concursal tras su última reforma aprobada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (BOE de 6 de septiembre), se encuentra la regulación de los contratos laborales de alta dirección. Dentro del libro II sobre el derecho preconcursal y en el título III destinado a la regulación de los planes de reestructuración, el capítulo II se dedica a los créditos y contratos afectados por estos planes, entre otros, los contratos laborales de alta dirección (art. 621 de la Ley Concursal —TRL—). Y, aun cuando el título del precepto se refiera exclusivamente a los altos directivos, su regulación se extiende asimismo a los consejeros ejecutivos, en un intento de superación de la tesis ya obsoleta sobre la teoría del vínculo en el caso de estos

últimos. Pero, más allá de esta interesante polémica («¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?», *Análisis GA_P*, abril del 2022), conviene analizar los efectos de esta regulación en los contratos de alta dirección que, aunque ya conocían una regulación similar en anteriores normas concursales y también en la vigente (arts. 186 a 188 TRLC, básicamente), adquieren una significación especial en el derecho preconcursal.

En virtud de esta nueva regulación, cuando resulte necesario para el buen fin de la salvación de la empresa, el plan de reestructuración podrá prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos

y con el personal de alta dirección. Si se opta por la extinción, a falta de acuerdo, el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos. Si la opción fuera la de la suspensión contractual, el contrato podrá ser extinguido a voluntad del consejero ejecutivo o del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización antes indicada.

La regulación es importante por varias razones, pero una de las fundamentales es la excepción que introduce a la regulación autónoma de las condiciones laborales del contrato de alta dirección, sustituida ahora por una intervención heterónoma del juez que habrá de ponderar los distintos intereses en conflicto en el plan de reestructuración. Es cierto que la norma sólo permite la intervención judicial en defecto de pacto y es previsible que, dada la participación protagonista que estos altos directivos pueden tener en el planteamiento y negociación de los planes de reestructuración, seguirán blindando, como suelen hacer en su contrato inicial, cualquier indemnización contra toda intervención de terceros. Es improbable —prácticamente imposible en una pyme— instar un plan de reestructuración no promovido o no negociado por la empresa, en la que el alto directivo o el consejero, a buen seguro, tendrá una presencia dominical. En cualquier caso, no parece razonable que estos directivos vayan a admitir una drástica reducción de su indemnización como consecuencia de la reestructuración de la empresa. Resultará más sencillo que, o bien el plan no considere la cuestión de la indemnización —en cuyo caso, el juez no podrá intervenir, siguiendo la dicción de este precepto—, o

que se incluya en el plan un acuerdo con la empresa sobre este punto, evitando así cualquier pronunciamiento judicial al respecto. Mas cabe la posibilidad de que la empresa priorice su reestructuración sobre el destino del alto directivo y no exista acuerdo, debiendo el juez homologar un plan en el que conste la suspensión o la extinción del contrato del alto directivo.

2. Comenzando por la suspensión, no parece que el legislador concursal demuestre un interés específico en su regulación (a diferencia de lo que sí hará, como se expondrá a continuación, con la extinción contractual). La única intervención es para prever que, en caso de suspensión, el contrato podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, con el derecho de indemnización contenido en esta legislación concursal.

Partiendo, pues, de una ausencia de regulación específica sobre la suspensión más allá de la apuntada por la posibilidad de extinguir el contrato, conviene recordar que la fuente reguladora de esta relación laboral de carácter especial es, primero, la voluntad de las partes con los límites establecidos en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (*BOE* de 12 de agosto), por el que se regula esta relación especial; después, en lo que no se regule por esta norma específica o por acuerdo contractual, se aplicará la legislación civil o mercantil y sus principios generales y, en última instancia, se considera que sólo son aplicables las normas laborales comunes, incluido el Estatuto de los Trabajadores, cuando se produzca remisión expresa del citado real decreto o cuando se haga constar específicamente por las partes en el contrato.

Sin embargo, existe una regulación indirecta en la propia norma que rige esta relación especial derivada de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985. Se trata

de la situación en la que se encuentra un trabajador de la empresa vinculado con una relación común que obtiene una promoción en su responsabilidad para ejercer la actividad de alta dirección en esa misma empresa o en otra en la que se mantenga una relación de grupo o similar. El contrato, que en este caso deberá formalizarse por escrito, habrá de contener expresamente si la relación especial sustituye a la común anterior o si esta última tan sólo se suspende. De no establecer nada, se entenderá que la relación común queda suspendida. Pero, si se opta por la sustitución, la «novación sólo producirá efectos una vez transcurridos dos años desde el correspondiente acuerdo novatorio». Y, si se tratara de la suspensión de una relación laboral común que pasa a ser especial, cuando esta última se extinga, el trabajador tiene derecho a optar por reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de la indemnización o de las indemnizaciones derivadas de dicha extinción. Esta opción no será posible cuando el contrato del alto directivo finalice por despido disciplinario procedente.

La adaptación de esta regulación a las condiciones del concurso con el plan de reestructuración no debería generar problemas. En principio, el artículo 621 de la Ley Concursal prevé la suspensión del contrato de alta dirección, por lo que, *a priori*, se trata de una situación no encuadrable en la descrita por la norma laboral —suspensión de la relación común, promoción a la alta dirección, extinción del contrato de alta dirección y recuperación del carácter común de la relación—. Sin embargo, las condiciones de la suspensión no se derivan ni del régimen del concurso ni de la regulación laboral. Si hay pacto, prevalecerá este último; si no lo hay, predominará la legislación civil o mercantil, que para estos casos no recoge una ordenación específica. Sí lo hace, sin embargo, el régimen laboral común, cuya normativa se impone por

remisión expresa del artículo 15 del Real Decreto 1382/1985 cuando dispone que el contrato de alta dirección podrá suspenderse por las causas recogidas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores (LET). En un supuesto como el que aquí se analiza parece que estará justificada la aplicación de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 45.1j y 47 LET, respectivamente). Y, comoquiera que la relación suspendida exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, sólo la cobertura prevista en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores —los denominados *expedientes de regulación temporal de empleo* y la protección por desempleo desarrollada en relación con ellos— será la única dispensada por el ordenamiento laboral y de seguridad social, a falta de acuerdo entre las partes.

Pero esta solución se complica en el supuesto que nos ocupa por dos razones. La primera, porque no parece preverse el propio desarrollo de un expediente de regulación temporal de empleo en sede preconcursal, a diferencia de lo que ocurre con algunos procedimientos colectivos previstos expresamente cuando se declara el concurso. De esta forma, la suspensión del contrato de alta dirección no podrá obtener una cobertura económica de ser necesaria la intervención del juez. Tampoco se establece el tiempo de suspensión contractual, salvo que el plan prevea expresamente su incardinación sobre la forma de reactivar el contrato en el desarrollo de la reestructuración o que la suspensión se halle condicionada a la deriva del plan, de tal forma que, si éste no prosperara, el contrato se consideraría directamente extinguido, salvo acuerdo en contrario de las partes. Y la segunda razón es que, aun cuando el alto directivo puede ser beneficiario de la protección por desempleo, la mera suspensión contractual no se considera situación

legal de desempleo, salvo que se trate de alguno de los supuestos expresamente consignados en el artículo 267 de la Ley General de la Seguridad Social.

3. La situación tampoco parece más sencilla en la extinción del contrato de alta dirección derivada del plan de reestructuración siempre que se estime necesaria para el buen funcionamiento de esta última. En tal caso, el juez, en defecto de acuerdo, podrá modular la indemnización por la extinción del contrato del alto directivo, dejando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato. El límite que se le impone al juez en su decisión es el de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, esto es, el de veinte días de indemnización por cada año trabajado, con un límite de doce mensualidades.

Esta norma genera numerosas dudas. Una destaca, con todo, sobre el resto: si el límite al que se refiere el legislador concursal es mínimo o máximo; porque lo habitual en el contrato de alta dirección es blindar una indemnización elevada para los supuestos de extinción contractual. Ahora el juez puede modularla en función de los intereses de la empresa y recurre a la indemnización del despido colectivo —idéntica a la del despido objetivo que, quizá, hubiera resultado más idónea en este supuesto, en principio ajeno a los elementos característicos de una extinción de naturaleza colectiva, salvo el objeto de la reestructuración—. Dadas las circunstancias, cabe deducir que se trata de un límite máximo, no superable por el juez por decisión del legislador; porque, en definitiva, si se ha optado por intervenir en la autonomía contractual, es previsiblemente por el coste económico que supone el contrato de alta dirección. Mas también podría resultar un límite mínimo, por dos razones: la primera, porque nada impide en el despido colec-

tivo pactar una indemnización superior a la establecida legalmente, y la segunda, porque la indemnización prevista inicialmente en el contrato del alto directivo podría ser mayor, con lo que, en la modulación que ha de efectuar el juez, podría prevalecer una cuantía superior a ésta de referencia para ejercer una ponderación de los perjuicios que ha de soportar el alto directivo como consecuencia de la reestructuración.

Pero podría no ser así. El artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 prevé que, de extinguirse el contrato por voluntad del empresario, la indemnización será la pactada en el contrato y, en defecto de pacto, la equivalente a siete días de salario en metálico por cada año de servicio, con el límite de seis mensualidades, salvo en dos supuestos: cuando se trate de un despido procedente, en cuyo caso no corresponderá indemnización alguna, o cuando el despido se califique de improcedente, para el que se establece una indemnización, en defecto de pacto, de veinte días de salario en metálico por cada año trabajado, con un límite de doce mensualidades. Pues bien, si se parte de la indemnización por defecto —la de los siete días de salario con el límite de seis mensualidades—, el artículo 621 de la Ley Concursal incrementa de manera sustancial esta cuantía, por lo que procedería interpretar que lo dispuesto en dicho precepto constituye un máximo para el juez. Sin embargo, si se interpreta que, dadas las circunstancias en las que se produce —el plan de reestructuración empresarial—, la extinción del contrato del alto directivo debe ser considerada un «despido», en realidad la legislación preconcursal se iguala a la regulación laboral especial, en la que la cuantía de veinte días de salario con límite de doce mensualidades no figura como un máximo, sino, bien al contrario, es la indemnización que, como mínimo, corresponderá en tal circunstancia al alto directivo. El acuerdo de las partes con

una cantidad indemnizatoria superior a la prevista legalmente no admite objeción alguna.

Probablemente la decisión pase por efectuar una interpretación integradora de las tres regulaciones concurrentes —la preconcursal, la laboral especial y la laboral común—, entendiendo que el límite establecido por el legislador concursal constituye un mínimo, pero que será difícil que, en su modulación, el juez lo aumente, convirtiéndolo, *de facto*, en un máximo.

Cabría asimismo considerar si las partes podrían pactar que, en estas circunstancias, el alto directivo no tiene derecho a ningún tipo de indemnización. En principio, debería resolverse de forma negativa, pues, aunque se esté ante una nueva regulación y se realice para que las consecuencias se produzcan en sede preconcursal, primará lo que, en su día estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril del 2014, Ar. 3599. En atención a ella, el artículo 11 del Real Decreto 1382/85 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 esa 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).

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 artículo 1107 del Código Civil (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 en el que se establece 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 (STS de 22 de abril del 2014, Ar. 3599, FJ 4). La sentencia se acompaña, no obstante, de un voto particular discrepante que considera que la indemnización prevista en el artículo 11.2 del Real Decreto 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, por lo que, de existir pacto, independientemente de su cuantía, deberá prevalecer. Es más, cabría añadir que la norma protege la imposibilidad de disponer *ex ante* por renuncia de derechos, pero no puede evitar que se disponga *ex post*, esto es, cuando el derecho ya ha sido consolidado, momento en el cual el alto directivo puede obrar con total libertad, disponiendo plenamente de la indemnización correspondiente, incluso renunciando a ella.

Por lo demás, conviene efectuar dos precisiones adicionales: la primera, que no coincide el preaviso establecido en la regulación de la relación especial —tres meses como mínimo, *ex artículo 11.1 por remisión al artículo 10.1 del Real Decreto 1382/1985*— con el precisado ahora en la ley concursal —un mes de preaviso únicamente—; la segunda, que el artículo 12 de dicho real decreto prevé la posibilidad de que el contrato del alto directivo se extinga por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, lo que permitiría la inclusión de esta extinción en los procedimientos colectivos de despido —por las causas apuntadas— y, quizá, también a las suspensiones colectivas —los expedientes de regulación temporal de empleo antes expuestos—.

4. No concluye aquí el interés de este nuevo precepto si se atiende a que las controversias que se susciten en relación con él deberán tramitarse por un incidente concursal ante el juez competente para la homologación, siendo recurrible en suplicación la sentencia que se dicte al respecto, *ex artículo 621 de la Ley Concursal*.

Mas el recurso de suplicación (*art. 551 TRLC*) está previsto para acciones de naturaleza colectiva (se admite contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo), aceptándose en estos casos también la interposición del resto de los recursos previstos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas. La legitimación corresponde aquí a la administración concursal, al concursado, a los trabajadores por medio de sus representantes y al Fondo de Garantía Salarial, así como, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, a las entidades que lo integren.

No parece encajar en este esquema la demanda de un alto directivo. Salvo que se atienda a la precisión que este mismo artículo 551 de la Ley Concursal reconoce al admitir el recurso de suplicación «contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso». Mas la nueva regulación del artículo 621 de la Ley Concursal no tiene acomodo en un incidente —«¿concursal?»— planteado en la fase de homologación de un plan de reestructuración —previa al concurso—. Ni tampoco se alcanza a comprender por qué el recurso de suplicación admitido en la Ley Concursal para cuestiones colectivas se extiende ahora a un conflicto de naturaleza individual.