

**TRATAMIENTO EN LA NUEVA LEY CONCURSAL DEL
PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y DE LA VENTA DE UNIDAD
PRODUCTIVA**

***TREATMENT AT THE NEW BANKRUPTCY LAW OF THE SENIOR
MANAGEMENT PERSONNEL AND THE SALE OF A PRODUCTIVE
UNIT***

CAROLINA BLASCO JOVER

Profesora Titular Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alicante

<https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Cómo citar este trabajo: Blasco Jover, C. (2021). Tratamiento jurídico de la venta de unidad productiva y del personal de alta dirección en la nueva ley concursal. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), 422–453. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6047>

RESUMEN

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal incorpora importantes novedades en materia laboral. Entre ellas, las que tienen que ver con la venta de la unidad productiva en sede concursal. En este trabajo, se analizan las nuevas reglas competenciales en la materia y la limitación de la responsabilidad del adquirente. La innovación que, al respecto, plantea la norma concursal, sin embargo, arroja ciertas dudas sobre la existencia de un posible supuesto de *ultra vires*. Por lo demás, en este trabajo también se va a dar oportuna cuenta del tratamiento que se le dispensa en la norma al personal de alta dirección y a la introducción que se efectúa de la figura del director general.

PALABRAS CLAVE: concurso, venta de unidad productiva autónoma, alto directivo, director general.

ABSTRACT

Bankruptcy Law incorporates important developments in the labour field. Some of them related to the sale of operating units during insolvency stages. This work analyses the new regulations and the limitation of the buyer's liability. However, the new Bankruptcy Law casts doubt on the existence of a possible ultra vires case. Furthermore, this work will also address how the senior management personnel is treated in the Law and the introduction of the managing director figure.

KEYWORDS: bankruptcy, sale of operating unit, senior manager, managing director.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La venta de la unidad productiva autónoma en el concurso: cuestiones laborales.

1. Reglas competenciales.

1.1. La situación anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido.

1.2. El nuevo escenario competencial que dibuja la entrada en vigor del Texto Refundido.

1.2.1. Una aclaración previa: el concepto de unidad productiva.

1.2.2. El favor por la competencia del juez del concurso.

2. La asunción de responsabilidades por el nuevo adquirente de la unidad productiva.

2.1. La situación anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido.

2.2. La limitación de responsabilidades tras la entrada en vigor del Texto Refundido.

III. El tratamiento del personal de alta dirección en la nueva norma concursal.

1. Una aclaración previa: el alto directivo.

2. Efectos del concurso sobre el alto directivo.

2.1. La extinción o suspensión del contrato por decisión de la administración concursal.

2.2. La extinción del contrato por voluntad del alto directivo.

2.3. La moderación de la indemnización y el aplazamiento del pago.

2.3.1. La moderación de la indemnización.

2.3.2. *El aplazamiento de la indemnización.*

3. *El director general*

Bibliografía

I. Introducción

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) viene a dar una nueva y necesaria ordenación a las normas concursales. Sabido es que la primigenia Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) fue objeto de sucesivas reformas y modificaciones que obligaron a realizar ímprobos esfuerzos interpretativos a los operadores jurídicos al sustituirse principios, enmendarse los redactados originales y ofrecer nuevas soluciones acomodadas a las controversias que en la práctica iban surgiendo. Los parcheos –si se permite la expresión– han sido constantes y ello en aras a dotar de una mayor flexibilidad al sistema normativo concursal y, por ende, de una mayor eficacia y eficiencia. De esta forma, fue a partir del año 2009 cuando la norma de 2003 entra en un bucle de reformas y contrarreformas al albur de las urgencias del momento histórico de que se tratase. Sin ánimo de exhaustividad, puede citarse el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que pretendía, en aquel contexto de crisis económica iniciado en 2008, facilitar la refinanciación de las empresas en dificultades financieras, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas afectados por procedimientos colectivos. A esta norma le siguió la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que introdujo modificaciones de hondo calado en el texto normativo de 2003. Y es que, a pesar de que en su Exposición de Motivos pueda leerse que la reforma que por ella se lleva a cabo no es “radical” ni supone un “giro copernicano” con respecto al texto legal en vigor, lo cierto es que acometía una transformación global por la que se pretendía una actualización integral del sistema concursal para adaptarlo a la situación económica del momento, dotando al concurso de una mayor seguridad jurídica, posibilitando nuevas vías alternativas para buscar el equilibrio entre la viabilidad de la empresa y la necesaria garantía judicial, simplificando y agilizando la tramitación procesal y efectuando, de nuevo, una notable mejora de la posición de los trabajadores.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, también introdujo, por su parte, ciertos ajustes en la norma de 2003, pero fue con la actividad legislativa del bienio 2014 y 2015 cuando el texto dio un salto cualitativo en su evolución. Así y en breve síntesis, el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial se centraba en la mejora del marco legal preconcursal con la finalidad de que la empresa que se encontrase en situación de insolvencia pudiera resolver la situación sin necesidad de acudir al proceso judicial. Por su parte, con el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de

septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, el legislador quiso reforzar las instituciones del convenio y de la liquidación para facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial. Muy seguidamente, con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, se introdujeron novedades con respecto a la redacción de la norma concursal dada por el Real Decreto Ley 4/2014, al tiempo que se modificaron las disposiciones que regían la administración concursal para intentar convertirla en una institución más eficiente. Por su parte, el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social supuso un avance en el tratamiento de la insolvencia de la persona física, al tiempo que modificaba, para clarificarlas, ciertas normas concursales como las concernientes a las personas especialmente relacionadas con el concursado persona física o jurídica. Finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, introdujo, entre otras, reformas en materia de acuerdos de refinanciación, convenio, liquidación y calificación del concurso y adoptó una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad a fin de eliminar ciertas trabas que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, dificultaban su venta.

Las comentadas y otras tantas modificaciones más hacían necesaria la intervención del legislador para aclarar y armonizar el maremágnum de resoluciones legislativas que incidieron, unas en mayor medida que otras, unas con mayor fortuna que otras, en el texto primitivo de la norma concursal. Es por ello por lo que ya en la última de las resoluciones legislativas citadas, en la Ley 9/2015, se introdujo una disposición final octava en la que se habilitaba al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido por el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen los textos legales vigentes. La nueva norma, el TRLC, entra en vigor en septiembre de 2020 e incluye una nueva sistemática legal, en tanto que se pasa de 242 artículos a nada más y nada menos que 752, divididos en tres libros, concurso de acreedores, Derecho preconcursal y Derecho internacional privado. Se pretende con la nueva norma –aunque este fin siempre ha estado latente en las sucesivas modificaciones– dotar de una mayor seguridad jurídica al sistema, ordenando un texto que las continuas reformas habían desordenado, pretendiendo hacer más fáciles de comprender las proposiciones normativas y eliminando ciertas contradicciones. Cuestión distinta es que, en esa ardua tarea, el Ejecutivo pueda haberse extralimitado de los términos de la delegación legislativa, incurriendo, posiblemente y en algunas ocasiones, como se tendrá ocasión de comentar, en *ultra vires*.

Con todo, no puede negarse que ahora el texto parece tener una mayor coherencia interna y un mayor empaque, algo que es necesario en unos tiempos como los actuales en los que la conflictividad laboral se ha disparado a causa de los estragos que, a nivel económico, ha provocado la crisis sanitaria derivada de la COVID-19. Tiempo habrá en los años venideros para comprobar si este texto concursal era el que se necesitaba o si será imperioso acometer sucesivas reformas en su articulado para efectuar las oportunas

correcciones de técnica legislativa o para adaptarlo a las nuevas necesidades sociales y económicas. El propósito de este trabajo, sin embargo, es otro, más modesto. No se pretende, desde luego, ni realizar una revisión crítica de la norma ni acometer el estudio –inabarcable– de todos y cada uno de los artículos de los que se compone o, al límite, de los que tratan materias laborales. De lo que se trata, más bien, es de dar cuenta, por un lado, de las reformas que se han introducido en lo que atañe a la venta en sede concursal de una unidad productiva autónoma y, por otro, del tratamiento que la norma dispensa a los altos cargos y, ahora también, a los directores generales.

II. La venta de la unidad productiva autónoma en el concurso: cuestiones laborales

Sobre la venta de una unidad productiva en sede concursal son dos las cuestiones que, a efectos laborales, interesan. De un lado, cuál es el órgano judicial competente para declarar que tal operación implica la aplicación de los resortes legales del art. 44 ET. De otro, cuál debe ser la concreta responsabilidad que asuma el adquirente de la unidad concursada sobre los contratos de trabajo. La respuesta a una y a otra cuestión parece fácil de vislumbrar de atender estrictamente a la perspectiva laboral del fenómeno. No obstante, el hecho de que el negocio jurídico se celebre en el marco concursal puede implicar que el asunto se vea desde otro punto de vista muy distinto, el de agilizar en la medida de lo posible la transmisión concursal y, por ende, el pago de los créditos con un nuevo activo con el que hacer frente a los mismos. A ambas cuestiones da cumplida respuesta el Texto Refundido de la Ley Concursal, aunque quizá, como se verá, cometiendo un exceso legislativo que puede tener, ciertamente, serias consecuencias jurídicas. Veamos.

1. Reglas competenciales

1.1. La situación anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido

Como se ha dicho, una de las primeras cuestiones que se plantean cuando acontece una enajenación de unidad productiva en fase de concurso es la determinación de la competencia para declarar la existencia de una sucesión de empresa *ex* art. 44 ET. El art. 8 LC guardaba silencio al respecto, atribuyendo y de forma expresa la competencia al juez del concurso sobre determinadas materias laborales, en concreto, “la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección”. Siendo ello así, bien podía entenderse que sobre aquellas materias no incluidas en el precepto legal el juez mercantil no podía arrogarse competencia alguna, más allá de la prejudicial que preveía el art. 9 LC. Ello no obstante, el asunto rápidamente provocó la aparición de pronunciamientos contradictorios en sede judicial, defendiendo unos la competencia del juez del concurso en tanto que la venta se realizaba en el marco de un expediente concursal, determinando este origen la atribución competencial¹, y sosteniendo otros, por el contrario, que la competencia debía atribuírsele al orden social tanto por la aplicación

¹ Así, por ejemplo, STSJ de Andalucía/Sevilla (Sala de lo Social) de 30 de junio de 2015 (Rec. 209/2014).

en contrario del art. 8 LC como porque el adquirente resultaba ser un tercero ajeno al proceso concursal.² El problema básicamente era una cuestión de perspectiva, de decidir sobre dónde debía ponerse el foco de atención, si en la entidad transmitida y concursada o en la entidad adquirente.

La solución llegó de la mano de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que, en varias sentencias³, dictaminó y sentó que la competencia sobre el asunto debía corresponder al orden social. Y ello sobre la base mencionada anteriormente, es decir, en tanto que en el asunto se encuentra implicada una empresa ajena al concurso, que no figura ni como deudora ni como acreedora y que sólo se limita a comprar una entidad concursada, un activo de la masa. Como contrapartida, el juez del concurso podría arrogarse la competencia para pronunciarse sobre la existencia de la sucesión empresarial, pero –y aquí está el *quid* de la cuestión– sólo a efectos prejudiciales, pudiendo, por tanto, su decisión ser cuestionada en el orden social.

1.2. El nuevo escenario competencial que dibuja la entrada en vigor del Texto Refundido

Sucede, sin embargo, que con el planteamiento anterior rompe abruptamente la nueva legislación concursal. Así, es el art. 221.2 TRLC el que atribuye de forma expresa y sin ambages al juez del concurso la competencia “para declarar la existencia de sucesión de empresa”, norma que se complementa con lo dispuesto en el número uno de aquel precepto que señala que “en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa”. Ello supone, por lo tanto, que corresponde únicamente al juez mercantil valorar si lo que se enajena es una unidad productiva y declarar, si así lo estima, que existe sucesión de empresa con todo (o casi todo, como después se verá) lo que ello implica.

1.2.1. Una aclaración previa: el concepto de unidad productiva

Visto el tenor del art. 221 TRLC, es esencial, en primer lugar, determinar qué debe entenderse en sede concursal por “unidad productiva”. A este respecto, el art. 200.2 TRLC señala que tal concepto alude al “conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria”. La definición básicamente concuerda con la que aparece en el art. 44.2 ET, pero con una matización: ninguna referencia se hace a que tal conjunto de medios conserve su identidad, como así lo exige la norma estatutaria y lo exigía, por cierto, la anterior norma concursal (art. 149.4 LC). ¿Puede ello conducir a pensar que la unidad productiva transmitida en sede concursal es distinta de la que se transmite en sede laboral? ¿Son, a la postre, dos conceptos distintos? A mi modo de ver, la

² Sobre ello, COSTA DE MAZARREDO, Almudena, “Transmisión de empresas y responsabilidad del adquirente a efectos laborales y de seguridad social en la fase de liquidación del concurso de acreedores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n.º 47, p. 257.

³ Especialmente, SSTS (Sala de lo Social) de 10 de febrero de 2021 (Rec. 3740/2018), de 8 de julio de 2020 (Rec. 1496/2018), de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016), de 11 de enero de 2018 (Rec. 3290/2015), de 5 de julio de 2017 (Rec. 563/2015), de 18 de mayo de 2017 (Rec. 1645/2015) y de 11 de enero de 2017 (Rec. 1689/2015). Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus autos de 9 de diciembre de 2015 (conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (conflicto 1/2016).

respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa. Comoquiera que la exigencia del mantenimiento de la identidad deriva del Derecho europeo, de la Directiva 2001/23/CE, es factible considerar que la no alusión en el nuevo precepto concursal carece de relevancia práctica, por lo que también en sede de concurso se hace necesario que la entidad transmitida conserve su independencia.

Por lo tanto y en consecuencia, el juez del concurso estará obligado a declarar la existencia de la sucesión empresarial cuando la entidad transmitida cambie de titularidad, afectando esa transmisión a una entidad económica organizada de forma estable, constituida por un conjunto coordinado de elementos y/o personas⁴, que mantenga su identidad, algo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude⁵ y de que exista un vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los diversos factores de producción. Más allá de esto, la STJUE de 6 de marzo de 2014, *Amatori*⁶, incluso se ha planteado el interrogante acerca de si la unidad económica de que se trate debe gozar, con anterioridad a la transmisión en particular, de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a “las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectados, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario”. Pues bien, al respecto, señala la sentencia que, en el caso de que “la unidad transferida no dispusiera, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE”.

La interpretación, que se alinea, por cierto, con lo querido por el legislador español⁷, no deja margen a la incertidumbre, debiendo entenderse que no basta con que el conjunto de elementos humanos y/o materiales transmitidos sean aptos para funcionar de modo independiente; cuando se ceden ya deben estar funcionando de tal forma y, si no es así, el trasvase de trabajadores de una empresa a otra o de una parte de la empresa a otra requeriría de su consentimiento. La salvedad podría introducirla, esto no obstante, la norma nacional, que, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores en

⁴ Sobre la comprensión como fenómeno sucesorio de la transmisión de plantilla en actividades que descansan fundamentalmente sobre la mano de obra, STJCE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95 y STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, por todas.

⁵ Recientemente, se ha matizado que el fenómeno sucesorio y, en concreto, la Directiva 2001/23/CE debe interpretarse en el sentido de que se aplica a la transmisión de una unidad de producción cuando el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente actúan con vistas a que el cesionario continúe con la actividad económica ejercida por el cedente, pero también a la posterior desaparición del propio cesionario en el marco de una liquidación. Sobre ello, STJUE de 13 de junio de 2019, *Ellinika Nafpigeia AE*, asunto C-664/17. Por lo demás, se ha puntualizado igualmente que la posterior modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación de la Directiva 2001/23/CE. Al respecto, STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Jouini*, asunto C-458/05.

⁶ Aplicando esta doctrina en el ámbito nacional, SAN (Sala de lo Social) de 27 de febrero de 2015 (Proc. 303/2014).

⁷ Si, para el art. 44.2 ET, la entidad debe “mantener su identidad”, ello quiere decir que la misma debe preexistir al acto de sucesión.

más supuestos, podría considerar ampliar la protección a aquellas situaciones en las que la parte de la empresa que se trasmite no constituya “una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión”. No creo, sin embargo, que ésta haya sido la intención del legislador concursal, pues la omisión de la que adolece el art. 200.2 TRLC parece deberse más a un olvido no intencionado fruto del esfuerzo de refundición que a un intento de ir más allá de lo pretendido en el art. 44 ET, cosa que, por otro lado, no le incumbe a una norma como la actual cuyos límites están –o habrían de estar– muy delimitados por la delegación legislativa.

Por lo demás, en fin, está del todo punto asentado considerar que, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración, además y evaluándose en su conjunto, todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión⁸, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela⁹, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.¹⁰

1.2.2. El favor por la competencia del juez del concurso

Visto, pues, que el concepto de unidad productiva que maneja el Texto Refundido debe necesariamente ser complementado con su homólogo en el ámbito laboral, puesto que ambos son uno solo, entra en juego ahora lo dispuesto en el número dos del art. 221 TRLC, la atribución competencial al juez del concurso. Y es que éste, tras la oportuna valoración de todas las circunstancias, será, como ya se adelantó, el único competente para determinar, primero, si lo transmitido encaja en el concepto de unidad productiva autónoma y, segundo, para declarar, en su caso, la aplicabilidad de las garantías previstas en el art. 44 ET. Desde este punto de vista, la designación de la competencia en favor del juez del concurso no puede tener otro objetivo –creo que es evidente– que el de ofrecer seguridad jurídica al adquirente de la unidad concursada, pues se le asegura la certeza, al menos de inicio, sobre las deudas y obligaciones que va a adquirir. Y esto es algo que, además, se alinea con lo pretendido por la nueva norma concursal, pues, si se lee con atención su preámbulo, se observará que lo deseado por el legislador ha sido,

⁸ Y es que empieza a adquirir importancia la transmisión de activos inmateriales, como *know how*, software, datos, patentes y hardware de desarrollo. Al respecto, STJUE de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg*, asunto C-458/12 y STSJ de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 23 de junio de 2011 (Rec. 1223/2011).

⁹ Especialmente en supuestos en los que ha de considerarse cautiva. Así, STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01, STS (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003) y SSTSJ Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social) de 14 de febrero de 1995 y Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 7 de marzo de 2001 (Rec. 310/2001).

¹⁰ SSTJUE de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva*, asunto C-160/14, de 15 de diciembre de 2005, *Guney-Gorres*, asunto C-232/04, de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01 y de 19 de septiembre de 1996, *Rygaard*, asunto C-48/94, entre otras. Y, en el ámbito interno, STS (Sala de lo Social) de 15 de diciembre de 2005 (Rec. 1258/2014) y de 19 de septiembre de 1995 (Rec. 3483/1994) y STSJ de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 21 de junio de 2006 (Rec. 1581/2006), entre otras muchas.

precisamente, simplificar el proceso, aumentar su eficiencia y aligerar costes a fin de que el Derecho Concursal se convierta “en una herramienta fundamental para la conservación del tejido empresarial y del empleo”.

Siendo tal la finalidad, la posible duda interpretativa que, además, podía quedar ya no existe o, al menos, a mi modo de ver. Fíjese que el número dos del art. 221 TRLC señala que es competente el juez mercantil “para declarar la existencia de sucesión de empresa”. La literalidad de la norma podría conducir a pensar que la competencia únicamente se extiende a esa mera constatación y no a los efectos y alcance de la responsabilidad que se deriva de la aplicación del art. 44 ET. En mi opinión, tal interpretación no puede sostenerse quizá simplemente por una reducción al absurdo. No es factible pensar que la nueva norma concursal pretenda simplificar el proceso evitando el mayor número de incertidumbres posibles, para luego entender que el juez del concurso sería competente para conocer de un aspecto de la sucesión, pero no de otro. Entiendo que si se le ha atribuido la competencia es a efectos plenos, debiendo considerarse que lo que ha pretendido el legislador es que la decisión del juez del concurso sea respetada por el resto de órdenes jurisdiccionales, singularmente, por el social.

La opción, visto el asunto desde esta perspectiva, me parece plausible y a ello creo que no empece lo dispuesto en el art. 53 TRLC sobre la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral. Ciertamente es que en el listado de cuestiones laborales que contempla el mencionado precepto y sobre las que al juez del concurso se le atribuye competencia en exclusiva no se encuentra la sucesión de empresa y, ciertamente, ello podría dar pie a una interpretación según la cual la competencia que se le atribuye a este juez por el art. 221.2 TRLC podría considerarse de carácter prejudicial. Pero tanto una interpretación sistemática de la nueva norma concursal como otra finalista del texto habida cuenta de lo pretendido por el legislador, deben conducir a considerar, en mi opinión, que la competencia del juez del concurso en materia de transmisión de empresa es exclusiva y excluyente.

Otra cosa será determinar si la decisión del juez del concurso resolviendo acerca de la existencia o no de una sucesión empresarial puede ser recurrible en suplicación y en casación ante el orden social por mor del art. 551 TRLC. La cuestión no es en absoluto irrelevante, desde luego, en tanto que se trata de decidir acerca de si la jurisdicción social puede revisar de alguna forma, aunque ya en sede de recurso, la conclusión alcanzada por el juez mercantil o si ésta, más bien, es definitiva. Ciertamente, en el precepto ninguna referencia se hace al fenómeno sucesorio, por lo que podría parecer que sólo y únicamente aquellas materias que se encuentran citadas en él¹¹ podrán ser objeto de recurso en el orden social. Evidentemente, esta tesis conduce a pensar que, en esta concreta materia, la decisión del juez del concurso es definitiva y no cabe frente a ella impugnación alguna, como, por otra parte, así acontecía con la anterior norma concursal (art. 149.1.11 LC). No obstante y a mi modo de ver, en tanto que, esta vez, ninguna disposición del Texto

¹¹ Al efecto, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión de contratos o reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tengan carácter colectivo.

Refundido indica que la decisión del juez mercantil en este sentido sea irrecurrible¹², creo que existiría un modo de salvar esta eventualidad. Así, podría entenderse que el auto en el que se resolviera sobre la enajenación y que contuviera, en su caso, el pronunciamiento sobre la existencia (o no) de una sucesión empresarial sería impugnable en suplicación y en casación por la vía de una interpretación amplia, integradora y coherente del art. 551.1 TRLC. Ésta, como digo, sería una forma de solventar la cuestión de la recurribilidad o irrecurribilidad de la decisión del órgano judicial mercantil. Otro modo, desde luego, será entender que la norma concursal incurre en este punto de la atribución competencial en *ultra vires* y que, por lo tanto, los jueces sociales pueden ignorar lo en ella previsto y desatender la decisión del juez mercantil. La posibilidad, ciertamente, es muy real, por lo que después se apuntará.¹³

2. La asunción de responsabilidades por el nuevo adquirente de la unidad productiva

2.1. La situación anterior a la entrada en vigor del Texto Refundido

Otro tema candente en materia de sucesión empresarial en sede de concurso es la extensión de las responsabilidades laborales. La duda se planteaba, principalmente, al respecto de si el nuevo adquirente debía responsabilizarse del pago de las cantidades adeudadas pendientes de abono por el empleador concursado respecto de aquellos contratos que se habían extinguido antes de la adquisición en concurso de la entidad. El marco normativo del que se disponía entonces lo conformaba, por un lado, el art. 57 bis ET (actual art. 57), que señalaba que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Por otro, resultaba de aplicación también lo previsto en el art. 149.4 de la anterior Ley Concursal en su redacción derivada de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que disponía, por lo que aquí interesa, que “cuando, como consecuencia de la enajenación [en fase de liquidación]¹⁴, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social¹⁵, que existe

¹² ¿Incurriéndose, tal vez, en *ultra vires*? Comoquiera que sea, el único precepto que podría alegarse es el art. 216.4 TRLC que señala que “contra el auto que acuerde la realización de los bienes y derechos de la masa activa a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada no cabrá recurso alguno”. Pero, si se observa, es ésta una decisión judicial previa que permite excluir la subasta, judicial o extrajudicial, prevista en el art. 215 TRLC como modo de realizar los bienes y derechos de la empresa o de una o varias unidades productivas.

¹³ Vid. *infra* apartado 2.2.

¹⁴ Aunque también en fase común habida cuenta de la remisión que efectuaba el art. 43.4 de la anterior Ley Concursal al mencionado art. 149.

¹⁵ A todos los efectos pues, por lo que no se entiende una resolución como la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2018 (Rec. 3384/2015) que exonera al empresario adquirente de las deudas que mantiene la entidad concursada con la Seguridad Social. La duda tenía sentido plantearla con la redacción original del precepto, la procedente de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que mencionaba que, “cuando como consecuencia de la enajenación, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa”. Siendo éste el tenor literal de la norma, pronto se entendió por parte de los jueces de lo mercantil que, al no citar el precepto en

sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”.

A la vista de cuanto antecede se antojaba del todo punto relevante la determinación de la existencia de una sucesión empresarial cuando de una unidad concursada se trataba. De entenderse que no acontecía tal fenómeno, que sólo se estaba ante una sucesión de activos autorizada judicialmente, el resultado era muy favorable para los intereses del adjudicatario, pues no había de hacerse cargo de las obligaciones que dimanaban de la aplicación del art. 44.1 y 3 ET. No obstante y por el contrario, de aceptar que se estaba ante una transmisión de una unidad productiva empresarial sólo que en el marco de un procedimiento de concurso, el juego combinado de los arts. 44.3 y 57 bis ET con el art. 149.4 LC señalaban al nuevo adquirente como responsable solidario de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, de todas ellas, sin excepción, y durante tres años.¹⁶ Con la única “especialidad”, eso sí, de que el juez pudiera acordar la limitación de la subrogación por el adquirente sobre salarios e indemnizaciones en la parte que le correspondiera asumir al FOGASA.

Sucede, sin embargo, que el planteamiento que antecede, si bien se alinea de forma exquisita con la visión laboralista del fenómeno sucesorio¹⁷, provoca el efecto perverso y en absoluto deseado por el legislador concursal de desincentivar la continuidad de las actividades económicas aun viables al perjudicar o poner trabas a la transmisión concursal y, por ende, al pago de los créditos con un nuevo activo con el que hacer frente a los mismos.¹⁸ Debido a este motivo, fueron diversas las resoluciones judiciales del orden

cuestión las deudas de Seguridad Social, podía eximirse al nuevo adquirente de tales obligaciones para facilitar la venta de la unidad concursada. Un ejemplo en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª), 208/2009, de 16 de diciembre (Rec. 323/2009). Ello no obstante, fue el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre el que acabó con la duda, puesto que ofreció una nueva redacción de la norma según la cual y ya de manera expresa había de entenderse que la sucesión de empresa era tanto a efectos laborales como “de Seguridad Social”.

¹⁶ Deslindando las dos opciones, auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Procedimiento n.º 113/2015).

¹⁷ Y así se recoge, por ejemplo, en las SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2011 (Rec. 2602/2011) y de Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 2 de junio de 2005 (Rec. 418/2005)

¹⁸ Argumento que, por ejemplo, maneja COSTA DE MAZARREDO, Almudena, “Transmisión de empresas y responsabilidad del...”, op.cit., p. 260 para posicionarse a favor de la responsabilidad limitada del adquirente.

mercantil¹⁹, pero también del orden social²⁰ que o bien no declararon la existencia del fenómeno sucesorio en estas hipótesis o bien, en un claro ejercicio de contorsionismo legal o de retorsión de las normas, se remitían al límite a lo dispuesto en el art. 5.2.a) de la Directiva 2001/23/CE para que el adquirente pudiera quedar desligado de las obligaciones insatisfechas del cedente derivadas de los contratos que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.²¹ Se aplicaba, de este modo, la denominada “teoría del perímetro”, según la cual había de entenderse que los créditos laborales sobre los que existiría subrogación serían únicamente los relacionados con los contratos de trabajo efectivamente transmitidos, nunca otros.²²

La respuesta de la jurisdicción social, ante este escenario, no pudo ser más contundente e implacable. Partiendo del carácter imperativo del art. 44 ET que debe prevalecer sobre el interés del concurso, se ha señalado, por lo pronto, que de la interpretación literal del antiguo art. 149.4 LC es perfectamente posible deducir que lo que el legislador quiso establecer fue “no solo la garantía de la subrogación, sino también la garantía de la responsabilidad solidaria de ambos empresarios sobre deudas laborales del cedente sin distinguir entre anteriores y posteriores, puesto que en términos jurídicos subrogarse no es otra cosa que colocarse uno en el lugar del otro, tanto en la titularidad de los derechos que éste tuviera como en relación con sus obligaciones”. Se añade, además, que la

¹⁹ Entre otros, autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª), 208/2009, de 16 de diciembre (Rec. 323/2009) y 391/2007, de 29 de noviembre (Rec. 788/2007) y auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (secc. 1ª), 137/2010, de 29 de julio (Rec. 264/2010). Singularmente, el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Procedimiento n.º 113/2015) señala que “se parte de un principio general y básico y es que, cuando se vende una unidad productiva en un proceso de insolvencia, el comprador adquiere dicha unidad libre de cargas y gravámenes. Solamente, si hay una norma nacional expresa, se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores, pudiendo la norma nacional decir si solo es respecto de los que te quedas o también de los restantes y lo mismo de la deuda generada frente a la TSSS. Para ello, se insiste, es necesario que exista una norma nacional que, de manera expresa y clara diga qué deuda laboral y de la Seguridad Social asume el adquirente. En caso contrario, no opera el principio de sucesión de empresa. [Frente a ello] el art. 149.4 LC (en su momento, 149.2 LC) sólo se limita a decir que en la venta de una unidad productiva hay sucesión de empresas a efectos laborales y de Seguridad Social, sin precisar o distinguir si ello se está refiriendo a la deuda generada con todos los trabajadores o con sólo algunos de ellos, los efectivamente subrogados”.

²⁰ Como muestra, un par de ejemplos en SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 29 de abril de 2014 (Rec. 844/2014) y de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de septiembre de 2012 (Rec. 3446/2012).

²¹ Se señala en este precepto que “en el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente, un Estado miembro podrá disponer que: a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”.

²² Sobre todo ello e *in extenso*, ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, n.º 10, pp. 1099-1102 y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET”, *Ius Labor*, 2016, n.º 2, pp. 3-19.

responsabilidad solidaria que dimana del art. 44 ET “no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor, constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio y en ocasiones sin su consentimiento como a favor de los empresarios responsables si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión”. Finalmente, se apunta que la aplicación *in extenso* de la responsabilidad constituye “una cláusula anti fraude que, por otra parte, ha sido aceptada tradicionalmente como tal por la propia doctrina mercantilista, pues no cabe olvidar que una empresa tiene el precio que resulta de restar a los activos las deudas que pudiera tener, por lo que no es congruente con la lógica del mercado aceptar la compraventa de empresas sin el cómputo de las deudas preexistentes, en este caso las deudas laborales”.²³

2.2. La limitación de responsabilidades tras la entrada en vigor del Texto Refundido y el más que probable *ultra vires*

La situación, no obstante, ha vuelto a dar un giro tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal. Ciertamente es que el apartado primero del art. 221 TRLC tajantemente afirma que “en caso de enajenación de una unidad productiva se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa”. El juez del concurso estará obligado, pues y dada la imperatividad del verbo utilizado (“se considerará”) a realizar tal pronunciamiento cuando concurren los requisitos sobre los cuales se sustenta la aplicación de las garantías del art. 44 ET. Ahora bien, cosa distinta será el alcance que haya de otorgarse a la responsabilidad entre cedente y cesionario que de ese precepto dimana. Y es que, con el ánimo de incentivar las adquisiciones de unidades concursadas y de hacerlas más atractivas, dispone el art. 224 TRLC que “la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos: (...) 3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”. Se consolida, pues, ya en sede legal, aquella “teoría del perímetro” a la que anteriormente se hacía referencia. La expresión “en cuyos contratos quede subrogado el adquirente” no deja margen de error posible. Se apuesta de forma clara e indubitada por la limitación de la responsabilidad del adquirente al tener que

²³ Tales argumentos han sido empleados en las resoluciones citadas en la nota 3, a la que se reenvía. También, a favor de este posicionamiento, SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 2018 (Rec. 207/2018) y de Madrid (Sala de lo Social) de 14 de abril de 2020 (Rec. 659/2016).

hacerse cargo de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, pero sólo por lo que atañe a los trabajadores que continúen prestando servicios en la unidad productiva transmitida, no respecto de otros.²⁴

La modificación es de hondo calado, como puede comprenderse. Parece que supone la transposición al ordenamiento español de la excepción prevista en el art. 5.2.a) de la Directiva 2001/23/CE y no cabe duda de que, si ello es así, es porque lo que ha pretendido el legislador concursal ha sido maximizar los intereses en juego, del adquirente que ve reducido el pasivo laboral y de Seguridad Social que ha de asumir, pero desde luego también de los empleados de la unidad concursada, que se encontrarán en mejor situación si la venta se produce –pues podrán mantener su puesto de trabajo con un nuevo empresario que inyectará liquidez– que si no se produce y la entidad va devaluándose de forma progresiva hasta el punto de llegar a su liquidación final. El problema, sin embargo, es determinar si esta limitación a la responsabilidad del adquirente y también –no se olvide– la atribución competencial al juez del concurso en materia de transmisión de empresa, exceden de los límites de la delegación legislativa.

El asunto tiene su trascendencia práctica, evidentemente. Porque, incidiendo de modo notable ambas modificaciones, la competencial y la limitación de la responsabilidad, en la línea de flotación del criterio asentado por la jurisprudencia social, cabe preguntarse qué sucederá cuándo un trabajador sobre el que no ha operado la transmisión reclame en esta sede frente al adquirente después de la transmisión para que se haga cargo de las obligaciones anteriores a la misma y no satisfechas por el concursado. Una opción será, claro está, que los jueces de lo social se acomoden a lo previsto en la nueva norma concursal, declarando su incompetencia para conocer del asunto. No obstante, también puede pensarse –y creo que sin temor a equivocarme– que se plantee, o en primera instancia o en vía de recurso, un debate acerca de si se está en presencia (o no) de un supuesto de *ultra vires*, de extralimitación al mandato recibido para la elaboración del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Ciertamente, la colisión frontal entre el criterio asentado tan tajantemente por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la competencia del orden social y la aplicación de todas, absolutamente todas, las garantías que prevé el art. 44 ET existe. Ello es evidente. Como también lo es la duda de legitimidad que se cierne sobre las dos previsiones legales comentadas en tanto que no aparecían en la legislación refundida. Así, se omitía toda referencia a la competencia del juez del concurso sobre la materia y, al respecto de las posibilidades de éste para limitar el alcance de la responsabilidad del adquirente, tan sólo se mencionaban como objeto de exoneración las deudas sobre las que habría de responder el FOGASA. Por lo tanto, si la técnica legislativa utilizada sólo autoriza al Gobierno para regular, aclarar o armonizar los textos a refundir (art. 82.5 CE), es factible pensar que un

²⁴ Limitación de responsabilidad que ha de entenderse aplicable también cuando la unidad productiva se adquiera en virtud de un convenio de asunción, habida cuenta de la remisión en bloque que realiza el art. 324.2 TRLC a “las reglas especiales establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones [de unidades productivas]”, es decir, a la subsección tercera (“De las especialidades de la enajenación de unidades productivas”), de la sección segunda del capítulo tercero del texto refundido (arts. 215 a 224 TRLC).

exceso de competencias sí ha existido, dado el contenido innovador de los nuevos preceptos. Y ello, salvo que se entienda, como así lo hizo en su momento el Consejo de Estado –aunque, a mi modo de ver, de forma muy discutible– que la labor refundidora que se encomienda por el poder legislativo al poder ejecutivo incluye también dicha tarea de innovar, creando normas complementarias que aclaren el régimen legal aplicable y colmen lagunas. Pero creo que tal no es el caso. Tanto la cuestión competencial como la referida al alcance de la responsabilidad del adquirente eran materias a las que ya se les había dado una solución y si lo que se pretendía era ofrecer otra distinta para agilizar la venta de la unidad productiva concursada tal vez se debía de haber reflexionado más en profundidad sobre las limitaciones que, para ello, presenta una norma de refundición.²⁵

Comoquiera que sea, no puede pasarse por alto la matización que aparece en el número dos del art. 224 TRLC. En ese apartado, se señala de forma indubitada que “no será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior [la exoneración de responsabilidad en el pago por los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión] cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado”. Y aquí entra en juego lo dispuesto en los arts. 282 y 283 TRLC sobre a quién debe considerarse por tal. Así, especifica el art. 282 TRLC que son personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural “el cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”, “los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas [anteriores]”, “los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado”, “las personas jurídicas controladas²⁶ por el concursado o por las personas [anteriores] así como sus administradores de derecho o de hecho”, “las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas²⁷” y “las personas jurídicas de las que las personas descritas [anteriormente] sean administradoras de derecho o de hecho²⁸”.

²⁵ En el mismo sentido, CANO MARCO, Francisco, *Manual práctico de Derecho laboral concursal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, p. 336.

²⁶ Entendiendo el control conforme lo hace el art. 42 Código Comercio, precepto que dispone que “se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

²⁷ El grupo de empresas al que se refiere la norma es al mercantil, es decir, el que se deriva del precepto citado en la nota anterior y cuyas empresas integrantes están unidas por lazos de subordinación y control.

²⁸ Aparece una tímida definición del administrador de hecho en el art. 236.3 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Lo será

Por su parte, apunta el art. 283 TRLC quienes son las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Así, “los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera”, “los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”, “las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso”, “los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera”.

Parece evidente, pues, que lo pretendido por el legislador es que el adquirente, unido por especiales lazos a la entidad concursada tenga que asumir el pago de aquellos créditos. No me parece desacertada la opción legislativa. Se hace jugar la realidad de las estrechas vinculaciones que existen entre el concursado y el adquirente para descartar que éste pueda quedar exonerado de ciertas obligaciones. Tal vez la idea motriz que inspira la exclusión de la regla general sea la de prevenir ciertos comportamientos torticeros tendentes a eludir el pago de las deudas contraídas, pero lo cierto y verdad es que, si la enajenación y posterior adquisición de la entidad concursada se produce existiendo estos lazos de unión, es razonable pensar que puedan tenerse en consideración los mismos a efectos de evitar que determinadas obligaciones económicas se queden sin cubrir.

“tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. Más concreta es la jurisprudencia, que ha delimitado el concepto en torno a a dos elementos. Uno negativo, pues este sujeto no debe ostentar la condición de administrador de derecho, bien porque nunca ha existido una válida investidura o bien porque, habiendo existido, ha perdido su eficacia. Otro positivo, concretado en las siguientes circunstancias. En primer lugar, la realización de una actividad positiva, que se traduce en una participación efectiva y constante en la gestión y administración de una sociedad, inmiscuyéndose en tales áreas. En segundo lugar, la actividad que desarrolla este sujeto debe ser de dirección, administración o gestión, entendiendo que la misma implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto, bien los de gestión de los negocios sociales, o, lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad. En todo caso, esa injerencia ha de revestir importancia para la sociedad, sin que pueda equiparse a la misma la mera función del control del socio, ni las meras opiniones o recomendaciones ni la intervención de determinados colaboradores en la gestión a los que no sea aplicable esta figura. En tercer lugar, en fin, el administrador de hecho debe actuar con total independencia o autonomía de decisión, de tal manera que impone sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales, ya sea de forma directa o a través de terceros. En definitiva, se trata de que el administrador de hecho tenga un total y absoluto dominio sobre la sociedad y sus administradores formales o de derecho, comportando una efectiva sustitución de los órganos de administración de la sociedad controlada (que conoce y acepta esta situación). Entre otras, SSTS (Sala de lo Civil) de 8 de abril de 2016 (Rec. 2535/2013), de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 1139/2010) y de 26 de mayo de 2003 (Rec. 3144/1997). También VARONA CAL, Ainhoa, “Responsabilidad concursal de los grupos de sociedades”, *Diario La Ley*, 2009, n.º 7261, p. 5 (v. *on line*).

III. El tratamiento del personal de alta dirección en la nueva norma concursal

El régimen jurídico del personal de alta dirección en el concurso se contempla en la subsección segunda, sección cuarta, capítulo cuarto, título tercero del Texto Refundido de la Ley Concursal, arts. 186 a 188. Básicamente, la regulación es idéntica a la de la anterior norma –con todo lo que ello implica acerca del tratamiento singularizado y el mantenimiento de ciertas dudas interpretativas– aunque con algún matiz que puede apreciarse, como la novedosa ubicación de la impugnación de la decisión de la administración concursal sobre la extinción o suspensión de los contratos de estos trabajadores en el art. 541 TRLC (incidente concursal) y en el art. 551 TRLC (recursos). Por lo demás y sin precedente normativo alguno, el nuevo texto contempla la figura del director general, al que se le atribuyen una serie de derechos y obligaciones y cuya introducción, como se verá, puede ampliar el marco jurídico que la norma dispensa al personal de alta dirección. Veamos.

1. Una aclaración previa: el alto directivo

Que los arts. 186 a 188 TRLC se refieren al personal de alta dirección cuyo régimen jurídico se encuentra en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, es evidente. Tal vez la duda tenía sentido plantearla en los primeros momentos de la entrada en vigor de la norma concursal primigenia por su falta de definición, pero no ahora con un texto, profundamente reformado, es verdad, pero ya consolidado en el ámbito jurídico. Por eso, más que detallar los motivos que permiten alcanzar esta conclusión²⁹, es preferible delimitar bien la figura de este tipo de trabajador porque, sobre ellos, sobre su específico contrato, puede decidirse la suspensión o la extinción o la moderación o el aplazamiento de la indemnización por cese.

De esta forma, el art. 1.2 RD 1382/1985 dispone que entran dentro de la categoría “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. La previsión se complementa con lo dispuesto en el número cuatro del mismo precepto, que extiende el ámbito subjetivo de la norma a “los máximos responsables y personal directivo a que se refiere el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil”. El motivo de otorgarles a estos sujetos una regulación tan específica y de que la norma concursal les confiera un tratamiento singularizado no es otro que el de la especial relación de confianza que les une con el empresario, asumiendo,

²⁹ Sobre ello, vid. ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2010, n.º 12, p. 3 (v. on line) y VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Relaciones Laborales*, 2004, n.º 2, pp. 486 y 487.

por ello, una privilegiada posición en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes y teniendo la posibilidad de negociar determinadas cláusulas en sus contratos con cuantiosas indemnizaciones en caso de cese en la organización que, por lo que ahora importa, podrían perjudicar, si se abonasen, el interés del concurso. Pero sobre ello se volverá más adelante.

Interesa ahora profundizar, si quiera brevemente, sobre la delimitación jurisprudencial que del alto directivo se realiza a la luz de lo dispuesto en el art. 1.2 RD 1382/1985. Así, es doctrina perfectamente asentada³⁰ considerar que lo que distingue al alto directivo de un trabajador ordinario o de cualquier otro sujeto actuante en la empresa es que ejercita poderes inherentes a la titularidad de la misma que se incluyen en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas con independencia de que haya un acto formal de apoderamiento y no bastando con que exista una relación de confianza. Esos poderes, además, han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas deben afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa y estar referidas a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos.³¹ El alto directivo, en fin, ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Ello hace que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa pueda ser calificada como alto directivo, en tanto que quedarán excluidos quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora.

Con estos caracteres, parece claro que el personal de alta dirección se situaría por debajo de los miembros de los órganos de administración de las empresas (o del empresario individual), erigiéndose en su *alter ego* en la organización, y por encima del personal directivo medio³² que, a efectos concursales, se regiría por las normas que regulan los efectos del concurso sobre los contratos de los trabajadores ordinarios; trabajadores ordinarios, por cierto, que, desde luego, también se situarían por debajo de la posición que ocupa el alto directivo en la empresa. La razón de ser de su especialidad, también en materia concursal, vendría dada por su función: ha de ocuparse de regir de modo total y

³⁰ Sistematizada y aplicada, entre otras, en las SSTS (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 2015 (Rec. 819/2014), de 15 de septiembre de 2014 (Rec. 940/2013) y de 12 de septiembre de 2014 (Rec. 1158/2013 y 2591/2012).

³¹ Por lo que no se estará ante una relación especial de alta dirección cuando los poderes o facultades atribuidos al actor no alcanzan a los objetivos generales del conjunto empresarial, sino que se limitan al área funcional y territorial que le había sido encomendada. Así, STS (Sala de lo Social) de 4 de junio de 1999 (Rec. 1972/1998). *A sensu contrario*, la prestación de servicios encajará en los moldes del art. 1.2 RD 1382/1985 si las decisiones que se toman inciden sobre áreas concretas y en sectores claves de actividad, en los que, sin embargo, se encuentran implicados los objetivos generales de la empresa que engloban a todas las áreas y sectores (STS, Sala de lo Social, de 30 de enero de 1990).

³² Por lo tanto, en el caso de que en el organigrama de la empresa se encuentren personas situadas entre el pretendido directivo y el Consejo de Administración habrá que calificar la relación como de carácter común, situación que se da cuando el personal directivo depende de un superior en quien concurra la doble condición de miembro del Consejo de Administración con funciones de alta dirección. Así, SSTS (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 2015 (Rec. 819/2014) y de 4 de junio de 1999 (Rec. 1972/1998).

efectivo³³ la vida industrial, laboral, comercial y financiera del negocio, sin necesidad de recibir órdenes del titular del mismo y con facultades para llevar la dirección y administración del negocio, realizando incluso actos patrimoniales de disposición, con funciones rectoras de la empresa en sí.

El concepto, pues, tiende a ser restrictivo y ello en atención a las responsabilidades y tareas que efectivamente se estén desempeñando. Esto no obstante, es doctrina también muy consolidada³⁴ y a pesar de la modificación que se efectuó en la Ley de Sociedades de Capital³⁵, que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades de administración de la sociedad y de alta dirección o gerencia de una empresa, aquello que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral no es el contenido de las funciones en sí, sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica en la empresa y las facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no será catalogada como laboral, sino de carácter mercantil.

Por lo demás, cabe determinar qué órgano jurisdiccional sería el competente para resolver la duda acerca de la laboralidad de la relación del pretendido alto directivo. A este respecto, ninguna norma concursal le atribuye al juez del concurso competencia para conocer del asunto si es que éste se planteara en sede concursal, ni siquiera por la vía del incidente previsto en el art. 541 TRLC, pues este precepto es muy claro al respecto: únicamente se podrá dilucidar por este trámite la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estos trabajadores. Ciertamente, no obstante, que tal vez podría considerarse la vía de la competencia prejudicial,

³³ Lo que implica que si se tienen poderes suficientes, pero no han sido ejercitados efectivamente, habiendo transcurrido un tiempo razonable para su ejercicio, ha de considerarse que se está en presencia de un trabajador común.

³⁴ Sistematizada y aplicada por SSTS (Sala de lo Social) de 28 de septiembre de 2017 (Rec. 3341/2015), de 20 de noviembre de 2012 (Rec. 3408/2011), de 24 de mayo de 2011 (Rec. 1427/2010) y de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 1156/2009).

³⁵ Y es que el art. 249.3 y 4 LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, dispone que “cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato”. Pues bien, en este precepto se ha pretendido ver o una superación de la doctrina del vínculo o, al menos, una modulación, de tal forma que el consejero delegado también podría ser, de forma simultánea, alto cargo si es que se firmara un contrato (que, obsérvese, la ley se cuida de no calificar) en ese sentido. Y ello sobre la base de que el art. 1.3.c) ET sólo excluye de la laboralidad “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”. Por lo tanto, si únicamente, en base a este precepto, el mero desempeño del cargo de consejero queda extramuros de la norma laboral, nada impediría, parece ser, que se firmara un contrato de trabajo de alta dirección con el consejero que desempeña, además, funciones ejecutivas conforme al art. 249.3 LSC. En cualquier caso, la doctrina del vínculo se encuentra muy enraizada en la jurisprudencia y, salvo error u omisión, no se ha detectado sentencia del Tribunal Supremo que la rectifique.

puesto que el art. 55 TRLC dispone que la jurisdicción del juez del concurso se extiende, entre otras, a todas “las cuestiones sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal”. En base a este precepto, por lo tanto, no sería descabellado sostener, a mi modo de ver y como así se ha hecho en sede judicial³⁶, que el carácter universal del concurso justificase la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de esta materia, si quiera sea por la vía prejudicial, en tanto que, para resolver el incidente concursal sobre la decisión del administrador, el juez del concurso tendría que dilucidar primero la cuestión acerca de la naturaleza de la concreta prestación de servicios controvertida.

Con todo, parece no ser ésta la interpretación que se sigue por parte de otro sector de la doctrina judicial. De esta forma, también se ha considerado³⁷ que tanto la limitada jurisdicción del juez del concurso en relación con las cuestiones laborales como el carácter no expansivo de las competencias de los juzgados de lo mercantil conducirían a la conclusión de que la cuestión acerca de la naturaleza de esta prestación de servicios debe seguir quedando residenciada en el orden social *ex* art. 14 RD 1382/1985 y art. 2.a) LRJS, quedando vedada así la competencia prejudicial sobre la materia del juez del concurso. Cuestión distinta sería, no obstante, que se debatiera acerca de la existencia y cuantificación del crédito del alto directivo, pues la trascendencia patrimonial que este asunto conlleva de cara a la sustanciación del procedimiento concursal tendría como derivada lógica que el juez del concurso, esta vez sí, entrara a resolver sobre ello.

2. Efectos del concurso sobre el alto directivo

2.1. La extinción o suspensión del contrato por decisión de la administración concursal

El art. 186.1 TRLC señala, como su precedente, que “durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección”. Es ésta una norma que introduce una regla especial sobre una reglas ya especiales de por sí, los arts. 11, 12 y 15.2 RD 1382/1985. Y es que, como se sabe, estos preceptos rigen los dos primeros la extinción del contrato del alto directivo por desistimiento empresarial y por las causas y mediante los procedimientos previstos en la norma estatutaria y el último la suspensión “con los efectos y para los casos previstos en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores”. Pues bien, a estos modos de resolver o suspender el contrato, se le une éste otro, el que prevé la norma concursal y que otorga al administrador concursal en exclusiva, en el ejercicio de las facultades que la ley le atribuye, la posibilidad de decidir, durante todo el lapso temporal que abarque la tramitación del concurso³⁸, acerca de la

³⁶ Un ejemplo en sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Madrid, de 26 de julio de 2010 (Procedimiento n.º 190/2010).

³⁷ Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra, de 22 de febrero de 2010 (Procedimiento n.º 143/2009), seguido por STSJ Cantabria (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2018 (Rec. 608/2018).

³⁸ En el bien entendido de que el concurso puede terminar también por convenio (art. 394.1 TRLC) y que, justo por convenio, puede cesar también la administración concursal (art. 395.1 TRLC).

extinción o suspensión de los contratos de este tipo de trabajadores.³⁹ Facultad suspensiva o resolutoria que podrá ejercitar a la vista de la situación de la empresa y de la incidencia que sobre la evolución futura de la misma pueda tener el mantenimiento de la relación laboral del alto cargo. El fundamento de esta prerrogativa es, en consecuencia, fácil de hallar, pues se encuentra en la necesidad de aligerar a la empresa del pago de unos elevados salarios y de las correspondientes cargas sociales de un trabajador de alta dirección que ha podido, incluso, convertirse en superfluo una vez iniciado el concurso, pues sus funciones muy frecuentemente las pasará a desarrollar la administración concursal.⁴⁰

La decisión, pues, sobre la continuidad o no de estos contratos la habrá de tomar, si así lo considera, el administrador concursal, cualquiera que sea su grado de intervención en la empresa dado el silencio legal al respecto⁴¹, valorando todas las circunstancias concurrentes y, desde luego, el interés del concurso y los derechos de los acreedores.⁴² Pero, obsérvese, sin necesidad de que el juez del concurso autorice la medida⁴³ ni de dar audiencia al concursado (que la podrá proponer, eso sí)⁴⁴ o al alto directivo, quien con lo más que podrá encontrarse es con un notificación en la que se le comunique la suspensión o extinción de su contrato. Ello no obstante y con todo, en previsión de que el

³⁹ Habrá que entender, dada la literalidad de la norma, que si el trabajador ha sido promocionado a alto directivo desde una relación laboral común y ésta se mantiene en suspenso durante el ejercicio de las funciones directivas *ex art. 9.2 RD 1382/1985*, el desistimiento de la administración concursal sólo podrá extenderse al contrato sobre el que se sustenta la relación laboral especial, no sobre el que sustenta la relación laboral ordinaria, que se reactivaría a menos que se aplicasen sobre él las previsiones de los arts. 171 a 183 TRLC.

⁴⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales”, *Revista de Derecho Social*, 2004, n.º 26, p. 44. No obstante, esta finalidad no ha impedido que se tildara a esta facultad de “exorbitante” (VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 496) o de “severa anomalía en sede de teoría general del contrato” (TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre la relación laboral de alta dirección”, *Estudios Financieros*, 2005, n.º 264, p. 72).

⁴¹ Parece ser ésta la solución más idónea por aplicación del aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. De la misma opinión, DEL VAL TENA, Ángel, “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”, *Relaciones Laborales*, 2005, n.º 2, p. 788 y VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 496.

⁴² De este modo, se ha considerado oportuna la extinción llevada a cabo por la administración concursal cuando existía una situación de inactividad empresarial, de falta de tesorería y de encargos y clientes generadores de actividad y posibilitadora de efectiva ocupación de los trabajadores. Así, sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, de 26 de julio de 2010 (Procedimiento n.º 190/2010).

⁴³ Ni siquiera cuando no medie acuerdo entre los componentes de la administración concursal. No se considera aplicable aquí, por lo tanto, lo dispuesto en el art. 81.1 TRLC, que dispone que “cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma mancomunada. En caso de disconformidad, resolverá el juez”. Y no se entiende aplicable porque la potestad que se le atribuye al administrador al respecto de la extinción o la suspensión de los contratos es simplemente eso, una potestad, que no una obligación ni una necesidad sobre la cual haya de decidirse imperiosamente. También, en este sentido, COSTA REYES, Antonio, “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”, *Temas Laborales*, 2005, n.º 80, p. 128.

⁴⁴ Y, de nuevo, y en mi opinión, dado el silencio legal, la petición la podrá realizar con independencia del grado de intervención de la empresa por la administración concursal. Hay quien, sin embargo, matiza esta cuestión y afirma que, en el supuesto de que las facultades del empresario estén meramente intervenidas, deberá acometerse la medida por el administrador concursal de común acuerdo con el empresario. Así, TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre ...”, *op.cit.*, p. 70.

administrador pueda ejercitar esta facultad de un modo cuanto menos antijurídico o ilícito sin razón suficiente alguna, se habilita al alto directivo a impugnar la decisión de aquél por la vía del incidente concursal en materia laboral (art. 541 TRLC).⁴⁵ La sentencia, en fin, que recaiga en este incidente será recurrible en suplicación ante el orden social en virtud del art. 551 TRLC.

En otro orden de consideraciones y como ya se ha tenido ocasión de adelantar, esta facultad del órgano del concurso se une a las causas de extinción ya previstas por la norma reglamentaria, no las sustituye. Lo único que acontece es que, en sede concursal, se abre una nueva causa de extinción del contrato del alto directivo, que coexistirá, a su vez, con la facultad resolutoria del empresario prevista en los arts. 11 y 12 RD 1382/1985. Ello significa, dicho de otro modo, que el desistimiento previsto en la norma concursal no será obstáculo para que el empresario concursado aunque meramente intervenido o la propia administración concursal en caso contrario puedan acudir a cualquiera de las otras fórmulas de extinción del contrato del alto directivo, utilizando, por ejemplo, el despido disciplinario para sancionar un incumplimiento grave y culpable.⁴⁶ No obstante y en tal caso, es evidente que ello habría de producirse con sujeción a la legislación sustantiva y procesal laboral, ventilándose ante el juez social la posible impugnación de esta medida, aunque sin perjuicio de que la ejecución tuviera que incorporarse al concurso. Con todo, ello en el bien entendido de que el despido del personal de alta dirección articulado a través de una extinción colectiva tramitada en sede concursal habrá de seguir, si es que esta situación se llegara a dar efectivamente en la práctica, las reglas procedimentales de los arts. 171 a 183 TRLC.

Por lo demás, dos últimas cuestiones restan por tratar. De un lado, cómo ha de procederse para comunicar al alto directivo la suspensión o la extinción de su relación laboral. De otro, si el administrador concursal podría, una vez decidida la suspensión de la relación, cambiar su opción por la extinción del contrato. Por lo que atañe a la primera cuestión, ciertamente, el texto nada indica al respecto, pero no creo que pueda valorarse aquí el silencio legal para justificar que esa comunicación pueda realizarse de cualquier forma. Razones de seguridad jurídica en aras a una posible impugnación de la decisión entiendo que conducen a defender que aquélla se comunique, al menos, por escrito, en una aplicación por analogía de lo previsto en el art. 11.1 RD 1382/1985. La justificación, no obstante, se encontraría en la situación de concurso, sin necesidad de alegar ninguna motivación más. Con todo, de haber optado por la suspensión contractual, creo que lo

⁴⁵ La STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 28 de noviembre de 2014 (Rec. 1694/2014) aclara que, en este supuesto, no cabe la reconversión.

⁴⁶ Un ejemplo en STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 26 de enero de 2015 (Rec. 619/2014) donde se resolvía sobre el despido del alto directivo en el concurso por acometer actos de administración o comerciales irregulares en perjuicio de la masa, del concurso y de los acreedores contra la masa. Conviene matizar, esto no obstante, que entre los incumplimientos sancionables no podría encontrarse la situación de concurso por la que atraviesa la empresa habida cuenta de lo dispuesto en el art. 156 TRLC: “la declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”. Por lo demás, para las consecuencias del despido improcedente o nulo, habrá que estar, entiendo, a la regla contenida en el art. 11.3 RD 1382/1985 aunque aún subsistiera el concurso, debiendo acordarse entre las partes la readmisión o la extinción indemnizada del contrato.

más razonable es considerar que en el escrito de notificación se haga constar o bien la duración de la suspensión o bien el momento en que finalizará la misma⁴⁷ para que el alto directivo sepa a qué atenerse.⁴⁸ En cuanto a la necesidad de un preaviso, parece que éste no procedería y ello sobre la base de que cuando el legislador concursal ha querido exigirlo así lo ha hecho constar expresamente. Muy clarificadora, en efecto, es la exigencia de preavisar contenida en el art. 187 TRLC cuando se regula la extinción por voluntad del trabajador y la ausencia de la misma justo en el precepto anterior que regula la extinción por voluntad del administrador concursal.⁴⁹

En cuanto al segundo asunto, la raíz del problema se centra en determinar si la administración concursal tan sólo puede ejercitar la opción entre la suspensión y la extinción una única vez, de tal modo que, decidida la suspensión, no podría cambiarla por la extinción contractual. A mi modo de ver, no veo factible que ello pueda ser así, porque es razonable imaginar una situación en la que el administrador haya sido conservador o, si se quiere, favorable al mantenimiento del empleo del alto directivo y, posteriormente, las circunstancias dimanantes del propio concurso hagan necesaria la extinción de este peculiar contrato. En tanto que situaciones así pueden contemplarse en la práctica y comoquiera que se desee, vistas las sucesivas reformas de la ley concursal, que el procedimiento se desarrolle de forma ágil y sin cortapisas, lo más coherente pasa por considerar que la opción por la suspensión podrá modificarse por la administración durante la tramitación del concurso si el escenario que se plantease así lo aconsejase.⁵⁰

2.2. La extinción del contrato por voluntad del alto directivo

Dispone el art. 187 TRLC que, en caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización que proceda según lo previsto en el número dos del art. 186 TRLC. En sede concursal, pues, y sólo en ella, a la suspensión se le otorga un nuevo efecto jurídico más allá del decaimiento de las obligaciones de prestar servicios y de abonar el salario. El alto cargo que haya visto suspendido su contrato con base en lo dispuesto en el art. 186.1 TRLC podrá optar, así pues, por extinguir de modo unilateral su contrato, seguramente para darle la oportunidad de evitar los efectos perjudiciales que una medida de tal calibre y en un escenario como el del concurso le puede comportar.

El precepto guarda su similitud –es imposible negarlo– con lo dispuesto en el art. 10 RD 1382/1985 en el que se regula tanto la dimisión preavisada del alto directivo sin derecho a indemnización como la extinción del contrato por su voluntad, sin preaviso y con

⁴⁷ No pudiendo prorrogarse más allá de la finalización del procedimiento concursal por disponerlo así el propio art. 186.1 TRLC (“durante la tramitación del concurso”).

⁴⁸ En el mismo sentido, TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en el concurso de acreedores”, Seminario de la Facultad de Derecho de Valencia, noviembre de 2015 (v. *on line*), p. 24 y VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 501.

⁴⁹ Exigiendo, por el contrario, un preaviso, precisamente el que aparece en el art. 10.1 RD 1382/1985 al que remite el art. 11.1 del mismo cuerpo legal, vid. TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre ...”, *op.cit.*, p. 88.

⁵⁰ De igual opinión, MORENO VIDA, María Nieves Y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley concursal*, Granada, Comares, 2006, p. 66. En sentido contrario, VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 504.

derecho a las indemnizaciones pactadas o, en su defecto, a las fijadas en la norma reglamentaria para el caso de extinción por desistimiento empresarial, cuando concurra una modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunde notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, la falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones empresariales y una sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal. La norma concursal, pues, ha querido delimitar una nueva causa de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador que se adicionaría a las acabadas de mencionar –que no perderían por ello su virtualidad– pero que sólo se activaría cuando la administración concursal, en el ejercicio de sus facultades, hubiese optado por la suspensión del contrato.⁵¹

Nada señala, esto no obstante, sobre cómo deba efectuarse este tipo de extinción contractual, más allá de la necesidad de un preaviso de un mes, que tendría sentido exigirlo de entender que el concurso genera unos créditos (como éste ahora del alto directivo que extingue con derecho a indemnización su contrato) que deben ser previstos con la suficiente antelación para poderlo integrar en la masa activa⁵², pero que, por otra parte, resultaría innecesario de pensar que el contrato ya estaría en situación de suspensión debido al concurso y que ninguna premura habría por parte de la empresa de cubrir la vacante.⁵³ Comoquiera que sea, lo cierto es que, por imperativo legal, ha de respetarse, quedando obligado, en caso contrario, el alto directivo y por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 10.2 RD 1382/1985, a abonar al empresario una indemnización por los días de preaviso incumplidos. En cuanto a la forma y al tiempo de manifestar la voluntad de extinguir, entiendo que, por la debida seguridad jurídica, tal manifestación habría de efectuarse de un modo sobre el que no cupiera duda alguna de lo pretendido y durante todo el lapso temporal que se extienda desde que se decidió la suspensión del contrato hasta que finalice el concurso, por aplicación de lo dispuesto en el número uno del art. 186 TRLC. Por lo demás, considero, habida cuenta del escenario tan peculiar que plantea esta causa de extinción, que bastará con la manifestación recepticia del trabajador para extinguir el contrato, sin censura judicial alguna que la convalide. Si se parte de una situación en la que la administración concursal ha optado, sin necesidad de autorización judicial, por la suspensión de la relación del alto directivo con la empresa, debe, en mi opinión, otorgarse a éste las mismas posibilidades de actuación y ya no sólo por la singular posición que ocupa, sino también porque su decisión no se motiva en causa alguna cuya existencia o intensidad deba ser valorada en sede judicial. El tenor literal del art. 187 TRLC creo que, pese a su laconismo, puede conducir a esta conclusión, por lo que, una vez decidida la suspensión del contrato, el alto directivo podrá proceder, durante

⁵¹ No creo, por otro lado, que quepa ubicar esta causa tan específica de extinción en el supuesto de “cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones empresariales”, puesto que, técnicamente, ningún incumplimiento de tal cariz se habría producido.

⁵² TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en ...”, op.cit., p. 27.

⁵³ DEL VAL TENA, Ángel, “Extinción del contrato de alta dirección en ...”, op.cit., p. 787.

un determinado lapso de tiempo, a la resolución extrajudicial de su contrato, interviniendo únicamente el juez del concurso en caso de que haya de moderar la indemnización pertinente.⁵⁴

Precisamente al hilo de esa indemnización, dispone también la norma que el alto directivo conservará el derecho a percibirla, siendo de aplicación, como se acaba de explicar, la facultad de moderación prevista en el art. 186.2 TRLC. Que el trabajador tiene en estos supuestos de extinción del contrato derecho al percibo de una indemnización es evidente, entonces. La cuestión estriba en determinar cuál es dicha indemnización. Creo, sin temor a equivocarme, que esta vez no cabe la aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 10 RD 1382/1985 sobre el abono de las indemnizaciones fijadas en la norma reglamentaria “para el caso de extinción por desistimiento del empresario”.⁵⁵ El supuesto de hecho planteado aquí ni es idéntico ni es similar. En el escenario de un concurso de acreedores, ha sido la administración concursal la que ha optado por la suspensión del contrato y, desde esa situación, el alto directivo ha decidido extinguir su contrato. Teniendo, pues, esto presente parece evidente que la única indemnización a la que podría tener derecho en este peculiar contexto sería aquella que específicamente se hubiese pactado entre las partes previendo la aparición de un escenario concursal. Y sobre ésta, ya sí, el juez del concurso podría ejercitar su facultad de moderación.

2.3. La moderación de la indemnización y el aplazamiento del pago

Son dos los artículos de la norma concursal que hacen alusión a la indemnización que pueda percibir el alto directivo a causa de la extinción de su contrato. Uno es el art. 186.2 TRLC que dispone que “en caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando sin efecto en ese caso la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo”. El segundo precepto es el art. 188 TRLC que faculta a la administración concursal para “solicitar del juez que el pago del crédito relativo a la indemnización que corresponda al alto directivo se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación”. Uno y otro, como puede comprobarse, se refieren a realidades distintas, así que conviene analizarlos por separado. Veamos.

2.3.1. La moderación de la indemnización

La potestad judicial a la que hace referencia el número dos del art. 186 TRLC ha sido entendida tradicionalmente como una forma de evitar las consecuencias económicas que para las empresas concursadas pueden comportar las cláusulas indemnizatorias cuya elevada cuantía pretende blindar los contratos de los altos directivos. De esta forma, en la atribución al juez del concurso de la facultad moderadora, subyace la existencia generalizada de cláusulas indemnizatorias sumamente elevadas que blindan al personal de alta dirección en caso de extinción por voluntad del empresario, indemnizaciones que,

⁵⁴ En la misma línea, TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre ...”, op.cit., p. 75.

⁵⁵ Siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades. En sentido contrario, TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en ...”, op.cit., p. 31.

al ser contra la masa en caso de concurso, pueden mermar ésta en perjuicio del resto de los acreedores.⁵⁶ El legislador, siendo consciente de que esta situación de claro quebranto patrimonial puede producirse, otorga al juez del concurso la facultad de poder modificar, si así lo decide, la cuantía indemnizatoria pactada.

No obstante, son varias las cuestiones que plantea esta prerrogativa que se le otorga al juez. Así, en línea de principio, cabe preguntarse por las concretas indemnizaciones que puedan ser objeto de moderación. Es evidente que las mismas serán aquéllas que hayan sido objeto de pacto entre empresario y trabajador, pero ¿en qué supuestos? Porque no hace falta decir que la extinción del contrato puede producirse en base a cualquiera de las causas que prevé el Estatuto de los Trabajadores y el RD 1382/1985 y, por ende, no es difícil imaginar que, dada la especial y singular posición del alto directivo en la empresa, se hayan pactado cláusulas indemnizatorias concretas en caso de que el cese se produzca por cualquiera de aquellos motivos. De hecho, la propia norma reglamentaria prevé que tanto la extinción causal del contrato por voluntad del alto directivo o como el desistimiento empresarial den lugar al abono de las indemnizaciones pactadas. Entonces, si esto es así, la pregunta a la que debe darse respuesta es si sobre cualquier indemnización pactada será aplicable la moderación o si, por el contrario, cabe entender que sólo puede acordarse una modulación del *quantum* indemnizatorio que derive de la extinción acordada en sede concursal a raíz de la facultad resolutoria que se le concede al administrador concursal.

A mi modo de ver, creo que ésta última es la opción interpretativa correcta. Para ello pueden barajarse dos argumentos. En primer lugar, el carácter especialísimo de la norma concursal, del art. 186 TRLC, que introduce, cuando otorga a la administración concursal el poder de resolver el contrato y al juez la facultad de moderación, una matización muy singular a la norma reglamentaria que en absoluto contiene algo parecido, por lo que parece claro que la norma debe interpretarse únicamente en su contexto. En segundo lugar, la ubicación de la regla en el articulado normativo, justo en el mismo precepto que aquella prerrogativa, con lo que se refuerza la idea de que sólo sobre la indemnización pactada en caso de extinción por la administración concursal podrá aplicarse la facultad de moderación. Tema distinto es que se entienda del todo punto ilógico que el juez pueda moderar la extinción pactada en este caso y no otra u otras que pudieran derivarse de la norma reglamentaria por aplicación de los arts. 10, 11, 12 y 15.2 RD 1382/1985 cuando el interés del concurso así lo aconsejaría.⁵⁷ Pero para efectuar esta interpretación expansiva del art. 186 TRLC entiendo que habría de acometerse una reforma del mismo

⁵⁶ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) de 22 de abril de 2016 (Rec. 112/2016). Aplicando los mismos argumentos, esta sentencia, muy críticamente, a mi modo de ver, contempla la posibilidad de aplicar por analogía la facultad moderatoria del juez del concurso sobre las cláusulas de blindaje que puedan aparecer en los contratos de trabajo de los trabajadores comunes, pues iguales son las repercusiones que su abono puede tener en la situación económica de la empresa concursada y en los derechos de los acreedores.

⁵⁷ Al respecto, VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, op.cit., p. 508. También se han intentado buscar soluciones a este problema para evitar el abono de las indemnizaciones pactadas en estos casos. Así, se ha hecho alusión entre la doctrina a la aplicación de la regla *sic stantibus* o a la regla de la nulidad de la cláusula pactada por considerarse abusiva. Así, TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en ...”, op.cit., p. 33.

que así lo indicara expresamente; con todo, esto es algo que, desde luego, no atañe a una norma de refundición.

Lo anterior implica, además y creo que es evidente, que debe haberse pactado una determinada indemnización en el contrato para cuando aconteciera una extinción del mismo en sede concursal decretada por el órgano administrador, porque, de no haberse hecho, no habrá indemnización alguna sobre la que se pueda efectuar la moderación. Ello no quiere decir, sin embargo, que el trabajador no tenga derecho a una indemnización cuando se extinga su contrato por decisión de la administración concursal. Dos argumentos, básicamente, abonarían esta interpretación. Primero y de nuevo, la ubicación sistemática de la norma que rige la moderación, en el mismo precepto que otorga a la administración concursal la opción de escoger entre la extinción y la suspensión del contrato. La lectura combinada de los dos números en los que se descompone el art. 186 TRLC da a entender que cuando hay extinción concursal, puede haber indemnización pactada y que, sobre ella puede ejercerse la facultad moduladora. Segundo, por propia reducción al absurdo. Si se ha concluido que la extinción del alto directivo derivada de la suspensión concursal puede conllevar una indemnización, la expresamente pactada por las partes en caso de concurrir esta situación, no es descabellado sostener que también una indemnización ha de proceder cuando se acomete por el administrador la extinción concursal del contrato directamente, máxime cuando este supuesto guarda, como se dijo, su semejanza con la extinción del contrato del alto directivo por la empresa regulada en el art. 11 RD 1382/1985. La aplicación analógica, por lo demás, de este precepto a la extinción concursal conduce a considerar que, en caso de no haberse pactado ninguna cuantía económica específica que indemnice al trabajador por el cese de su contrato en trámite concursal, habrá de ser aplicable, aquí sí, la indemnización legal que, por defecto, contempla la norma reglamentaria para cuando desista del contrato el empresario, los siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades; *quantum* sobre el que el juez no podría ejercer la facultad moduladora por provenir de un texto normativo.⁵⁸

Comoquiera que sea, la situación es que, pactada una indemnización de forma expresa en caso de extinción del contrato por voluntad del administrador concursal, ésta, su concreto montante, quedará sin efecto y no se podrá abonar, porque lo que procederá, si es que el juez así lo considera, es su moderación a la baja. No de otro modo creo que pueda entenderse esta facultad de moderación si no es reduciendo o disminuyendo la cuantía. Si el contexto en el que nos situamos es en el de una empresa concursada con las dificultades económicas por las que puede estar atravesando, la facultad de moderación siempre debe ser ejercida para rebajar la cuantía indemnizatoria, no para subirla. La duda se ha planteado por ese límite que impone el art. 186.2 TRLC referido a la indemnización legal por despido colectivo. Parece claro que la facultad moderadora nunca podrá rebasar ese tope de los veinte días por año de servicio con el tope de doce mensualidades,

⁵⁸ Sobre ello, COSTA REYES, Antonio, “El tratamiento concursal del ...”, op.cit., p. 145 y MONTOYA MEDINA, D., “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección”, *Actualidad Laboral*, 2009, n.º 2, p. 7 (v. *on line*).

convirtiéndose en una norma necesaria mínima que ha de ser respetada siempre y en todo caso por el juez. Ese límite supondría la frontera que la facultad moderadora del juez nunca podría superar. No obstante, se ha planteado si podría jugar ese límite también en sentido contrario, es decir, en un escenario en el que la indemnización pactada fuera inferior a los veinte días y en el que el juez pudiese ajustar al alza, hasta alcanzar ese tope, la indemnización por extinción del contrato derivada de la decisión de la administración concursal. A mi modo de ver, en el supuesto que la indemnización pactada no llegase siquiera a los veinte días por año de servicio, ninguna facultad moderatoria podría ejercitarse. Si moderar significa “evitar el exceso” según la RAE, habrá que concluir que, en estas concretas hipótesis, esta prerrogativa del juez no se activaría.⁵⁹

La facultad, en otro orden de ideas, es discrecional, potestativa (el verbo utilizado es “podrá”), que no arbitraria, debiendo el juez motivar su decisión de forma clara y precisa. En este sentido, se ha llegado a sostener que la facultad moderadora no tiene como base abuso o fraude alguno, por cuanto que éstos no deben ser aspectos a tomar en cuenta para esa decisión, ni tampoco ha de basarse en la complicidad o responsabilidad del alto directivo en la insolvencia.⁶⁰ La decisión del juez requerirá, antes al contrario, de una constatación objetiva, basada, parece, en el hecho de que la cuantía de la indemnización debida sea de tal importe que ponga en peligro u obstaculice de alguna forma la satisfacción de los derechos del resto de acreedores.⁶¹

Más complejo es determinar si el órgano judicial puede actuar de oficio o ha de hacerlo a instancia de parte. En este sentido, el silencio del legislador se ha llegado a entender favorable a la tesis de que el órgano judicial pueda actuar siempre de oficio, sin que ningún otro agente u operador se lo solicite. Y ello sobre la base de que, cuando el legislador concursal ha querido que la administración concursal interviniera, así lo ha dejado claro expresamente (art. 188 TRLC), no siendo éste el caso. No obstante, también puede entenderse este silencio de otro modo, suponiendo que no sólo la administración concursal podría pedir la moderación, sino también otros sujetos, incluso, los propios acreedores del concursado. Planteado de esta forma, resultaría que el silencio del legislador aquí sería totalmente intencionado, pues, al no concretarse quién habría de instar la moderación de las indemnizaciones, se estaría brindando la posibilidad de solicitarla a otros sujetos distintos al administrador concursal. Pues bien, parece ser ésta precisamente la idea que más ha calado entre la doctrina que ha tratado el tema⁶², sobrepasando, para ello, una interpretación literal del precepto que implicaría defender la tesis contraria. No obstante, cierto es que este posicionamiento cuenta con una clara ventaja, la posibilidad de impugnar la decisión del juez en el trámite incidental. Porque

⁵⁹ De igual parecer, VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 512.

⁶⁰ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) de 22 de abril de 2016 (Rec. n.º 112/2016) y, entre la doctrina, COSTA REYES, Antonio, “El tratamiento concursal del ...”, *op.cit.*, p. 146.

⁶¹ TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre ...”, *op.cit.*, p. 100.

⁶² COSTA REYES, Antonio, “El tratamiento concursal del ...”, *op.cit.*, p. 143, DEL VAL TENA, Ángel, “Extinción del contrato de alta dirección en ...”, *op.cit.*, p. 790 y VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración de concurso sobre ...”, *op.cit.*, p. 510. En sentido contrario, TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre ...”, *op.cit.*, p. 100.

de defender que el órgano judicial puede actuar de oficio, ninguna oportunidad se le otorgaría al alto directivo para defenderse o plantear alegaciones ante la rebaja efectuada en su indemnización. La decisión judicial no podría ser impugnada por la vía del incidente concursal en tanto que la demanda se dirigiría contra el mismo juez que hubiera acordado la moderación, convirtiéndose éste, muy contradictoriamente, en parte y en órgano decisor del procedimiento. En cuanto al trámite incidental en sí, entiendo, por lo demás, que no podría ser el específico que se abre para las cuestiones laborales (art. 541 TRLC) en tanto que la única cuestión, por lo que al alto directivo se refiere, que puede dilucidarse por este trámite es la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos de trabajo de este personal. Más oportuno creo que es defender que esta concreta cuestión se ventile por el trámite del incidente concursal ordinario (con todo lo que ello implica en materia de recursos) habida cuenta de que el art. 532.1 TRLC indica que “todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se tramitarán por el cauce del incidente concursal”.⁶³

2.3.2. El aplazamiento de la indemnización

Señala el art. 188 TRLC que “la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago del crédito relativo a la indemnización que corresponda al alto directivo se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación”. La norma hay que ponerla en relación, no hay duda sobre ello, con la posibilidad de que el concurso se califique como culpable (arts. 441 a 462 TRLC) y que a esta consideración haya llevado la gestión, incluso por complicidad, del alto directivo. Cuando esto suceda, el art. 455.2.3º TRLC dispone que la sentencia que señale el concurso como culpable puede implicar, entre otras cosas, “la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa”. Siendo ello así, es evidente la necesidad de una regla de naturaleza cautelar como la prevista en el art. 188 TRLC por la que la administración concursal, ante determinados indicios de culpabilidad, pueda solicitar al juez del concurso el aplazamiento, hasta que la sentencia de calificación devenga firme, de las indemnizaciones –de cualquiera de ellas–⁶⁴ que le corresponda percibir al alto directivo en caso de extinción de su contrato.

La decisión del juez, como en el caso anterior, entiendo que habrá de ser discrecional, pudiendo aceptar o no la propuesta de la administración concursal, pero siempre motivándola. Y, de cualquier modo, parece que modulación y aplazamiento no tendrían por qué ser opciones excluyentes mutuamente. La norma, a pesar de su laconismo, no evidencia que ello deba ser así y, además, son fácilmente imaginables supuestos en los

⁶³ En sentido contrario, CANO MARCO, Francisco, *Manual práctico de Derecho ...*, op.cit., p. 263, quien aboga por la tramitación de esta cuestión por el incidente concursal laboral.

⁶⁴ En efecto, en tanto que la norma no distingue entre indemnización legal o pactada, entiendo que el aplazamiento es una medida que podrá afectar tanto a la de una naturaleza como a la de otra. Sostener lo contrario, además, conduciría al absurdo de que, ante la posibilidad de un concurso culpable, el alto directivo sobre el que se ciernen ciertas sospechas aun pudiera tener derecho a percibir alguna cuantía indemnizatoria, cuando la norma precisamente es lo que pretende evitar.

que, por prudencia y por el interés del concurso, sea necesario tanto moderar la indemnización como aplazarla.⁶⁵

3. El director general

El Texto Refundido de la norma concursal ha otorgado tratamiento jurídico, por vez primera, al director general y a sus relaciones con la empresa concursada.⁶⁶ No hay, sin embargo, una definición de lo que pueda entenderse por tal categoría de sujetos, aunque en sede judicial sí se ha intentado esa clarificación. De este modo, es posible encontrar pronunciamientos⁶⁷ que identifican a los directores generales con aquellas personas que llevan a cabo una gestión cotidiana de la empresa con sometimiento a las decisiones y directrices de quien desempeña la administración, es decir, en dependencia directa del órgano de administración, sin que pueda considerarse como un apoderado general o un administrador de hecho. De aceptar esta definición, parece evidente que en la figura del director general pueden concurrir, aunque habrá que estar a las concretas funciones que se desempeñen, las notas características del alto cargo y, si esto así se considera, a aquél habrá de dársele este tratamiento, con todo lo que ello implica sobre la extinción y suspensión de su contrato y sobre la moderación y/o aplazamiento de su indemnización que se ha comentado en los apartados anteriores.

Pero más allá de la posible aplicación de los arts. 186 a 188 TRLC, existen en el texto concursal –en mi opinión, en otro claro ejercicio de innovación y, por ende, de extralimitación– ciertas normas que merecen ser comentadas por lo que pueden suponer para entender el estatuto del alto directivo en el concurso. Comenzando por ese concurso culpable al que en el apartado anterior se ha hecho referencia, dispone el art. 442 TRLC que éste acontece cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del director general, entre otros sujetos, pudiendo, incluso, llegar a ser cómplice de la situación en la que se encuentra la organización (art. 445 TRLC). La sentencia de calificación del concurso podrá determinar, en su caso, las personas por ella afectadas, incluyéndose aquí a los directores generales (art. 455.2.1º TRLC), a los que, además, se les podrá condenar a la cobertura del déficit junto con las otras personas reseñadas en el art. 456 TRLC y en el art. 702 TRLC. A esto se añade, además, que el art. 133 TRLC prevé la posibilidad de embargar los bienes o derechos de, entre otros sujetos, los directores generales de la persona jurídica concursada cuando de lo actuado resultara fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación fuesen condenados a la cobertura total o parcial del déficit

⁶⁵ También sobre ello TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en ...”, op.cit., p.39.

⁶⁶ En concreto, parece que lo que ha procedido en la sustitución de la figura del apoderado general por la de director general, un concepto que resulta ser ajeno a las normas societarias. De hecho, lo más parecido a una definición que puede encontrarse es la que proporciona el art. 236.4 LSC: “cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”.

⁶⁷ SAP de Barcelona (secc. 5ª) de 5 de febrero de 2014 (Rec. 151/2013).

Por lo tanto, es evidente que frente al director general en el que concurran las notas del personal de alta dirección podrán ejercitarse acciones para determinar su responsabilidad en el concurso. Más allá de ello, es cierto que también recaen sobre el director general ciertos deberes y facultades que tienen como finalidad mejorar la tramitación del concurso. De esta forma, siendo paso previo que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 TRLC, el deudor deba indicar, entre otros extremos, la identidad del director general de la empresa, al que incluso se le puede notificar un emplazamiento en caso de que no se conozca el domicilio real de la persona jurídica concursada (art. 16 TRLC), el art. 112 TRLC prevé la posibilidad de que la administración concursal le otorgue una autorización general para realizar determinados actos u operaciones en caso de intervención con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Además, se le impone el deber, como al concursado, de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 135 TRLC).

En otro orden de ideas, en fin, llama la atención el hecho de que al director general se le añada como persona especialmente relacionada con el concursado (art. 283 TRLC), con todo lo que ello implica en el contexto concursal, especialmente en materia de créditos subordinados. En efecto, dispone el art. 281.1.5º TRLC que serán créditos subordinados “los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley”. Por su parte, entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica se encuentran, como en otro momento se apuntó, “los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso” (art. 283.1.2º TRLC). Ello quiere decir que si en el director general provisto de poderes generales concurren las notas del alto directivo, éste verá cómo los créditos que pueda tener contra la empresa sean calificados automáticamente como de subordinados. Quizá la razón de ser de la introducción del director general en la lista de personas especialmente relacionadas con el concursado haya que buscarla en el hecho de que su gestión haya podido incidir, con mayor o menor intensidad, en la situación por la que atraviesa la empresa, pero, ciertamente, no puede dejar de pensarse que la subordinación de los créditos del alto directivo en estos supuestos puede estar contraviniendo mandatos internacionales, en concreto, los del Convenio n.º 173 OIT. En cualquier caso, con la norma en la mano, habrá que concluir que esta “penalización” tan sólo la padecerá el alto cargo que sea director general con poderes generales en la empresa, no, por tanto, cuando sea poseedor de poderes singulares o cuando en el sujeto no concurran las notas que definen al personal de alta dirección.⁶⁸

⁶⁸ Apuntado esto también por CANO MARCO, Francisco, *Manual práctico de Derecho ...*, op.cit., p. 271.

Bibliografía

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “La sucesión de empresa en la fase de liquidación concursal: divergencias interpretativas y la necesaria unificación de criterios”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, n.º 10.

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2010, n.º 12.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET”, *Ius Labor*, 2016, n.º 2.

CANO MARCO, Francisco, *Manual práctico de Derecho laboral concursal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020.

COSTA DE MAZARREDO, Almudena, “Transmisión de empresas y responsabilidad del adquirente a efectos laborales y de seguridad social en la fase de liquidación del concurso de acreedores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n.º 47.

COSTA REYES, Antonio, “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”, *Temas Laborales*, 2005, n.º 80.

DEL VAL TENA, Ángel, “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”, *Relaciones Laborales*, 2005, n.º 2.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales”, *Revista de Derecho Social*, 2004, n.º 26.

MONTOYA MEDINA, D., “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección”, *Actualidad Laboral*, 2009, n.º 2.

MORENO VIDA, María Nieves y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley concursal*, Granada, Comares, 2006.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo, “El personal de alta dirección en el concurso de acreedores”, Seminario de la Facultad de Derecho de Valencia, noviembre de 2015.

TAPIA HERMIDA, Antonio, “Efectos del concurso de acreedores sobre la relación laboral de alta dirección”, *Estudios Financieros*, 2005, n.º 264.

VARONA CAL, Ainhoa, “Responsabilidad concursal de los grupos de sociedades”, *Diario La Ley*, 2009, n.º 7261.

VIGUERA RUBIO, José María, “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Relaciones Laborales*, 2004, n.º 2.