

Nuevamente la continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo como ejes de la reforma concursal

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Al igual que sus precedentes —los Reales Decretos Leyes 11/2014 y 1/2015—, la nueva Ley 9/2015, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, sitúa como premisa principal la continuidad de las empresas económicamente viables y el mantenimiento del empleo a fin de mejorar no sólo la situación de cada empresa, sino la economía en general, tal y como ya hiciera también la Ley 17/2014 en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial. Propone para ello flexibilizar la transmisión del negocio o de alguna de sus ramas de actividad evitando los obstáculos existentes durante la tramitación del concurso y, especialmente, en el momento de su liquidación.

Considerando exclusivamente aquellas modificaciones de neto contenido laboral y eludiendo aquellas otras que, por su interés general, también puedan afectar a empresarios y trabajadores, conviene precisar que no se trata de cambios significativos —al menos no desde septiembre del 2014—, sino de precisiones legales que trasladan al ámbito concursal medidas adoptadas y desarrolladas tras las últimas reformas laborales o que reproducen la reforma concursal efectuada en el 2014.

1. Adaptación de algunos preceptos concursales a las reformas laborales

Una serie de preceptos contienen las adaptaciones de la originaria Ley Concursal o de sus posteriores reformas a las normas laborales vigentes. Entre los más importantes destacan los siguientes:

— Artículo 33.1c.1.º:

Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha de la declaración de concurso en procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

La anterior redacción aludía únicamente a los «expedientes» de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Ahora se corrige la expresión (innecesaria al no tratarse de un expediente que requiera autorización administrativa, especialmente en materia de despido colectivo, antiguos «expedientes de regulación de empleo») y se incluyen todos los procesos de naturaleza colectiva susceptibles de aplicación en el ámbito concursal (modificación, traslado, despido, suspensión y reducción de jornada, todos ellos en su modalidad colectiva). Bien es cierto que, además, se sustituye la expresión anterior «ejecutar» las resoluciones judiciales por la de «dar[les] cumplimiento» en un intento de ampliar el ámbito de aplicación más allá de la ejecución de sentencias, lo cual alcanza a cualquier actuación judicial en la materia.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

— Artículo 33.1c.3.º:

Intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores.

Se reproduce aquí la exclusión del término «expedientes» y la ampliación a todos los procedimientos de naturaleza colectiva antes citados.

— Artículo 64.1:

Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera

recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

También en este caso, la modificación responde a la misma finalidad que alguna de las anteriormente citadas. Se trata de adaptar la dicción del precepto anterior (con alusiones constantes a los expedientes de regulación o de modificación) a la nueva consideración como procedimientos que no requieren autorización administrativa para producir efectos. Asimismo, se incorpora la referencia a todos los procedimientos de naturaleza colectiva en los mismos términos que ya se han indicado. Sorprende, no obstante, que, pese a efectuar la mención correcta del procedimiento, mantenga la expresión «expediente» cuando éste es trasladado de la autoridad laboral al juez del concurso. Obviamente, toda actuación administrativa constituye un «expediente», pero para evitar confusiones con la regulación derogada podían haber sido utilizadas otras expresiones sinónimas, menos confusas (traslado de las actuaciones administrativas, de las actuaciones derivadas del procedimiento administrativo, etc.). En todo caso, la finalidad de esta modificación es la de reproducir las reformas operadas en el seno laboral en el ámbito del concurso y eludir cualquier consideración a un «expediente» de regulación colectivo, ahora inexistente en el orden social salvo excepciones.

En este sentido, la modificación de mayor interés se encuentra en el tercer párrafo, pues antes de esta reforma se aludía a que «si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución». Ahora, con mayor precisión, desaparece la necesidad de «autorizar» la solicitud y se hace referencia a la «comunicación» que el empresario

está obligado a efectuar a la autoridad laboral sobre su intención de proceder conforme a los artículos 51 (despido) o 47 (suspensión y reducción de jornada) del Estatuto de los Trabajadores.

Es cierto que este mismo precepto prevé la posibilidad de que «ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada», pues, como es sabido, aún algunos supuestos siguen requiriendo excepcionalmente dicha autorización. Tal es el caso, por ejemplo, de los despidos colectivos por fuerza mayor (art. 51.7 del Estatuto de los Trabajadores).

— Artículo 64.7:

... El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

Al igual que en los supuestos anteriores, ya no se hace referencia a «las consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en expediente de regulación de empleo» tenga, sino a las consecuencias de la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario, manteniéndose la reserva del expediente de regulación de empleo excepcionalmente para los supuestos ya indicados.

— Artículo 64.8:

Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Ga-

rantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

La sustitución de la antigua ley procesal (RDLeg 2/1995) por la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011) resultaba obligada.

2. Convalidación y precisión de algunos aspectos laborales contenidos en la reforma concursal del 2014

Por su parte, existen una serie de preceptos que ya en su día fueron incorporados a la legislación concursal mediante el Real Decreto Legislativo 11/2014 y que ahora, o bien se reproducen en sus mismos términos, o bien contienen alguna precisión para mejorar su redacción. En este apartado conviene subrayar los siguientes:

— Artículo 94.2.1.º:

Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el art. 91.1.º. A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el art. 91.1.º.

Los trabajadores económicamente dependientes (TRADE) adquieren en este precepto la misma consideración que los altos directivos. Si la cuantía del crédito excede la cantidad prevista en el artículo 91.1.º (salarios o indemnizaciones en cuantía igual al triple del salario mínimo interprofesional por el número de días adeudados), pasarán a ser considerados acreedores de derecho laboral en identidad

de condiciones que los trabajadores por cuenta ajena, pero, si dicha cantidad es inferior, quedarán excluidos como acreedores con privilegio especial. Pese a que la calificación del legislador ha quedado previamente establecida (el alto directivo es un trabajador por cuenta ajena con relación laboral de carácter especial y el TRADE se considera un trabajador autónomo sometido a las reglas del Estatuto del Trabajo Autónomo, según la Ley 20/2007, y con actividad calificada de «profesional», no laboral), la Ley Concursal otorga otra naturaleza distinta y considera a ambos acreedores laborales, llegando a equiparar su situación a la de los trabajadores por cuenta ajena cuando el importe de la deuda excede de la cantidad establecida.

— Artículo 146 *bis*: mantiene su redacción en los mismos términos que en el 2014, cuando fue incorporado a la legislación concursal.

— Artículo 149:

➤ 149.1.3.^a:

No obstante lo previsto en la regla 1.^a, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 % de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a ésta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa o, en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

Potestad del juez antes inexistente que ahora se incluye.

➤ 149.2**b**:

Si se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor, no será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado, quedando excluido el crédito de la masa pasiva. El juez velará por que el adquirente tenga la solvencia económica y

los medios necesarios para asumir la obligación que se transmite.

Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social.

Se incorpora la excepción indicada para los créditos tributarios y de Seguridad Social en este último apartado. Con ella se excluye la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía cuando se trate de créditos de tal naturaleza. El artículo 149.2 se refiere a los bienes contenidos en la regla primera del apartado anterior. Apartado previsto, por cierto, para cuando no se apruebe ningún plan de liquidación o no se prevea algún aspecto en el plan aprobado, en cuyo caso se establecen reglas «supletorias», calificativo no extensible a todas las reglas contenidas en este artículo 149 consideradas por el legislador reglas «legales» de liquidación —en una expresión redundante en el contenido de una norma de rango legal—. También alude el artículo 149.2 a los demás bienes y derechos del concursado que se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Sin embargo, la letra *b* a la que hace referencia esta exclusión de la subrogación por parte del adquirente sólo se relaciona con los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, respecto de los que se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuvieren incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, entonces se aplicarán las reglas contenidas en los apartados *a* y *b* según se transmitan sin subsistencia de la garantía o con subsistencia de

ella. Pues bien, sólo cuando la garantía subsista, el adquirente se subrogará en la obligación del deudor sin necesidad del consentimiento del acreedor privilegiado, velando el juez del concurso por que el adquirente posea la solvencia necesaria para hacer frente a todas estas obligaciones. Estas últimas no se extienden, sin embargo y en virtud de la excepción aludida, ni a los créditos tributarios ni a los créditos de la Seguridad Social.

Según indica el legislador en el preámbulo de esta nueva reforma, este artículo 149 se modifica a la luz de las dudas surgidas y aclara qué reglas de éste tienen carácter supletorio y cuáles de ellas deberán aplicarse en toda liquidación, haya plan o no. En particular, «se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social».

- 149.4: el antiguo 149.2 de la reforma del 2014 pasa a ser el 149.4 actual sin modificación literal alguna.
- Una serie de preceptos se añaden para expresar la remisión a las reglas contenidas en esta ley sobre transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado, esto es, a los artículos 146 *bis* y 149, respectivamente. Se trata de los artículos 43.4 (conservación y administración de la masa activa), 191.7 (contenido del procedimiento abreviado) o 191 *ter*.4 (especialidades del procedimiento abreviado con presentación del plan de liquidación).

3. Otros aspectos de interés

Se recoge un régimen transitorio para los procesos concursarles en tramitación (disp. trans. 1.^ª). Por lo demás, los convenios concursales aprobados en aplicación de la

normativa que se deroga deberán cumplirse íntegramente (disp. trans. 3.^ª). Tal transitoriedad asimismo afectará a los procedimientos de ejecución en curso (disp. trans. 4.^ª). El Gobierno dispondrá de doce meses para elaborar y aprobar un texto refundido de la Ley Concursal, ex disposición final 8.^ª.

4. Una nueva oportunidad perdida

Esta ley, aprobada unos meses más tarde y no como mera convalidación de los decretos anteriores, no resuelve, sin embargo, algunos de los problemas que se han ido planteando en su aplicación, en especial en lo que se refiere a la transmisión de unidades productivas. De algunos de ellos se ha venido dando buena cuenta en esta sección. En particular, la nueva regulación introducida en el 2014 por los artículos 146 *bis* y 149.2 (ahora 149.4), inalterados por esta reforma. Se reproduce, pues, la discusión sobre si la exoneración de deudas laborales y de la Seguridad Social en supuestos de sucesión de empresas se extiende sólo a las deudas derivadas de los contratos subrogados, de todos los contratos, o si la exención alcanza exclusivamente a los salarios e indemnizaciones abonados por el Fondo de Garantía Salarial, entre otras. Nada cambia. Al menos, nada que pueda garantizar una aplicación más certera de la norma. Bien al contrario, esta Ley 9/2015 puede agravar esta situación.

En efecto. Se trata de la excepción prevista en el último párrafo del artículo 149.2*b*, que exime al adquirente de la subrogación «a pesar de que subsista la garantía cuando se trate de créditos tributarios y de Seguridad Social». La equiparación de ambos créditos había sido anulada como consecuencia de la posible exoneración de créditos tributarios en adquisiciones de empresas concursadas, exoneración que no alcanzaba del mismo modo a las deudas laborales y, especialmente, a las de la Seguridad Social. Esta nueva equiparación puede introducir aún más confusión en un precepto no exento de crítica y que genera serias dificultades jurídicas y, particularmente, económicas cuando se trata de adquirir una empresa o una unidad productiva en liquidación.

Se pierde así una oportunidad única para introducir garantías y evitar interpretaciones dispares entre los jueces de lo Mercantil y de lo Social, *a priori* irreconciliables. O no. Porque quizá sea ésta una extraordinaria ocasión para entender que, si el legislador ha podido enmendar iniciales planteamientos sobre una medida legislativa y no lo ha hecho, es porque refuerza su intención primera. Al menos, en lo que a los artículos 146 *bis* y 149.4 se refiere. Conclusión, sin embargo, empañada por el nuevo artículo 149.2*b* en los términos expuestos.

En Derecho se ha venido considerando como una tesis reduccionista el realismo jurídico,

esto es, la identificación de la validez de la norma con su eficacia. Así, se entiende que el Derecho válido no es tanto el contenido por la norma, sino el que marca el comportamiento; una norma será válida sólo en la medida en que los jueces la apliquen en sus decisiones. Pero el ordenamiento jurídico no constituye un mero conglomerado normativo, sino que representa una estructura en la que cada elemento condiciona los demás. De ahí que una pugna entre distintos órdenes jurisdiccionales, no siempre bien resuelta, quiebre la primigenia significación del *ius* como técnica de justicia.