

# Aspectos laborales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

**Eduardo E. Taléns Visconti**

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia

## Labour aspects of Law 16/2022, of 5 september, on the Reform of Bankruptcy Law

### **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL. 2. EL NUEVO "DERECHO PRECONCURSAL": LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES LABORALES. 3. EL NUEVO CARÁCTER REFORZADO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO CONCURSAL. 4. LA NUEVA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA. 4.1. La situación previa la regulación vigente. 4.2. La competencia en materia de sucesión de empresa tras la aprobación de la LO 7/2022, de 27 de julio y de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. 5. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES. 5.1. Las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. 5.2. La nueva regulación de los créditos laborales en los casos de los concursos sin masa. 5.3. La exoneración del pasivo insatisfecho: aspectos laborales. 5.4. Los créditos laborales originados tras la aprobación de un convenio con los acreedores. 6. EL NUEVO PROCESO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS: ASPECTOS LABORALES. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La Ley 16/2022 ha modificado el proceso de concursal de una manera muy intensa. La citada ley ha introducido nuevos procedimientos y ha alterado la redacción de otros tantos preceptos e incidentes. Unos meses antes se aprobó la Ley Orgánica 7/2022, que modificó la LOPJ en relación con la competencia asumida por los Jueces de lo Mercantil. A lo largo de las siguientes páginas trataré de analizar todos los cambios que las mencionadas leyes han provocado sobre el régimen jurídico de los contratos de trabajo en el seno de las empresas insolventes (que, tal

y como veremos, han sido muchos, muy profundos y, en la mayoría de los casos, de una compleja exégesis).

**Palabras clave:** concurso de acreedores, reforma legal, contrato de trabajo, créditos laborales, medidas laborales.

**ABSTRACT:** Law 16/2022 has modified the bankruptcy process in a very intense way. The aforementioned law has introduced new procedures and has altered the wording of many other precepts and incidents. A few months earlier, Organic Law 7/2022 was approved, which modified the LOPJ in relation to the competence assumed by the Commercial Judges. Throughout the following pages I will try to analyze all the changes that the aforementioned laws have caused on the legal regime of employment contracts within insolvent companies (which, as we shall see, have been many, very profound and, in most cases, of a complex exegesis).

**Key Words:** bankruptcy, legal reform, work contract, work credits, labor measures.

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL

Desde que la Ley Concursal se promulgó en el año 2003 (Ley 22/2003, de 9 de julio) han sido muchas las reformas las que han afectado a este texto, unas con mayor intensidad que otras. Algunas de estas leyes se han orientado de forma exclusiva a modificar la Ley Concursal, mientras que otras han repercutido a dicho texto desde otra serie de disposiciones contenidas en normas de ámbito más general. En el concreto caso del proceso concursal, los escenarios de crisis económica han sido los que normalmente han auspiciado la mayoría de estas reformas. Seguramente, el legislador proyectó en un primer momento el proceso concursal como una situación en cierta medida residual, donde, por lo demás, podía ser más o menos razonable que las empresas pasaran por este incidente singular con visos de supervivencia. Sin embargo, la realidad práctica durante los años de la crisis económica iniciada —más o menos— en el año 2008, sacó a la luz el ligero optimismo del legislador, así como algunas de las incorrecciones de esta incipiente Ley. Fue en un contexto económico y social tan complicado como el vivido por aquel entonces cuando el proceso concursal experimentó sus primeras transformaciones normativas con cierto calado.

La primera norma relevante en la materia fue el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El mencionado texto no fue, ni mucho menos, una reforma demasiado intensa, pues, por lo demás, se incluyó en una norma transversal que afectó a varias materias, entre ellas, a la insolvencia empresarial. Como consecuencia de la crisis financiera sufrida en aquella época aumentaron el número de empresas que presentaron serios problemas de liquidez, situación que hizo aflorar algunos de los fallos o incoherencias más significativos que acusaba la Ley Concursal del año 2003. De este modo, el RDL 3/2009 optó por reformar diversos aspectos jurídicos de la mencionada ley, precisamente, los que fueron decantán-

dose como los más problemáticos durante los años iniciales de la aplicación de la norma<sup>1</sup>. En cualquier caso, esta reforma del año 2009 no fue todo lo profunda que se precisaba y su exposición de motivos advirtió que solamente se modificaban aquellas cuestiones cuyo "*tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente*" y todo ello sin desconocerse en el propio preámbulo la pertinencia de llevar a cabo una actuación legislativa de mayor calado en un futuro más o menos próximo. Sin entrar en demasiados detalles y pasando de puntillas simplemente por algunas de las notas de índole laboral, el citado RDL modificó la fecha a partir de la cual se pueden solicitar las medidas laborales de carácter colectivo ante el Juez de lo Mercantil, situándolas en la declaración del concurso y no así su solicitud, tal y como se desprendía de la redacción originaria la norma. Asimismo, se dispuso que, como regla general, el ERE Concursal se debía de solicitar una vez que haya sido emitido el informe de situación presentado por parte de la administración concursal. También se llevaron a cabo otra serie de alteraciones que afectaron de forma indirecta a las relaciones laborales, por ejemplo: algunas modificaciones en materia de liquidación anticipada, de propuesta anticipada de convenio o sobre el tratamiento de los créditos adheridos a este último documento. Especialmente relevante fue la posibilidad de iniciar negociaciones con los acreedores carácter previo a la declaración del concurso, que apostaba por una solución pactada del concurso con mantenimiento de la actividad y la facilitación del acuerdo entre los acreedores, por la que se buscaba contribuir a la superación de la delicada situación de la empresa, cuestión que, por lo demás, podía terminar por favorecer el mantenimiento de los contratos de trabajo<sup>2</sup>.

Tal y como acabo de afirmar en el párrafo anterior, la reforma del año 2009 no fue todo lo profunda que requería la situación económica, por lo que poco tiempo después se consiguió aprobar la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que fue la primera reforma que se concentró en único texto normativo referido exclusivamente al Derecho Concursal. El continuo deterioro económico sufrido en España, que dejó entrever algunas disfuncionalidades de la Ley Concursal fue, seguramente, el principal motor del cambio producido en aquel momento. Entre otros buenos propósitos, la Ley 38/2011 pretendió elevar a la categoría de principio rector del procedimiento concursal la conservación de la empresa, intentando superar el carácter eminentemente solutorio que imperaba en esta sede. La búsqueda de soluciones que contribuyan a la conservación de la empresa y la actividad económica ha sido una constante que se ha mantenido hasta nuestros días, intentándose de manera persistente a través de distintas fórmulas que no han terminado por tener el éxito esperado. Situándonos en el año 2011, para lo-

- 1 PRENDES CARRIL, P. y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. "Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)", *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, página 23.
- 2 FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003", *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2009, página 2 (BIB 2009, 1421).

grar este objetivo, se llevaron a cabo una serie de medidas que se proyectaron bien a través de la ordenación y mejora de las instituciones "preconcursoales", o bien con la optimización del convenio con los acreedores como una buena salida de la situación de insolvencia. Esta decidida apuesta por la conservación de la empresa no quedaba desdibujada por el impulso de otra serie de novedades tendentes a que la insolvencia no se demorara en el tiempo, perjudicando con ello a los intereses de los acreedores y al propio deudor. En este sentido, se abrió la posibilidad de liquidar el patrimonio del concursado de forma anticipada desde los instantes iniciales del proceso. La idea que traslucía de esta opción era que las empresas que entraban en concurso sin ninguna solución de continuidad y sin bienes suficientes para poder cubrir las deudas contra la masa pudieran liquidarse desde la declaración del concurso y sin que esperar a la conclusión de la fase común. Con todo, la Ley 38/2011 no supuso ningún cambio radical sobre el asentado sistema jurídico, pues, sin desmerecer sus importantes avances, se mantuvieron los consabidos principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento.

Dejando de lado otros aspectos muy interesantes de la reforma y que exceden del objetivo de este estudio, centrándome en la materia social, la ya aludida Ley 38/2011 también introdujo importantes mejoras en varios apartados enmarcados dentro del extinto artículo 64 LC (que regulaba el ERE Concursal). *Grosso modo*, el legislador concursal trató de acompasar este incidente a la última Reforma Laboral vigente en ese momento (la Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Se reformó, asimismo, el régimen jurídico de las medidas laborales de naturaleza colectiva cuya competencia reside en los Jueces de lo Mercantil y que se encontraban en trámite en el momento de la declaración del concurso. También se modificó por completo el régimen jurídico de la extinción del contrato por voluntad del trabajador a causa de un incumplimiento empresarial (por la vía del artículo 50 ET). Naturalmente, la Ley 38/2011 también afectó a cuestiones laborales de una forma indirecta, a través de algunas disposiciones finales, como fue el caso de la decimocuarta de la Ley 22/2003, que vino a reforzar la posición del FOGASA en la realización de los créditos laborales afectados por la declaración del concurso, o la decimoquinta, que reformuló el antiguo artículo 24 LGSS –relativo a los créditos de Seguridad Social– y el anterior artículo 208.3 LGSS, donde se agregó la reducción temporal de jornada adoptada en el seno de una empresa en concurso como situación legal desempleo<sup>3</sup>.

Aunque no se trató de una reforma practicada sobre la Ley Concursal, no podemos dejar pasar por alto en este punto la repercusión del RDL 3/2012, de 10 de febrero y su posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, que provocó importantes tensiones interpretativas en relación con los ERES Concuriales. En este sentido, la redacción originaria de la Ley Concursal diseñó un procedimiento que mostraba en muchos aspectos "evidentes simetrías" con los desaparecidos expedientes de regulación de

3 GARCÍA MURCIA, J. "Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011", *Derecho de los Negocios*, núm. 256, 2012, página 2 (Ref. CISS 22039/2011).

empleo previstos por el ET<sup>4</sup>. La intensa afectación que la reforma laboral del año 2012 produjo sobre los procedimientos de regulación de empleo supuso una "sucesión de desencuentros" entre las normativas laboral y concursal, causando una serie de disfunciones en la exégesis de la materia especial (concursal-laboral)<sup>5</sup>. Además de los mencionados problemas interpretativos, desde ese momento y hasta nuestros días, los procedimientos de flexibilidad interna y externa de carácter colectivo son más rígidos en el proceso concursal que fuera del mismo.

Durante los años 2014 y 2015 también se dictaron una serie de normas con incidencia en la Ley Concursal, a saber: el RDL 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que cristalizó posteriormente en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, con el mismo nombre); el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, más específica que la anterior (y que se formalizó por las Cortes Generales en la subsiguiente Ley 9/2015, de 25 de mayo, también con el mismo nombre); o el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas del orden social (que resultó aprobado más tarde como Ley 25/2015, de 28 de julio, bajo la misma denominación). Como se podrá apreciar, en un periodo aproximado de un año se sucedieron en el tiempo tres disposiciones legislativas que afectaron en mayor o menor medida al ordenamiento jurídico del Derecho Concursal. Dos de ellas fueron a través de normas generales que afectaron a algunos preceptos de la Ley Concursal, mientras que la otra, que vio la luz como Ley 9/2015, de 25 de mayo, se ocupó únicamente de la esfera concursal. De toda esta maraña de leyes podemos extraer algunas conclusiones de interés, como fue el caso, por ejemplo, de la regulación de un procedimiento extrajudicial de pagos como alternativa al concurso de acreedores llevada a cabo a través de una mediación conducida por la nueva figura del "mediador concursal". El fracaso de la mediación daba lugar a lo que se conoció desde entonces como el "concurso sucesivo". La apuesta por las soluciones extrajudiciales también se dejó notar en nuevos cambios producidos sobre el antiguo artículo 5 *bis* LC, referido a los acuerdos de refinanciación de la deuda. También se llevaron a cabo importantes modificaciones en la constitución y el desarrollo de la junta de acreedores encargada de negociar un convenio. Todas estas instituciones han desaparecido tras la reforma concursal vigente y su afectación al área jurídico-laboral era más bien indirecta. Respecto de los acreedores privilegiados, se mejoró su participación en las distintas fases de la junta, incluida la votación y su posibilidad de quedar arrastrados por la decisión de la mayoría de los créditos privilegiados de su misma clase. Además, se rompió con la tradicional sanción de

4 MERCADER UGUINA, J.R. "Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, página 5 (de la versión online).

5 SEMPERE NAVARRO, A.V. "La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, página 2 (BIB 2012, 2920). MERCADER UGUINA, en el estudio citado en la nota al pie anterior, expresó que tras la reforma laboral de 2012 se pasó a "un sensible desencuentro" entre ambas normativas.

subordinación sobre la compraventa de créditos contra la masa adquiridos durante el proceso, pudiendo estos acreedores mantener su privilegio. La fase de liquidación también fue objeto de importantes cambios, en especial, en lo que se refería a la transmisión de las unidades productivas de la empresa, con clara afectación, esta vez sí, sobre la continuidad de los contratos de trabajo. Además de lo anterior, el artículo 33 LC pasó a desglosar, con bastante minuciosidad, los cometidos de la administración concursal, incluyendo los relacionados con los contratos de trabajo. Siguiendo con los aspectos laborales, se modificaron algunas cuestiones de detalle dentro del antiguo artículo 64 LC, remplazando las desfasadas referencias sobre los expedientes de regulación de empleo que fueron sustituidas por su alusión a los despidos colectivos, así como otra serie retoques<sup>6</sup>.

Situándonos ya en fechas mucho más recientes en el tiempo, entramos de lleno en la presente vorágine normativa iniciada en el año 2020 con la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal y cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de septiembre del año 2020<sup>7</sup>. La DF 8ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La finalización del plazo establecido para la refundición motivó que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera una nueva DF 3ª que habilitaba un nuevo plazo para aprobar el mencionado texto refundido a propuesta de los ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa. Esta autorización incluyó la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían de ser refundidos. Este requerimiento tuvo respuesta con el ya mencionado RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, cuya EM justificó de la siguiente manera: *"las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resulta insoslayable afrontar"*. Desde mi punto de vista, esta reforma era necesaria, especialmente en materia de Derecho Concursal Laboral, donde coexistían demasiadas dudas interpretativas, muchas de ellas motivadas por el distinto avance producido entre el ET y la LC. El Texto Refundido del año 2020 alteró la ubicación sistemática de todos los preceptos concursales, multiplicando el número de artículos y sin que ninguno de los que afectan directamente a los contratos de

6 Con un nivel de afectación menor, también incidieron sobre algunos preceptos concursales otra serie de leyes de muy diversa índole (por ejemplo: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde a través de la Disposición adicional quinta se incluyó como sujeto legitimado para solicitar el concurso al mediador concursal). Junto con ello, se adoptaron ciertas cautelas sobre la cuenta de garantía arancelaria, introducida solo dos meses antes por la citada Ley 25/2015 y que, en esencia, tiene como finalidad la creación de un fondo común con aportaciones de los administradores concursales que hayan podido cobrar por sus cometidos, para cubrir el trabajo de los que no hubieran tenido esa misma suerte, sin duda, otra de las reformas que es la consecuencia de la fuerte crisis económica padecida en los últimos años.

7 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (que salió publicado en el BOE de 7 de mayo).

trabajo correspondan con los de la legislación anterior. En mi opinión, en estos momentos la norma está mejor estructurada y es más clara en muchos puntos. De tal manera que la norma concursal dedica un artículo a cada materia, evitando que un mismo precepto incluya cuestiones distintas o heterogéneas y, además, el epígrafe de cada artículo anticipa su objeto<sup>8</sup>. Ello no es óbice para que, tal y como veremos a lo largo de este estudio, pervivan múltiples dudas interpretativas en muchas de las novedades normativas de dicho TRLC tras su última reforma.

Ahora bien, no todos los cambios producidos sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales de las empresas concursadas consistieron en “meros retoques” o en una operación de armonización o de mejor encaje sistemático. Antes, al contrario, el TRLC no se limitó a ejecutar una mera refundición y como bien nos anticipó su exposición de motivos: *“de ahí que, al redactar el texto refundido, el Gobierno no se haya limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición, sino que haya debido incidir en esa normativa en una muy delicada labor para cumplir fielmente la encomienda recibida. Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones –o incluso normas duplicadas o innecesarias– han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida”*. Como se verá de forma más detenida en algún epígrafe concreto dentro de este estudio doctrinal, la norma fue considerada “ultra vires” en algunas de sus previsiones normativas. No cabe perder de vista que, de acuerdo con el artículo 82 CE, la delegación de la potestad legislativa encomendada al Gobierno contiene un alcance limitado que puede consistir en una *“mera formulación de un texto único”*, o también se permite *“regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”*. Desde luego, lo que no puede hacer es cambiar por completo el sentido de un precepto, alterando su contenido de una forma significativa ni, mucho menos, como ocurrió en alguna cuestión concreta a la que me referiré más adelante, provocar un cambio en la distribución de la competencia objetiva (concretamente en materia laboral).

El TRLC de 2020 convivió con la crisis sanitaria originada por el COVID-19 que, en términos jurídicos, provocó la aprobación de multitud de medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia, entre otras muchas materias, en el ámbito del Derecho Concursal<sup>9</sup>.

- 8 ALAMEDA CASTILLO, M.ª T. “Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)”, *Temas Laborales*, 153, 2020, página 64.
- 9 De todas ellas, me gustaría hacer referencia a lo previsto en el RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia. En ella se aprobaron algunas medidas urgentes, siendo la más conocida la de la denominada “moratoria concursal” que eximía a las empresas de presentar concurso de acreedores, aunque se dieran los requisitos de insolvencia. Esta moratoria concluyó el pasado 30 de junio de 2022. Por el camino también cruzaron otra serie de normas de interés en el ámbito concursal, como fue el tema de los ERTES, que dejaron un complicado régimen jurídico en el caso de empresas concursadas y también las du-

En mi opinión, probablemente la reforma del TRLC del año 2020 no fue demasiado afortunada por varios motivos: primero, por dictarse en un momento de crisis sanitaria y hacerlo además en sus inicios, cuando más incertidumbre existía en nuestro país; segundo, porque tuvo que coexistir con reales decretos de urgencia, de una más que compleja lectura e interpretación, provocando cierta inseguridad jurídica en la materia; tercero, por la necesidad (en el corto plazo) de transponer la Directiva 2019/1023, situación que obligó a revisar el texto concursal para volver a reformarlo de nuevo; y, en último término, por la deficiente técnica legislativa utilizada.

Finalmente se aprobó la Ley 16/2022, de 5 de septiembre<sup>10</sup>, que constituye el último hito en la materia. Dicha norma se aprobó, principalmente, para dar oportuno cumplimiento a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. La señalada norma europea tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, ofrecer una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Desde la constatación de que el 90% de los concursos acaban en liquidación, la UE, a través de esta nueva Directiva de insolvencia, persigue facilitar la reestructuración de empresas en crisis que, a pesar de sus dificultades financieras, presenten ciertos visos de viabilidad. De tal suerte que la Directiva 2019/1023 pivota en torno a los mecanismos de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y los planes de reestructuración. España debía de transponer dicha Directiva a nuestro ordenamiento y los trámites parlamentarios culminaron con la aprobación de la ya mencionada Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor el pasado 26 de septiembre (excepto en algunas de sus partes, por ejemplo, en el proceso especial para microempresas que se relegó para el 1 de enero de 2023). Un poco antes se aprobó la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, que contiene importantes novedades en relación con la competencia judicial para resolver litigios planteados en materia laboral.

La Ley 16/2022 contiene numerosos cambios, abre nuevos horizontes y perspectivas de estudio, además de suponer importantes retos para el asesoramiento jurídico proyectado sobre esta materia. Se trata de una norma muy extensa que modifica numerosos preceptos y que, incluso, ha creado *ex novo* algunas instituciones, incidentes

das que surgieron con la mal denominada "prohibición de despedir" por casusa COVID y su eventual aplicación en este tipo de empresa.

10 El título completo de la norma, larguísimo, es el siguiente: Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

y procesos. Por lo que se refiere a las nuevas instituciones, la norma regula un moderno y renovado sistema de "Derecho preconcursal". La Directiva 2019/1023 exige la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos de reestructuración preventiva, debiendo de entender estos por unos *"procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras"*. El objetivo perseguido por este nuevo sistema puede ser doble: de un lado, que se produzca una reestructuración rápida y temprana que pueda contribuir a la subsistencia de la actividad empresarial y, de otro lado, descongestionar los juzgados de lo mercantil, que tendrán en este nuevo proceso un papel más residual o secundario. En España este proceso "preconcursal" se ha canalizado a través de los denominados planes de reestructuración. Desde el punto de vista laboral nos tenemos que plantear, básicamente, dos cuestiones: una de ellas es dar respuesta al tratamiento de los créditos laborales dentro de los planes de reestructuración; la otra es el modo de llevar a cabo las medidas de ajuste sobre la plantilla de trabajadores.

Otra novedad de mucho calado que contiene la Ley 16/2022 ha sido la regulación de un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliándose de manera decidida la relación de deudas que pueden quedar exoneradas e introduciendo la posibilidad de la exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, a través de un plan de pagos, permitiendo de este modo que conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Este nuevo sistema se ha denominado exoneración del pasivo insatisfecho ("EPI") y del mismo se pueden beneficiar los deudores que sean persona natural (persona física) siempre que reúnan una serie de requisitos legales que denoten su buena fe en la gestión empresarial. En el ámbito laboral nos tendremos que preguntar si existen créditos laborales que puedan quedar exonerados y con qué límites.

La presente reforma también ha adoptado múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. La duración del procedimiento concursal incluida la fase común se ha intentado acortar con la finalidad de que no se dilate demasiado en el tiempo (el nuevo artículo 508 *bis* TRLC dispone que, con carácter general, la fase común debe durar un máximo de doce meses). También se reducen los plazos para dictar resoluciones judiciales y para subsanar defectos procesales y todo en ello en aras de intentar una correcta celeridad del procedimiento.

En línea con lo anterior, otra de las novedades más significativas ha sido la regulación de un nuevo proceso especial para el caso de las "microempresas", que viene marcado por una simplificación procesal y por el carácter telemático de todos (o casi todos) los incidentes del mismo. Este nuevo proceso va dirigido a empresas que normalmente tengan menos de diez empleados y un volumen de facturación y pasivo que no llegue a los límites fijados por el artículo 685 TRLC. En este procedimiento especial la intervención del Juez del Concurso se reduce a momentos muy puntuales, mante-

niendo el empresario sus facultades empresariales y sin necesidad de nombrar una administración concursal, cuya participación será voluntaria cuando expresamente lo soliciten los acreedores en determinados casos y circunstancias. Aquí las cuestiones que deberemos de intentar clarificar son, básicamente —y nuevamente— el modo de gestión de las relaciones laborales durante este concreto proceso especial y los aspectos relacionados con el régimen de pagos y reconocimiento de créditos a favor de los trabajadores y la posibilidad de poder acudir al Fondo de Garantía Salarial.

La Ley 16/2022 también contempla otra serie de novedades en relación con el Derecho del Trabajo, pues, además de la inserción de cuestiones laborales en los nuevos incidentes y procesos especiales, la finalidad de la reforma puede reducirse, a mi modo de ver, en dos grandes ejes vertebradores: de un lado, por un incremento de la participación de las personas trabajadoras, señaladamente a través de sus representantes legales; de otro lado, por un más que notorio aumento de la protección del crédito laboral, que se hace notar en los distintos incidentes y procesos concursales (tanto en los existentes con carácter previo a la reforma, como en los que han sido creados de forma inédita).

En definitiva, la Ley 16/2022 ha supuesto un cambio de paradigma sobre nuestro régimen jurídico de Derecho Concursal. La propia exposición de motivos de la norma se hace eco de este nuevo modelo, indicando textualmente lo siguiente: *“esta reforma legislativa va a suponer el detonante de un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son”*. Probablemente estamos ante la reforma concursal más intensa e importante que ha incidido sobre el propio sistema, alterando el proceso y creando nuevas instituciones e incidentes. Una Ley que en pocos años ha sido alterada en varias ocasiones nos demuestra la complejidad de la institución, su proyección práctica y su problemática, siendo que las distintas reformas no han terminado por resolver las situaciones jurídicas que regula (señaladamente, la continuidad de la actividad empresarial). Muchos de estos problemas no son desconocidos en el ámbito laboral, dónde la exégesis de la norma ha sido especialmente compleja, es por ello por lo que, desde mi punto de vista, la homogeneización entre las disposiciones de la Ley Concursal y del Estatuto de los Trabajadores debería de ser lo suficientemente elevada como para proyectar interpretaciones jurídicas lo más certeras posibles y coadyuvar con ello a una mayor seguridad jurídica.

## **2. EL NUEVO “DERECHO PRECONCURSAL”: LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES LABORALES**

La Ley 16/2022 ha regulado en su nuevo Libro Segundo lo que ha denominado “derecho preconcursal”. Se trata de una regulación muchísimo más extensa que la

prevista en las anteriores versiones de la norma. De entrada, cabe indicar que han desaparecido los "acuerdos extrajudiciales de pagos" y con ello la figura del mediador/a concursal. También se ha superado con creces la regulación de los extintos acuerdos de refinanciación de la deuda, que anteriormente ocupaban un espacio menor dentro del articulado de la ley. En estos momentos la reforma gira en torno a los denominados planes de reestructuración, que se enmarcan en los mecanismos de "alerta temprana" reconocidos por la Directiva 2019/1023. Las herramientas de "alerta temprana" despliegan sus efectos en un contexto anterior a la insolvencia real o inminente y se implementan, precisamente, con el objetivo de evitar esta situación y poder salvaguardar la viabilidad económica<sup>11</sup>.

No es el propósito de este epígrafe comentar las múltiples cuestiones que se desprenden de este nuevo "derecho preconcursal", ni agotar las dudas e inconsistencias que arroja dicho proceso, sino más bien intentar despejar los principales aspectos que guardan relación con el régimen jurídico de los contratos de trabajo dentro de este procedimiento previo a la declaración de la insolvencia.

En este orden de cosas, la primera cuestión que me dispongo a plantear es la relativa a la eventual afectación de los créditos laborales por parte de los planes de reestructuración de la deuda. En relación con este tema cabe aseverar que el artículo 616.2 TRLC deja fuera de del plan de reestructuración a "*los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección*". Por lo tanto, a través de esta herramienta preconcursal no pueden quedar afectados los créditos laborales del personal "común" cuya relación queda sujeta a lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores. Repárese como el precepto utiliza, con destacada amplitud, el término "*créditos derivados de relaciones laborales*", por lo que aquí debemos de incluir cualquier tipo de crédito, ya sea salarial o extrasalarial, siempre que derive de un contrato de trabajo. En definitiva, cabe concluir que las deudas laborales no seguirán el tratamiento general de créditos dentro del nuevo "proceso" preconcursal, sin quedar sometidos a las reglas propias de la legislación concursal. Esto no quiere decir que no se puedan adoptar decisiones empresariales en relación con los salarios u otra serie de conceptos extrasalariales, pero las mismas se deberán de regir por los postulados propios del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, en el contexto del un plan de reestructuración, sí que se podrían modificar aspectos relacionados con los salarios de la plantilla de trabajadores, pero estas medidas no quedarán al albur de lo negociado con los acreedores, sino que se tendrán que llevar a cabo de acuerdo con la legislación laboral. Por su parte, los créditos devengados por indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, en principio, se tendrán que pagar en sus estrictos términos, salvo que, en función de su naturaleza se puedan pactar aplazamientos o fraccionamientos. Es el caso, por ejemplo, de la negociación de un despido colectivo, dónde se puede pactar el fraccionamiento de la indemnización

11 GÓMEZ ASENSIO, C. "Alerta temprana y exoneración de pasivo", *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Ed. Aranzadi, 2021, página 69.

resultante de acuerdo con los criterios fijados por el Tribunal Supremo (básicamente, acuerdo en las consultas y una contraprestación en favor de los trabajadores, normalmente una indemnización superior a la establecida legalmente). En sentido contrario, los créditos mantenidos con el personal laboral especial de alta dirección sí que pueden quedar afectados por los planes de reestructuración, por lo que podrán pactarse en relación con los mismos una serie de modificaciones muy variopintas y que pueden ir desde la modificación de las cuantías (términos y condiciones), fecha de vencimiento, conversión en crédito participativo o subordinado, etc.

El hecho de que los créditos derivados de las relaciones laborales no puedan quedar afectados por los planes de reestructuración resuelve otro importante interrogante normalmente asociado a los procesos de insolvencia, como es el caso de la suspensión de las ejecuciones laborales separadas. En este caso, dado que los créditos laborales no entran dentro de los planes de reestructuración, sí que se pueden mantener las ejecuciones que se encuentren tramitándose desde la jurisdicción social e incluso iniciarse procesos de ejecución una vez abierto este proceso "preconcurso" (artículo 606 TRLC). A esta misma conclusión ha llegado la Circular 2/2022 emitida por la Secretaría General de FOGASA, que ha reconocido expresamente que se pueden iniciar o continuar las ejecuciones de los créditos laborales dentro de la jurisdicción social cuando se esté tramitando un plan de reestructuración. Esto provoca que durante esta fase "preconcurso", en principio, FOGASA no se haga cargo de las prestaciones reguladas por el artículo 33 ET: primero, porque no existe todavía una declaración del concurso; segundo, porque los créditos no están ordenados en una lista de acreedores, ni existe administración concursal que pueda certificarlos; en último lugar, porque el plan de reestructuración no es un título habilitante ni causa de solicitar las prestaciones de FOGASA. En definitiva, en tanto que no se declare el proceso concursal, la única vía de cobro de prestaciones debe de pasar, inexorablemente, por una declaración de insolvencia obtenida en un proceso de ejecución laboral (que ya hemos visto con anterioridad que no pueden quedar en suspenso). Ahora bien, la Circular de FOGASA antes mencionada insta a las Unidades Periféricas a que se opongan a la declaración de insolvencia por parte de los órganos de la jurisdicción social en el caso de empresas que hayan aprobado un plan y continúen con la actividad. En mi opinión, que la empresa continúe su actividad no impide que pueda ser insolvente, pero, desde luego, lo que parece que está bastante claro es que durante el "proceso preconcursal", si un trabajador quiere reclamar un crédito deberá de obtener tutela dentro de la jurisdicción social.

Distinta solución merece el tema de los créditos del personal laboral de alta dirección, puesto que ya hemos visto con anterioridad que estos sí que pueden quedar afectados por el plan de reestructuración. Esta afectación supone que la ejecución laboral separada no pueda iniciarse o quede en suspenso mientras se tramita el "preconcurso" (artículo 601 TRLC, que establece un plazo general de tres meses). Por este motivo, el directivo no podrá solicitar la ejecución de su crédito dentro de la jurisdicción social y no podrá obtener una declaración de insolvencia ni acudir a FOGASA

hasta que, en su caso, se declare el concurso de acreedores, por lo que las expectativas de cobro de su crédito dependerán de lo pactado en el plan de reestructuración.

Otra de las grandes cuestiones que debemos de resolver en relación con el "preconcurso" es sobre el modo de acometer medidas de ajuste en la plantilla (principalmente aclarar si los Jueces de lo Mercantil asumen la competencia para tramitar las medidas laborales de carácter colectivo que la legislación concursal les atribuye). Con carácter general, el órgano judicial que tuviera que conocer sobre el eventual concurso de acreedores posterior será el competente para conocer sobre la comunicación del "preconcurso" (artículo 593 TRLC), así como de la homologación del plan de reestructuración (artículo 641 TRLC). Dicho, en otros términos, la competencia sobre las líneas maestras del proceso "preconcurso", en lo que a los planes de reestructuración y acuerdos de refinanciación se refiere, han sido atribuidas a los mismos órganos jurisdiccionales que posteriormente deberían de declarar el concurso de acreedores. Naturalmente, es perfectamente posible que dentro de estos planes de reestructuración haya que implementar algunos ajustes sobre las condiciones laborales de los integrantes de la plantilla (bajar salarios, modificar jornadas, suspender contratos o incluso despedir a trabajadores por causas objetivas...). En este punto, el tenor del nuevo artículo 628 *bis* TRLC, incardinado en el apartado referido a la aprobación de los planes de reestructuración, expresa lo siguiente: *"cualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable incluyendo, en particular, las normas de información y consulta de las personas trabajadoras"*. A mi modo de ver, el precepto acabado de transcribir da carta de naturaleza para que se puedan llevar a cabo ajustes en la plantilla de trabajadores como consecuencia de la aprobación de un plan de reestructuración. Pero, además, de su lectura literal cabe deducir que todas estas medidas se deberán de tramitar de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral de referencia. Dicho con otras palabras, que el Juez del Concurso no asume la competencia para tramitar este tipo de medidas, aunque estas sean de carácter colectivo. Una interpretación sistemática también parece apoyar esta tesis, dado que, si acudimos al artículo 169 TRLC, podemos observar cómo empieza diciendo lo siguiente: *"declarado el concurso..."* (por ende, el ERE Concursal requiere de la previa declaración del concurso). Por su parte, el artículo 170 TRLC contempla el régimen jurídico de las medidas laborales que se encuentran tramitándose en el momento de la declaración del concurso, momento a partir del cual se produce el traspaso de la competencia. En consecuencia, la declaración del concurso es el acto que determina que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia para conocer sobre las medidas laborales de carácter colectivo (modificación de condiciones, traslados, suspensiones/reducciones de jornada o despidos). El proceso "preconcurso" conjetura un estadio previo al concurso de acreedores cuyo objetivo, si produce los efectos deseados, evitará dicha declaración. Por esta razón, las medidas laborales colectivas se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación laboral y si finalizan con anterioridad a la eventual declaración del concurso, la competencia judicial para conocer sobre las eventuales impugnaciones persiste dentro

de la esfera de la jurisdicción social. Esta regulación armoniza con la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha interpretado que la competencia del Juez del Concurso no se extiende a los supuestos en los que el procedimiento de despido colectivo ya ha culminado en el momento de la declaración de concurso (SSTS de 18 de octubre de 2016 o de 19 octubre 2016).

Distinta solución cabe predicar sobre el *statu quo* del personal directivo en el contexto de un proceso de reestructuración, pues este no queda limitado a la mera afectación de sus créditos (cuestión no menor), sino que, además, estos planes pueden comprometer la existencia del contrato con la empresa a través de la suspensión o extinción. En este sentido, el artículo 621 TRLC intenta reproducir *mutatis mutandis* las medidas que pueden llevarse a cabo en relación con el contrato del personal laboral de alta dirección dentro del proceso concursal (prevista actualmente en los artículos 186 a 188 TRLC), si bien con algunos matices (y otra serie de olvidos o *lapsus calami* a los que también me referiré). Del mismo modo que permiten los mencionados artículos 186 a 188 TRLC, en la fase "preconcurso" también se puede optar por suspender o extinguir el contrato suscrito con el directivo o directivos. Ahora bien, en esta fase "preconcurso" no existe administración concursal, por lo que una primera diferencia respecto de la regulación prevista en los artículos 186 a 188 TRLC la podemos encontrar en la persona o personas con capacidad para poder adoptar este tipo de decisiones. Contrariamente a lo que pudiera parecer, dicha capacidad no se le atribuye en exclusiva al empresario, sino que el artículo 621.1 TRLC expresa que es una decisión del "*plan de reestructuración*", es decir, de las personas implicadas por el mismo. Además, el precepto señalara que se podrán incluir estas medidas "*cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración*". Aquí podemos encontrar otra singularidad, pues parece que durante el "precurso" no cabe la suspensión o extinción del contrato *ad nutum*, puesto que el precepto conecta esta decisión con el buen fin de la reestructuración y, por ende, considero que el directivo/a afectado/a podrá impugnar la decisión adoptada sobre su contrato si considera que no se justifica esta causa. Si acudimos a los artículos 186 y 187 TRLC podemos constatar la diferencia, en el sentido de que durante el proceso concursal se permite la suspensión o extinción del contrato del directivo/a *ad nutum*, es decir, sin causa. Otro aspecto relevante que se extrae de la redacción del artículo 621.1 TRLC es la inclusión expresa en el tenor del precepto de los "consejeros ejecutivos". Como sabemos, en el organigrama empresarial pueden existir directivos sujetos a una relación laboral especial que formen parte del consejo de administración. Ahora bien, también podemos encontrarnos con directivos que estén dentro del organigrama de los consejos de administración, siendo que, esta clase de "consejeros" con facultades directivas también pueden quedar afectados por los planes de reestructuración, pudiendo ver suspendidos o extinguidos sus contratos laborales de naturaleza especial.

Seguidamente, el apartado segundo del artículo 621 TRLC reconoce una facultad que no resulta desconocida en el ámbito del Derecho Concursal y que consiste en la solicitud planteada ante el Juez del Concurso con la finalidad de moderar la indemnización que le corresponda al directivo/a afectado por esta medida. Se trata, en

suma, de la posibilidad de rebajar las eventuales "cláusulas blindaje" habitualmente pactadas en los contratos de alta dirección, cuyo límite se sitúa dentro de este proceso en la misma cuantía que la prevista para los despidos colectivos del personal laboral común (es decir, con el límite de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades). Esta posibilidad solamente existirá para el caso en el que la indemnización esté pactada, pues en caso contrario cabrá aplicar la indemnización legal supletoria prevista en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, es decir, la correspondiente a 7 días por año de servicio (artículo 11.1). Como vemos, la indemnización podrá moderarse, pero en ningún caso se puede reducir a cero o dejarse sin cuantía, del mismo modo que fuera de un escenario concursal tampoco cabe que se acuerde la eliminación o la inexistencia de esta<sup>12</sup>. Por lo tanto, ni los planes de reestructuración ni el órgano judicial pueden dejar a cero la cuantía indemnizatoria, que bien podrá fijarse de acuerdo con lo estipulado en el contrato de trabajo o bien reducirse hasta el límite marcado por la norma. Dentro de los planes de reestructuración, a diferencia de lo previsto por el artículo 188 TRLC dentro del proceso concursal, no se contempla la posibilidad de acordar o de solicitar del órgano judicial la suspensión del pago de la indemnización hasta que se resuelva la pieza de clasificación, cuestión que parece bastante obvia dado que el concurso de acreedores puede que no llegue a declararse. Por este motivo, carece de sentido que en esta fase "preconcursal" se pueda solicitar dicha suspensión (que, por lo demás, al tratarse de un crédito concursal, esta debería de paralizarse y esperar la oportuna clasificación cuando el concurso se declare, por lo que ya sufrirá esa oportuna paralización *ex lege*). La misma regla sobre la moderación de la cuantía indemnizatoria también opera cuando la extinción del contrato venga provocada por el propio personal directivo ante la decisión del plan de reestructuración de dejar su contrato en suspenso (reacción que es idéntica a la prevista por el artículo 187 TRLC, con el mismo plazo de preaviso de un mes por parte del directivo).

El artículo 621.3 TRLC dispone que "*las controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación*". Esta frase resuelve una cuestión de evidente calado, ya que nos indica expresamente quién es el órgano judicial al que cabe dirigir la demanda. Si no se hubiera establecido nada al respecto surgirían bastantes dudas interpretativas a la hora de determinar si la competencia la ostentan los Jueces de lo Social o de lo Mercantil. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 593 y 641 TRLC el juez competente para la homologación será el mismo órgano que conocería de la eventual declaración del concurso (en consecuencia, el directivo/a afectado deberá plantear su demanda ante el Juzgado de lo Mercantil que esté conociendo del proceso "preconcursal").

12 Véase a este respecto la STS de 22 de abril de 2014, rec. 1197/2013 (y algunos interesantes comentarios sobre la misma: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J. "Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2014; o IGLESIAS CABERO, M "Relación laboral especial de alta dirección: nulidad de la cláusula contractual que priva de toda indemnización el desistimiento del empresario", *Diario La Ley*, núm. 8385, 2014.

Con todo, la redacción del artículo 621 TRLC deja en el aire un par de cuestiones de enorme relevancia: a) cuáles son las reglas que hay que seguir en la tramitación del incidente; b) y el plazo del que dispone el directivo para interponer la demanda. Sí que dice el apartado quinto del mencionado precepto que *"la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación"*. Este último apartado puede, a mi modo de ver, ayudar a escoger la interpretación más congruente para colmar el *lapsus calami* provocado por el legislador. En este sentido, considero que la exégesis correcta se desprende de la lectura conjunta de los artículos 541 y 551 TRLC. De este modo, considero que los preceptos citados caben deducir que las únicas sentencias dictadas por parte de los Jueces de lo Mercantil que son susceptibles de ser recurridas a través del recurso de suplicación son las que provienen de un incidente concursal en material laboral. Consecuentemente, en mi opinión, la tramitación de la demanda planteada por el directivo/a cuyo contrato se haya visto afectado por el plan de reestructuración a través de cualquiera de las opciones contempladas por el artículo 621 TRLC, deberá guiarse por las reglas propias del incidente concursal en materia laboral (artículo 541 TRLC). De tal manera que la sentencia que dicte el Juez de lo Mercantil será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el indicado juzgado (tal y como subraya, asimismo, el propio artículo 621.5 TRLC). Respecto del plazo, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 541 TRLC y por coherencia con la tesis que aquí estoy defendiendo, dado que dentro del proceso concursal existe un plazo específico para demandar por la vía del incidente concursal en materia laboral, entiendo que cabe estar al mismo, es decir, que el directivo/a afectado/a dispondrá de un mes para interponer la demanda.

En definitiva, desde mi punto de vista, dentro de los planes de reestructuración se abren diferentes escenarios en relación con los contratos del personal laboral de alta dirección, muy similares, pero no exactamente coincidentes con el tratamiento que pueden recibir dentro del proceso concursal:

- a) De un lado, es posible que en el plan de reestructuración se acuerde la suspensión o la extinción del contrato o contratos del personal laboral de alta dirección (incluyendo los consejeros ejecutivos). La extinción contractual también puede resultar de la decisión del directivo/a provocada por la previa suspensión de su contrato. En ambos casos el directivo/a tendrá derecho a la indemnización pactada (que puede moderarse hasta un cierto límite inferior) o, en su defecto, se devengará la cuantía mínima reglamentaria (7 días por año). La persona afectada podrá reclamar frente a esta decisión, entre otras razones, por la causa que la justifica, dado que la ley reserva este tipo de acciones para los casos en los que *"resulte necesario para el buen fin de la reestructuración"* (por lo que es posible que en esta sede la conflictividad sea algo mayor que la existente dentro del proceso concursal, donde la ausencia de causa deja un escaso margen para la interposición de una demanda que pueda terminar por dar la razón al demandante).
- b) De otro lado, considero que es posible que el empresario pueda llevar cabo todas y cada una de las medidas que el RD 1382/1985 regula en relación con

la extinción del contrato del personal laboral de alta dirección. Esto no es algo desconocido, siendo una postura similar a la existente con el régimen jurídico previsto dentro del proceso concursal, donde el empresario (a través de la administración concursal) puede adoptar otra serie de medidas distintas a las contempladas por los artículos 186 a 188 TRLC. Por lo tanto, dentro de los planes de reestructuración considero que también caben adoptar medidas distintas a las previstas por el artículo 621 TRLC. Por ejemplo, puede suceder que el directivo/a cometa alguna irregularidad sancionable, en cuyo caso no cabrá acudir a las reglas del artículo 621 TRLC, sino que la causa y el procedimiento a seguir para sancionar a la persona infractora será el previsto por la normativa laboral, siendo que, la eventual demanda se tendrá que interponer ante los órganos de la jurisdicción social. En consecuencia, este tipo de sanciones pueden adoptarse fuera del marco de un plan de reestructuración, debiendo de seguirse en este punto lo dispuesto por legislación laboral y sin que el Juez del Concurso asuma la competencia para conocer sobre este tipo de asuntos.

Además, en el caso del particular del "preconcurso", en mi opinión, el empresario también podría optar por extinguir *ad nutum* (sin causa) el contrato del alto directivo, de acuerdo con las reglas del artículo 11 RD 1382/1985. La base jurídica sobre la que hago descansar esta tesis consiste en el carácter "causal" que entiendo que lleva aparejada la extinción provocada por el plan de reestructuración. En efecto, desde mi punto de vista, dentro del concurso de acreedores, la extinción *ad nutum* debe de seguir, siempre y en todo caso, lo dispuesto por la normativa concursal (*lex specialis*). En estos casos, ante dos regulaciones distintas sobre la extinción sin causa del contrato de alta dirección, cabe aplicar la regla especial contenida en el Derecho Concursal (artículos 186 a 188 TRLC). Ahora bien, dentro del proceso "preconcurso", si se mantiene la postura consistente en que el artículo 621.1 TRLC exige justificar el motivo de la decisión y no cabe la extinción *ad nutum*, entiendo que ya no hay base jurídica para impedir que el artículo 11 RD 1382/1985 deje de aplicarse, dado que los preceptos en liza arrojan perspectivas jurídicas distintas. En este sentido, es dable pensar que dentro de este proceso "preconcurso" caben varias opciones, cada una con diferente alcance y proyección en la práctica. De este modo, por un lado, cuando exista base para acudir al artículo 621 TRLC y se pueda acreditar que la suspensión/extinción del contrato es necesaria para el buen fin de la reestructuración, se podrán llevar a cabo cualquiera de estas dos medidas con la posibilidad legal de moderar, en su caso, la indemnización resultante. Por otro lado, si en el plan de reestructuración no se prevé extinguir el contrato o contratos de alta dirección, opino que el empresario podría hacer uso de lo dispuesto por el artículo 11 RD 1382/1985 y extinguir el contrato del directivo/a *ad nutum*. Este segundo camino se podrá adoptar al margen del plan de reestructuración, es decir, sin contar con los acreedores y por decisión unilateral del empresario, ahora bien, considero que sin posibilidad de moderar la indemnización resultante (ya que esta solamente se podrá moderar cuando la extinción se haya realizado por la vía del artículo 621 TRLC).

Otra de las acciones que se pueden llevar a cabo en el contexto de un proceso de reestructuración "preconcurso" es la transmisión de la unidad productiva (el artículo 614 TRLC cita expresamente entre las operaciones de los planes de reestructuración la posibilidad llevar a cabo "*transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento*"). Debemos preguntarnos en este punto cuál será el órgano judicial competente para conocer de las cuestiones planteadas en relación con los efectos laborales de la transmisión de empresa. En este sentido, por un lado, podría interpretarse que al proceso "preconcurso" no le resulta de aplicación el contenido de los artículos 52 y 221 TRLC y que estos solamente entrarían en juego tras la declaración del concurso. Ahora bien, si acudimos al nuevo artículo 86.1 *ter* LOPJ podemos leer como, con carácter general, se le atribuye la competencia a los Jueces de lo Mercantil para conocer, entre otros temas, sobre "*los planes de reestructuración*". Por su parte, el apartado segundo (ordinal cuarto) de este mismo precepto de la LOPJ, no parece reservar la competencia en materia de sucesión de empresa a los supuestos en los que la empresa esté expresamente declarada en concurso de acreedores, no excluyéndose, *a sensu contrario*, que también pueda extenderse al proceso "preconcurso". Por su parte, el artículo 593 TRLC atribuye al Juez del Concurso la competencia para conocer sobre la comunicación del "preconcurso" y sobre los efectos del mismo, así como para decidir sobre las impugnaciones de todos estos asuntos. Por este motivo, si tenemos en cuenta que en los planes de reestructuración pueden entrar las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento y que el Juez del Concurso asume la competencia para conocer de los mismos, ante la falta de previsión específica en contrario que excluya la competencia en materia de sucesión de empresa a los efectos laborales, cabe interpretar que serán estos quienes la ostenten (por lo demás, el tenor de los artículos 86 *ter* LOPJ y 593 TRLC es lo suficientemente amplio para considerar que los Jueces de lo Mercantil son quienes tengan que pronunciarse sobre las cuestiones laborales de la sucesión de empresa dentro de esta fase "preconcurso").

Ahora bien, pese a que me haya decantado por defender que la competencia para declarar la sucesión de empresa a los efectos laborales en el contexto de los planes de reestructuración le corresponde a los Jueces de lo Mercantil, considero que su alcance no será exactamente el mismo que el desplegado en los casos en los que el concurso de acreedores haya sido declarado. En este sentido, no hay ningún precepto que se remita expresamente a los artículos 221 y ss. TRLC (remisión que sí que se contienen en otro tipo de procesos o incidentes, por ejemplo, en el procedimiento especial para microempresas, como luego veremos de una forma más detallada). La falta de remisión expresa me lleva a interpretar que dichos preceptos no resultan aplicables, toda vez que no estamos todavía en un escenario de insolvencia actual o inminente, sino ante una serie de acuerdos que persiguen, precisamente, evitar la entrada en un proceso concursal. Desde mi punto de vista, también ayuda a sostener esta tesis la reciente STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20). En dicho pronunciamiento se acepta la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE porque al

“pre-pack” le sigue una declaración de concurso (y con ello la apertura de un proceso “con vistas a la liquidación” que está supervisado por una “autoridad pública”). Pero en el caso de los planes de reestructuración, pese a que sea cierto que están supervisados por el Juez de lo Mercantil, estos no están encaminados a la “liquidación” de la empresa, sino todo lo contrario, es decir, que sirven (o están llamados) para evitarlo. El propio artículo 585.1 TRLC habla de medidas que permitan “*superar la situación en la que se encuentra*”. Además, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 594 TRLC, la comunicación de “preconcurso” no tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición de los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. De este modo, en los planes de reestructuración estamos ante una fase anterior al concurso de acreedores que persigue reorganizar el activo y pasivo de la empresa para evitar, precisamente, su declaración. Por esta razón, pese a que la competencia resida en lo Jueces de lo Mercantil, considero que no podrán hacer uso de las facultades que le habilitan los artículos 221 y ss. TRLC, a saber: delimitar el perímetro de la sucesión de empresa, tanto en lo que se refiere a los contratos objeto de subrogación como al traspaso de deudas, y ello porque el legislador concursal no lo ha previsto expresamente. En resumidas cuentas, entiendo que no podemos entender aplicable el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, sino que cabrá aplicar los artículos 3 y 4 de dicho texto, junto con lo dispuesto por el artículo 44 ET y la jurisprudencia laboral dictada sobre la materia.

Esto significa, entre otras cuestiones, que la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente alcanzará, en principio, a la totalidad de los créditos laborales. Cabe apuntar, asimismo, que el artículo 86.2 4ª ter LOPJ señala que incumbe a los Jueces de lo Mercantil la determinación de los límites de la declaración de la sucesión de empresa a efectos laborales “*conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*”, por lo que no existiendo ningún precepto específico que parezca insinuar lo contrario, los efectos de la sucesión de empresa cuando la venta de la unidad productiva se produzca en el contexto de los planes de reestructuración deberán de seguir los postulados propios de la legislación laboral y de la interpretación que la jurisdicción social ha ido desarrollado sobre el particular.

### **3. EL NUEVO CARÁCTER REFORZADO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO CONCURSAL**

Otra cuestión sobre la que se ha incidido en la actual reforma concursal ha sido sobre el aumento de la presencia y visibilidad de los representantes legales de los trabajadores (en adelante RLT) en este tipo de procedimientos. En este sentido, como punto de partida, opino que es un paso importante para la preservación de los derechos laborales que sus representantes estén adecuadamente informados de las distintas vicisitudes del proceso concursal, incluso, que se les pueda dar oportuna audiencia en determinados incidentes en defensa de los intereses de los trabajadores.

Las novedades incorporadas en el texto concursal en relación con la participación de la RLT no se hacen esperar demasiado, puesto que ya se dejan notar en el nuevo artículo 7. 4º TRLC. Este precepto exige que desde la propia solicitud de concurso el deudor tenga que aportar los datos relativos a la RLT existente en la empresa. Se incluye entre los datos a presentar por parte del deudor los referidos a la *"identidad de los integrantes del órgano de representación de los mismos si los hubiere, con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos"*. Como vemos, la nueva regla señala que en caso de existir RLT el solicitante del concurso deberá de facilitar los correos electrónicos de todos sus integrantes. Cuando se trate de delegados de personal no hay duda de que se tienen que presentar los datos de todos ellos, puesto que su forma de organización es mancomunada. Mayores dudas suscita este tema en relación con los comités de empresa, ya que seguramente sea suficiente con ofrecer los datos de la persona o personas que lo representen, pues al tratarse de un órgano colegiado para cumplir con determinados trámites bastará con dirigirse al presidente/a o secretario/a del comité. En cualquier caso, del tenor legal se deduce lo contrario, es decir, la necesidad de aportar los correos electrónicos de todos los integrantes que conforman el comité de empresa (*"con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos"*). Además, que el Juez del Concurso y la administración concursal conozcan el correo de todas las personas que integran la RLT puede ser interesante para poder evacuar correctamente los incidentes que precisen de su participación, o para que se puedan proyectar correctamente sus derechos y garantías (prioridad de permanencia, etc.). Dado que la norma no se refiere a ningún tipo de representación concreta, entiendo que también se tienen que facilitar los datos de los delegados sindicales, si los hubiere.

La identidad de los integrantes de la RLT, con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos también es una exigencia prevista en la solicitud de concurso por el proceso especial para microempresas, tal y como reza el artículo 691.3 9º TRLC (aunque aquí, dado el volumen de la plantilla exigido para tramitar este proceso, tal y como veremos en su correspondiente epígrafe, lo más normal será que no haya RLT en la empresa).

Una vez que el concurso ya ha sido declarado, el nuevo artículo 28.4 TRLC ordena al Juez de lo Mercantil que, entre otros menesteres, comunique dicho auto *"a la representación legal de las personas trabajadoras aún en los supuestos en los que no se hubiese personado o no hubiera comparecido como parte en el procedimiento"*. Llama la atención como en este precepto el legislador no ha añadido el término *"si los hubiere"*, pero es dable pensar que si la empresa no cuenta con RLT el Juez del Concurso deberá de amortizar esta comunicación, pues no está prevista la conformación de ningún tipo de representación *ad hoc*, ni se ha previsto que se efectúe a los trabajadores directamente. En este sentido, lo que previene la norma es una obligación dirigida al Juez del Concurso para que comunique su auto a la RLT cuando de los documentos presentados para la solicitud del concurso le conste la existencia de dicho órgano representativo. Esta notificación será incondicionada, es decir, que se llevará a cabo tanto si la RLT se ha personado en el proceso como si no lo ha hecho, tanto si son acreedores como si no lo son. Se evita el legislador de este modo even-

tuales interpretaciones que pudieran exigir la previa condición de parte de la RLT para poder recibir esta notificación del auto. Pero, además de lo anterior, este precepto está abriendo la posibilidad para que la RLT pueda personarse como parte interesada en el proceso concursal, bien sea desde la solicitud del mismo o bien en cualquier momento posterior. Desde mi punto de vista, la comparecencia en juicio y demás incidentes procesales dirigidos ante el Juzgado de lo Mercantil por parte de la RLT se llevará a cabo con las mismas prerrogativas de representación y defensa previstas en el artículo 513.2 TRLC para las personas trabajadoras (es decir, beneficio de justicia gratuita, sin necesidad de procurador y asistencia letrada, etc.).

Siguiendo con la obligación de la notificación del auto, desde mi punto de vista, esta se tendrá que hacer a todos los integrantes cuando se trate de delegados de personal. Pero cuando estemos ante un comité de empresa considero que bastará con comunicarlo a su presidente/a (en cualquier caso, como el órgano judicial tendrá los correos de todos los miembros y llevarse a cabo esta tarea por medios electrónicos, cabe aconsejar, en principio, la puesta en copia a todas las personas que conforman el comité, siendo esta una tarea que es costosa en términos económicos).

La notificación de la declaración del concurso a la RLT también se ha previsto para los supuestos en los que el órgano judicial declare, *ab initio*, la existencia del "concurso sin masa" (artículo 37 *ter* TRLC). Del mismo modo, la Ley 16/2022 también se ha incluido la necesidad de que el auto que declara el concurso se notifique a la TGSS (artículo 33.3 TRLC). No se ha hecho lo mismo con el Fondo de Garantía Salarial, siendo que, si no se le notifica el auto y se le cita oportunamente, es posible que el organismo resuelva en el posterior expediente administrativo la denegación de las prestaciones solicitadas (artículo 33.3 ET). Por esta razón creo que hubiera sido conveniente que esta citación al FOGASA se hubiera incluido de manera expresa en el tenor de la norma.

Aunque no sea una cuestión introducida por la Ley 16/2022, sino de unos años antes (del Texto Refundido del año 2020), la participación de la RLT se prevé expresamente en los procesos de venta de la unidad productiva. Concretamente, el artículo 220.1 TRLC indica que *"las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran"*. Cuando se lleva a cabo la venta de la unidad productiva existirá sucesión de empresa a los efectos laborales (artículo 221.1 TRLC). En este proceso, el Juez del Concurso deberá de dar audiencia a la RLT, si la hubiere, pues no está prevista la sustitución del trámite por el nombramiento de una comisión *ad hoc*. Se trata de un trámite preceptivo que el órgano judicial no puede omitir (salvo que no exista RLT). Cuando la RLT ha sido notificada de este incidente dispondrá de un plazo de quince días para alegar lo que considere oportuno en relación con este proceso de venta de la unidad productiva.

Siguiendo con la participación de la RLT, es posible que de los nuevos artículos 294 TRLC y 304.2 TRLC puedan interpretarse en el sentido de que la lista de acreedores,

tanto provisional como definitiva, debe de comunicarse a dicho órgano. La redacción anterior del artículo 294.2 TRLC simplemente decía lo siguiente: *"la administración concursal remitirá telemáticamente copia del informe y de los documentos complementarios a aquellos que hubiesen comunicado sus créditos de cuya dirección electrónica tenga constancia, estén o no incluidos en la lista de acreedores"*. Se trataba de la obligación de remisión del informe a los acreedores de los que el administrador concursal tuviera constancia de su dirección electrónica. En estos momentos, el informe se debe de hacer llegar a más personas, puesto que, junto con los acreedores, la ley ha incluido a quienes *"aunque no fueran acreedores, estuvieran personados en el concurso"*. Ya hemos visto con anterioridad como la RLT puede estar personada en el proceso concursal y también he comentado que la dirección electrónica de las personas que la integran estará normalmente incorporada al expediente desde la propia solicitud de declaración de concurso. Por esta razón, creo que es importante que la RLT se persone en el proceso cuando le haya llegado el auto de declaración del concurso, puesto que en el hipotético caso en el que no sean acreedores en su calidad de trabajadores, entiendo que la administración sí tiene que hacerles llegar su informe, y a través de este podrán analizar aspectos jurídicos y económicos de la empresa de interés, así como revisar la lista de acreedores con la calificación de los créditos laborales. En un sentido similar se pronuncia el nuevo artículo 304.2 TRLC en relación con los textos definitivos, que también tendrá que hacerse llegar por parte del administrador concursal a *"los acreedores reconocidos de cuya dirección electrónica tenga constancia"* y también *"a quienes estuvieran personados en el concurso, aunque no fueran acreedores"*.

Los derechos de información y consulta de la RLT aparecen igualmente referenciados en los artículos 697 *quater*, 707.4 o 710. 5ª TRLC, todos ellos enmarcados dentro del nuevo proceso especial para "microempresas". En líneas generales, se trata de disposiciones bienintencionadas, pero con escasa repercusión en la práctica, puesto que este proceso especial se abrirá en el caso de empresas que hayan tenido una media de diez trabajadores durante el año anterior a la declaración del concurso (y que no superen una determinada cifra de ventas y de pasivo). Estamos, por ende, ante empresas que presentan un escaso número de trabajadores y que, por ello, como regla general no tendrán obligación de tener RLT (razón por la cual he comentado que todas estas previsiones son de interés teórico, pero de escasa proyección práctica). Hubiera sido más interesante, desde mi punto de vista, dado el volumen de la plantilla existente, que las notificaciones pertinentes se hicieran llegar directamente a los trabajadores, para que puedan tener constancia de la existencia del proceso y poder defender sus intereses. También creo que hubiera sido interesante incorporar alguna previsión específica sobre el modo de citación al FOGASA.

En líneas generales, en relación con este tema, opino que la mayor presencia de la RLT en los procesos concursales puede ser vista como un avance importante en esta materia, dado que estos podrán proyectar su función constitucional en defensa de los intereses de las personas trabajadoras en el seno de un proceso concursal. Hay que estar a la espera, eso sí, de constatar cómo se irá desarrollando esta tarea en la práctica forense y cómo van resolviendo los órganos de la jurisdicción civil aspectos

relacionados con un colectivo con el que no acostumbran a tratar en los procedimientos judiciales que tramitan en el marco de sus competencias.

## 4. LA NUEVA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA

### 4.1. La situación previa la regulación vigente

Desde el año 2003 el legislador español diseñó el proceso concursal sobre la base de la unidad de jurisdicción en el sentido de que *"se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad de procedimiento no deben resolverse por separado"* (EM de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Con todo, este trasvase de competencias no fue total ni absoluto, antes, al contrario, se llevó a cabo de forma limitada sobre una serie de materias concretas<sup>13</sup>. En este sentido, la tendencia general a lo largo de todos estos años ha sido la de reducir la competencia de los Jueces de lo Mercantil a las materias expresamente reguladas en la LOPJ y la legislación concursal, sin extenderla a otra serie de cuestiones conexas. El tema de la sucesión de empresa seguía este mismo esquema, dado que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantuvo el criterio uniforme consistente en que la competencia en esta sede residía en los órganos de la jurisdicción social. Podemos citar en este punto la STS de 29 de octubre de 2014 que resolvió el conflicto de competencia cuando unos concretos trabajadores reclamaron de la empresa adquirente la diferencia entre lo abonado por el FOGASA y lo pactado por el ERE Concursal. Esta cuestión jurídica se solventó en favor de los órganos de la jurisdicción social bajo la siguiente argumentación: *"en definitiva, sean cual sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social"*.

Progresivamente fueron llegando nuevas sentencias por parte de Sala de lo Social del Tribunal Supremo que fueron consolidando —y ampliando— esta doctrina. Así, en

13 Así lo ha reconocido la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec. 2405/2015), que textualmente adujo: *"la intención del legislador concursal no ha sido la de otorgar al Juez del Concurso la competencia sobre la totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el empresario deudor, sino simplemente algunas de ellas, precisamente las que ha considerado que tienen una importante repercusión sobre el patrimonio del concursado. Por consiguiente, en este reparto de competencias los tribunales del orden social van a conservar el conocimiento sobre una larga serie de asuntos relacionados con el contrato de trabajo, aun cuando el empresario esté en un proceso concursal"*. En el mismo sentido también se han pronunciado, entre otras, las SSTs de 6 de junio de 2018 (rec. 372/2016) o de 13 de enero de 2022 (rec. 4804/2018).

este sentido, la STS de 11 de enero de 2017<sup>14</sup> dio un paso más allá y determinó que la jurisdicción social era la competente para decidir si había existido o no sucesión de empresa *"porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada"*. Por lo tanto, la competencia ya no lo era simplemente para reconocer alguno de los efectos derivados de la sucesión de empresa, sino que también lo era para la declaración de su propia existencia, que se debía de regir por los cánones dimanantes de la legislación laboral. Esta misma interpretación fue seguida por otras sentencias dictadas durante ese mismo año, como es el caso de la STS de 5 julio de 2017<sup>15</sup> (que volvió a reconocer que la jurisdicción social es competente para decidir si ha existido sucesión de empresa cuando los bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso) y por otras posteriores (SSTS de 11 de enero de 2018, de 27 de febrero de 2018, de 18 de mayo de 2018, de 23 de enero de 2019, o de 4 de diciembre de 2019<sup>16</sup>).

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (artículo 42 LOPJ) también se pronunció sobre este tema y se posicionó, igualmente, a favor de la competencia de la jurisdicción social (Autos de 9 de diciembre de 2015 y de 9 de marzo de 2016<sup>17</sup>). Ambos fueron dictados en supuestos en los que se accionó frente sociedades distintas de la empresa en liquidación, sin que ninguna de ellas se encontrara en situación de concurso de acreedores, señalándose en las dos resoluciones que la competencia en estos casos correspondía a los órganos de la jurisdicción social.

El RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, quiso dar un cambio radical a esta cuestión, regulando dos cuestiones de sumo interés: en primer lugar, el artículo 221.1 TRLC pasó a decir que *"en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa"*. Se abandonó de esta manera cualquier referencia sobre el artículo 44 ET, seguramente, en busca de un concepto autónomo de sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Entiendo que la nueva redacción supone una importante simplificación, en el sentido

14 STS de 11 de enero de 2017, rec. 1689/2015.

15 STS de 5 julio de 2017, rec. 563/2016.

16 SSTS de 11 de enero de 2018, rec. 3290/2015, de 27 de febrero de 2018, rec. 112/2016, de 18 de mayo de 2018, rec. 1645/2015, de 23 de enero de 2019, rec. 1690/2017, o de 4 de diciembre de 2019, rec. 3989/2017. Por ejemplo, en la STS de 27 de febrero de 2018 se adujo, además, que el Juez de lo Mercantil sí que podía llegar a ser competente para pronunciarse sobre esta cuestión, ahora bien, con carácter meramente prejudicial. En el caso concreto que resolvió la mencionada sentencia la empresa adquirente se subrogó en los contratos de 28 trabajadores de la empleadora, pero no se subrogó en el contrato de la trabajadora que impugnó, ya que había sido despedida con anterioridad. La resolución del caso, aplicando la normativa laboral, consistió en que cuando ocurre un fenómeno de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación en los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores cedidos, sino que también se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente (en este caso concursada) tuviera pendientes de abonar con anterioridad a la transmisión.

17 Autos de 9 de diciembre de 2015 (conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (conflicto 1/2016).

de que ahora parece que ordena una cláusula “automática” de la que no pueden huir los Jueces de lo Mercantil que, en todo caso, deberán de abordar el problema de los trabajadores cuando se inicie un procedimiento de venta de la unidad productiva (ahora bien, pese a que la sucesión de empresa se produce *ex lege*, tal como veremos más adelante, no despliega los efectos laborales que le son propios)<sup>18</sup>.

Junto con ello, el artículo 221.2 TRLC pasó a expresar con extraordinaria rotundidad lo siguiente: “*el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*”, constituyendo una novedad en la materia y rompiendo frontalmente con la interpretación que se venía dando por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (y por la Sala Especial de Conflictos) vista previamente. La técnica jurídica utilizada por el RDLeg. citado no fue, seguramente, la más adecuada, al incardinar este asunto en el artículo 221.2 TRLC sin alterar otra serie de preceptos más ligados a la distribución de la competencia objetiva.

El comentado cambio legislativo suscitó bastantes dudas en cuanto a su constitucionalidad al exceder la reforma del ámbito de la delegación propia de un Real Decreto Legislativo, pues no se limitaba a una mera refundición o armonización de acuerdo con lo estipulado por el artículo 82 CE. La reforma del año 2020 no solo alteraba el tenor de la normativa legal precedente, sino que también lo hacía rompiendo con la jurisprudencia consolidada en la materia que, por lo demás, afectaba de lleno a una cuestión de orden público como es el caso de la competencia objetiva atribuida a los jueces y tribunales para conocer de un determinado asunto, incardinada, como sabemos, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)<sup>19</sup>. No es de extrañar, por ende, que las dudas acerca del carácter “*ultra vires*” de la norma se trasladaran a nuestra práctica forense, donde podemos encontrar pronunciamientos en uno y otro sentido. Así, de un lado, la jurisdicción social se resistió a abandonar la jurisprudencia del TS y, entre otros, mantuvieron esta postura de forma expresa tanto la SJS nº 5 de Barcelona, de 29 de enero de 2021<sup>20</sup> o la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021<sup>21</sup>. En definitiva, de acuerdo con las mencionadas sentencias el legislador delegado incurrió en “*un claro ultra vires respecto de la potestad legislativa que le había sido delegada*”. Por su parte, sin llegar a plantearse de manera expresa el problema del carácter “*ultra vires*” de la reforma de 2020, las SSTSJ de Castilla y León, Burgos,

18 GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social*, Ed. Sepin, 2020 (3ª Edición), página 267.

19 En este sentido interpretativo también se posicionó GONZÁLEZ CALVET, J. cit, páginas 238 y 269.

20 SJS nº 5 de Barcelona, de 29 de enero de 2021, proc. 1017/2019. Este pronunciamiento consideró que “*este precepto no puede ser aplicado literal y acríticamente sin hacer un previo análisis del mismo y del contexto constitucional y legal en que se produce la habilitación del Legislativo al Gobierno para la promulgar el referido TRLC*”. Calificó de “*ultra vires*” la refundición, por lo que decidió asumir la competencia para conocer del asunto que se le planteó.

21 STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021, rec. 293/2021. El TSJ de Madrid argumentó que “*cuando sobre una materia de interpretación dudosa de la legislación objeto de refundición ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, adoptando una determinada interpretación y fijando jurisprudencia o doctrina unificada, no cabe que el Gobierno, alegando su poder delegado de armonización, corrija las interpretaciones jurisprudenciales*”.

de 21 de diciembre de 2021 o de Galicia de 6 de junio de 2022<sup>22</sup> optaron por asumir la competencia para conocer sobre el asunto de la sucesión de empresa materializada en el seno de un concurso de acreedores.

Por el contrario, desde la jurisdicción civil se dictaron otras resoluciones en las que se acogió el cambio producido por parte del TRLC (es el caso del Autos de los JM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021 o nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021, o la sentencia del JM nº1 de A Coruña de 8 de julio de 2021<sup>23</sup>). Concluyeron que este cambio constituía "*una interpretación integradora de la regulación anterior*" y por ello el refundidor no ha incurrido en "*ultra vires*" al realizar esta tarea armonizadora".

Mientras tanto, aunque referidos a litigios originados con anterioridad a la reforma del TRLC, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo siguió con su consolidada doctrina (SSTS de 2 julio de 2020 o de 10 de febrero de 2021<sup>24</sup>). En la primera de ellas se debatió si se produjo o no sucesión de empresa en un supuesto en el que la relación laboral se había extinguido previamente mediante auto firme del Juzgado de lo Mercantil declarando, de nuevo, que la competencia correspondía la jurisdicción social y en la segunda no se resolvió de manera frontal un supuesto de competencia en materia de sucesión de empresa, pero se asumió esta doctrina "*obiter dicta*", a favor de este criterio uniforme y consolidado pese a que el TRLC ya se encontraba en vigor.

En definitiva, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostenía que la declaración de la competencia en materia de sucesión de empresa dentro del proceso concursal residía en los órganos de la jurisdicción social. Por lo tanto, el pronunciamiento de los Jueces de lo Mercantil era en este punto simplemente prejudicial, sin proyectar efectos de cosa juzgada, puesto que, con posterioridad, un Juzgado de lo Social podía interpretar el alcance de la sucesión de empresa a la luz de la legislación laboral. Esta postura era absolutamente convincente desde el punto de vista técnico y jurídico y, desde luego, cumplía con el carácter tuitivo inherente al área del Derecho del Trabajo y su normativa reguladora. Ahora bien, no cabe desconocer tampoco que provocaba en la práctica una cierta inseguridad jurídica. En este sentido, a la hora de adquirir una unidad productiva en el seno de un proceso concursal la empresa adquirente no tenía la certeza de que los términos fijados por parte del Juez del Mercantil fueran concluyentes y definitivos, dado que posteriormente podía ver incrementada su deuda al tener que hacer frente a una serie de responsabilidades laborales sobrevenidas. En fin, tal y como ha sido destacado doctrinalmente, encontrar el equilibrio entre todos los actores concurrentes en estas situaciones es una tarea de extraordinaria complejidad que normalmente lleva a alcanzar soluciones "*sub-óptimas*"<sup>25</sup>.

22 SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2021, rec. 747/2021, o de Galicia de 6 de junio de 2022, rec. 2141/2022.

23 AJM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021, proc. 15/2020; AJM nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021, proc. 1030/2019; SJM nº1 de A Coruña de 8 de julio de 2021, proc. 516/2019.

24 SSTS de 2 julio de 2020, rec. 119/2018 o de 10 de febrero de 2021, rec. 3740/2018.

25 Así lo expresó BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET", *IUSLabor*, núm. 2, 2016, página 18.

## 4.2. La competencia en materia de sucesión de empresa tras la aprobación de la LO 7/2022, de 27 de julio y de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre

La vigente reforma concursal ha reforzado de manera decisiva el cambio que se intentó introducir en el año 2020. Para ello ha optado por abordar el problema desde varios frentes, con la intención de reservar a los Jueces de lo Mercantil, de manera clara y decidida, la competencia en materia de sucesión de empresa cuando la empresa cedente está inmersa en un concurso de acreedores.

Así, de un lado, tras la aprobación de la Ley 16/2022 se mantiene la redacción del artículo 221.1 TRLC, cuando indica expresamente que *"el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa"*, pero ahora, se le añade lo siguiente: *"así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen"*. Con la redacción anterior del TRLC la competencia de los Jueces de lo Social podía dar algo más juego, puesto que simplemente se reservaba el conocimiento del Juez del Concurso para declarar *"la existencia de sucesión de empresa"*, sin más aditamento o apostilla<sup>26</sup>. Ahora bien, en estos momentos, la dicción del precepto es bastante más amplia, pues extiende la competencia más allá de la mera declaración de la existencia de sucesión de empresa y los Jueces de lo Mercantil también la asumen para delimitar las *"relaciones laborales que la componen"*.

La reforma llevada a cabo sobre el artículo 221.1 TRLC se completa con la modificación del artículo 52.1 4ª TRLC, que textualmente señala que el Juez del Concurso tendrá competencia exclusiva y excluyente para conocer sobre: *"la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran"*. Nuevamente, el precepto reformado no se limita a reconocer la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa, sino que también lo hace para determinar *"los elementos que la integran"*, dónde debemos de incluir necesariamente el factor humano. Repárese, asimismo, que la reforma no se ha llevado a cabo sobre el artículo 53 TRLC, que es el que se ocupa de la competencia del Juez del Concurso en materia laboral, sino que se ha hecho dentro del artículo 52 TRLC, un síntoma más de la "deslaboralización" sufrida en esta sede. En último lugar, el legislador ha querido aclarar esta cuestión desde la propia LOPJ, modificando su artículo 86 ter e introduciendo el siguiente párrafo sobre la competencia del Juez del Concurso, que ahora también alcanza a: *"la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social"* (artículo 86.2 4º ter LOPJ). La inclusión que se lleva a cabo en el texto de la LOPJ supone, sin duda, la vocación de permanencia que se persigue conferir a este concreto asunto.

26 Puede verse un comentario sobre el particular en TALÉNS VISCONTI, E. E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, páginas 38 a 45.

Como se habrá podido apreciar, la lectura de los nuevos artículos 52.1 4ª TRLC, 221.1 TRLC y 86.2 4ª ter LOPJ no coinciden exactamente con la dicción utilizada a la hora de regular esta cuestión<sup>27</sup>. Con todo, en mi opinión, son tres formas distintas de decir prácticamente lo mismo, es decir, que los Jueces de lo Mercantil se pronunciarán sobre el número de personas trabajadoras sobre las que se subroga la empresa adquirente, sus condiciones contractuales y los créditos laborales que debe de soportar esta última, siendo que, el único precepto de los mencionados que se acuerda —mínimamente— del Derecho del Trabajo es el artículo 86 ter LOPJ.

Por consiguiente, tras la presente reforma podemos deducir que se han querido afianzar los cambios producidos sobre la competencia objetiva para declarar la sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Tal y como acabamos de comprobar, la legislación vigente no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la misma correrá a cargo de los Jueces de lo Mercantil. En este sentido, los preceptos reformulados utilizan la expresión: "*será el único competente*" (por lo que parece que: "*in claris non fitinterpretatio*"). Esto quiere decir, entre otras muchas cosas, que la resolución dictada por parte de los Jueces de lo Mercantil ya no es meramente prejudicial o, dicho de otro modo, que los Jueces de lo Social ya no pueden conocer del asunto con posterioridad, ni reinterpretar con ello el concepto de sucesión de empresa puesto que, lisa y llanamente, deberán de declarar su incompetencia para conocer del pleito. Esta interpretación rompe de manera definitiva con la jurisprudencia que la Sala Social del Tribunal Supremo había mantenido sobre el particular.

La competencia del Juez del Concurso se extiende a otra serie de decisiones y consecuencias que se derivan de dicha afirmación. Esta postura ya fue defendida con el texto refundido del año 2020, señalándose que el Juez del Concurso era el único competente para pronunciarse, no sólo sobre las condiciones de la venta, sino también sobre los efectos derivados de la misma, convirtiéndose así en la norma especial en sede concursal frente al artículo 44 ET<sup>28</sup>. Desde mi punto de vista, tal y como he adelantado con anterioridad, con la redacción de 2020 esta cuestión podía ser discutible, pero lo cierto es que con la reforma vigente (2022) la competencia también se extiende a los elementos que integran la sucesión de empresa, es decir, el número de trabajadores subrogados, sus condiciones laborales, créditos que sume la empresa adquirente, etc. Todas estas cuestiones ya venían adoptándose por los Jueces de lo Mercantil con anterioridad a la reforma, por lo que la diferencia sustancial con la situación anterior radica en que a partir de ahora la jurisdicción social ya no podrá entrar a conocer sobre todos estos asuntos y, con ello, no podrá dejar sin efecto el pronunciamiento de instancia dictado por parte del Juez del Concurso.

27 Concretamente, el primer precepto indica que los Jueces de lo Mercantil son competentes "*para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*"; en el segundo de ellos se dice que la competencia alcanza a "*la determinación en esos casos de los elementos que las integran*"; mientras que en la LOPJ se habla de "*la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*".

28 CÓRDOBA ARDAO, B. "El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021 (BIB 2021\33).

El control que efectuará el Juez del Concurso alcanza al examen de la oferta u ofertas presentadas. En este punto la reforma de la Ley 16/2022 ha introducido otra novedad, puesto que permite que los órganos judiciales puedan aceptar ofertas que ofrezcan menos dinero (un 15% menos que la de mayor cuantía), siempre que esta sea presentada por los trabajadores para constituir una cooperativa o sociedad laboral (artículo 219.2 TRLC). Se intenta fomentar de este modo la posible adquisición y continuidad de la actividad económica a través de empresas relacionadas con la economía social.

Asimismo, perfilarán el perímetro de las deudas mantenidas con los trabajadores. En este sentido, por ejemplo, el Auto del JM nº 5 de Barcelona de 7 julio 2016<sup>29</sup> acordó la transmisión empresa limitándola a las deudas que tenían su origen en los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente (que en este caso fueron solamente once). En ese sentido, se declaró la existencia de la sucesión de empresa, si bien limitada a los centros de trabajo que se adquirieron y, por ende, respecto de las deudas (tanto laborales como de Seguridad Social), que tienen su origen en los contratos de trabajo existentes en dichos centros de trabajo y no así en la totalidad del pasivo laboral de la empresa considerada en su conjunto.

La reforma concursal del año 2020 (opción que se ha mantenido tras la aprobación de la Ley 16/2022) aumentó la participación de agentes sociales en el proceso de venta de la unidad productiva. Así, en este sentido, el artículo 220.1 TRLC (introducido en 2020) exige que *"las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran"*. Por lo tanto, los representantes legales de los trabajadores podrán asumir un papel activo en este tipo de procesos, pues, en caso de existir, el Juez del Concurso deberá de darles audiencia necesariamente. Se trata, en suma, de una exigencia para el órgano judicial y una posibilidad para los representantes, que dispondrán de quince días para mostrar su parecer y efectuar las oportunas alegaciones, precluyendo este trámite en caso contrario. La norma no prevé la sustitución de los representantes legales por ningún tipo de representación *ad hoc* y no pueden aplicarse de forma supletoria las reglas relativas al ERE Concursal, por lo que en caso de inexistencia de representación legal dicho trámite quedará amortizado. Por su parte, la reforma de 2022 (Ley 16/2022) ha dado entrada en este incidente a la Inspección de Trabajo. De acuerdo con lo dispuesto por el nuevo artículo 221.3 TRLC, el Juez del Concurso podrá recabar informe de la ITSS que se pronunciará sobre el alcance de las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de Seguridad Social relativas a estos trabajadores. Se trata de una opción que queda en manos del órgano judicial y que, en caso de solicitarlo, dicho informe se deberá de emitir y presentar en el juzgado en el plazo improrrogable de diez días (por lo que la ausencia de este en el plazo estipulado puede llevar al Juez del Concurso a seguir con el curso de las actuaciones).

29 Auto del JM nº 5 de Barcelona de 7 julio 2016, proc. 648/2015.

En relación con el acotamiento del perímetro de la transmisión, parece que lo más normal en la práctica es que los órganos mercantiles pongan límites a la transmisión de deudas y sobre el alcance de los contratos subrogados por parte de la empresa adquirente. La limitación de la responsabilidad viene deducida de la redacción actual del artículo 224.1 3ª TRLC, aunque ya venía siendo admitida con anterioridad (*vid.* Auto del TJUE de 28 de enero de 2015)<sup>30</sup>. Se permite, por ende, limitar la responsabilidad solidaria cuando la transmisión de empresa tiene lugar en el contexto de una empresa insolvente, en nuestro caso, enmarcada en un proceso concursal. En concreto, nuestro artículo 224.1 3ª TRLC exige la transmisión de las deudas laborales y de Seguridad Social, ahora bien, solamente respecto de las correspondientes a los trabajadores de *“esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”*, acogiendo una práctica generalizada que ya venía adoptándose por parte de los Jueces de lo Mercantil a la hora de fijar el perímetro de la transmisión de los créditos laborales. Además, este mismo precepto permite exonerar de la parte del crédito asumida por FOGASA, por lo que se, en su caso, se limitará al eventual exceso sobre dicha cobertura prestacional. Con la regulación actual se refuerza la idea de que corresponde al Juez del Concurso fijar los lindes de la unidad productiva, pudiendo limitar los contratos de trabajo asumidos por el cesionario y los créditos en los que el adquirente habrá de subrogarse.

Con todo, desde mi punto de vista, la competencia de los órganos de la jurisdicción social no queda suprimida por completo, pues considero que todavía siguen existiendo algunos espacios —muy pocos— para su asunción. Así, en líneas generales, aun admitiendo que el Juez del Concurso tiene la competencia exclusiva y excluyente en esta materia, opino que esta se proyecta durante todo el proceso de venta de la unidad productiva, pero que, por el contrario, no debe de alcanzar a las reclamaciones que se dirijan única y exclusivamente frente a una empresa (adquirente) que no está declarada en concurso de acreedores, ni mucho menos cuando el proceso concursal haya concluido. En este sentido, una vez que el Juez del Concurso se ha pronunciado sobre todos los extremos inherentes a la transmisión, si se reclamara única y exclusivamente frente a la empresa adquirente (que no está en concurso de acreedores), entiendo que la competencia reside en su juez natural, es decir, en los órganos de la jurisdicción social. Con todo, no cabe perder de vista que en estos casos la resolución del órgano mercantil no puede dejarse sin efecto por parte de los Jueces de lo Social, ya que goza de los efectos propios de la cosa juzgada. Por este motivo, quizás las personas trabajadoras afectadas deban de ir directamente a ejecución laboral (recordemos, de nuevo, que se estaría persiguien-

30 *“El art. 5.2 Directiva 2001/23 no se opone a que el Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente”.*

do la ejecución de una empresa que no está declarada en concurso de acreedores). El artículo 239 LRJS permite la ejecución de resoluciones dictadas por otro órgano judicial, por lo que se podrá acompañar el auto o sentencia dictada por el Juez del Concurso, siendo dicho pronunciamiento el título habilitante para que el Juzgado de lo Social inicie los trámites para satisfacer los créditos asumidos por la empresa adquirente. Piénsese que la empresa transmitente puede haber desaparecido (en función del alcance de la compraventa) o que, incluso, el proceso concursal puede haber concluido. Por lo tanto, considero que los trabajadores afectados, en caso de impago de la deuda, si se dirigen exclusivamente a la nueva empresa deberán demandar ante la jurisdicción social que, eso sí, estará obligada a asumir los términos de la resolución del Juez del Concurso.

Otra cuestión interesante, no exenta de polémica, consiste en intentar despejar la duda sobre el órgano competente para conocer acerca del eventual recurso frente a la decisión de los Jueces de lo Mercantil. Para resolver este asunto debemos de partir de la regla general prevista en el artículo 82.2 3º LOPJ, que señala expresamente que serán competencia de las Audiencias Provinciales los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, *"salvo las que se dicten por estos juzgados en incidentes concursales en materia laboral"*. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 546 TRLC *"contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación"*. Por lo demás, el artículo 547 TRLC establece con carácter general que: *"contra las sentencias dictadas por el juez del concurso cabrá recurso de apelación"*. Por lo tanto, de los preceptos transcritos cabe deducir que si lo que dicta el Juez del Mercantil a la hora de resolver sobre la sucesión de empresa es un auto cabrá plantear recurso de reposición frente al propio órgano judicial que lo ha dictado.

Tenemos que dirimir a continuación si el proceso a seguir en este recurso de reposición es el incidente concursal "en materia laboral" o bien el incidente "general" o "común". Si acudimos al artículo 541 TRLC observamos que el incidente concursal "en materia laboral" está tasado<sup>31</sup> y viene reservado para cuestiones relacionadas con el ERE Concursal o con el personal laboral de alta dirección, siendo que, el legislador reformista no ha incluido a la sucesión de empresa dentro de este precepto. En consecuencia, cabe inferir que este proceso se deberá de sustanciar de acuerdo con las reglas propias del incidente concursal "general" o "común", que es que cabe cuando

31 Este incidente es el oportuno para conocer sobre todas aquellas *"acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de trabajadores que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estos"*.

el TRLC no prevé expresamente otra tramitación diferente (*vid.* artículo 532 TRLC). Por su parte, el artículo 551 TRLC establece que el recurso de suplicación ante las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia solo cabe para conocer sobre las impugnaciones colectivas frente al auto que decida sobre el ERE Concursal, así como contra las sentencias que resuelvan un incidente concursal “en materia laboral” (las del artículo 541 TRLC). Subsiguientemente, dado que los artículos 541 y 551 TRLC no incluyen a la sucesión de empresa dentro de los incidentes “en materia laboral” y teniendo en cuenta la *vis atractiva* existente en favor del incidente concursal “general” o “común”, las resoluciones de los Jueces de lo Mercantil dictadas en materia de sucesión de empresa se impugnarán ante el propio órgano judicial que lo ha dictado, siendo su sentencia recurrible en apelación ante las Audiencias Provinciales (recursos que, tras la reforma de la Ley 16/2022, deberán de tramitarse con urgencia y estar resueltos dentro de los dos meses siguientes a la recepción de las actuaciones para la propia Audiencia: artículo 548 TRLC).

Otro incidente sobre el que el Juez del Concurso asume la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa es en relación con el proceso de “pre-pack”. El “pre-pack” consiste, *grosso modo*, en la posibilidad de que la empresa solicite la declaración de concurso con una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas previamente pactada (la Ley 16/2022 introdujo esta opción en el artículo 224 *bis* TRLC). De acuerdo con el apartado octavo del mencionado precepto “*la transmisión de la unidad productiva o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones*”. Por lo tanto, si la solicitud de concurso viene acompañada de una oferta de adquisición se aplicarán las mismas reglas que he ido explicando previamente, incluyendo, como no puede ser de otro modo, la relativa a la competencia judicial para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para determinar los elementos que la integran, incluyendo los trabajadores y sus respectivos créditos. En este punto no podemos dejar pasar por alto la reciente STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20) que, en líneas generales, concluyó que los procedimientos de “prepack” y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2011/23, siempre que el “prepack” se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico interno la transmisión preparada durante el procedimiento de “prepack” se ejecuta una vez iniciado el proceso concursal, con participación de la administración concursal y controlada por el Juez de lo Mercantil. Por esta razón, entiendo que se cumple con el requisito del artículo 5.1 de la Directiva 2011/23/CE que se refiere a los casos en los que el cedente es objeto de un procedimiento de insolvencia abierto con vistas a la liquidación de los bienes y está bajo la supervisión de una “autoridad pública”. Esto significa que los Jueces de lo Mercantil pueden actuar de acuerdo con la legislación concursal en el sentido de delimitar el perímetro de la sucesión de empresa, tanto en el número de trabajadores en los que se subroga la adquirente como en los créditos que esta última deberá de asumir.

Resta por dilucidar si lo que he ido comentando hasta el momento resulta de aplicación a otra serie de procesos especiales diseñados por la nueva Ley 16/2022. Así, en primer lugar, en el proceso especial para microempresas (nuevo Libro Tercero), el artículo 710 TRLC regula una serie de especialidades en materia de sucesión de empresa, pero comienza disponiendo que *“la transmisión de empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del libro primero de esta ley”*. Ninguna de las especialidades menciona nada nuevo en relación con la competencia objetiva, por lo que la remisión efectuada hacia el libro primero debe de proyectarse, necesariamente, sobre lo previsto por los artículos 52 y 221 TRLC. Además, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86 *ter* apartado primero de la LOPJ, los Jueces de lo Mercantil son competentes para conocer sobre el procedimiento especial para microempresas (véase también el artículo 691 *quater* TRLC). En definitiva, cabe concluir que lo que he ido comentando con anterioridad también se proyecta sobre el proceso especial para microempresas regulado en el propio TRLC, es decir, que la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y fijar sus elementos y límites le corresponde al Juez del Concurso.

## **5. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES**

### **5.1. Las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional**

La presente reforma también ha incidido de manera decisiva sobre algunos aspectos nucleares en relación con la protección del crédito laboral. El artículo 242 TRLC, que regula los créditos que deben de ser considerados contra la masa, ha incluido dentro de esta calificación a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.

Con anterioridad a la presente reforma, la indemnización por falta de medidas de seguridad e higiene era considerada como un crédito concursal o contra la masa en función de la fecha de su devengo. En este sentido, podía ser un crédito concursal (de carácter privilegiado) si dicha cuantía existía con anterioridad a la declaración del concurso. Por su parte, podía calificarse como un crédito contra la masa en caso contrario, es decir, si su devengo era posterior a la declaración del concurso. En definitiva, el debate doctrinal se centraba en determinar cuál era el momento en el que se devengaba la citada indemnización.

En la actualidad, tras la reforma de la Ley 16/2022, este debate es totalmente estéril, dado que, *ex lege*, todo crédito de esta naturaleza que el empresario adeude al trabajador será, en todo caso, considerado contra la masa. En consecuencia, da exactamente igual que la indemnización se haya devengado antes o después de la declaración del concurso. En este punto el legislador concursal ha roto con el principio general que consiste en que las deudas contra la masa son normalmente las devengadas después de la declaración del concurso. Esta opción legislativa no es algo que sea muy habitual, aunque ya cuenta con algún precedente, justamente, en

relación con el Derecho del Trabajo, puesto que, desde los orígenes de la institución concursal, ya desde el año 2003, el legislador optó con considerar contra la masa los salarios coincidentes con los treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso. Estamos en ambos casos ante una ficción legal que persigue la protección del crédito en cuestión. En el caso particular de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales que traen causa en una ausencia de medidas de seguridad e higiene por parte del empresario late el principio de cobertura total de la contingencia y se pretende evitar que este crédito pueda quedar sin cobertura. Evidentemente, si estamos ante un crédito concursal, pese a que se le dote de carácter privilegiado, las expectativas de cobro son menores que en el caso en el que la calificación recibida sea como crédito contra la masa.

En cualquier caso, como es de sobra conocido, el importe económico de las indemnizaciones en el caso de accidentes o enfermedades profesionales puede estar asegurado a través del correspondiente seguro de responsabilidad civil patronal. En estos casos, el crédito que la entidad aseguradora mantiene con la empresa corre distinta suerte, puesto que el regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Llama la atención que el carácter ordinario del crédito se haya establecido en el artículo 242 TRLC, que se ocupa de ordenar los créditos contra la masa. Quizás sea porque no existe un artículo específico que regule los créditos ordinarios, ya que estos son todos aquellos que no pueden incluirse en otra calificación distinta. Pero más allá de esta consideración de carácter sistemático, lo cierto es que el crédito de la entidad aseguradora se califica de un modo que considero un tanto erróneo. Estoy de acuerdo en que si el crédito se ha devengado con anterioridad a la declaración del concurso su calificación sea de concursal de naturaleza ordinaria. Ahora bien, si su devengo es posterior, entiendo que este crédito debería de haberse considerado contra la masa (me estoy refiriendo, claro están, al crédito que ostenta entidad aseguradora). Seguramente, esta sería la interpretación que cabría si el legislador no hubiera dispuesto nada al respecto. Pero lo cierto es que el legislador sí que ha querido proclamar de forma expresa la naturaleza concreta de este crédito y ha optado por dotarle un *estatus* de crédito ordinario, incardinándolo en un precepto que regula los créditos contra la masa y sucediendo a otra frase que indica: *"cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare"*. Opino que la indiferencia de la fecha de la resolución de declare una cuantía indemnizatoria a favor del trabajador accidentado o enfermo también opera para la entidad aseguradora, por lo que su calificación será en calidad de crédito ordinario en todo caso.

Vista la regulación vigente, los escenarios que se pueden dar sobre esta materia son, básicamente, los siguientes:

- a) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que no esté cubierta por seguro alguno: toda la cuantía será calificada como crédito contra la masa.
- b) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el seguro en su totalidad, siendo dicha entidad quien abona todo el im-

porte a la persona o personas beneficiarias: en su caso, toda la cuantía será calificada como un crédito concursal ordinario.

- c) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el seguro, pero que su importe no lo esté en su totalidad: en este supuesto la cuantía que la empresa deba directamente al trabajador será calificada como crédito contra la masa, mientras que la parte que en su caso deba de ingresar a la entidad aseguradora será calificada como crédito concursal ordinario.

Por su parte, el régimen jurídico del recargo de prestaciones no se ha regulado de la misma manera. En este sentido, el artículo 280.1 TRLC ha mantenido dentro de los créditos concursales privilegiados al recargo sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. De este modo, la redacción actual del precepto ha eliminado a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, tal y como hemos visto en los anteriores párrafos, han pasado a ser considerados contra la masa. Pero en el caso particular del recargo de prestaciones su importe será considerado contra la masa cuando se haya devengado con posterioridad a la declaración del concurso, siendo concursal de carácter privilegiado cuando se devengue con anterioridad (y será privilegiado por toda su cuantía, sin topes máximos ni límites). En este punto parece que el legislador se ha quedado a mitad camino en lo que a la protección de este tipo de créditos se refiere, dado que se ha centrado en la indemnización derivada de la responsabilidad por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, dejando al recargo de prestaciones que su calificación se discipline según la fecha de su devengo. Quisiera llamar la atención, simplemente, en el dato consistente en que el recargo de prestaciones no puede ser asegurado y, además, su cuantía tampoco queda cubierta por parte del Fondo de Garantía Salarial, por lo que el responsable directo del pago es, en todo caso, el propio empresario y no siendo una cuestión baladí que el crédito sea calificado como concursal o contra la masa quizás hubiera sido conveniente replantear su nivel de protección.

## **5.2. La nueva regulación de los créditos laborales en los concursos sin masa**

Otro cambio bastante importante es el que se ha producido sobre el nuevo esquema de pago de los créditos contra la masa en los casos de insuficiencia de masa, tanto si esto ocurre en el momento de la propia declaración del concurso, como si sucede con posterioridad, es decir, en cualquier fase de la tramitación del proceso.

Empezando por la declaración del concurso sin masa *ab origine*, cabe indicar que la Ley 16/2022 ha eliminado la subsección 4.<sup>a</sup> de la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo I del título XI del libro primero, integrada por los artículos 470 a 472 TRLC. Dicho de una forma algo más clara, que se han suprimido los denominados "concursos exprés". En este sentido, con anterioridad a la reforma era posible que el Juez de lo Mercantil dictara

un auto que en unidad de acto declarara el concurso de acreedores y, a su vez, su conclusión, siempre y cuando se pudiera constatar de manera evidente que la masa activa presumiblemente era insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del propio procedimiento. En estos casos, la posición de los trabajadores en relación con sus créditos pasaba, inexorablemente, por solicitar las prestaciones de FOGASA. Dado que el concurso se había declarado y cerrado en unidad de acto no había nombramiento de ninguna administración concursal que pudiera certificar nada, ni elaborar una lista de acreedores. De tal suerte que la solución jurídica pasaba en la práctica por la reclamación del crédito laboral dentro de la jurisdicción social, en busca de una declaración de insolvencia que fuera título habilitante para poder solicitar el pago de la prestación de FOGASA.

Tras la aprobación de la Ley 16/2022, el régimen jurídico de los concursos sin masa se ha pasado a regular en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. El nuevo artículo 37 *ter* TRLC señala que en estos casos el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores al que incorporará el pasivo que resulte de la documentación y, en principio, sin más pronunciamientos. Este auto se remitirá para su publicación en el BOE (en el suplemento del tablón edictal judicial único) y también se publicará en el Registro Público Concursal. Frente a dicho auto, el acreedor o acreedores que representen el cinco por ciento del pasivo, pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal (disponen de quince días desde la publicación del edicto). Ahora bien, la participación del administrador concursal en este procedimiento especial no lo es para emitir un informe que recoja la existencia y calificación de los créditos. Su participación en está tasada y se reduce, principalmente, a mostrar su parecer sobre la culpabilidad o no del concurso. Si el administrador concursal aprecia la existencia de los indicios regulados por el artículo 37 *ter* TRLC, el artículo 37 *quinquies* TRLC establece textualmente que *"el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley"*.

En resumidas cuentas, si no se nombra administrador concursal o este concluye que no hay culpabilidad del deudor, solamente tendremos un pasivo incorporado a un auto del Juez del Concurso sobre el que no ha existido contradicción. En estos supuestos no hay informes ni administración concursal que pueda certificar el crédito laboral. Por su parte, si el deudor es persona física podría solicitar la exoneración de pasivo al que más adelante me referiré en otro epígrafe. Basándose en estos argumentos, la Circular 2/2022 emitida por la Secretaría General de FOGASA concluye que el organismo no puede responder ante este escenario. La solución práctica pasa, pues, por una demanda interpuesta dentro de la jurisdicción social. Dado que la empresa es insolvente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23.2 LRJS, el órgano judicial deberá de citar a FOGASA. En principio, parece que no existirá obligación de citar a la administración concursal (desde luego, esto no será así cuando ni siquiera haya sido nombrada), pero entiendo que tampoco cuando lo haya sido, pues la concursada no tiene limitadas sus facultades empresariales. Con una declaración de insolvencia dictada en el seno de la jurisdicción social considero que FOGASA sí que

responderá de las prestaciones que la ley le atribuye. Entiendo que esta es la solución jurídica más segura que se desprende de la lectura del nuevo e “inacabado” procedimiento de declaración de los concursos sin masa previsto en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. En este sentido, opción más segura por el momento pasa por buscar una declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, pues de lo contrario el FOGASA denegará su prestación de acuerdo con lo indicado en su Circular anteriormente mencionada. Esto se podría haber solucionado desde el tenor la Ley a través de diversas fórmulas:

- a) Se podría haber introducido una previsión en el artículo 33 ET que, además de exigir que el crédito laboral esté incluido en la lista de acreedores o sea certificado por el administrador concursal, en los casos de los concursos sin masa fuera suficiente con la presentación de la relación de deudas contenida en el auto del Juez de lo Mercantil que refleja el pasivo de la empresa (esta opción presenta el problema de la ausencia de contradicción del crédito invocado).
- b) Otra alternativa hubiera sido a través de la incorporación de alguna previsión específica dentro del propio proceso concursal: por ejemplo, lisa y llanamente, incluyendo la posibilidad de que el administrador concursal pueda certificar la deuda laboral; o bien que se le hubiera encomendado la elaboración de un informe con los créditos existentes.
- c) También se podría haber solucionado permitiendo discutir en el seno de este proceso aspectos relacionados con los créditos, quizás a través de un incidente concursal que pudiera llevar al Juez del Concurso dictar una sentencia que acreditara la existencia y cuantía de un determinado crédito laboral.

Es posible que los órganos mercantiles puedan perfilar algún tipo de criterio en cierta medida “imaginativo” tendente a resolver este problema, pero tendremos que esperar a la evolución de esta cuestión. Pero, desde luego, parece que, con la lectura sistemática de los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC y 33 ET la solución legal más segura, aunque no por ello la más convincente ni la más efectiva, ni la más eficaz, pasa porque la persona trabajadora reivindique su crédito en el seno de la jurisdicción social (opción más segura, pero, desde luego, más larga y tediosa).

La solución podría ser distinta en los casos en los que administrador concursal aprecie la existencia de los indicios a que los que se refiere el artículo 37 *ter* TRLC, dado que la norma establece que “*el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley*”. Tendremos que esperar a la evolución de este tema, pero parece que la norma ordena abrir la fase de liquidación y si el procedimiento continúa conforme a lo establecido en la ley todo apunta a que aquí si pudiera existir algún tipo de informe por parte del administrador concursal o, cuanto menos, si este órgano persiste en el proceso, podrá certificar los créditos laborales que puedan permitir el acceso a las

prestaciones de FOGASA. Sino hay créditos suficientes para cubrir los créditos con la masa, entiendo que la ordenación de estos se tendría que llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 TRLC, sin que existan créditos concursales que puedan quedar cubiertos. Con todo, como acabo de aseverar, los trabajadores podrían llegar cobrar todo o parte de la deuda empresarial de manos de FOGASA, siempre y cuando el administrador concursal pueda certificarlos y el órgano judicial cite al ente administrativo como parte del proceso para que pueda efectuar las alegaciones pertinentes.

También ha sufrido un importante cambio la dicción del 250 TRLC. La redacción anterior del precepto contenía una lista *numerus clausus* de créditos ordenados y jerarquizados que el Tribunal Supremo consideró que constituía una lista autónoma y separada<sup>32</sup>. La Ley 16/2022 ha optado por eliminar la lista que existía con anterioridad. Esto no quiere decir que los créditos no estén ordenados y jerarquizados (sí que lo están), pero el nuevo artículo 250.3 TRLC remite a la lista del artículo 242.1 TRLC, es decir, la de los créditos que son considerados contra la masa.

En seguida volveré sobre este tema, puesto que, con anterioridad a los enumerados en la indicada lista, hay que cubrir los créditos "imprescindibles" para la liquidación de la masa activa. Aquí volvemos a encontrar novedades, toda vez que con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022 el artículo 250 TLRC no establecía cuáles eran estos créditos "imprescindibles". Pero, estos momentos, el artículo 250.2 TRLC sí que regula cuáles son estos créditos "imprescindibles" y, entre otros, señala que adquieren esta condición los adeudados por los salarios devengados después de la apertura de la fase de liquidación, mientras existan trabajadores con contrato en vigor. Repárese que el precepto utiliza exclusivamente el término salarios, por lo que otra serie de conceptos de naturaleza extrasalarial, incluidas las indemnizaciones por despido, no entran dentro de este carácter "imprescindible". Esta limitación tiene todo el sentido porque la norma utiliza el concepto de créditos "*imprescindibles para la liquidación de la masa*", por lo que solamente cumplen esta condición los salarios de los eventuales trabajadores que persistan con su contrato en vigor durante este proceso de liquidación. Con todo, en esta fase de liquidación lo normal es que la mayoría de los contratos de trabajo, por no decir todos, se hayan extinguido previamente, en cuyo caso no existirán créditos salariales que entren dentro de este concepto "imprescindible". Seguramente el legislador está pensando en aquellos trabajadores, muy pocos, que puedan ayudar de algún modo u otro en las labores conclusivas de

32 La ordenación crediticia anterior a la reforma vigente era, básicamente, la siguiente:

- 1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
- 2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- 3.º Los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
- 4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso de acreedores.
- 5.º Los demás créditos contra la masa.

la empresa, en su última etapa, quizás con algún tipo de gestión normalmente de naturaleza administrativa y de colaboración con la administración concursal o para intentar dar salida a los últimos productos o servicios. Si los activos de la empresa no pueden cubrir ni siquiera estos créditos considerados “imprescindibles”, el pago de estos se realizará a prorrata en todos ellos.

Una vez que se han podido satisfacer los créditos “imprescindibles”, tanto laborales como los de otra clase, la normativa vigente nos conduce a una suerte de “espiguelo”, en el sentido de que para ordenar correctamente los pagos cabe acudir a los artículos 242 y 250 TRLC, respectivamente. En este sentido, de acuerdo con el orden previsto en el artículo 242 TRLC, lo primero que se tendrá que abonar, en su caso, es el importe íntegro del crédito indemnizatorio por accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este punto cabe tener en cuenta que será, exclusivamente, la parte del crédito que deba de abonar la empresa directamente a la persona trabajadora afectada por el accidente o enfermedad profesional ocasionado por falta de medidas de seguridad. Desde mi punto de vista, el importe que haya podido abonar la entidad aseguradora a la persona afectada y que, en su caso, pueda exigir al empresario, no participará del régimen de pagos de los concursos sin masa, al tratarse de un crédito concursal ordinario.

Una vez satisfecho este importe, en el hipotético caso en el que exista un crédito de esta naturales (algo que por lo demás no será demasiado común), nos tenemos que alejar momentáneamente de la ordenación del artículo 242 TRLC, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250.4 TRLC, seguirán en el orden de prelación los créditos devengados tras la declaración del concurso por salarios e indemnizaciones por la extinción de los contratos de trabajo, hasta el triple del SMI.

Posteriormente, una cubiertos todos los anteriores cabrá pagar, en su caso, los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, hasta el duplo del SMI). Es posible que si la insuficiencia de masa se ha producido una vez ya avanzado el proceso concursal estos créditos ya se hayan pagado. Detrás de estos les siguen otra serie de créditos de naturaleza no laboral y que se alejan del objeto de este estudio.

### **5.3. La exoneración del pasivo insatisfecho: aspectos laborales**

Otra de las novedades más significativas de la reforma de la Ley 16/2022 ha sido, sin lugar a duda, la incidencia que esta ha tenido sobre el régimen jurídico de la denominada “segunda oportunidad”, es decir, la posibilidad de que a un deudor persona física o natural se le puedan perdonar (exonerar) todo o parte de sus deudas. De hecho, la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de “segunda oportunidad”, con la finalidad de implementar un proceso de homogeneización que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del mercado único europeo. Sobre la línea de flotación de este mecanismo de “segunda oportunidad” descansa la idea de poder permitir que el deudor vuelva a emprender, reincorporándose con éxito a la actividad productiva.

El sistema previsto en nuestra legislación interna se articula en dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa o la exoneración con plan de pagos. Pero, para poder transitar esta senda, el deudor persona física debe de cumplir con ciertos estándares relacionados con el principio de la buena fe profesional, que actúa como una especie de piedra angular del sistema. A tales efectos, el deudor deberá de cumplir con una serie de conductas objetivas tasada por el artículo 487 TRLC, pues de lo contrario no podrá acogerse al beneficio de la exoneración de su pasivo. El mencionado precepto establece una serie de requisitos que vienen marcados, principalmente, por el hecho de que el deudor no haya sido condenado ni sancionado por una serie de cuestiones y, entre ellas se incluyen sanciones administrativas firmes recibidas por infracciones laborales a lo largo de los diez años anteriores, o acuerdos de derivación de responsabilidad (cabe entender solidaria), salvo que se hubiera satisfecho dicha responsabilidad. Tampoco pueden haber sido condenados por un delito, entre otros, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores (siempre que la pena máxima señalada sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito). Existen, desde luego, otra serie de parámetros relacionados con el canon de la buena fe en la gestión de la actividad económica, pero en lo que aquí nos interesa, simplemente me gustaría destacar que se incluyen dentro de este tipo de conductas el hecho de que no se hayan recibido sanciones administrativas ni condenas que guarden relación con el Derecho del Trabajo, pues, de lo contrario, estas pueden llegar a frustrar el mecanismo de la denominada “segunda oportunidad”.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de protección, la regla general consiste en que el deudor de buena fe puede quedar exonerado de todas sus deudas, es decir, que rige en esta sede un principio general de dispensa. Así lo manifiesta el artículo 489 TRLC, que expresa en su primera frase lo siguiente: *“la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas”* (debiendo de entender comprendidos tanto los créditos concursales como los devengados contra la masa). Ahora bien, a pesar de esta primera aproximación general, la norma incorpora una serie de excepciones y para lo cual incorpora una lista de créditos que debemos de considerar *numerus clausus* y que tiene que ser interpretada de una forma excepcional y restrictiva.

Se trata de una serie de créditos que por su especial naturaleza no pueden quedar exonerados o, dicho de otro modo, que el deudor sigue estando obligado a su abono o satisfacción con cargo a sus bienes y derechos. Dentro de este elenco podemos encontrar algunos créditos de índole laboral. Pero antes de entrar en ellos me gustaría señalar dos apuntes de cierto interés: en primer lugar, que la Directiva 2019/1023, en su artículo 23, deja plena libertad a los Estados para que regulen estas excepciones, incorporando un breve listado en el que la exoneración se puede limitar y en el que me llama la atención de que no encontremos ninguna referencia sobre los créditos a favor de los trabajadores. Por lo tanto, la inclusión de una serie de deudas

laborales entre las deudas que no se pueden exonerar ha sido fruto del designio de nuestro legislador interno; En segundo lugar, también me llama la atención que en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, cuando se explican brevemente los créditos que no se pueden exonerar y su justificación no se haya hecho ninguna referencia a los laborales, siendo que, como veremos, sí que han sido incluidos en el articulado de la norma. Entrando de lleno en la lista de créditos laborales que no pueden quedar exonerados, de acuerdo con el artículo 489 TRLC, estos son los siguientes:

a) Las deudas por responsabilidad civil derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare. No hace ninguna distinción el precepto sobre si el crédito debe de estar asegurado o no, distinción que sí que existe a la hora de determinar su calificación como concursal o contra la masa. Por lo tanto, parece que dicha indemnización, bien la tenga que abonar el empleador al trabajador afectado o bien a la entidad aseguradora, no se podrá exonerar. Si el legislador hubiera querido hacer distinciones las habría hecho, como ocurre con la dicción del artículo 242 TRLC. Por lo demás, tampoco se establecen topes ni límites de ningún tipo, por lo que la deuda se tendrá que pagar en su integridad.

b) Tampoco se podrán exonerar los créditos salariales referidos a los 60 días anteriores a la declaración del concurso (hasta el triple del SMI). Se trata de un límite de días desconocido y sobre el que no existe precedente dentro de la legislación concursal, ni tampoco en el Estatuto de los Trabajadores, ni en la Directiva europea (que ya he comentado previamente que no dice nada sobre los créditos laborales). En este punto estamos ante créditos concursales porque se han devengado con anterioridad a la declaración del concurso, excepto los relativos a los 30 últimos días de trabajo efectivo (que son créditos contra la masa). El importe salarial que no se puede exonerar será el calculado hasta el triple del SMI (por lo que la cuantía que exceda sí que quedaría exonerada). Tampoco se podrán exonerar los salarios que se han "*devengado durante el procedimiento*". Entiendo que el precepto se refiere a los salarios que son considerados contra la masa, es decir, los devengados con posterioridad a la declaración del concurso. A diferencia de los créditos por los últimos 60 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, los salarios contra la masa no están limitados a un número de días concretos, ni tampoco a un importe máximo tomando como referencia el SMI, por lo que considero que el empresario seguirá estando obligado al pago de toda la deuda salarial devengada contra la masa.

Cabe reparar que el precepto utiliza en ambos casos el término "deudas por salarios", por ende, las indemnizaciones (incluidas la de despido) y cualquier otra deuda de carácter extrasalarial (incluidos los salarios de tramitación), sí que participaran del régimen general de exoneración. Por lo tanto, estos créditos laborales se extinguirán por razón de la exoneración y los trabajadores ya no podrán ejercer ningún tipo de acción frente el deudor tendente a su cobro (así lo dispone expresamente el artículo 490 TRLC). Con todo, los trabajadores podrían recibir todo o parte del importe de la deuda si solicitan la prestación de FOGASA y reúnen los requisitos pertinentes. Otra posibilidad que se puede dar es que exista otra empresa que pueda resultar respon-

sable de manera solidaria con el empleador principal, puesto que el artículo 492.1 TRLC establece que la *"exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor (...) por disposición legal o contractual"*. Para ello, evidentemente, debe de existir otra empresa a la que el trabajador pueda reclamar esa deuda que ya no va a recibir en ningún caso de su empleador concursado, demanda que entiendo que deberá de plantearse ante los órganos de la Jurisdicción Social únicamente frente a la/s otra/s empresa/s, puesto que frente al deudor principal ya hemos visto que no se puede ejercer ningún tipo de acción (aunque podría ser llamado, eso sí, para probar la eventual relación industrial o comercial que pudiera hacer derivar la responsabilidad hacia otra/s empresa/s).

Otra duda que se puede plantear en este punto es sobre si la deuda salarial que no se puede exonerar es por el importe bruto o neto y si cabe incluir los intereses por mora. Parece que el importe que cabe escoger en este caso es el importe neto, ya que siendo la exoneración la regla general, el abono de los salarios es una excepción y, por lo tanto, el trabajador debería de recibir la cuantía que le corresponde, siendo la parte del salario que hay que asignar a la Agencia Tributaria y a la TGSS susceptible de resultar exonerada si la misma entra dentro de los límites legales a los que más adelante me referiré.

Por lo que respecta a los intereses, dado que la norma no los excluye y alude expresamente a la "deuda salarial", considero que por tal cabe entender la inclusión del principal más los intereses. Respecto de los créditos contra la masa esto tiene sentido porque los salarios sí que siguen devengando intereses, dado que estos no se paralizan. Consiguientemente, por "deuda salarial" devengada "durante el procedimiento", debemos de entender incluidos los intereses por mora del 10 por ciento previstos en la legislación laboral (pues en caso contrario el legislador lo debería de haber indicado expresamente, como así ha hecho en otras partes de la Ley Concursal en relación, precisamente, con los intereses). Por lo que se refiere a los créditos por los 60 últimos días de trabajo efectivo, al ser créditos devengados con anterioridad al concurso, el artículo 152 TRLC proclama el principio general de suspensión del devengo de intereses, excepto para el caso los créditos salariales que sí que los devengarán, pero calculados de acuerdo con el interés legal del dinero. Todos estos intereses, no obstante, se paralizarán en el momento de la exoneración, ya que estos no se devengarán durante el plan de pagos (artículo 496 bis TRLC).

En último término, cabe significar que estos créditos salariales que no pueden quedar exonerados lo serán *"siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial"*. Por lo tanto, si FOGASA se ha hecho cargo de toda la deuda salarial, el crédito sí que se exonerará, toda vez que de la lectura del precepto cabe deducir que el ente administrativo no podrá subrogarse, quedando toda la deuda perdonada y sin posibilidad de recuperación. Ahora bien, si por cualquier motivo la persona trabajadora no puede acudir a FOGASA o este organismo le ha denegado la prestación, los límites serán los que he comentado con anterioridad, sin que la exégesis genere mayores dudas interpretativas.

Los problemas podrían venir cuando el FOGASA haya abonado una parte de la prestación salarial (por llegar a sus topes legales) y quede parte de la deuda por salarios que satisfacer. En estos casos, cuando toda la deuda sea de la parte no "exonerable" (es decir, entre toda dentro de los lindes del artículo 489.1 4º TRLC), considero que no existirán demasiados problemas en convenir en que la cuantía abonada por el FOGASA quedará exonerada y que no lo estará por toda la cuantía que reste, es decir, que la diferencia seguirá siendo una obligación de pago que deberá de asumir el empresario. Pero, mayores complicaciones pueden tener los casos en los que la deuda es muy elevada, ya sea por afectar a muchas mensualidades y que existan salarios que no se puedan exonerar, mientras que otros sí que lo sean. Aquí el inconveniente radica en que FOGASA abonará una determinada cuantía calculada sobre la totalidad de la deuda, es decir, que no dictará una resolución que parcele el crédito en función de si se cubre crédito contra la masa o concursal. Si entendemos que el importe abonado por FOGASA queda totalmente exonerado, la duda está en determinar si el deudor persona física puede alegar lo siguiente: que toda la parte abonada por este organismo quede exonerada, pudiendo aducir que hay otra parte del crédito que se le tendría que exonerar en su integridad (es decir, que toda la parte abonada por FOGASA se coja de la parte de la deuda no "exonerable"). Por su parte, al trabajador le interesará defender la postura contraria, es decir, alegar que FOGASA ha abonado su prestación de la parte que puede quedar exonerada, para así poder solicitar de su empleador el resto de la deuda salarial no "exonerable"<sup>33</sup>. Aquí entiendo que no podemos acudir a las reglas sobre imputación de pagos, dado que FOGASA no va a recuperar la prestación, es decir, no se subroga y por ello el problema no consiste en tratar de repartir importes pecuniarios entre el ente administrativo y el trabajador afectado. Desde mi punto de vista, por lo demás, aquí no creo que quepa una interpretación *pro operario*, pues no estamos aplicando legislación laboral. Por lo que seguramente quepa acudir al principio general que impera en esta sede y que conjetura que *"la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas"* (artículo 489.1 TRLC). No cabe perder de vista

33 Veamos la dinámica anterior con un ejemplo numérico empleando cifras sencillas para su mayor comprensión. Supongamos que la deuda salarial total asciende a 10.000 euros. Imaginemos que 6.000 euros son anteriores a la declaración del concurso (3.000 referidos a los 60 últimos días de trabajo efectivo y los otros 3.000 por un periodo anterior) y los otros 4.000 euros son posteriores a la declaración del concurso. Pues bien, supongamos que FOGASA abona una prestación que asciende a 6.000 euros (por lo que todavía restan 4.000 euros por abonar). En este supuesto imaginado acabado de plantear, es dable pensar que a la empresa le interese que esos 6.000 euros abonados por FOGASA sean de la deuda más actual y que sea todo de la parte no "exonerable" (todo el crédito contra la masa —4.000— y parte del concursal). De este modo, solo tendría la obligación de pagar 1.000 euros al trabajador (porque los 6.000 de FOGASA quedan perdonados y los 3.000 que superan los 60 días anteriores a la declaración del concurso también quedan exonerados, por lo que restarían por pagar 1.000 euros). Del lado contrario, al trabajador le interesará plantear que los 6.000 euros del FOGASA se extraen primero de la deuda "exonerable" o bien la más antigua (en este escenario la empresa le debería de pagar toda la diferencia, es decir, 4.000 euros). De acuerdo con lo explicado más arriba en el texto, el criterio que entiendo que cabría aplicar es el primero, es decir, que en este supuesto el trabajador solamente tendría derecho a seguir reclamando la cantidad de 1.000 euros, quedando el resto de la deuda exonerada para el empleador (sin perder de vista que el trabajador ya ha recibido una parte de manos de FOGASA).

que el trabajador, en su calidad de acreedor, se rige por la legislación concursal y por ende considero que le resultan de aplicación los principios propios de esta institución y, concretamente, los derivados del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho y de "segunda oportunidad". De ese modo, siendo la exoneración de la deuda la regla general aplicable, cabrá deducir de la parte abonada por FOGASA, en primer lugar, el crédito salarial que se puede exonerar, por lo que es posible que el trabajador finalmente reciba una cuantía menor (aunque no cabe perder de vista que este ya habría podido cobrar del organismo público).

c) Por lo que se refiere a los créditos mantenidos con la TGSS, en estos momentos, la redacción vigente del artículo 489.1 5º TRLC parte del principio contrario, es decir, cabe partir del criterio general de que el crédito público no se puede perdonar. No obstante, en el caso particular de las deudas mantenidas contra la Seguridad Social sí que pueden quedar exonerados los importes adeudados hasta alcanzar la cifra de diez mil euros (siendo los primeros cinco mil de exoneración directa y luego la cuantía será del 50% hasta alcanzar los indicados diez mil euros). Como se podrá apreciar, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y, además, solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho y no así no en las sucesivas.

Sobre los créditos laborales que han sido exonerados (sean por indemnizaciones o salarios que superen los límites vistos con anterioridad o bien los mantenidos contra la Seguridad Social centro de los topes legales), el acreedor ya no podrá interponer acción de ningún tipo. En sentido contrario, respecto de la parte no exonerada de cualquier crédito, el acreedor sí que mantendrá las acciones pertinentes (artículo 490 TRLC). Con todo, la norma concursal no resuelve en el precepto acabado de citar cual es el órgano competente para conocer las demandas presentadas en relación con la reclamación del crédito laboral no "exonerable", es decir, si esta corresponde al Juez del Concurso. Desde mi punto de vista, siendo que el proceso concursal permanece abierto y al tratarse el litigio del reconocimiento y/o ejecución del pago de un crédito, la competencia le corresponde al Juez del Concurso. Apoya esta tesis lo dispuesto por el artículo 499.2 TRLC que, en el contexto de un plan de pagos, señala que *"las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal"*. Por lo tanto, la parte del crédito no exonerable e, incluso, las nuevas deudas laborales que se puedan originar durante este proceso deberán de ejecutarse a través del incidente concursal "común" ante el propio Juez del Concurso.

#### **5.4. Los créditos laborales originados tras la aprobación de un convenio con los acreedores**

La Ley 16/2022 también ha incidido sobre la calificación que merecen los créditos que se originen durante la fase de cumplimiento del convenio aprobado con los acreedores.

Con anterioridad a la reforma, la Sala de lo Social de Tribunal Supremo se había ocupado de determinar que los conflictos planteados entre el trabajador y el empresario en concurso en relación con los créditos originados en la fase de cumplimiento de un convenio con los acreedores debían de ser resueltos por los órganos de la jurisdicción social. Así lo resolvió la STS de 17 de abril de 2018<sup>34</sup>, que literalmente determinó lo siguiente: *"la conclusión que se extrae es clara: una vez aprobado el convenio concursal, los acreedores concursales no sujetos al convenio así como los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el convenio, podrán iniciar ordinariamente ejecuciones o continuar con las que hubieran iniciado; ejecuciones que no se acumularán al proceso concursal, puesto que el efecto específico del concurso, consistente en la paralización de la ejecución y la atracción de las ejecuciones al concurso, ha sido enervado desde la eficacia del convenio"*. Esta misma interpretación ha sido repetida posteriormente por la STS de 9 de enero de 2019<sup>35</sup> y unos años antes por el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos con fecha 28 de septiembre de 2015<sup>36</sup>. En similares términos, la STS de 31 de enero de 2019<sup>37</sup>, resolvió un supuesto concreto en el que se discutió acerca de la competencia para ejecutar los créditos devengados con posterioridad a la aprobación de un convenio, concluyéndose que estos deben de hacerse efectivos en el seno del orden jurisdiccional social.

Hasta la aprobación de la Ley 16/2022, los créditos adeudados tras la aprobación judicial del convenio eran créditos no concursales por lo que su reconocimiento quedaba extramuros de la competencia del Juez del Concurso. Pero, en estos momentos, el nuevo artículo 414 *bis* TRLC establece como novedad que los créditos contraídos durante el cumplimiento del convenio son concursales. Esta nueva regulación obliga a que nos tengamos que plantear si la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, tal y como hemos visto anteriormente, consideraba que la competencia era de los órganos de la jurisdicción social, puede mantenerse.

Desde mi punto de vista, esta jurisprudencia no queda alterada si atendemos a la ubicación sistemática del reformado artículo 414 *bis* TRLC. El precepto aquí sometido a debate se titula "especialidades en caso de incumplimiento del convenio". Además, se ubica dentro del capítulo titulado "de los efectos de la apertura de la fase de liquidación". De tal modo que la interpretación correcta teniendo en cuenta estas consideraciones opino que es la siguiente:

- a) Cuando el crédito laboral se devengue durante la fase de cumplimiento del convenio y en tanto en cuanto no se declare el incumplimiento del mismo y, por ende, no se abra la fase de liquidación, la doctrina del TS se debe de mantener. En este sentido, podemos concluir que los trabajadores que quieran

34 STS de 17 de abril de 2018, rec. 934/2016.

35 STS de 9 de enero de 2019, rec. 2738/2016.

36 ATS (Sala Especial de Conflictos) de 28 de septiembre de 2015, Conf. Comp. 14/2014.

37 STS de 31 de enero de 2019, rec. 1141/2017.

reclamar el pago de su crédito laboral durante el cumplimiento del convenio y en tanto que no se abra la liquidación, tendrán que demandar ante la jurisdicción social e, incluso, mientras esta situación no cambie, se podrá recabar tutela ejecutiva sobre dichos créditos.

- b) Ahora bien, esta situación cambiará radicalmente cuando se abra la fase de liquidación tras la declaración de incumplimiento del convenio (o la declaración por nulidad del convenio aprobado). Cuando se produzca este suceso, el trabajador ya no podrá plantear la demanda ante los órganos de la jurisdicción social. En este nuevo escenario el Juez del Concurso recupera la competencia, se debe de reponer a la administración concursal (o nombrar una nueva) y ya no se podrán iniciar ejecuciones laborales separadas (y las iniciadas se tendrán que paralizar). De tal suerte que los créditos laborales se tendrán que ordenar conforme a las reglas propias de la legislación concursal. La novedad en este punto reside en que los créditos laborales (salariales o indemnizatorios) que han sido originados durante la fase de cumplimiento del convenio serán calificados, una vez abierta la liquidación, como créditos concursales (en su mayoría privilegiados).

## **6. EL NUEVO PROCESO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS: ASPECTOS LABORALES**

Otra de las modificaciones más destacadas de la reforma ha sido la creación, por primera vez en España, de un nuevo procedimiento especial para canalizar los procesos concursales que afecten a las microempresas.

En primer lugar, debemos de aclarar qué es lo que entiende el legislador concursal por "microempresas". De esta tarea se ocupa el artículo 685 TRLC que dispone que este proceso especial se aplicará a aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y que además tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. De la lectura del precepto podemos deducir que se tienen que dar ambos requerimientos, es decir, tratarse de una empresa con menos de diez trabajadores y que además tenga una cifra de negocios o un pasivo inferior a las cifras fijadas, puesto que si incumple con uno de ellos el proceso se tramitará por la vía ordinaria o común.

Centrándome en el número de trabajadores exigido, por ser la vocación de este estudio un análisis de la reforma desde la perspectiva laboral, me gustaría destacar que la norma utiliza como parámetro la media de trabajadores durante el último año. Esto nos lleva a interpretar que en la práctica sería posible que en el momento de la declaración del concurso el número de trabajadores puede llegar a ser superior a diez, siempre y cuando que a lo largo del último año la media sea inferior a este número. La existencia de más de diez trabajadores a la hora de solicitar el concurso de acreedo-

res puede tener incidencia a la hora de llevar a cabo medidas de ajuste en la plantilla. En sentido contrario, también podría suceder que una empresa que en el momento de solicitarse el concurso presente un número de trabajadores inferior a diez, pero que durante el año anterior haya tenido más empleados de media (por ejemplo, porque antes de la solicitud haya llevado a cabo extinciones de naturaleza colectiva). En este último supuesto el proceso a seguir no será el especial para microempresas sino el proceso ordinario o común (pues la media de empleados es superior a diez). Desde mi punto de vista, calcular el número de trabajadores con la media de la plantilla durante el último año es una pauta acertada que refleja con cierta verosimilitud la magnitud de la empresa pretendida por el legislador. Cabe mencionar, asimismo, que el número de trabajadores exigido viene representado por aquellos que presten servicios a tiempo completo, por lo que los contratos a tiempo parcial computarán menos a los efectos de este cálculo (por ejemplo, dos trabajadores a media jornada serían a los efectos de este cómputo como un único trabajador). De tal manera que una empresa puede entrar en el proceso especial para microempresas con más de diez trabajadores siempre que tenga varios contratos concertados a tiempo parcial. Esta situación también puede tener incidencia a la hora de llevar a cabo medidas laborales de carácter colectivo, como seguidamente veremos en este mismo epígrafe. Esto es así porque los umbrales de las medidas laborales previstas en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET se fijan en el número de trabajadores afectados, sin distinguir si su jornada es a tiempo completo o a tiempo parcial.

Una vez que hemos identificado qué empresas son las que entran dentro de este proceso considero que es importante esbozar, siquiera de una forma somera, las partes en las que se divide el mismo. De entrada, cabe anticipar que el legislador ha pretendido diseñar un procedimiento que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema concursal: para ello ha optado por eliminar bastantes trámites y ha reducido la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos imprescindibles o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes (de hecho, el proceso especial para microempresas no cuenta con el nombramiento necesario de una administración concursal, que solamente podrá participar en algunos incidentes a solicitud de parte interesada); Por su parte, la intervención del Juez del Concurso solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado; Por lo demás, el procedimiento se evacuará a través de una serie de formularios normalizados, de forma telemática y sin coste alguno para los interesados.

Este nuevo proceso conjetura un sistema único y simplificado que se divide en dos fases alternativas o acumulativas, que son: a) el proceso de continuación (que supone la continuidad de la actividad empresas a través de la aprobación de un plan de pagos); b) Y el proceso de liquidación (que supone la disolución de la sociedad). En el caso de un autónomo (persona física) que tramite su concurso por esta vía, comentar simplemente que podrá acceder al mecanismo de "segunda oportunidad" (exoneración del pasivo insatisfecho), tanto si se opta por el plan de pagos como por la liquidación.

En el contexto de este proceso especial para microempresas, las principales dudas laborales a las que entiendo que debemos de dar oportuna respuesta son, básicamente, las siguientes: cómo tramitar las medidas de ajuste de plantilla y qué sucede con los créditos laborales.

Para dar respuesta al primero de los interrogantes solamente contamos con un único precepto que se refiere directamente a la cuestión. En este sentido, el artículo 707.4 TRLC, referido a la tramitación del plan de liquidación, señala expresamente que en el caso de que el plan *"contuviera previsiones sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o el despido colectivo de trabajadores, se estará a lo establecido en el libro primero en materia de contratos de trabajo"*. Varias son las conclusiones que podemos extraer de la redacción transcrita:

- La primera de ellas es que para el procedimiento especial de microempresas no se alteran las reglas generales en materia de competencia para llevar a cabo medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo, puesto que la norma efectúa una remisión expresa hacia el libro primero y que debemos de entender dirigida hacia los artículos 53 TRLC y 169 y ss. TRLC. En consecuencia, cuando el proceso especial de microempresas transita por la vía de la liquidación debemos tener en cuenta los umbrales previstos en los preceptos del ET (o del artículo 53 TRLC). En este sentido, si las operaciones de liquidación suponen la extinción de todos los contratos de trabajo estaremos ante un despido colectivo que cabrá tramitar por la vía de los artículos 169 y ss. TRLC, es decir, un ERE Concursal siempre que el número de afectados sea superior a cinco. En el caso contrario, si la medida afecta a menos trabajadores se tendrán que practicar despidos objetivos por la vía del artículo 52 ET. En el primer caso, la medida vendrá autorizada (o no) por parte del Juez del Concurso y el sistema de recursos será el previsto en la propia Ley Concursal (artículos 541 y 551 TRLC). Por su parte, la eventual impugnación de los despidos objetivos, cuando sea esta la medida comunicada a las personas afectadas tendrá que interponerse ante los órganos de la jurisdicción social. Para el supuesto en el que lo proyectado sobre los contratos no sea una extinción del mismos, sino la modificación de alguna/s de sus condiciones (incluyendo los traslados), tendremos que estar a los umbrales numéricos previstos en los artículos 40 y 41 ET. En este sentido, es posible que en las labores de liquidación se lleven a cabo estas medidas, especialmente si tenemos en cuenta que en esta fase cabe la transmisión de la unidad productiva (artículo 710 TRLC). A tales efectos, si estas modificaciones son de naturaleza colectiva se tendrán que desarrollar a través de los trámites del ERE Concursal, culminado con un auto emitido por parte del Juez del Concurso y rigiendo el sistema de recursos previsto por el propio TRLC. En sentido contrario, si las modificaciones son de naturaleza individual o plural (es decir, que no son colectivas) se tramitarán siguiendo las previsiones de la legislación laboral (ET), siendo recurrible la decisión empresarial ante los órganos de la jurisdicción social.

- La segunda cuestión es que el legislador ha olvidado mencionar a las suspensiones de los contratos de trabajo (incluyendo las reducciones de jornada). Llama la atención esta cuestión porque este tipo de medidas está presente en otros preceptos del TRLC, lo que nos obliga a interpretar si se trata de una laguna que cabe colmar con una lectura sistemática o si se trata de una elipsis decidida a conciencia. Quizás podemos llegar a pensar que más bien se trata de esto último, porque al estar el proceso en el contexto de un plan de liquidación, lo más habitual será que los contratos se extingan y no quepa adoptar suspensiones ni reducciones de jornada. Ahora bien, también es posible que la empresa se transmita o se puedan llevar a cabo otra serie de operaciones que precisen realizar algunos ajustes sobre los contratos de trabajo. En este sentido, si acudimos a la redacción del artículo 220 TRL, observamos como el legislador sí que ha incluido a la suspensión de los contratos dentro del proceso de transmisión de la unidad productiva de las empresas concursadas. Por su parte, los artículos 53 y 169 y ss. TRLC también incluyen las suspensiones de los contratos y reducciones de jornada dentro de las competencias del Juez del Concurso (circunstancia reiterada en el artículo 86 *ter* LOPJ). En este sentido, considero que no tiene demasiado sentido que, por ejemplo, una empresa que disponga de once trabajadores y decide reducir la jornada para adecuar la subrogación de los contratos por parte de la empresa adquirente tenga que tramitar un ERE Concursal si se pretende ejecutar por la vía del artículo 41 ET y se tenga que hacer por la senda laboral si se hiciera por la vía del artículo 47 ET. Por este motivo, desde mi punto de vista, una interpretación histórica, lógica y sistemática me lleva a pensar que las suspensiones/reducciones del artículo 47 ET también se deberán de tramitar a través del ERE Concursal, naturalmente, si se superan los umbrales fijados por el artículo 53 TRLC (que son los mismos que los del artículo 41 ET). Con todo, lo bien cierto es que dentro del proceso especial para microempresas lo más normal será que no se superen los umbrales y que este tipo de medidas se tengan que desarrollar de acuerdo con la legislación laboral. Será más probable que el ERE Concursal venga de la mano de la extinción de los contratos, ya que, como he comentado previamente, el artículo 51 ET prevé el carácter colectivo de esta medida cuando la misma afecte a la totalidad de la plantilla cuando el número de empleados sea superior a cinco (esto mismo aparece en el artículo 40 ET para los traslados, es decir, que si afectan a la totalidad de la plantilla la medida es colectiva si hay más de cinco empleados).

Mayor complejidad se desprende sobre la interpretación de la adopción de medidas laborales adoptadas durante el plan de continuación, principalmente, porque el legislador no ha contemplado nada de forma expresa. A mi modo de ver, en este punto podemos acoger dos posibles interpretaciones o tesis:

- La primera de ellas consistiría en colmar esta laguna con una lectura sistemática. Para ello podemos acudir a lo dispuesto por el artículo 689 TRLC,

que establece con carácter general la aplicación supletoria al procedimiento especial para microempresas todo *"lo establecido en los libros primero y segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden este procedimiento"*. Luego, a falta de regulación específica, se podría acudir a la regulación genérica de los artículos 53 y 169 y ss. TRLC (y artículo 86 *ter* LOPJ). Además, como hemos visto con anterioridad, el artículo 707.4 TRLC sí que establece una remisión expresa al libro primero al tratar el asunto de las medidas laborales en la fase de liquidación. Consecuentemente, la tramitación de las medidas laborales durante el plan de continuación podría seguir los postulados ordinarios o tradicionales en esta materia, es decir, que el Juez del Concurso asumirá la competencia cuando se superen los umbrales que denotan la colectividad de estas.

- La segunda de ellas pasaría por entender comprendidas las medidas laborales dentro de la dicción del artículo 697 *ter* TRLC, apartado segundo. El indicado precepto regula el contenido del plan de continuación que, desde luego, puede contener aspectos relacionados con el contrato de trabajo, debiéndose de adoptar las medidas de información y consulta con los trabajadores, de conformidad con la "ley aplicable" (artículo 697.1 10º *ter* TRLC). Pero en lo que aquí más me interesa, el apartado segundo indica textualmente lo siguiente: *"cuando el plan contuviera medidas de reestructuración operativa, éstas deberán llevarse a cabo de acuerdo con las normas que les sean aplicables. Las controversias que se susciten en relación con las mismas se sustanciarán ante la jurisdicción competente"*. Podría llegar a deducirse que dentro del amplísimo concepto *"medidas de reestructuración operativa"* entran las relativas a los ajustes de plantilla (cierre de locales, reducciones de jornada, modificación de horarios, rebaja de salarios, amortización de puesto, etc.). En definitiva, que cualquier medida consistente en una mejor organización de los recursos humanos de la empresa entra dentro de este amplio concepto. Siendo esto así, la norma señala que se deberá de adoptar *"de acuerdo con las normas que les sean aplicables"*, debiendo de considerar que estas son las laborales (principalmente el ET). Por su parte, si esto es así, las controversias que se susciten en relación con estas medidas *"se sustanciarán ante la jurisdicción competente"*, es decir, ante los órganos de la jurisdicción social. En definitiva, expresado de una manera algo más sencilla, que, dentro del plan de continuación incardinado en el proceso especial para microempresas, cualquier medida laboral que se adopte se tendrá que llevar a cabo de acuerdo con la legislación laboral, sin que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia (excepto si se trata de los aspectos relacionados con la sucesión de empresa).

A mi modo de ver, creo que el legislador parte de la premisa de que durante el plan de continuación no se van a superar los umbrales que nos lleven a tener que tramitar un ERE Concursal y, en parte, tendría razón. Durante el plan de continuación la actividad productiva sigue en funcionamiento, lo que no quita para que se puedan adoptar

medidas laborales y ya hemos visto que es posible que una empresa con más de diez empleados siga los trámites de este proceso especial. Con todo, lo más habitual será que las medidas adoptadas no afecten a todos los trabajadores, o bien que las empresas tengan menos de diez trabajadores, siendo que, en estos casos parece claro que la tramitación se guiará por lo dispuesto en el ET (sin que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia). Ahora bien, en los supuestos menos comunes en los que las medidas puedan llegar a ser colectivas es donde nos encontramos el conflicto. Desde mi punto de vista, todo pasa por el valor que queramos otorgarle a la dicción "*medidas de reestructuración operativa*" establecida en el artículo 697.2 *ter* TRLC. En mi opinión, dentro de este concepto sí que debemos de incluir las medidas adoptadas en relación con los contratos de trabajo, por lo que, siendo esto así, parece que contamos con una regla específica que de manera indirecta nos puede llegar a ofrecer una solución jurídica más o menos sensata al problema planteado. Si consideramos que el artículo 697.2 *ter* TRLC resuelve esta cuestión no tendremos que acudir a las reglas supletorias del proceso concursal ordinario. En consecuencia, sea cual sea el número de trabajadores afectados, la tramitación de estas medidas se tendrá que hacer de acuerdo con lo dispuesto en la legislación laboral y su eventual impugnación se tendrá que dirigir a los órganos de la jurisdicción social.

Resta por dilucidar en relación con la adopción de este tipo de medidas si para conseguir su legitimidad es necesario que participe el administrador concursal. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 694.1 TRLC, en principio, el empresario mantendrá sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y "*podrá realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado*". Por lo tanto, si no existe administración concursal, no hará falta nombrarla para colmar la legitimación a la hora de adoptar o negociar medidas laborales. Con todo, durante el plan de continuación es posible que un porcentaje de los acreedores pueda solicitar el nombramiento de un experto en reestructuraciones que pueda intervenir o suspender las facultades de administración y disposición del empresario (artículo 704 TRLC) y durante la fase de liquidación también será posible que se inste el nombramiento de un administrador concursal (artículo 713 TRLC). En caso de producirse los mencionados nombramientos considero que para la validez de la/s medida/s proyectada/s será necesario contar con su aquiescencia o directamente que sean adoptadas por estos expertos independientes y, si se trata de un despido colectivo, estarán llamados a negociar durante las consultas (tanto si se tramita a través del ERE Concursal como, en su caso, por la vía del artículo 51 ET).

Por lo que se refiere al tratamiento de los créditos laborales, debemos de diferenciar el régimen jurídico aplicable en función de si estamos ante un plan de continuación o ante un proceso de liquidación.

En el primero de los casos, es decir, durante el plan de continuación, hay que tener en cuenta que este incidente consiste en un intento de salvaguardar la actividad

empresarial. El plan de continuación podrá ser presentado junto con la solicitud de apertura del procedimiento especial o bien en los diez días hábiles siguientes a la declaración de apertura del concurso. En resumidas cuentas, la continuación consiste en un plan de pagos que puede contener quitas o esperas sobre los créditos y dónde la empresa también tiene que explicar los mecanismos con los que pretende cumplir con la propuesta presentada. En dicho plan de pagos podrán quedar afectados, en principio, cualquier tipo de créditos, salvo, entre otros, *"los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección"* (artículo 698.3 TRLC)<sup>38</sup>. Como se podrá apreciar, el legislador utiliza una terminología amplísima (*"créditos derivados de las relaciones laborales"*) con lo que aquí tenemos que incluir la totalidad de las deudas mantenidas con los trabajadores, sean del tipo que sean, siempre, claro está, que traigan causa en el contrato de trabajo. Esto significa que los créditos laborales no pueden sufrir quitas o esperas y deben de satisfacerse en sus estrictos términos. Ello no es óbice para que los salarios puedan quedar afectados a través de otros mecanismos, de manera directa o indirecta, pero siempre dentro de lo previsto en la legislación laboral. Lo que no se puede hacer durante este proceso de continuación es alterar la deuda preexistente con las personas de plantilla a través del régimen concursal. En sentido contrario, de forma similar a lo que ocurre con los *"planes de reestructuración"* que pueden negociarse en el contexto del derecho *"pre-concursal"*, las deudas mantenidas con el personal de alta dirección sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos aprobado en el seno de un proceso especial para microempresas.

El hecho de que los créditos laborales (a excepción de los del personal laboral de alta dirección) no puedan quedar afectados por el plan de continuación da respuesta a otro interrogante importante que se plantea en esta sede, en concreto, cabe concluir que la ejecución laboral no queda paralizada con la entrada en concurso a través del procedimiento especial que transita por un plan de continuación. En este sentido, el artículo 694.4 TRLC expresa que la apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, pero que esta no alcanzará a las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. En definitiva, cabe concluir que el procedimiento especial para microempresas no paraliza las ejecuciones laborales,

38 La redacción es un poco confusa en el final de la oración, pues textualmente expresa lo siguiente: *"cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de continuación, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada"*. Por este motivo, quizás puedan existir dudas sobre si la calificación de que el crédito no afectado sea la parte privilegiada se refiere a todos los créditos exceptuados del plan (lo que incluiría los laborales) y bien si se refiere sólo a los créditos públicos. El hecho de que todo el elenco de créditos está separado por comas y al llegar al crédito público se utilice la dicción *"ni en el supuesto"*, me lleva a entender que la exigencia de que el crédito sea privilegiado se refiere solo a los créditos públicos, por lo que los demás créditos de la lista no pueden quedar afectados (sin limitaciones, es decir, por toda su cuantía).

por lo que estas podrán seguir su curso (excepto si el crédito discutido es el de una persona con contrato especial de alta dirección, en cuyo caso no se podrán aceptar ejecuciones laborales separadas y las que se encuentren tramitándose se deberán de suspender una vez declarado el concurso).

La posibilidad de ejecutar las sentencias que hayan reconocido la existencia de un crédito laboral es, desde luego, una posible vía para poder cobrar eventuales prestaciones por parte del FOGASA. Efectivamente, dentro del plan de continuación, en principio, no se nombra a ningún administrador concursal que emita un informe y elabore una lista de acreedores, ni que pueda certificar el crédito (siendo estos requisitos necesarios para poder acceder a las prestaciones de FOGASA). Además, el concurso especial de microempresas no ha recogido expresamente la notificación del procedimiento a FOGASA, por lo que si esto no se produce tampoco abonará sus prestaciones. A la postre, en el itinerario de continuación puede que FOGASA no abone sus prestaciones, por lo que el trabajador se vería abocado a buscar la declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, extremo que es perfectamente posible toda vez que la tutela ejecutiva no ha quedado paralizada. Mayor dificultad puede encontrarse el personal de alta dirección, cuya tutela ejecutiva sí que queda en suspenso, por lo que seguramente tenga que esperar y pasar por lo que se acuerde en el plan de continuación.

Por lo que se refiere al crédito público, las deudas mantenidas con la TGSS sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 691 *bis* TRLC, si el deudor no le comunica su situación concursal en el plazo de setenta y dos horas, los créditos de la TGSS ya no podrán sufrir quitas o esperas. Además, en caso de poder aplicarse quitas o esperas, la normativa vigente no permite que se afecte a los porcentajes de las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes y contingencias profesionales correspondientes tanto a la empresa como al trabajador. Por lo demás, si durante el plan de continuación se devengan nuevas obligaciones frente a la Seguridad Social, cualquier empresa que no se encuentre al corriente en el cumplimiento de estas entrará en fase de liquidación (artículo 699 *quater* TRLC).

Si nos situamos en el contexto de un itinerario de liquidación, situación que puede venir como una suerte de sanción a través de varias vías, cabe apuntar que la apertura de esta supone la disolución de la sociedad (artículo 694.3 *ter* TRLC). La apertura de dicho procedimiento especial de liquidación se comunicará a los acreedores y será sometida a publicidad registral (artículo 705.3 TRLC). Según lo dispuesto por el artículo 706.1 TRLC, cualquier acreedor (entre ellos los trabajadores) dispondrán de veinte días hábiles desde la apertura del procedimiento especial de liquidación para formular alegaciones en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o respecto del inventario de la masa activa, que deberán de presentar por medios electrónicos y a través de formulario normalizado. Probablemente, en este proceso los trabajadores tienen que estar más pendientes de la inclusión de su crédito que en el proceso ordinario, porque aquí no hay un administrador concursal que

de oficio tenga que reconocer y calificar los créditos laborales. Por este motivo, la diligencia a la hora de revisar la cuantía y características de los créditos debe de ser algo mayor. Dentro de este mismo plazo cualquier acreedor (en nuestro caso trabajadores) puede solicitar la inclusión de su crédito para el caso en el que no aparezca reflejado en el pasivo publicado o notificado. El artículo 706.4 TRLC prevé la celebración de una vista para determinar la inclusión o no del crédito debatido y la calificación que merezca otorgarle. En este punto cabe entender que la calificación del crédito laboral será la misma que la prevista para el proceso ordinario, por lo que será contra la masa o concursal de acuerdo con las reglas comunes. Respecto de la posibilidad de acudir a FOGASA, nuevamente, resulta necesario que el órgano judicial lo cite, pues en caso contrario puede que no se haga cargo de las prestaciones. En el supuesto en el que se ha solicitado el nombramiento de una administración concursal, el artículo 713.2 TRLC indica que esta *"podrá realizar aquellas funciones que le son expresamente reconocidas en este libro"*, por lo que considero que sí que puede certificar la existencia y cuantía de un crédito laboral (y con este certificado acudir a FOGASA). En caso contrario, si no existe administración concursal nombrada, entiendo que el trabajador podría discutir el crédito a través del incidente concursal y considero que la resolución judicial debe de servir para que FOGASA asuma su responsabilidad (por la vía del artículo 706.4 TRLC).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA CASTILLO, M.<sup>a</sup> T. "Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)", *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET", *IUSLabor*, núm. 2, 2016.
- CÓRDOBA ARDAO, B. "El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003", *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2009.
- GARCÍA MURCIA, J. "Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011", *Derecho de los Negocios*, núm. 256, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J. "Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2014.
- GÓMEZ ASENSIO, C. "Alerta temprana y exoneración de pasivo", *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Ed. Aranzadi, 2021.
- GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social*, Ed. Sepin, 2020 (3<sup>a</sup> Edición).

- IGLESIAS CABERO, M "Relación laboral especial de alta dirección: nulidad de la cláusula contractual que priva de toda indemnización el desistimiento del empresario", *Diario La Ley*, núm. 8385, 2014.
- MERCADER UGUINA, J.R. "Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014.
- PRENDES CARRIL, P. y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. "Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)", *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. "La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2012.
- TALÉNS VISCONTI, E. E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020