

Y TAMBIÉN EN MEDIO DE LA TEMPESTAD...REFORMA CONCURSAL DE 2020 (PROYECCIONES LABORALES)

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Insolvencia, ley concursal, contratos de trabajo, crédito

La Ley Concursal de 2003 incorporó por primera vez las cuestiones laborales dentro del sistema concursal y de insolvencia empresarial, lo que supuso un cambio fundamental de planteamiento en la materia. Tras 16 años de vigencia y 28 reformas, la materia sigue planteando problemas de aplicación y dudas interpretativas.

En este contexto, en 2020 se aprueba un texto refundido, que tiene en principio las limitaciones propias de la legislación delegada, a lo que se añade su carácter efímero, pues de manera inmediata se deberá transponer antes de mediados de 2021 la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019. El texto refundido presenta como virtudes generales su sistemática, orden, claridad y, en particular, para las cuestiones concursales laborales, la coordinación. Se conforma, así, como una buena base para la reforma anunciada que exige la armonización comunitaria. Junto a ello, en el contexto de la crisis sanitaria y económica del Covid-19, se han adoptado modificaciones en materia concursal, de tal modo que durante algún tiempo se aplicarán ambos marcos normativos.

ABSTRACT

Key words: Insolvency, insolvency law, employment contracts, credits

The 2003 Bankruptcy Law incorporated labour issues into the insolvency and business insolvency system for the first time, which was a fundamental change in approach in this area. After 16 years and 28 reforms, the subject continues to raise implementation problems and interpretative doubts.

In this context, a consolidated text, which has in principle the limitations of delegated legislation, is adopted in 2020, to which its short-lived nature is added, since the Restructuring and Insolvency Directive of 2019 must be transposed immediately by mid-2021. The consolidated text presents as general virtues its systematics, order, clarity and, in particular, for labour insolvency issues, coordination. It is thus a good basis for the announced reform required by Community harmonization. In addition, in the context of the Covid-19 health and economic crisis, changes have been made to insolvency matters, so that for some time both policy frameworks will be implemented.

ÍNDICE

1. LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS. EL RD LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
 - 1.1. En el compás de espera de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia
2. CUESTIONES PROCESALES LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020
 - 2.1. Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso: medidas colectivas, sucesión de empresa, medidas cautelares, procedimientos ejecutivos
 - 2.2. Incidente concursal en materia laboral y recursos
3. CUESTIONES SUSTANTIVAS LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020: UNA CUESTIÓN DE ORDEN Y ALGÚN RETOQUE
 - 3.1. Contratos de trabajo y convenios colectivos: Una cuestión de orden y algún retoque
 - 3.2. Transmisión de unidades productivas
 - 3.2. Créditos laborales
4. REGULACIÓN CONCURSAL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA Y ECONÓMICA DEL COVID-19
 - 4.1. Flexibilización en el presupuesto objetivo y en los instrumentos que viabilizan la continuidad de empresas en dificultades
5. OTRAS NORMAS DE CONTENIDO SOCIAL CON PROYECCIÓN EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA: DESPIDOS TRAS ERTE

1. LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS. EL RD LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

La historia de la Ley Concursal, como reza la Exposición de Motivos del Texto refundido (en adelante, TRLC), es una historia de reformas. En muy pocos años, han sido muchas y muy profundas y la lógica aspiración a la estabilidad normativa ante este derecho de nueva planta que entró en vigor en 2004 pronto se desvanecieron, con la continua aprobación de leyes y decretos-leyes. En total, 28 reformas en 16 años (la mayoría de ellas en los últimos diez) para incluir nuevas instituciones y nuevas soluciones, muchas de ellas procedentes de resoluciones de los novedosos juzgados de lo mercantil y también, en el ámbito social, de los Tribunales Superiores de Justicia.

La LC de 2003 supuso una total transformación en la forma tradicional de concebir y tratar la insolvencia y, además, por primera vez en nuestro sistema, un texto normativo ubicaba las cuestiones laborales dentro de la norma concursal. En ella, se recogían fines de conservación en las normas de crisis de empresa a través del convenio concursal, eso sí, de manera subalterna como medio de satisfacción de los acreedores cuando sus intereses pudieran lograrse mejor a través de la continuidad de la explotación. Así, la finalidad de conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado podía cumplirse a través de convenio a cuya propuesta habría que acompañar un plan de viabilidad y tal convenio de continuación podría ser un instrumento para salvar las empresas total o parcialmente viables, siempre que ello redundara en beneficio de los acreedores –y no

del deudor-, de los trabajadores y de otros intereses, como la economía nacional. La tensión dialéctica conservación/liquidación se aprecia en la regulación de los diversos institutos concursales y en muchas de las reformas operadas en la materia (2009, 2011, 2013, 2014, 2015) que ponen de manifiesto la complejidad del modelo y, también, el difícil engarce de las diversas medidas de reestructuración laboral en la empresa en concurso a nivel de procedimiento, sujetos, impugnación judicial, posibilidades de subrogación, créditos. Ante ello, ya se cuestionaba si la mejor satisfacción de los intereses en presencia (acreedores no salariales, deudor, trabajadores, interés público) no podría alcanzarse a través de soluciones que, precisamente, evitaran el concurso, esto es, que actuaran antes de la declaración judicial de insolvencia generalizada. Así, en línea, con experiencias de otros países europeos y Directrices comunitarias¹, empiezan a potenciarse soluciones negociadas con los acreedores y toman forma institutos preconcursales (reformas LC 2013, 2014 y 2015)², tendencia que se mantiene y fortalecerá en los próximos años (*vid. infra*).

La referida acumulación de reformas normativas en la LC afectaba incluso a la lógica interna del sistema y hacía el texto de difícil lectura y comprensión, por ello era necesario refundir, armonizar, clarificar y ordenar las distintas disposiciones en materia concursal. Ello motivó que la DF 8ª la Ley 9/2015³, habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido. Finalizado el plazo establecido para la refundición, se fijaría otro en la Ley 1/2019⁴, (DF 3ª). El 7.5.2020, en un escenario de incertidumbre y recesión económica⁵, se publica el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el TRLC que entrará en vigor el

¹ Recomendación de la Comisión europea 12.3.2014, *Un nuevo enfoque para la insolvencia y el fracaso empresarial*.

² Ley 14/2013, de 23 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, Ley 17/2014 sobre reestructuración y refinanciación de deuda empresarial, RD Ley 1/2015 sobre mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (sobre el tema, *vid.*, Pulgar Ezquerro, J., “El nuevo paradigma del Derecho concursal europeo y su incorporación al derecho español”, en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, ps. 253.268).

³ De 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁴ De 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

⁵ El Banco de España habla ya de una contracción sin precedentes en la historia reciente, que superará con creces la que se produjo en los años de la crisis financiera iniciada en 2008, estimando que el retroceso del PIB en 2020 podría oscilar entre el 6,6 % y el 8,7 %, pudiendo alcanzar 13,6 % de verificarse las peores previsiones. Por su parte, la OCDE sitúa a España a la cabeza en 2020 del desplome económico mundial con una caída del 14,4% tras el Covid-19.

Tal situación tendrá un claro impacto en el volumen de concursos de acreedores, de 10.000 al año, se podría pasar a 100.000.

1.9.2020 y, entre otras normas, derogará la Ley 22/2003 (LC) y algunas –aunque no todas– de sus disposiciones adicionales y finales⁶.

Afirma el Consejo de Estado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de modificar la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear⁷. Ahora bien, se impide al Gobierno utilizar la delegación para innovar o derogar implícitamente la legislación a refundir. En este sentido, el TRLC nace con el aval del órgano consultivo aun cuando en algunos puntos el PTRLC debiera modificarse conforme al Dictamen de la Comisión permanente⁸. Para el Consejo de Estado la refundición proyectada era necesaria, en tiempo oportuno y se ha llevado a cabo con una cuidada técnica normativa en la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección de Derecho Mercantil).

En el TRLC, las bases fundamentales de la LC se mantienen y la norma está mejor estructurada y es más clara. Ahora, 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 anticipar su objeto⁹. En determinados casos, un solo artículo LC ha dado lugar a todo un capítulo, sección, subsección. Así ocurre, precisamente, con el art. 64 LC, sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo que pasa

⁶ Hasta que no se lleve a cabo su desarrollo reglamentario, no entrarán en vigor las modificaciones que el TRLC introduce respecto de los arts. 27 (condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales), 34 (retribución de la administración concursal) y 198 LC (Registro Público Concursal), que permanecerán vigentes en su redacción anterior a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial. De igual modo, los artículos 91 a 93 TRLC, relativos a la cuenta de garantía arancelaria, no entrarán en vigor hasta que se apruebe su desarrollo reglamentario.

⁷ En este sentido, el Consejo de Estado, al informar el vigente texto refundido LGSS, sostuvo que aun obrando dentro de una técnica refundidora de respeto obligado a la delegación, esta ha de ser aplicada con buen sentido lo que impone recoger en el texto refundido lo posterior que modifique la materia objeto de la refundición. No puede decirse que se incurra con tal proceder en exceso “ultra vires”, sino que se muestra acatamiento obligado a lo legislado y al propósito insito en la delegación, aparte de servir a exigencias de seguridad jurídica. (Dictámenes 838/2015 y 1013/2015).

⁸ Dictamen al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, 1.127/2019, 26.3.2020.

⁹ Con ello se responde a las Directrices de técnica normativa, de 28-7.2005 en las que se especificaba que cada artículo tuviera un máximo de cuatro apartados y recogiera un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una misma unidad temática. Con frecuencia, la escisión en varios artículos permite diferenciar supuestos, normas generales y especiales, o reglas correspondientes a momentos procesales distintos (Consejo de Estado, Dictamen al PTRLC, cit., p. 26).

en el TRLC a ocupar toda una subsección con 17 artículos. Los efectos sobre los contratos de alta dirección, integrarán, por su parte, otra subsección específica con 3 artículos (frente al art. 65 LC). Otras veces, a efectos explicativos, la mera remisión se sustituye por una sucinta descripción de la regulación a la que se hace referencia. Como ejemplo, en el incidente concursal en materia laboral (art. 541.1 TRLC), se precisa brevemente el objeto de las acciones frente a la compleja remisión múltiple del art. 195 LC (al art. 64.8 LC y este a apartados anteriores). El resultado son 752 artículos frente a los 242 de la LC. La sistematización y organización de contenidos en el TRLC es totalmente distinta y ello ha llevado a que la DA 3ª TRLC obligue a la publicación, a efectos meramente informativos, de una tabla de correspondencias de preceptos de la LC y del TRLC. La divulgación se hace en la web de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación digital y va a ser clave en la transición al nuevo texto refundido¹⁰.

El TRLC se estructura en tres 3 libros (que no existían en la LC). En el Libro I (arts. 1 a 582) se incluyen las reglas del concurso de acreedores (su declaración y efectos, los órganos del concurso, las masas activa y pasiva, el informe de la administración concursal, las soluciones convencional y liquidatoria, el pago a los acreedores, la calificación). En el Libro II (arts. 583 a 720) bajo la denominación de Derecho preconcursal se recogen las reglas sobre comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores del art. 5 bis LC, los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis y DA 4ª LC) y el acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 a 242 bis LC) añadiéndose al final un título dedicado a las especialidades del concurso consecutivo que se abre tras el fracaso del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. La autonomía en el tratamiento de las instituciones preconcursales evidencia la importancia que se le quiere dar a la fase preconcursal en esta nueva concepción –ya avanzada– del tratamiento de la insolvencia y las situaciones de crisis de empresa. Por último, el Libro III (arts. 721 a 752) incluye las normas de derecho internacional privado que hasta ahora contenía el Título IX LC que se aplican tanto al concurso de acreedores como a las instituciones preconcursales.

Está fuera de toda duda que el TRLC, clarifica y da seguridad jurídica y presenta una buena técnica normativa pero es una norma que se adopta en un momento que parece poco oportuno. De un lado, nace ya modificado por las reformas en materia concursal que se adoptan vía decretos-leyes como consecuencia de la crisis sanitaria y económica del Covid-19 (legislación excepcional, *vid, infra*, 4) y, de otro, presenta una marcada provisionalidad pues, como máximo, el 17 de julio de 2021, habrá de transponerse la Directiva sobre reestructuración

¹⁰Ministerio de Justicia, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital [https://ficheros.mjusticia.gob.es/TabladefinitivaequivalenciasLC-TRLC\(2020.06.04\).pdf](https://ficheros.mjusticia.gob.es/TabladefinitivaequivalenciasLC-TRLC(2020.06.04).pdf)

e insolvencia. Además, el RD Legislativo se aprueba en plena pandemia (principios de mayo 2020) y, aun cuando su entrada en vigor, se demora hasta el 1 de septiembre, el aluvión de concursos que tendrá lugar como consecuencia de la crisis económica subsiguiente, se va a producir en un contexto en el que los operadores jurídicos tendrán que aplicar un renovado (extenso y reformulado) texto normativo. Al previsible colapso judicial provocado por los efectos la pandemia se le suma esta otra dificultad aun cuando también podría considerarse que, precisamente, en este contexto, habrán de tenerse claras las reglas y, a esto, sí contribuye el TRLC.

Pese a todo, el Texto refundido, sistematiza y aclara, lo que es importante, sin embargo, en el actual contexto y cumple bien con la función propia de la legislación delegada y los problemas interpretativos que sigue planteando la norma concursal habrán de ser abordados en esa próxima reforma de fondo, sin perjuicio de que el RD legislativo 1/2020, no se haya resistido a entrar en alguno de ellos. Así, resultarán afectados algunos aspectos de la regulación del concurso en general y, también, de las cuestiones laborales en el mismo como se constata específicamente en este trabajo¹¹.

1.1. En el compás de espera de la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia

El proceso de reforma concursal, por tanto, continua, y en este escenario, el TRLC busca la preparación de la norma para su futura actualización con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1023, 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)¹². Su objetivo es eliminar obstáculos a la libre circulación de capitales, homogeneizando las normativas de los Estados miembros en estas materias y el Texto refundido es la base sobre la que se afrontará la labor de transposición de la Directiva. Es mejor pisar en firme y por eso, el RD Legislativo 1/2020 reordena y clarifica la norma concursal y la prepara para la aquella.

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 visos de viabilidad. Además, incorpora disposiciones tendentes a

¹¹ *Vid., infra*, 2 y 3.

¹² De 20 de junio de 2019. DOUE 26.6.2019.

aproximar las legislaciones nacionales a efectos de que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas transcurrido un período de tiempo razonable para que así puedan acceder a una segunda oportunidad (*fresh start*)¹³. No establece, sin embargo, un modelo concreto de exoneración de deudas sino que deja libertad a los Estados miembros para que escojan el modelo que consideren oportuno, con lo que la armonización en esta materia va a ser débil. Al margen de tal consideración, la norma comunitaria potencia los instrumentos preventivos y actúa en la simplificación del derecho concursal, el aumento de su eficiencia y en la aligeración de costes¹⁴.

La norma comunitaria refleja ya el cambio de paradigma referido en las reglas que disciplinan el derecho de crisis de empresa que no pivota sobre la esencial satisfacción del interés de los acreedores sino que valora también la posición del deudor y la viabilidad del proyecto empresarial, anticipa el tratamiento de la insolvencia y favorece los acuerdos con los acreedores. Ello supone, en definitiva, una apuesta por fórmulas conservativas que podrán concretarse en la continuación total o parcial de la actividad de la empresa y de los contratos de trabajo¹⁵, aun cuando fuera necesario adoptar medidas de reestructuración laboral (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados, reducciones de jornada, suspensiones, despidos). Ahora bien, en nuestro derecho interno, si nos situamos en un momento preconcursal y sin declaración judicial de concurso, el régimen a aplicar a aquellas medidas laborales será, en todo caso, el común del ET y no el recogido hoy en el TRLC.

La Directiva 2019/1023 pivota en torno a los mecanismos de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y los planes de reestructuración.

En relación a los mecanismos de alerta temprana que se habiliten, podrán implicar a terceros que tengan acceso a información pertinente sobre el deudor (contables, administraciones públicas -Agencia tributaria, TGSS-) y le adviertan sobre su evolución negativa (art. 3.2.c Directiva 2019/1023). Del mismo modo, se admite la implicación de los trabajadores a los efectos de detección temprana de las dificultades financieras (arts. 3.3 y 3.4 Directiva). Ahora bien, la detección

¹³ Arts. 20-24 Directiva 2019/1023.

En nuestro derecho, el nuevo TRLC incluye el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en los arts. 486 y ss. (antes art. 178 LC) limitado al deudor persona natural de buena fe.

¹⁴ Como expresa el Considerando 22 de la Directiva 2019/1023, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.

¹⁵ Sobre tales planteamientos, *vid.*, Alameda Castillo, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Ed. CES, Madrid, 2001.

temprana de estas, no obstante, no se instituye en un fin en sí mismo. Tiene, en realidad, carácter instrumental constituyéndose en presupuesto del régimen de negociación de la reestructuración de la deuda en el ámbito de los correspondientes marcos de reestructuración preventiva que han de habilitar los Estados miembros. Se prevé que tanto al deudor como sus acreedores y representantes de los trabajadores estén habilitados para solicitar el acceso a los marcos de reestructuración, siendo la regla general (que incorpora excepciones), el consentimiento del deudor. Como el objetivo es actuar rápido ante la insolvencia inminente, tratando de garantizar la viabilidad del proyecto empresarial o profesional del deudor, los Estados miembros podrán introducir una prueba de viabilidad, para excluir de una reestructuración a deudores no viables. Así, junto a las dificultades financieras del deudor indiciarias de la inminencia de su insolvencia, el plan de reestructuración ha de poder permitir su viabilidad empresarial (art. 4.3 Directiva 2019/1023)¹⁶.

El plan de reestructuración habrá de tener un contenido mínimo: identidad del deudor, sus activos y pasivos, incluida una valoración de los mismos y la situación económica tanto de aquel como de los trabajadores, partes afectadas por el plan, condiciones y exposición de motivos sobre las razones por las que el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable para evitar la insolvencia¹⁷. En su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías y, también en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se proponen que no lo estén.

En relación a las referidas condiciones del plan de reestructuración, habrán de incluirse, cualquier medida de reestructuración propuesta y su duración, las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los

¹⁶ *Vid.*, Moralejo Menéndez, I., “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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 7, diciembre 2019, p. 293.

¹⁷ En relación a la exposición de motivos, los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado (art. 8.1 Directiva 2019/1023). Además, velarán porque las autoridades judiciales o administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración cuando dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa (art. 10.3 Directiva 2019/1023).

trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional y, en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares. Además, los flujos financieros estimados del deudor y toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración.

Recordará además, el Considerando 62 Directiva 2019/1023, que cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa o negocio, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en particular, el derecho a un salario, deben protegerse de conformidad con los arts. 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia (art. 5 de dicha Directiva).

Para facilitar la negociación de los planes de reestructuración preventiva, la Directiva 2019/1023 incorpora dos mecanismos, de un lado, la suspensión de las ejecuciones singulares de créditos y, de otra, la conservación de las facultades de gestión del deudor. Como expresa el Considerando 30, para evitar costes innecesarios y como reflejo del carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a su solicitud, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y gestión cotidiana de la actividad empresarial. Junto a ello, en relación a las ejecuciones singulares y para evitar que puedan afectar a activos necesarios para la conservación de la empresa del deudor, se establece su suspensión durante la negociación (de duración inicial no superior 4 meses). Para comprobar la concurrencia de presupuestos que justifiquen esta suspensión de las ejecuciones singulares, se prevé que su eficacia se supervise ya sea por la autoridad judicial o por la autoridad administrativa. En la concreción de las categorías de créditos cuya ejecución es susceptible de ser suspendida en virtud de un plan de reestructuración temprana, la Directiva 2019/1023, reconoce la posibilidad de que la suspensión pueda llegar a afectar a todas las categorías de créditos, también a los garantizados y créditos preferentes (art. 6.2)¹⁸.

Se excepcionan, sin embargo, los créditos que titulen los trabajadores, en relación a estos, establece la Directiva que los Estados miembros deben estar obligados a eximir los créditos impagados de los trabajadores de cualquier suspensión de ejecuciones singulares con independencia de si estos créditos tienen su origen

¹⁸ En todo caso, debe prevalecer la subordinación finalista de las decisiones en materia de suspensión de ejecuciones al objetivo de prevención de la insolvencia del deudor. Se prevé, por lo tanto, que los Estados miembros pueden excluir determinados créditos que se hubieran autorizado (art. 6.4 Directiva 2019/1023) y, también, que las suspensiones autorizadas puedan levantarse cuando no contribuyan a la prevención de la insolvencia del deudor o cuando uno o varios acreedores o varias categorías de acreedores puedan verse injustificadamente perjudicados (art. 6.9 Directiva 2019/1023).

con anterioridad o posterioridad a la concesión de la suspensión. La suspensión de la ejecución de los créditos impagados de los trabajadores solo debe permitirse en las cantidades y durante el período en que el pago de dichos créditos esté eficazmente garantizado a un nivel similar por otros medios con arreglo al Derecho nacional. Ahora bien, cuando el Derecho nacional establezca limitaciones a la responsabilidad de las instituciones de garantía, ya sea en términos de duración de la garantía o del importe abonado a los trabajadores, estos deben poder hacer valer sus créditos adeudados frente al empresario, incluso durante el plazo de suspensión. En esta materia, como puede apreciarse, la norma española habrá de ser objeto de reajuste¹⁹.

Determinados planes de reestructuración exigen confirmación por la correspondiente autoridad judicial o administrativa. Tal es el caso de los planes que tengan eficacia exorbitante por incidir en los intereses de partes afectadas disidentes, de los planes que incorporen nueva financiación o impliquen la pérdida de más del 25% del personal (despidos) si la normativa así lo admitiese (art. 10.1 Directiva 2019/1023). Además, sin despojar a los deudores, los Estados miembros podrán establecer el nombramiento de administradores concursales en las reestructuraciones. Se establecen tres requisitos para ello: que se acuerde la suspensión general de ejecuciones singulares, confirmación del plan de reestructuración por una autoridad, que el deudor o los acreedores lo soliciten.

En relación al interés social en estas situaciones de crisis de empresa (y, sin perjuicio de las referencias ya indicadas), la Directiva declara de forma expresa que a lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral (Considerando 60) y recoge disposiciones específicas (art. 13). Así, los Estados miembros deberán garantizar que no se vean afectados por el marco de reestructuración preventiva los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, tales como: a) el derecho de negociación colectiva y de acción sindical, y b) el derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE (información y consulta) y 2009/38/CE (comité de empresa europeo), y c) los derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (transmisión de empresas) y 2008/94/CE (insolvencia del empresario). En particular, en relación a la información y consulta:

- Información a los representantes de los trabajadores sobre la evolución reciente y probable de la empresa o la creación de actividades y la situación económica, que les permita comunicar al deudor la preocupación por la situación

¹⁹ Sobre el régimen vigente en materia de ejecuciones laborales en el concurso, *vid. infra*, 2.1.

de la empresa y la necesidad de estudiar mecanismos de reestructuración. En esta línea, el Considerando 23 Directiva 2019/1023 indica que Estados miembros deben velar porque se permita a los representantes de los trabajadores acceder a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana –como ya avanzamos- y también deben tener la posibilidad de prestar asistencia a los representantes de los trabajadores a la hora de evaluar la situación económica del deudor.

- Información a los representantes de los trabajadores sobre cualquier procedimiento de reestructuración preventiva que pueda repercutir tanto en el empleo, como en la capacidad de los trabajadores de cobrar sus salarios y cualquier pago futuro.

- Información y consulta a los representantes de los trabajadores sobre planes de reestructuración, a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades, antes de que se presenten para su adopción de conformidad con el art. 9, o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el art. 10.

Junto a ello, el nº 2 del art. 13 establece que cuando el plan de reestructuración incluya medidas que conduzcan a modificar la organización del trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores, tales medidas serán aprobadas por estos, cuando la normativa nacional o los convenios colectivos prevean tal aprobación en esos casos. Esta última previsión permitirá que la transposición de la Directiva no exija alterar el marco normativo vigente que, en determinados supuestos (colectivos), incluye intervención de los representantes de los trabajadores en las medidas de reestructuración laboral en situaciones de crisis de empresa pero no aprobación individual.

De forma alternativa, los Estados miembros deben poder excluir los créditos de los trabajadores del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva y disponer su protección con arreglo a la normativa nacional. Por su parte, los trabajadores cuyos créditos se vean afectados por un plan de reestructuración deben tener derecho de voto en relación con dicho plan. A efectos de la votación en relación con un plan de reestructuración, los Estados miembros -en línea con lo ya indicado- deben poder decidir clasificar a los trabajadores en una categoría separada de otras categorías de acreedores²⁰.

²⁰El art. 9 Directiva 2019/1023, recoge las reglas sobre la adopción del plan de reestructuración y establece que los Estados miembros velarán porque las partes afectadas tengan derecho de voto sobre el mismo. En sentido contrario, las partes no afectadas por el plan de reestructuración no tendrán derecho de voto.

Dejamos ya a un lado, las disposiciones de la norma de armonización para centrarnos en las cuestiones laborales en el concurso afectadas por el RD Legislativo 1/2020 y por la normativa excepcional adoptada en el contexto de la pandemia del Covid-19.

2. CUESTIONES PROCESALES LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020

2.1. Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso: medidas colectivas, sucesión de empresa, medidas cautelares, procedimientos ejecutivos

El art. 53 TRLC, bajo la rúbrica *Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral* establece (nº 1) que la jurisdicción del juez del concurso en materia laboral es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto 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 legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. En su nº 2 aclara que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Varias cuestiones a considerar, de un lado, se dedica un precepto separado a las cuestiones laborales objeto de conocimiento por el juez del concurso (antes art. 8.2º LC) y de otro, se aclara cuáles son las medidas contractuales colectivas afectadas (suspensión y reducción de jornada, traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo y despidos). Además, se elimina aquí la referencia a la modificación sustancial de condiciones establecidas en convenio colectivo pero se mantiene en el lugar correspondiente (art. 189 TRLC). Es importante resaltar que el nuevo precepto incorpora claridad y orden²¹ y despeja dudas en relación

²¹ El precedente, (art. 8.2.º LC) presentaba peor redacción al aludir a las acciones sociales que tuvieran por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que fuera empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supusiera modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requeriría el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Añadía, además, que en el enjuiciamiento de estas materias y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberían tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral y que por

a las suspensiones y reducciones de jornada que, pese a tenor literal del art. 8.2º LC, venían siendo conocidas por el juez del concurso en todo caso, fueran individuales, plurales o colectivas.

La cuestión había generado dudas y diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales²² que parecían haberse disipado con la nueva redacción dada por la Ley 9/2015 al art. 64.1.1 LC. Allí quedaba claro que los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarían ante el juez del concurso por las reglas establecidas en aquel precepto²³. Por tanto, la competencia del juez del concurso en materia de suspensión de contratos y de reducción de la jornada, se extendía a las medidas a adoptar, cualquiera que fuera la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados. Ello suponía unidad de criterio del régimen concursal y del régimen común para situaciones no concursales (art. 47.1 párr. 4º ET). Ahora, esta unidad se rompe, manteniendo la LC un criterio propio que extiende la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso solo a las suspensiones y reducciones de jornada colectivas. Así, las individuales y las plurales, aun adoptadas tras la declaración del concurso seguirán el régimen laboral (art. 47 ET) y no el procedimiento de los arts. 169 y ss. TRLC.

De igual modo, conforme al art. 8.2º LC (hoy, art. 53 TRLC) venía siendo claro que las demandas en ejercicio de otras acciones sociales distintas a las allí previstas deberían presentarse ante el juez o tribunal del orden social correspondiente aun tratándose de cuestiones conectadas con el concurso. Aun siendo este el criterio, ahora, los arts. 221.2 y 224.1.3ª TRLC establecen la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y para

suspensión colectiva se entenderían las medidas previstas en el art. 47 ET, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

²² *Vid.*, Alameda Castillo, M.T., “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, REDT, nº 149, 2011, ps. 110-111.

²³ De igual modo, conocerá el juez del concurso (incidente concursal laboral) de la impugnación individual del trabajador efectuada tras la extinción colectiva acordada en el proceso concursal (STS 8.3.2018 [RJ 2018/1472], indemnización). Ahora bien, no le corresponderá conocer de las acciones sociales del art. 8.2ª cuando estas se hubieren ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso de la empleadora siendo irrelevante, en orden a la atribución competencial, que la demanda (individual) solicitando la condena de la empleadora se interpusiera con posterioridad a que la empresa fuera declarada en concurso y ello sin perjuicio del preceptivo emplazamiento de la administración concursal si las acciones que se ejercitaran pudieran tener transcendencia para el patrimonio del deudor –actuación como parte en defensa de la masa- (STS 18.10.2016 [RJ 2016/5599]).

determinar los efectos de esta sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva.

La singularidad de la sucesión de empresa *intra* concurso, no es una novedad y buena prueba de ello es que el propio ET, en su art. 57 bis dispone que en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC. Pese a no existir indicación alguna en los preceptos que recogen las reglas de competencia generales del juez del concurso (arts. 44, 52 y 53 TRLC [previo, art. 8 LC]), ya se ha apuntado (CGPJ) la razón de la regla jurídica que contiene el art. 221.2 TRLC y la función a la que responde, que se enmarca en el conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y enajenación de los elementos que componen la masa activa del concurso y a la determinación de las condiciones de realización de dichos elementos en interés del concurso, teniendo en cuenta, por lo demás, la incidencia de la decisión que se adopte en los créditos, ya concursales, ya contra la masa. Así, correspondería al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas y, de ese modo concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión, integración que resulta coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en materia de transmisión de unidades productivas empresariales²⁴.

No obstante, esta competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresas (art. 221.2 TRLC), a la que precede la concepción laboral de la misma (“*en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa*” [previo, art. 149.4 LC])²⁵, por mucho que resulte coherente y redunde, posiblemente, en eficacia procedimental evitando el peregrinaje de jurisdicciones, parece traspasar los límites constitucionales y requeriría modificación legislativa²⁶. No obstante, la opinión mayoritaria es la otra, amparada en la cláusula residual de competencia contenida en el art. 86 ter LOPJ²⁷ en base a la cual también

²⁴ Para el CGPJ, el texto refundido opera una adecuada «*función armonizadora ínsita en la labor de refundición*» (Informe sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, 26.9.2019).

²⁵ *Vid., infra*, 3.2.

²⁶ En esta línea, Martínez Moya, que no considera adecuada la habilitación normativa seguida y muy discutible que la aclaración postulada en el Proyecto tenga cabida en los límites constitucionales de la delegación y no incurra en *ultra vires*, por razonables que puedan ser los argumentos vertidos (Voto Particular concurrente que formula el vocal Juan Martínez Moya al Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en sesión celebrada el 26 de septiembre con relación al Punto I-23º que aprueba el Informe al Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, ps. 4-5).

²⁷ «*Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal,*

entiende el Consejo de Estado que la previsión del 221.2 TRLC resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa.

En cualquier caso, la ley se pronuncia ahora de forma clara sobre una cuestión en absoluto pacífica que llevaría a la Sala especial de Conflictos del TS a concluir, sin embargo (y apartándose, por tanto, de lo que dispone ahora el TRLC), que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso. En estos casos, la acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada, como deudora y los acreedores²⁸. En la jurisdicción social la línea interpretativa también era esa, tanto del TS²⁹ como de TSJ, llegando a afirmarse que la competencia única de la jurisdicción social para declarar la existencia de sucesión de empresa en el contexto de la liquidación concursal, era ya algo indiscutible³⁰. En esta línea, el STSJ Castilla y León 29.10.2014 afirmaría que sean cuales fueran las circunstancias en las que se hubiera desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de esta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial es competencia de la jurisdicción social³¹. La competencia para resolver esa cuestión es de la jurisdicción social, porque la resolución implica a quien no fue parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa³².

Con carácter general, la enajenación de unidades productivas se llevará a cabo (modo ordinario, art. 215 TRLC), en cualquier fase del concurso, en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro

en los términos previstos en su ley reguladora (...). El todo caso la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en...».

²⁸ ATS 6.7.2011 (Conflicto 23/2011), 9.12.2015 (Conflicto 25/2015) y 9.3.2016 (Conflicto 1/2016).

²⁹ STS 29.10.2014 (R° 1573/2013) 18.5, 5.7.2017 y 11.1.2018 (R° 1645/2015, R° 563/2016 y R° 3290/2015, respectivamente)

³⁰ STSJ Castilla-La Mancha 31.1.2019 (AS 2019/1306).

³¹ R° 1573/2013.

³² STSJ Castilla y León (Burgos) 11.1.2018. En estos casos, el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de despido (objetivo) comienza desde la fecha de conocimiento del verdadero empresario.

Previamente, STS 11.1, 18.5 y 5.7.2017 (R° 1689/2015, R° 1645/2015 y R° 563/2015, respectivamente).

modo de realización de entre los previstos en esta ley. Ahora, los arts. 215-225 TRLC aportan sistemática y claridad expositiva en la materia y el art. 220 TRLC, bajo la rúbrica *Audiencia de los representantes de los trabajadores* recoge que las resoluciones que adopte el juez 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. Además, en el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo³³.

Por otro lado, conforme al art. 54 TRLC, la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso también se extiende a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, así como de cualquiera de las adoptadas por los árbitros en el procedimiento arbitral³⁴. En el nº 2 se precisa que si el juez del concurso considerase que las medidas adoptadas por otros tribunales o autoridades administrativas pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, acordará la suspensión de las mismas, cualquiera que sea el órgano que las hubiera decretado, y podrá requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el requerido no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda. Nos encontramos ante una atribución competencial importante que, sin embargo, como ya se ha señalado a nivel doctrinal, queda sumamente desdibujada, pues su inciso final, al obligar al juez del concurso a plantear conflicto de jurisdicción o de competencia, ante la no atención inmediata al requerimiento, nos sitúa ante el mismo escenario anterior al TRLC³⁵.

En otro orden de cuestiones, los efectos de la declaración de concurso en los procedimientos ejecutivos se recogen ahora en los arts. 142 a 151 TRLC (reglas generales y especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados). Parte el art. 142 de la regla general de la prohibición de inicio

³³ *Vid., infra*, 3.2.

³⁴ Sobre la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en la adopción y alzamiento de medidas cautelares, ASTS Sala especial de Conflictos 19.2 y 11.10.2019 (RJ 2020/408 y RJ 2020/228).

³⁵ Prendes Carril, P., “Novedades del Texto refundido de la Ley Concursal”, Aranzadi Digital 1/2020, BIB 2020/12108, p. 4.

de ejecuciones singulares -judiciales o extrajudiciales-, así como de apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa. Si los procedimientos de ejecución se hallaran en tramitación a la fecha de la declaración de concurso será procedente su suspensión, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 143.1). El TRLC recupera, además, dotando de seguridad jurídica a la materia, la sanción de nulidad de las actuaciones de ejecución que se hubieran realizado desde la declaración de concurso (previsión que aparecía en la LC 2003 y que fue suprimida por la Ley 38/2011³⁶).

Ahora bien, el art. 144 TRLC (*Excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución*).faculta a los acreedores públicos y laborales para proseguir las actuaciones y procedimientos de ejecución cuando concurren los presupuestos que ahora se enuncian en el art. 144 TRCL (art. 55.1 parr. 2º LC). Este art. aclara cuáles son las condiciones para el privilegio de ejecución separada de acreedores públicos y laborales: en todo caso, para que puedan reanudarse estas actuaciones y procedimientos de ejecución deberá aportarse a las actuaciones un testimonio de la resolución del juez del concurso que se pronuncie sobre el carácter no necesario del bien o derecho, lo que implica que tanto las ejecuciones laborales como los procedimientos administrativos de apremio habrán de suspenderse tras la declaración de concurso del deudor y sólo podrán proseguirse, reactivarse, una vez que se haya obtenido una resolución que califique el bien o derecho como no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Se incorpora así en la norma el criterio de la Sala especial de Conflictos³⁷ en virtud de la cual corresponde al juez del concurso declarar el carácter no necesario de un bien o derecho para poder continuar las ejecuciones laborales en las que el embargo fuese anterior a la declaración de concurso y las ejecuciones administrativas cuya diligencia de embargo fuera también anterior a la declaración de concurso³⁸.

2.2. Incidente concursal en materia laboral y recursos

En el TRLC el incidente concursal en materia laboral se recoge en el art. 541, más didáctico que su precedente (art. 195 LC). Frente a la mera remisión

³⁶ De 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal.

³⁷ ASTS 26.6.2014 y (1ª) 30.5.2018 y 13.2.2019.

³⁸ En esta línea, la Sala especial de Conflictos en resolución 22.12.2006, (RJ 2007/8690) mantendría, que las facultades de autotutela reconocidas a los acreedores públicos precisaban que, una vez declarado el concurso, la Administración Pública se dirigiese al órgano jurisdiccional (juzgado de lo mercantil) a fin de que este pudiera decidir si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretendía hacer efectivo el apremio eran o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Sobre las dos excepciones SSTs (1ª) 30.5.2018 (RJ 2014/2018) y 13.2.2019 (RJ 388/2019).

que hacía el precepto de 2003, el nuevo, explica que se dilucidarán por el trámite del incidente concursal en materia laboral las acciones que los trabajadores o el FOGASA ejerciten contra el auto que decida sobre cuestiones laborales de carácter colectivo (modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)³⁹, 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 sus contratos⁴⁰. Precisa, además, el nº 2 que los trabajadores deberán presentar la demanda, conforme a lo establecido en la legislación procesal civil en el plazo de un mes desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial, el FOGASA desde que se le notifique la resolución y el personal de alta dirección deberá presentar la demanda en el mismo plazo desde que la administración concursal le notifique la decisión adoptada⁴¹.

Por su parte, y finalizando ya las cuestiones procesales, en relación a los *recursos en materia laboral*, las previsiones en la materia que contenía el art. 64.8 LC (regulación judicial de empleo) se llevan ahora al art. 551 TRLC. Establece este precepto (nº 1), con mejor sistemática, que contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo y contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden

³⁹ Así, por ejemplo, se impugna vía incidente concursal en materia laboral, la inclusión en la lista de afectados por la regulación judicial de empleo concursal alegando razones discriminatorias (SSJM Bilbao, 30.4.2019 (SS. nº 193 y nº 195/2019).

⁴⁰ Tras la entrada en vigor de la LC en 2004 se planteó si el personal de alta dirección habría de impugnar por la vía del incidente concursal común o del incidente concursal laboral pues la norma entonces no lo precisaba. Desde el principio, se mantuvo que el cauce natural e idóneo habría de ser el incidente concursal laboral (Mercader Uguina, J.R., Alameda Castillo, M.T., “Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección”, en AA.VV., [dir, Rojo, A y Beltrán, E.], *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, Vol. 2, p. 3188).

⁴¹ Dados los estrictos términos en los que está planteado el incidente concursal en materia laboral en la ley, la Sala especial de Conflictos precisaría (ASTS 6.7.2011 [Conflictos 23/2010 y 19/2011]) que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales y subjetivos, el (objeto) contemplado en el 64.10 LC (también, previamente, ASTS 21.6 y 30.11.2007 [Conflictos 11/2007 y 3/2007, respectivamente]).

social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas. Además, en el nº 2 se atribuye legitimación para recurrir en suplicación, además de a la administración concursal, concursado, trabajadores a través de sus representantes y al FOGASA, en caso de declaración de existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren. Precisión esta que no se recogía hasta ahora en la norma y que conecta con la posibilidad de que la administración concursal o los representantes de los trabajadores puedan solicitar del juez la participación en el período de consultas de otras personas naturales o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada (art. 174. 2).

3. CUESTIONES SUSTANTIVAS LABORALES AFECTADAS POR EL RD LEGISLATIVO 1/2020

3.1. Contratos de trabajo y convenios colectivos: una cuestión de orden y algún retoque

En el TRLC, los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos se llevan a una sección específica (4ª) comprensiva de los arts. 169 a 189 TRLC. Los arts. 64 a 66 LC se dividen ahora en 21 artículos encabezados por rúbricas que indican su contenido, lo que redundará en una mejor sistemática y, además, se gana en coherencia interna al coordinarse con otras referencias concursales laborales sustantivas del Texto refundido, con los preceptos procesales que expusimos *supra* (arts. 53 y 54 TRLC) y con la normativa laboral extraconcursal. Es importante destacar esta labor de orden y coordinación que lleva a cabo el RD Legislativo 1/2020 pues el Derecho concursal laboral ha venido sufriendo importantes desajustes con las sucesivas reformas de la legislación concursal y de la legislación laboral con impacto en aquella.

Como es conocido, la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor y, además, no es causa de resolución de los contratos, teniéndose por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (*Principio general de vigencia de los contratos*, art. 156 TRLC). Pese a ello (conforme al art. 114 TRLC, antes art. 44 LC mejorando la redacción y la coordinación referida) el juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta. Si estas

medidas supusieran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, siempre que tengan carácter colectivo, la administración concursal deberá solicitar al juez del concurso la adopción de la decisión, que se tramitará conforme a lo establecido en los arts. 169 y ss. TRLC.

Estos artículos recogen el procedimiento de adopción de medidas contractuales laborales tras la declaración de concurso que se aplicará tanto en los supuestos referidos de cierre de la empresa y cese como en los de continuación de la actividad productiva. Todas las referencias al secretario judicial que contenía el art. 64 LC ha sido sustituidas oportunamente por el Letrado de la Administración de Justicia⁴². Las medidas que se concreten en 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, se tramitarán por las reglas de los art. 169 y ss. cuando (en todos los casos) tengan carácter colectivo. Lógicamente, en todo lo no previsto en esta Sección 4ª se aplicará la legislación laboral y los representantes de los trabajadores tendrán cuantas facultades les atribuya la misma. Incorpora ahora el art. 170 TRLC el régimen de las medidas colectivas en tramitación, de forma mucha más clara a como lo hacía el art. 64.1 párrs. segundo y tercero LC⁴³ que quedó, además, desfasado tras la aprobación de la reforma del mercado de trabajo de 2012⁴⁴. Al

⁴² A partir del 1 de octubre de 2015, los antiguos secretarios judiciales pasan a denominarse Letrados de la Administración de Justicia (LO 7/2015, de 21 de julio que modifica la LOPJ).

⁴³ Ordena ahora el precepto las reglas de la forma siguiente: 1. Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario hubiera iniciado los trámites para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, el concursado lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez del concurso. En el caso de que aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, dentro de los tres días siguientes al de la comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia a los legitimados previstos en el artículo siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en esta Subsección. Las actuaciones practicadas hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado. 2. Si a la fecha de la declaración del concurso ya se hubiera alcanzado un acuerdo o se hubiera notificado a la decisión adoptada con relación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al traslado, al despido, a la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. 3. Si al tiempo de la declaración de concurso, el acuerdo o la decisión empresarial hubieran sido impugnados ante la jurisdicción social, el procedimiento continuará ante los órganos de esta jurisdicción hasta la firmeza de la correspondiente resolución. 4. En los casos a que se refiere este artículo, la declaración de concurso habrá de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

⁴⁴ RD Ley 3/2012, de 10 de febrero y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

margen del procedimiento de regulación judicial de empleo de TRLC quedarán, por tanto, otras medidas contractuales laborales que no sean las referidas en el art. 169 y también aquellas que, aun siendo, no tengan carácter colectivo (individual, plural)⁴⁵. En estos casos, aun en concurso, se aplicará el régimen común del ET⁴⁶ y ello sin perjuicio de la ejecución en los términos ya vistos⁴⁷.

Centrándonos ya en el procedimiento del TRLC, la legitimación activa corresponde, como en la LC -tras la modificación operada por la Ley 38/2011-, al empleador concursado, a la administración concursal o a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales que serán los sujetos indicados en el art. 41 ET (precisando ahora la norma que será el Texto refundido aprobado por RD Legislativo 2/2015). Se mantiene, además, intacta la previsión relativa a que transcurridos los plazos allí indicados sin que los trabajadores hubieran designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca (art. 171.2 TRLC).

En relación a la presentación de la solicitud el art. 172 TRLC se mantiene en términos idénticos al art. 64.3 LC. Así, la adopción de las medidas solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez presentado el informe de la administración concursal, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la solicitud al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso. En cuanto al contenido de la solicitud, el art. 173 TRLC establece que en ella se deberán exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. Con buen criterio, se ha eliminado la anterior referencia al objetivo de asegurar «en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo». Ahora, se indican, de forma más general, causas motivadoras de las medidas y objetivos que se proponen alcanzar lo cual nos conduce a una razón económica (dificultades económicas de la empresa constatadas por la declaración de concurso y, sin perjuicio de que pudieran confluir

⁴⁵ Así, por ejemplo, en el AJM Cádiz 25.5.2012 (AC 2012/2304) se declararía la falta de competencia del juez del concurso en un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afectaba solo a 5 trabajadores.

⁴⁶ Como recuerda la STSJ Asturias 14.12.2012 (AS 2013/64) el legislador del concurso no quiso atribuir al juez mercantil competencia para el conocimiento de cuantas acciones sociales o laborales pudieran comportar material repercusión sobre el patrimonio del deudor o concursado.

⁴⁷ *Supra*, 2.1.

técnicas, organizativas o de producción) que legitimaría la adopción de medidas contractuales diversas y a dos posibles objetivos –aunque ya no se recojan expresamente en el TRLC–, viabilidad de la empresa y del empleo o, por el contrario, la extinción colectiva conectada con el cierre de la empresa y el cese de la actividad empresarial ante su inviabilidad económica y, también, el perjuicio para los acreedores que supondría seguir generando créditos contra la masa⁴⁸. Al igual que en situaciones no concursales, en la revisión judicial de las medidas contractuales conectadas a dificultades económicas (y aun cuando la referencia legal expresa fuera eliminada), sigue presente el criterio de razonabilidad y la conexión de funcionalidad/instrumentalidad y, en sede concursal tales criterios significan que lo razonable es, en base a algo: mantenimiento de empresa y empleo en condiciones de viabilidad, en el primer caso⁴⁹, y cese de actividad y desaparición de la actividad productiva, en el segundo⁵⁰.

Así, la revisión judicial buscará un control de la concurrencia de las causas y del alcance de las facultades de la decisión concretadas en medidas contractuales, pretendiendo una exigencia de razonabilidad o función de conexión. Esto es, comprobación de si las medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, donde el despido debe ser una medida idónea en términos de eficacia de la organización productiva y no de incremento del beneficio empresarial⁵¹.

Una precisión adicional, en el concurso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas, se identifican con dificultades, situaciones económicas negativas, en todos los casos (sean modificaciones, traslados, reducciones de jornada, suspensiones o despidos). La lógica del concurso se proyecta sobre la causa y nos sitúa en supuestos en los que la viabilidad futura de la empresa y el empleo están realmente amenazados quizás por ello en la norma concursal se

⁴⁸ En este sentido, STSJ Galicia 29.7.2014 (R° 2087/2014) y AJM Barcelona 30.7.2012 (Proc. 411/2012).

⁴⁹ STSJ Aragón, 15.5.2013 (R° 123/2013), STSJ Comunidad Valenciana 14.10.2014 (R° 1991/201, modificación sustancial de condiciones de trabajo en concurso).

En esta línea también, en el AJM Granada 13.1.2014 (AC 2014/4) la causa sería la situación de descenso de la cifra de negocios, manteniendo la misma estructura de costes y la necesidad de redimensionar la plantilla a la dicha situación económica. Se concreta en reducciones de cuantías salariales por encima del convenio de aplicación individual o colectiva como modificación sustancial del contrato de trabajo.

⁵⁰ Sobre esta construcción, tras las reformas en la LC 2011-2015, Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso tras 10 años de vigencia de la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, n° 37, 2016, p. 129. En línea similar, Desdentado Bonete, A., “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro Despido colectivo y concurso de acreedores de José María Ríos Mestre”, Justicia Laboral, n° 52, 2012, p. 2.

⁵¹ STSJ País Vasco 23.6.2015 (AS 2015/1845) (despido colectivo en empresa en concurso).

unifique la causa (a diferencia de lo que ocurre en el régimen laboral común del ET donde se incluyen diferencias causales en los arts. 40-41, 47 y 51 ET). Pese a ello, el escalonamiento de las medidas sigue presente y serán prioritarios –de ser posibles- instrumentos de reordenación de plantillas menos traumático (modificaciones, suspensiones) que la extinción de los contratos de trabajo⁵². Así, por ejemplo, se considera que la suspensión ha de obedecer a la necesidad de superar una situación económica negativa y a favorecer la viabilidad empresarial respondiendo a circunstancias coyunturales que pueden ser salvadas sin necesidad de acudir a las extinciones⁵³.

Se lleva también al art. 173 (nº 2), la previsión que antes contenía el art. 64.5 párr. 4 LC en relación a que si la medida afectase a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Sorprende que tal previsión se siga manteniendo porque su referente laboral (art. 51.4 ET) fue eliminado y, únicamente, el art. 8 RD 1483/2012⁵⁴, incluye, a título ejemplificativo y no obligatorio una serie de medidas que podrán dar contenido al periodo de consultas pero que no se perfilan como contenido mínimo del plan⁵⁵. En cualquier caso, aquellas medidas tendrán sentido, en supuestos en los que quepa mantener la viabilidad de la empresa y del empleo, no así cuando se haya decretado el cierre de la empresa y cese de la actividad productiva (art. 114 TRLC).

El TRLC recogerá ahora en los arts. 174 a 179 el contenido de los apartados 4, 5 y 6 del art. 64 LC que incluye: el periodo de consultas (no superior a 30 o a 15 días naturales –empresas de menos de 50 trabajadores-)⁵⁶, el deber

⁵² Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, p. 126.

⁵³ AJM Santander 31.1.2007. En AJM Granada 13.1.2014 (AC 2014/4) la causa sería la situación de descenso de la cifra de negocios, manteniendo la misma estructura de costes y la necesidad de redimensionar la plantilla a la dicha situación económica. Se concreta en reducciones de cuantías salariales por encima del convenio de aplicación individual o colectiva como modificación sustancial del contrato de trabajo.

⁵⁴ De 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión y reducción de jornada.

⁵⁵ Mercader Uguina, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales de concurso”, ADC, nº 31, 2014, p. 104.

⁵⁶ Se ha venido entendiendo que el plazo opera como límite en su duración máxima. No obstante, se admite la prolongación en aras a alcanzar el acuerdo y para el TS esto será cuando exista un contenido real en las negociaciones (STS 15.4.2014 [Rº 188/2013]. También en esta línea favorable a la flexibilidad del plazo máximo del periodo de consultas, STSJ Cataluña 6.5.2015 [AS 2015/1328]).

En la doctrina apoya tal interpretación, Taléns Visconti que lo condiciona a la superación del límite legal para negociar siempre de mutuo acuerdo de las partes y con el objetivo de alcanzar

de colaboración y auxilio judicial, la sustitución del periodo de consultas (por acuerdo entre la administración judicial y los representantes de los trabajadores previo al periodo de consultas o por mediación/arbitraje), el acuerdo⁵⁷, la comunicación al juez (finalizado el plazo o alcanzado el acuerdo) y el informe de la autoridad laboral. Los términos son prácticamente idénticos, solo precisar que se ha eliminado –por obvia- la indicación que contenía el art. 64.5 párr. segundo LC relativa a que en caso de intervención (y no de sustitución, por tanto) de las facultades de administración y disposición de deudor, el juez podría autorizar la participación del concursado en el período de consultas. Por su parte, el art. 175.1 TRLC en relación al deber de colaboración y auxilio judicial incorpora ahora que la administración concursal podrá requerir la colaboración del concursado y el auxilio del juzgado que estime necesarios para la comprobación de las causas de la solicitud y de la exactitud de los documentos que la acompañen⁵⁸.

Durante el período de consultas, al igual que en supuestos no concursales habrá de negociarse de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo y ello alcanza a la administración concursal, a los representantes de los trabajadores y al concursado, si participara en el mismo (art. 174.3 TRLC). Serán manifestaciones de buena fe en el periodo de consultas en el concurso, la entrega de documentación suficiente y la presentación de un plan de viabilidad con un menor número de despidos, que no fue aceptado por la representación de los trabajadores⁵⁹ y no

un acuerdo pese a que, finalmente, este pudiera no alcanzarse, debiendo en todo caso persistir una negociación de buena fe (“El periodo de consultas en el ERE concursal: legitimación, duración y buena fe en la negociación”, DL, nº 11, 2017, p. 15).

⁵⁷ Conforme al art. 177.2 TRLC –y en idénticos términos al art. 64.6 párr. tercero LC-, en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores. La posibilidad de pactar indemnizaciones superiores generó una fuerte controversia judicial tras la entrada en vigor de la LC 2003 que sería saldada con la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011. Admitirían previamente esa posibilidad, STSJ País Vasco 12.9.2006 (AS 2006/2284) y STSJ Asturias 16.4.2010 (Rº 3455/2009), entre otras.

⁵⁸ Junto a ello, y en línea con la previsión del art. 174.2 TRLC que establece (al igual que hacía el 64.5 párr. tercero LC) que la administración concursal o los representantes de los trabajadores podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas naturales o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, el art. 175.2. TRLC indica que podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para esa comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Sobre los problemas que plantea la integración en un grupo de la empresa concursada de cara a la adopción de las medidas contractuales laborales, vid., Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, ps. 152-158).

⁵⁹ SAN 9.7.2014 (AS 2014/1309).

lo será un período de consulta de un día⁶⁰. Ahora bien, no obraría con mala fe el administrador concursal que mantuviera una postura inmovilista, por ejemplo, que no acepte rebajas en el número de contratos a extinguir cuando la salida al concurso sea el cierre o cuando la empresa se encuentre en fase de liquidación o, incluso, esta circunstancia se encuentre muy próxima, es decir, cuando se atisbe que la amortización de puestos de trabajo no vaya a contribuir a la viabilidad de la empresa⁶¹. Ello evidencia que en contexto concursal, la buena fe ha de interpretarse y contextualizarse conforme al doble juego de causas y objetivos referidos previamente (continuación actividad empresa y empleo/cierre, desaparición de la empresa y extinción de contratos de trabajo).

El juez del concurso resolverá, finalizados los trámites anteriores, en un plazo máximo de cinco días sobre las medidas propuestas⁶² dedicando el TRLC los arts. 181-183 (antes art. 64.7 LC) a la resolución en caso de acuerdo, al supuesto de inexistencia de acuerdo y a la eficacia de la resolución que acuerde la suspensión y el despido colectivo, en términos prácticamente idénticos a su precedente.

Lo normal será que el acuerdo lo firmen la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el concursado, si participó en el período de consultas aun cuando también sería admisible jurídicamente que el juez legitimara un acuerdo firmado sólo por los dos primeros sujetos⁶³. Téngase en cuenta, además, que la administración concursal actúa en interés del concurso y su interés será lógico que pueda no coincidir con el del deudor concursado⁶⁴. En caso de desacuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas para lo cual, el Letrado de la Administración de Justicia los convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un

⁶⁰ STSJ Andalucía (Granada) 9.5.2013 (AS 2013/2077).

⁶¹ Así lo entendería la SAN 20.3.2013 (JUR 2013, 110228) al considerar que era tan mala la situación de empresa que su única salida era la liquidación y, por ello, no constituiría expresión de mala fe defender que la única alternativa era el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores.

⁶² A nivel doctrinal, ya se ha planteado qué ocurrirá si, pasado el plazo, no ha recaído resolución. Esto es, cómo interpretar el silencio judicial. Con buen criterio, entiende Taléns Visconti, que habrá que esperar a la resolución mediante auto por parte del juez del concurso, puesto que este órgano es el único capaz, *ex lege*, de acordar las medidas contractuales propuestas (“El auto del juez del concurso que resuelve sobre el despido colectivo por causas económicas: problemas prácticos”, DL, nº 101, 2014, p. 6).

⁶³ En este sentido, Taléns Visconti, E., “El período de consultas en el ERE concursal...”, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁴ Cruz Villalón, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, RL, nº. 23-24. 2003, p. 25.

trámite escrito de alegaciones de tres días. La LC 2003 no contemplaba esta fase contradictoria, necesaria, dada la naturaleza judicial de la regulación judicial de empleo concursal⁶⁵ pero la reforma operada por la Ley 38/2011 lo incorpora de forma insuficiente⁶⁶ y se mantiene de esta forma en el TRLC (art. 182.1) Solo cabe aportación de prueba documental (con exclusión de la pericial, muy importante en los despidos colectivos) y la comparecencia puede ser sustituida por simples alegaciones escritas, a voluntad del juez.

Junto a ello, de forma más clara a como lo hacía el art. 64.7 párrafo tercero LC, el art. 183 TRLC establece que en caso de acordarse la suspensión de los contratos de trabajo de carácter colectivo o el despido colectivo, el auto surtirá efectos constitutivos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y originará la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados. De singular importancia es la referencia a los efectos constitutivos que ahora incorpora la norma al dejar ya clara la naturaleza del auto del juez del concurso que es ejecutivo (no autorizatorio). Además, se mantiene la posibilidad incorporada por la Ley 38/2011 de posponer los efectos del auto a una fecha posterior a aquella en que se dicte, lo que veta posibles efectos retroactivos.

La suspensión del derecho de rescisión del contrato con indemnización que contemplaba el art. 64.9 LC (modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva y traslado colectivo) se contiene ahora en el art. 184 TRLC. De igual forma, y también con mejora sistemática, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 64.10 LC se lleva ahora al art. 185 LC pero en este caso la nueva ubicación se acompaña de una mejora en la redacción que era necesaria y que en los términos en que estaba planteada en la LC tras la reforma de la Ley 38/2011, carecía de sentido. El art. 64.10 LC comenzaba afirmando que las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrían la consideración «de extinciones de carácter colectivo», desde que se acordara la iniciación del procedimiento previsto en el art. 64 LC, para la extinción de los contratos. Ello obedecía a un error por haberse mantenido la previsión inicial del artículo en la redacción de 2003, ya que las acciones no se colectivizan sino

⁶⁵ La STC 187/2014, de 17 de noviembre, entendería, sin embargo, que aquellas limitaciones legales precedentes en materia de proposición y práctica de prueba en los procedimientos concursales ante la ausencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores, no vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

⁶⁶ Desdentado Bonete, A., “Sobre los despidos colectivos en el concurso...”, *op. cit.*, p. 24., Alameda Castillo, M.T., “Las relaciones laborales en las empresas en concurso...”, *op. cit.*, p. 135.

en realidad, se paralizan y ceden el paso a la extinción colectiva que sigue la regulación judicial de empleo concursal⁶⁷.

No es que los juicios individuales fueran atraídos por el procedimiento concursal colectivo integrándose en él (que era lo que ocurría con la anterior regulación) sino que este los desplaza y, se mantienen al margen del mismo en su originario orden social pero queda su tramitación en situación de pendencia, hasta tanto recaiga el auto firme del juez del concurso que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La nueva redacción ya sí es clara en este sentido. Desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en esta Subsección para el despido colectivo, los jueces del orden social suspenderán la tramitación de la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme en los que se hubieran ejercitado contra el concursado acciones resolutorias individuales con fundamento en las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado. La suspensión de los procesos individuales subsistirá hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin a dicho procedimiento y la resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, si fuera alzada la suspensión. El auto que acuerde el despido colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos, que se archivarán sin más trámites.

Los artículos siguientes (186 a 188 TRLC) se dedican a los efectos del concurso en los contratos del personal de alta dirección (previstos anteriormente en el art. 65 LC). Ahora, el texto refundido separa en tres artículos diferentes la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, la extinción por voluntad del alto directivo (previa suspensión contractual) y el aplazamiento del pago de la indemnización a solicitud de la administración concursal hasta que sea firme la sentencia de calificación. El contenido sustantivo es idéntico (y mejor sistematizado) al precepto precedente pero las cuestiones procesales –al igual que ocurre con los contratos de trabajo comunes⁶⁸ se sacan de aquí⁶⁹ y se llevan a los preceptos correspondientes (art. 541.1 TRLC para el incidente concursal laboral, -impugnación de la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con el personal de alta

⁶⁷ Montoya Melgar, A, *Derecho Concursal laboral*, Ed, Civitas, Madrid, 2013, p. 269.

⁶⁸ *Vid. supra*, 2.2.

⁶⁹ Se elimina la previsión que contenía el art. 65.1 LC relativa a que la decisión de la administración concursal podría ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral y la sentencia recaída sería recurrible en suplicación.

dirección- y 551.1 TRLC para los recursos contra las sentencias que resuelvan los incidentes).

Termina la sección relativa a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos⁷⁰ con la Subsección 3º sobre modificación de las condiciones establecidas en estos que no aclara las dudas de su precedente (art. 66 LC) e incorpora algún interrogante más. Este precepto adolecía de descoordinación con el régimen laboral aplicable al que se remitía porque no fue objeto de modificación tras las reformas laborales 2010-2012 y, por ello, requería de una reinterpretación coherente de acuerdo con el régimen laboral en vigor. Así, podrían ser objeto de modificación los convenios colectivos del Título III del ET en relación a las materias del art. 82.3 ET (*numerus clausus*) pero no en todo caso se requeriría acuerdo con los representantes de los trabajadores pues este precepto también admite la entrada en escena de los medios de solución extrajudicial de conflictos, incluido el arbitraje ante la CCNCC.

Ahora, el art. 189 TRLC establece que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos que sean aplicables solo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores. Se elimina, por tanto, la referencia a los convenios colectivos estatutarios lo cual no tiene mucho sentido, porque la modificación de las condiciones establecidos en aquellos convenios colectivos que no lo sean (al igual que acuerdos o pactos colectivos) seguirá el régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, si tienen carácter colectivo (número de trabajadores afectados) el cauce será el de la regulación judicial de empleo concursal de los arts. 169⁷¹-185 TRLC.

3.2. Transmisión de unidades productivas

También pueden producirse vicisitudes contractuales en el seno de la fase de liquidación del concurso y si el plan y las operaciones de liquidación supusieran modificación, traslado, reducción de jornada, suspensión o extinción de contratos de trabajo –colectivos- habría de seguirse, igualmente, el procedimiento de los arts. 169 y ss. TRLC. La causa de las medidas contractuales sería, en principio, la dificultad económica empresarial constatada por la declaración de concurso y el cese de la actividad, en un contexto de liquidación. Ahora bien, la apertura de la fase de liquidación no impide –también en esta sede- la continuación de la

⁷⁰ Sección 4º del Capítulo IV del Título III TRLC.

⁷¹ Así lo entendería el ya citado AJM Granada 13.1.2014 (Proc. 372/2013) que consideró aplicable el art. 64 LC en conexión con el art. 41 ET (y no el art. 66 LC) en un supuesto de reducción de las cuantías salariales fijadas por encima del convenio colectivo de aplicación.

actividad empresarial⁷². El principio de conservación de la empresa se manifiesta también aquí de modo que se considerarán ofertas preferentes las que garanticen la continuidad de la empresa o, en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, sin olvidar la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores, siempre con audiencia de los representantes de los trabajadores. En estos supuestos, cuando como consecuencia de la enajenación, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará que, a efectos laborales y de seguridad social, existe sucesión de empresa. Esta era la redacción del art. 149.4 LC tras la reforma de la Ley 9/2015⁷³, muy similar a la del art. 44.1 ET que alude a la subrogación en “*derechos y obligaciones laborales y de seguridad social*” lo cual ha venido dificultando significativamente la venta de la unidad productiva en el concurso de acreedores y la continuidad de la actividad y del empleo. Aquí –como también en otros supuestos de transmisión- el instituto de la sucesión de empresa, diseñado para proteger al trabajador afectado por la transmisión de unidades productivas, estaría provocando el efecto contrario. En base a ello, en el concurso, en aquella subrogación en la posición del anterior empresario (deudor concursado) se introduce cierta flexibilización en este régimen de asunción de responsabilidades para facilitar la conservación de las unidades productivas y de los empleos, por tanto (art. 149.4 LC).

Así, si procedía la sucesión de empresa del art. 44 ET y el nuevo adquirente había de asumir las obligaciones laborales y de seguridad social del anterior, el juez del concurso podía decidir acodar que el adquirente no se subrogara en la parte de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que fuera asumida por el FOGASA. Este precepto era el resultado de la transposición de la Directiva 2001/23⁷⁴ (art. 5.2) que además de contemplar la sucesión de empresa solo a efectos laborales, permite la liberación del adquirente del pago de dicho pasivo laboral, siempre que se otorgara una protección equivalente –en España el Fondo-, con el objetivo de incentivar las operaciones de transmisión de empresa. Ahora bien, como indicamos arriba tras la modificación normativa de 2015, la sucesión de empresa en el concurso se extiende a los efectos

⁷² En tal caso, las medidas contractuales laborales que pudieran adoptarse, aun teniendo como causa, de igual modo, la dificultad económica constatada por la declaración del concurso, se conectarían con el objetivo de la viabilidad de la empresa y del empleo en sede de liquidación y seguirían, de igual modo, el procedimiento de regulación judicial de empleo de los arts. 169 y ss. TRLC.

⁷³ Previo RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

⁷⁴ De 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

de seguridad social, esto es, más allá de los efectos laborales, en los supuestos en los que la unidad transmitida mantenga su identidad, dando prioridad a la mayor satisfacción del crédito público, en lugar de optar por medidas que incentiven a futuros adquirentes a asumir la continuidad de la actividad empresarial⁷⁵.

Los problemas aplicativos de estas reglas sobre la transmisión de unidades productivas en la fase de liquidación llevaron a que el JM nº 3 de Barcelona planteara cuestión prejudicial ante el TJUE a efectos de clarificar si es conforme a la Directiva 2001/23 que en situación de concurso pueda declararse que el adquirente no se subroga en las deudas de seguridad social. En Auto de 28.1.2015, el Tribunal de Justicia declararía que la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que el Estado miembro que se haya acogido al sistema previsto en su art. 5.2 a) podrá exonerar del pago de los créditos laborales, incluidos los de la seguridad social, a la empresa adquirente de una unidad productiva autónoma, inmersa en un procedimiento de insolvencia, siempre que exista una entidad que garantice los créditos de los trabajadores conforme a la Directiva 80/987⁷⁶. España se acogió a aquella previsión de la Directiva y tiene implantado un organismo de protección de créditos, por lo que el legislador podría haber optado por exonerar a la empresa adquirente del pago de los créditos laborales y de la seguridad social. También declara el Auto que la Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente, resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

Así las cosas, ahora, el TRLC regula en los arts. 215 y ss las *Especialidades de la enajenación de unidades productivas*⁷⁷ aplicables en cualquier estado del concurso⁷⁸. El concepto de unidad productiva se recoge en el art. 200.2, conjunto de medios organizados (sin especificación relativa a si son materiales o humanos) para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorias (en términos prácticamente idénticos al art. 44.2 ET). Si en la masa activa existieran uno o varios establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades

⁷⁵ Ortiz Márquez, M., "La transmisión de empresa en el concurso", Anuario de Derecho Concursal, nº 34, 2015, p. 323y ss.

⁷⁶ De 20 de octubre, de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.

⁷⁷ Subsección 2ª Capítulo III del Título IV (De la masa activa).

⁷⁸ Como avanzamos, el TRLC contempla como modo ordinario para la enajenación de las unidades productivas la subasta (judicial, extrajudicial, electrónica [art. 215]), si bien, en cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar mediante auto la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o entidad especializada.

productivas de bienes o de servicios, se describirán como anejo del inventario, con expresión de los bienes y derechos de la masa activa que las integren (art. 200.1 TRLC).

Como ya hemos afirmado, la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, sucesión de empresa (art. 221.1), las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran (art. 220.1) y la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar sus efectos sobre los créditos pendientes de pago corresponde en exclusiva al juez del concurso. En relación a la segunda cuestión, el precepto de referencia será el art. 224 TRLC⁷⁹, que parte de la afirmación de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en determinados supuestos:

1. Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.
2. Cuando así lo establezca una disposición legal.
3. Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el ET.

Queda ya claro, por tanto, que en la transmisión de una unidad productiva cuando se produzca sucesión de empresa, el adquirente habrá de asumir únicamente la deuda laboral y de seguridad social que hubiese contraído el concursado referida a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado. Es decir, no serán los créditos laborales y de seguridad social que se adeuden por la totalidad de los trabajadores de la plantilla de la concursada, sino solo los correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva efectivamente adquirida⁸⁰. Ello supone la traslación a la ley de la llamada “teoría

⁷⁹ *Efectos sobre los créditos pendientes de pago.*

⁸⁰ Para el Consejo de Estado, la modificación que opera el TRLC en la materia se alinea, plenamente con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJUE 16.5.2019, Plessers, C-509/17), gana en seguridad jurídica y, además, no excede de los límites de la delegación legislativa, constituyendo un adecuado ejercicio de la facultad de armonización conferida. En este sentido, la STC 166/2007, de 4 de julio, afirmaría que la labor refundidora que el legislador encomienda

del perímetro” de la unidad productiva mantenida por algunos juzgados de lo mercantil en las transmisiones en contexto concursal que suponía la limitación de las obligaciones laborales y de seguridad social a las que se circunscribía la subrogación del adquirente⁸¹. El argumento nuclear en defensa de esta teoría es, lógicamente, el favorecimiento de la continuidad de la actividad empresarial y la conservación de puestos de trabajo que se anudaba a una enajenación verificada en estas condiciones. No obstante, chocaba con frecuencia con pronunciamientos del orden social que, en sentido contrario, aplicaban la sucesión de empresa del art. 44 ET en el concurso en toda su extensión. Práctica, además, facilitada por las reglas procesales que daban a la declaración del juez del concurso sobre sucesión de empresa y sus efectos un valor meramente prejudicial⁸² (a diferencia de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en la materia del TRLC).

No obstante, sólo se resuelven parte de las dificultades para la enajenación de unidades productivas en el concurso. Ya no hay duda de que la sucesión de empresa sólo operará respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de la unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. Es esta una excepción a la regla general de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión (art. 224.1 TRLC). Respecto a aquellos créditos el juez del concurso podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA. La posibilidad de exoneración se sigue limitando, por tanto (pese a lo ya expuesto y a la interpretación comunitaria), a los créditos laborales y, en materia de seguridad social, la obligación de subrogación persiste en toda su

al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa.

⁸¹ Así, AJM nº 9 Barcelona 9.4.2015.

⁸² Para la jurisprudencia social, el pronunciamiento que pudiese realizar el juez del concurso sobre la venta de la unidad productiva era meramente prejudicial, lo que no impedía el ulterior examen de la concurrencia de sucesión de empresa ante los órganos de la jurisdicción social (STS 11.9.2019 [RJ 2019/3670]). En esta línea también, STS 27.11.2018 (Stcia. 981/2018) estimaría la competencia exclusiva de la jurisdicción social en la declaración de existencia de sucesión de empresa declarando ineficaz la declaración que en tal sentido había incluido el juez del concurso en el auto de adjudicación según el que no existía obligación laboral respecto de los trabajadores de los que no se había hecho cargo la adquirente de la unidad productiva. Por tanto, los eventuales pronunciamientos que haya efectuado el juez del concurso acerca de la existencia o inexistencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social no desplazan la competencia de la jurisdicción social (STS 3.10.2018 [RJ 2018/4987]).

extensión respecto a los trabajadores de la unidad transmitida y las deudas se mantienen.

3.3. Créditos laborales

El diseño crediticio de la norma concursal divide los créditos en créditos contra la masa y créditos concursales. Esta materia fue objeto de modificación por la Ley 38/2011 y, ahora, en el TRLC, se orden y sistematiza y se modifica alguna cuestión puntual. El texto refundido mantiene el llamado principio de tipicidad de los privilegios, estableciendo el art. 269.2 *in fine* (prácticamente idéntico al artículo 89.2 *in fine* LC) que no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley:

- Los créditos contra la masa no son créditos concursales y, por tanto, no integran la masa pasiva. Tienen tal condición los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, hasta el doble del salario mínimo interprofesional (nº 1 art. 245 TRLC) y los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso. Quedan comprendidos aquí los créditos laborales correspondientes a ese período, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo que se hubiesen producido con posterioridad a aquella declaración⁸³, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento (nº 8 art. 245 TRLC, previo, art. 84.2.5º LC).

En relación al pago, los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata. Incorpora aquí el TRLC una novedad relevante porque, ahora, el deber de pago inmediato no se limita a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores al concurso (art. 84.3 LC) (art. 84.3 y 84.2.1º LC) sino a todos los créditos contra la masa salariales. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. Ahora bien, la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso, siempre que presuma que la masa activa

⁸³ Así, la STS 28.6.2017 (RJ 2017/3062) calificaría como crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente por la no readmisión del trabajador, posterior a la declaración del concurso del empleador. El devengo de aquella resarce los daños provocados por tal extinción en base a una decisión adoptada en interés del concurso.

resultará suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa aun cuando esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, a los créditos tributarios, ni a los créditos de la seguridad social (art. 245 TRLC)⁸⁴.

- Los créditos concursales, por su parte, son todos aquellos que constituyen la masa pasiva del concurso y pueden ser privilegiados, ordinarios o subordinados. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad de esa masa. Por su parte, se clasificarán como créditos ordinarios aquellos que, conforme a la norma concursal no tengan la consideración de créditos privilegiados o subordinados (art. 269 TRLC).

Los créditos con privilegio especial pueden hacerse efectivos sobre determinados bienes y derechos del deudor (afectos). Dentro de estos se incluyen los refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (art. 270. 3ª TRLC).

Los créditos con privilegio general son aquellos que gozan de preferencia con relación al conjunto de los bienes y derechos del concursado, sin que -a diferencia de los créditos con privilegio especial- dicha preferencia recaiga sobre bienes concretos. En la preferencia general, la ley busca proteger un determinado crédito por sus peculiares características y sin que pueda relacionarse directamente con bienes o derechos específicos del deudor. El pago de los créditos con privilegio general se lleva a cabo, una vez deducidos de la masa activa, los créditos contra la masa y los bienes y derechos afectos a los créditos con privilegio especial, en la parte necesaria para su abono. Esta norma establece un orden prelativo, por lo que los créditos con privilegio general se satisfarán por el orden establecido en el art. 280 TRLC y, en su caso, a prorrata dentro de cada apartado. En el nº 1 se sitúan los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes

⁸⁴ En supuestos de insuficiencia de la masa activa, desde que la administración concursal comunique al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, el pago de esos créditos vencidos o que venzan después de la comunicación se realizará conforme al orden establecido en el art. 250 TRLC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Los situados en primer lugar son los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional y, en segundo lugar, 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.

de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

Los créditos ordinarios son los que no son privilegiados ni subordinados. Todos los créditos laborales que no puedan encuadrarse en ninguna de las categorías crediticias indicadas, esto es, los que no tengan la consideración ni de créditos contra la masa, ni de créditos con privilegio especial, ni de créditos con privilegio general y, además, los que no merezcan la consideración de créditos subordinados, serán créditos ordinarios⁸⁵.

Por otra parte, el art. 243 TRLC recoge ahora de un modo más amplio y clarificador que la subrogación del FOGASA en la titularidad de cualesquiera créditos contra la masa o concursales no afectará al carácter y a la clasificación de esos créditos.

4. REGULACIÓN CONCURSAL EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA Y ECONÓMICA DEL COVID-19

La publicación del TRLC ha tenido lugar en un escenario particularmente convulso. La crisis sanitaria provocada por el Covid-19, como afirma la Exposición de Motivos del RD Legislativo 1/2020, carece de precedentes y su gravedad condujo al Gobierno a declarar el estado de alarma por medio del RD 463/2020⁸⁶ con el objeto de gestionar esta situación. Finalizado el estado de alarma, la crisis económica y financiera será grave y en los próximos meses se avista una oleada de concursos de acreedores que amenazan con colapsar los juzgados de lo mercantil. Ante ello (y junto a las normas de Derecho concursal recientemente aprobadas con vocación de permanencia [TRLC]), en los últimos meses también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. La aplicación temporal de estas medidas es limitada, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente las situaciones de insolvencia tras la finalización del estado de alarma, de modo que durante un

⁸⁵ *Vid.*, Taléns Visconti, E., *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁸⁶ De 14 de marzo.

cierto período de tiempo ambas normas, TRLC y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, cada una en su respectivo ámbito.

Reseñamos a continuación las cuestiones concursales que han sido objeto de modificación por el RD Ley 16/2020⁸⁷ dentro de su Capítulo II sobre Medidas concursales y societarias (arts. 8-18). Se trata de medidas de gran calado, aun de aplicación contingente que, por razones de espacio, sólo serán esbozadas. Como punto de partida es importante retener que aquellas se dirigen, en todos los casos, a facilitar la supervivencia y continuidad de las empresas en situación de insolvencia a través de la flexibilización de las reglas contenidas en la norma concursal (LC y después, TRLC tras su entrada en vigor -1.9.2020-). Esto es, a evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de riqueza y empleo.

4.1. Flexibilización en el presupuesto objetivo y en los instrumentos que viabilizan la continuidad de empresas en dificultades

La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor y esta podrá ser actual o inminente. Será actual si implica que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y será inminente cuando prevea que no podrá cumplir de forma regular y puntual aquellas. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 5.1 TRLC). Si la solicitud de la declaración de concurso fuera solicitada por un acreedor, habría de fundarse en alguno de los hechos de insolvencia del art. 2.4 TRLC, entre los que se incluyen impagos por salarios e indemnizaciones⁸⁸. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado (art. 5.2. TRLC).

Siendo este el régimen general, el art. 11 RD 16/2020 incorpora el régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores estableciendo

⁸⁷ De 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

⁸⁸ Entre estos (nº 5), el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

que hasta el 31.12.2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este, la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Además, hasta esa misma fecha los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma⁸⁹. Este plazo se perfila como un paraguas que da mayor margen al deudor para que puede barajar distintas alternativas de gestión de su situación de insolvencia. Ya se ha apuntado, además, que aliviará la carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil tras el estado de alarma y la suspensión de plazos y términos procesales. No obstante, el colapso, previsiblemente, se producirá después de aquella fecha.

La referida flexibilización en las reglas generales del concurso se concreta, además, en un tratamiento favorable para aquellos deudores que, con anterioridad al estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. En concreto, en relación al convenio con los acreedores, la novedad que incorpora el art. 8 RD Ley 16/2020 se concreta en la posibilidad de presentar propuesta de modificación del convenio con los acreedores –entre ellos, trabajadores- aprobado en sede judicial que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañarse una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. Se altera, por tanto, el régimen general contenido en el art. 407 TRLC (previo, art. 142 LC) que obligaría al deudor a pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conociera la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación⁹⁰.

También incorpora el RD Ley 16/2020 otras reglas importantes como la tramitación preferente, hasta que transcurra un año a contar desde la declaración del estado de alarma, de los incidentes concursales en materia laboral, de las

⁸⁹ Si antes 31.12.2020 el deudor hubiera presentando solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario y si el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley.

⁹⁰ También en el régimen general, si el concursado no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podría hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso

actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas, de las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento y de la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente (art. 14). Asimismo, el art. 17 prevé la agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y el art. 18 la suspensión de la causa de disolución por pérdidas (art. 363.1 e] RD Legislativo 1/2010⁹¹). A estos efectos, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020 y se incorpora un margen de flexibilidad en relación a las pérdidas que pudiera arrojar el ejercicio 2121.

5. OTRAS NORMAS DE CONTENIDO SOCIAL CON PROYECCIÓN EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA: DESPIDOS TRAS ERTE

Para finalizar, únicamente referir que otra norma excepcional también adoptada durante el estado de alarma -el RD Ley 18/2020⁹² que modifica el anterior RD Ley 8/2020⁹³- excepciona (dando una nueva redacción a la DA 6^a.4), en caso de adopción de medidas extraordinarias en el ámbito laboral (ERTE), la exigencia del compromiso de mantenimiento de empleo en los seis meses posteriores⁹⁴, a aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del art. 5.2 LC (arts. 2.4 y 5.2 TRLC, ya vistos). Para las empresas a las que sí se aplique, el incumplimiento de tal compromiso supondrá la obligación de reintegro de la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago que resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

La excepción que se aplica a las empresas en riesgo de concurso también encaja, si la empresa en dificultad fuera viable, en la línea apuntada de flexibilización de las reglas generales de cara a facilitar su continuación, en este caso, mediante la posibilidad de realizar ajustes de plantilla posteriores a los expedientes temporales de suspensión de contratos o reducciones de jornada. Ello supondrá, de un lado, reducir costes de personal vía flexibilidad externa y, de otro lado, no perder (con las consecuencias legales indicadas) el beneficio de cotización que se hubiera conseguido con los ERTES durante esta situación excepcional aunque tales decisiones pasen por la pérdida de empleos. Aquí, como en muchos aspectos

⁹¹ De 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁹² De 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

⁹³ De 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

⁹⁴ A la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

del derecho laboral de insolvencia, se aprecia una confrontación de intereses de complicado encaje, a saber, continuación/conservación de la empresa en crisis a través mecanismos de reestructuración-interés laboral en el mantenimiento de los puestos de trabajo⁹⁵.

⁹⁵ Otro ejemplo sería la ejecución separada laboral: mantenimiento-conservación de la empresa *versus* satisfacción de créditos laborales.