

# GARANTÍAS DEL EMPLEO, EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN Y «REFORMAS PARALELAS»: IMPACTO LABORAL DE LA LEY 3/2009, DE 3 DE ABRIL, Y DEL REAL DECRETO-LEY 3/2009, DE 27 DE MARZO

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

## Extracto:

SEA cual sea la causa de las crisis económicas siempre se dirigen las miradas hacia la «reforma laboral», que hace de los trabajadores la «cenicienta» del cuento, pues les toca hacer el «trabajo sucio» y ser los «paganos» de las salidas. Sin embargo, pocos o nadie mira hacia el otro lado, hacia el «Capital», para proponer «reformas mercantiles» que ayuden tanto a prevenir las crisis como a ofrecer mejores salidas cuando lleguen. Y, sin embargo, tanto o más importancia que la «reforma laboral» tiene la «reforma mercantil» en relación con las «empresas en reestructuración», especialmente la «reforma societaria» y la «reforma concursal».

En este contexto, se han realizado dos reformas mercantiles de cierto calado que pueden llegar a tener un significativo impacto, tanto directo como, sobre todo, derivado o reflejo, en la situación del empleo y de los derechos de los trabajadores. Me refiero a la Ley 3/2009, que pretende revisar el régimen de las «modificaciones» o «reestructuraciones» jurídico-societarias, de una parte, y al Real Decreto-Ley 3/2009 que, en lo que aquí interesa, ha introducido una reforma urgente y parcial, también algo inarmónica, del «concurso de acreedores», a fin de que esta institución no sirva solo para certificar la defunción de la empresa, sino más bien para su continuidad, aun en el marco de un proceso de reestructuración, de otra. La primera afecta de modo notable tanto a los derechos de participación, en especial los informativos, de los trabajadores como al régimen de la transmisión empresarial. La segunda a las garantías de continuidad del empleo y de protección de los derechos laborales.

Este estudio realiza un pormenorizado análisis, expositivo y crítico, de todos y cada uno de los aspectos de estas reformas mercantiles con incidencia o vertiente sociolaboral.

**Palabras clave:** empleo, reestructuraciones empresariales, modificaciones societarias, procesos concursales y participación de los trabajadores.

# Sumario

1. Proemio: «los fuegos de verano se apagan siempre mejor en invierno».
2. Empresas en reestructuración y ordenamiento jurídico en época de crisis: ¿amortiguador social o alerta preventiva?
3. Reordenación precrisis: la incidencia laboral del «nuevo derecho societario» de las «modificaciones estructurales».
  - 3.1. El sentido general de la reforma legal.
  - 3.2. El cuadro de medidas de reforma societaria con dimensión sociolaboral: «¿para este viaje necesitábamos alforjas?».
  - 3.3. El régimen de las fusiones societarias, la garantía de empleo y los derechos de información de los trabajadores.
  - 3.4. Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.
  - 3.5. El empleo y derechos informativos de los trabajadores en la reestructuración societaria por cesión global de activos.
  - 3.6. Des-localizaciones productivas, derechos de protección de los trabajadores y el régimen de traslado de domicilio social.
  - 3.7. Las reestructuraciones societarias y la transmisión de empresa: ¿una referencia legal tautológica?
4. Las reestructuraciones poscrisis: el alcance de la «reforma concursal» en el empleo y en los derechos laborales.
  - 4.1. Planteamiento general de la reforma urgente y parcial de los procedimientos de concurso de acreedores.
  - 4.2. Las medidas de reforma urgente del concurso de acreedores: un cuadro global de una reforma inarmónica.
  - 4.3. Las reformas orientadas a agilizar, simplificar y abaratar el concurso de acreedores.
  - 4.4. Las reformas orientadas a facilitar la protección del interés del concurso: los acuerdos de refinanciación de las empresas.
  - 4.5. La tímida ampliación de la ponderación del interés del empleo y de la protección de los derechos de los trabajadores.
5. Reflexión final.

*«Aprendamos a aumentar la continencia, a enfrentar  
la demasía, a templar la gula, a mitigar la ira...».*  
*«Cuando el sol se eclipsa para desaparecer, se ve mejor su grandeza.»*

Lucio Anneo SÉNECA

*«En el momento presente, los propietarios de... los capitales y de algunos talentos  
dominan el mercado: los hombres que no tienen en su posesión más que el  
instrumento del trabajo, más numerosos, demasiado numerosos sin duda, se ven  
precisados a pasar por las condiciones que les imponen los demás hombres»*

José GARNIER. *Elementos de Economía Política*

## 1. PROEMIO: «LOS FUEGOS DE VERANO SE APAGAN SIEMPRE MEJOR EN INVIERNO»

En una reciente «clase práctica» para mi alumnado de la doble titulación, LADE (Licenciados en Administración y Dirección de Empresas) + DERECHO, recurría a las vicisitudes experimentadas por una conocida planta española de «quesos fundidos» –la Planta de Mahón, hasta ahora titularidad de la multinacional *Kraft Foods*– vendida a una aún más famosa empresa española –«Nueva Rumasa»–, de una parte, y a la metamorfosis sufrida por Richard Gere en esa inmortal película que fue *Pretty Woman* –aunque por motivos bien diferentes por los que yo quería ilustrar a mis alumnos–, de otra. Con este ejercicio pretendía no solo explicarles sino ilustrar con ejemplos que esto de la «gestión empresarial para situaciones de crisis» no se agota en una sola receta, en un protocolo único, ese que aparecería en una suerte de Manual del Directivo –«*Management's Book*»– hoy tan solicitado, y que parecería tener un solo capítulo, que dice algo así:

«Cuando su empresa tenga algún problema económico u organizativo lo mejor es que reajuste su plantilla, e inicie un Expediente de Regulación de Empleo, pues con la sola amenaza con despedir a un buen número de trabajadores usted generará altas expectativas de que suba su cotización bursátil, de que reciba ayudas de gran calado por parte de los poderes públicos y reducirá las pretensiones sociolaborales de los trabajadores y sus representantes.»

Seguro que el solícito lector de estas páginas ya ha captado la conexión entre dos situaciones aparentemente tan diferentes, una sacada de la más «rabiosa actualidad», pero que por sus protagonistas bien podía dar lugar a una película, y otra de la ficción cinematográfica, pero que por lo que cuenta bien responde a situaciones muy reales. En el primer caso, la multinacional norteamericana de alimentación, como primera solución a su problema de exceso de capacidad productiva en sus fábricas de queso fundido en Europa, no vio otra posibilidad que «anunciar el cierre» de la planta de Mahón, para lo que precisaba la «regulación de empleo» (decisión de reestructuración de plantilla mediante ERE), al mismo tiempo que decidía concentrar su producción en su fábrica de Bélgica (decisión de des-localización productiva). No obstante, también contemplaba como solución alternativa, se dice en los medios de comunicación que como «preferente», la venta de esa planta a otro grupo de alimentación –transmisión de empresa–. Esta es la solución que ha prevalecido, con la compra de la Planta por el grupo alimentario del señor Ruiz Mateos, Nueva Rumasa, que no solo se compromete a mantener todos los empleos fijos sino a ampliar inversiones y, en su caso, empleos.

¿Cuál es la lección de este caso o la «moraleja del cuento»? Pues que en un mismo escenario de crisis y en un mismo mercado competitivo y de dificultades para desplegar la actividad empresarial, dos empresas toman decisiones diferentes, de modo que unas venden para aumentar beneficios y otras compran, con el mismo fin, lo que la otra vende, y una misma plantilla que es un «estorbo» para la continuidad de los réditos de una multinacional, para otro grupo empresarial es una gran oportunidad de negocio. Tanto es así que ni la que compra ve necesidad de despedir, más bien lo contrario, ni la que vende realmente se despreocupa por completo del «negocio», pues ha firmado un «contrato transitorio de prestación de servicios», de manera que Kraft realizará de forma temporal algunas funciones de apoyo para facilitar una transición ordenada del negocio, por lo que sigue extrayendo rédito –rentabilidad– a esta plantilla. Curiosamente, el grupo español alimentario había lanzado al mercado financiero, el pasado febrero, una *emisión de pagarés corporativos*, a través de *Carcesa*, filial de Nueva Rumasa, con una rentabilidad del 8% anual y con el objetivo de adquirir empresas que representen oportunidades de negocio en los momentos actuales, esto es, en tiempos de crisis, que, por tanto, reducen su precio de venta y multiplican las expectativas de ganancia o de beneficio para el futuro si se sabe gestionar bien <sup>1</sup>.

Precisamente, si se recuerda, este era el negocio que había hecho inmensamente rico, y en parte «socialmente desalmado», al protagonista masculino de *Pretty Woman*. Aunque para la mayoría esta película no traerá a la mente más que una nueva historia romántica, una versión moderna más del inmortal cuento de *La Cenicienta* que roba los corazones de todo el mundo, también cuenta la práctica de una persona, Edward (Richard Gere), que ha amasado su inmensa fortuna con la compraventa «por piezas», o más bien con el «dstripado», de ciertas empresas en situación de crisis... Esto es, en síntesis, promoviendo la economía especulativa sobre la economía productiva, en la medida en que aquella proporcionaba más réditos que esta, aunque tuviera un alto coste en términos de pérdida de empleos. Sin embargo, y como ocurriera en otros episodios de la historia universal –por ejemplo la conversión de Paulo de Tarso–, la película cuenta una mutación, una evolución del per-

<sup>1</sup> Kraft Foods ya había vendido el año anterior a Nueva Rumasa su negocio de patés, zumos y tomate en conserva. El resultado de este negocio de empresas fue un aumento tanto de la inversión como de los niveles de empleo, lo que parece llenarle de «satisfacción» –¡qué ironía, si no cinismo o sarcasmo!–.

sonaje. Este, sin duda, rearmado por su «amor con la prostituta», abandonará el negocio de la compra de empresas en crisis para liquidarlas y ganar dinero con ello, para comprarlas e invertir en ellas para reflotarlas, para sanearlas, con el impacto positivo que eso tiene no solo en el «corazón de las gentes» sino en la creación de empleo socialmente sostenible.

Hasta aquí la «cuenta de cuentos» para ilustrar, creo que del modo más plástico o gráfico posible, el objeto de este nuevo estudio que se pretende, y es, jurídico y que tiene que ver, lo comprobarán, con recientes reformas legales para afrontar decisiones económico-organizativas de las empresas con impacto, aunque desigual, en el empleo y en los derechos de los trabajadores. Aunque aún haré una concesión más al saber popular, expresado en ese rico refranero español, que nos enseña que «no hay feria mala, lo que uno pierde otro gana». No solo el comentado ejemplo de la «suerte» de la Planta de Mahón sino que todos los días estamos conociendo ejemplos de cómo lo que representa una pérdida de negocio para unos, la crisis, para otros constituye un factor de nuevas oportunidades de desarrollo. En definitiva, la idea que trato de afirmar es que en una sociedad plural y compleja como la nuestra nunca hay una única vía de salida o de solución, siempre hay diversas opciones y el apostar por una u otra no está grabado «a golpe y cincel» en ninguna ley económica inexorable, mecanicista.

¿Dónde quiero ir a parar se preguntará ya, con cierta impaciencia, el lector? ¿Acaso quiere convertir, dirá, este estudio en un sainete, en una sucesión de cuentos, moralejas y refranes?... Obviamente no. Lo que quiero evidenciar es que un mínimo conocimiento de la realidad que nos circunda pone de manifiesto que carece de todo sentido, de la más mínima racionalidad, no ya social sino económica, pedir sin más una nueva «reforma laboral», como hoy se hace desde diferentes sectores, cuando se sabe que ni la regulación del mercado de trabajo español ha provocado la crisis de empleo que abrumba especialmente a la sociedad española, ni tampoco podrá, por sí misma, resolverla, tenga el contenido que tenga.

En otros términos, no se trata de postularse a favor o en contra de una reforma laboral, que es en realidad un «falso problema». La experiencia nos dice que sí la habrá, porque es ya una constante en los sistemas de economía de mercado, sino de determinar en qué sentido hay que hacerla. Pues lo que también queda claro es que no puede ser la que únicamente tiene como fin dar más facilidades aún para despedir, ahora a través de esa ocurrencia empresarial –no llega a ser ni idea– que es el «contrato indefinido pero no fijo», una absoluta tomadura de pelo, pues solo encubre un nuevo contrato de fomento de empleo temporal indiscriminado por dos años y con una indemnización ridícula. A este respecto, habría que preguntarse qué conciencia de la realidad tiene la CEOE para poner más temporalidad en un mercado que genera el 90% del desempleo producido en la Unión Europea, que dobla la tasa media europea de paro y que tiene a su disposición un instrumento de reestructuración permanente y silenciosa, ajeno a cualquier intervención pública: la no renovación de contratos temporales.

Todos sabemos –bueno, mejor todos decimos, porque saber realmente, saber de verdad qué está pasando, nadie lo sabe– que esta crisis está originada en otros lugares, responde a otros factores que no son sociolaborales en sentido estricto, aunque sean los trabajadores, en términos de desempleo o de modificación a la baja de sus condiciones de trabajo y protección social, los que terminen pagan-

do la factura más elevada, la más dolorosa. En cambio, ¿cuántos son los que piden una «reforma societaria» para intentar atajar los desmanes de los consejos de administración y sus indecentes, y blindados, sistemas retributivos –y también sus estratosféricos «planes de pensiones»–, o para controlar la racionalidad de una buena parte de los continuos procesos de «reestructuración», a menudo faltos de transparencia y con objetivos más especulativos que racionales? ¿Cuántos son los que, paralelamente, y fuera del ámbito académico, piden ahora una «reforma concursal» que atienda realmente a las causas de las crisis, identificando a los «culpables» de las mismas cuando ya se han producido, y capaz de anticiparlas para evitar que todo termine en liquidación –el 90% de las empresas en concurso tienen este destino– y, por tanto, hagan irreversible la pérdida de empleos, introduciendo los debidos «mecanismos de alerta preconcursal»?

En suma, ¿por qué hay esa permanente cultura de la «reforma laboral peyorativa» y no hay, en cambio, una «cultura de la responsabilidad» del gestor empresarial, o una «cultura de la participación» de los trabajadores en las tomas de decisiones que les afectan tan de lleno, o una «cultura concursal» asentada en la instrumentación de la ley al servicio de los múltiples intereses en juego y no dirigida o bien a defraudar y/o bien a liquidar la empresa, al margen del coste que tengan en términos de empleo? A mi juicio, son estos gravísimos problemas los que deberían ser atajados por el legislador. Y se preguntará, una vez más, el paciente lector de este larguísimo proemio, ¿necesita este autor pasar del «cuenta cuentos» al «refranero», y luego al discurso antiliberal que más parece propio de los críticos del capitalismo financiero des-regulado o salvaje, para ilustrar el comentario de dos nuevas leyes de «reforma mercantil» con un fuerte impacto laboral como pretende mostrarnos?

Intentaré evidenciar de inmediato que con estos «antecedentes» no me he ido por los «cerros de Úbeda» –adorable ciudad, por otro lado–, ni he perdido el hilo conductor de este estudio jurídico, ni pretendo engrosarlo más allá de lo razonable. Pero antes, sí querría poner de relieve que la reflexión relativa a un cambio cultural, que pase de las recurrentes reformas laborales, las que gobiernan el factor Trabajo, a atender al otro lado, a las reformas mercantiles, las que gobiernan –más bien libera– el factor Capital, no es ya una cuestión de crítica académica y social, sino una urgencia institucional.

Así lo ponen de relieve propuestas surgidas en un lugar tampoco sospechoso de ir en contra de los intereses del capitalismo, como es el Imperio del mismo, Estados Unidos, o la Unión Europea. En ambos máximos emporios de la economía (cada vez más libre y menos social) de mercado, aunque con «modelos sociales» muy diferentes –al menos de momento–, se proponen iniciativas orientadas a poner coto a modelos de gestión empresarial basados más en la especulación financiera que en la racionalidad desde el plano de la productividad y el crecimiento económico sostenible. Aunque son muy diversos los aspectos concernidos, uno especialmente relevante para esta crisis es el relativo al control de las retribuciones de los administradores societarios, factor relevante de una crisis basada en la «codicia humana» que no tiene fronteras.

A este respecto, en documentos preparativos para inminentes Recomendaciones –no textos vinculantes, pues– al respecto, la Comisión Europea parte de algo evidente: en las organizaciones societarias, sobre todo las que cotizan en bolsa, buena parte de las formas de retribución estaban

orientadas no ya solo a conseguir resultados a corto plazo, sino que han dado lugar a una indecente, por su fundamento y sobre todo por su cuantía, «recompensa» de la mala gestión. Paradójicamente, la solución a tales situaciones pasa por procesos de reestructuración a pagar tanto por los ciudadanos –«planes de rescate»– cuanto por los empleados –procesos de regulación de empleo–. La incidencia que estas últimas medidas tendrá sobre la crítica situación actual, están llamadas a provocar un debate intenso cuando, o si, los Estados europeos procedan a su seguimiento. Asimismo, se anuncian cambios de las normas en materia de capital, al objeto de reforzar su protección ante los riesgos vinculados con ciertas políticas de retribución de los administradores, evidenciando las limitaciones del «buen gobierno corporativo» para alcanzar este objetivo, aunque se reiteren algunos de sus principios ya muy manidos, como los relativos al incremento de la transparencia –mejora de la información disponible– y de la efectiva independencia en los procesos de decisión.

Como intenso, está siendo ya no solo el debate, sino las prácticas, sobre otro eje sobre el que se está haciendo pivotar, en un plano económico-organizativo, la salida a la actual crisis económico-financiera. Me refiero ahora a la búsqueda de una profunda «reestructuración organizativa» tanto de empresas como de sectores económicos. En este sentido, al margen de la suerte que corra esa nueva «fórmula mágica» que parece ser la propuesta de «cambio del modelo de crecimiento económico», ahora tan en boga aún a pesar de la ambigüedad y la incertidumbre del mismo, lo cierto es que no solo el sector financiero –sobre todo las Cajas de Ahorro– se prepara para una completa reestructuración. También se ven afectados el sector de automoción, energético...

Precisamente, entre los diversos instrumentos jurídico-organizativos para llevar a «buen puerto» este objetivo reorganizador o de reestructuración, qué duda cabe que ocupa un lugar especial los procesos de fusión –de las Cajas de Ahorros, de los fabricantes de coches, de las televisiones...–, y en general, las diferentes formas de modificación de las estructuras societarias de las organizaciones empresariales. Por eso, no debe sorprender que haya aparecido ahora una Ley como la *3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, una materia está en permanente evolución por su instrumentación al servicio de los imperativos de los mercados –globalización económica, incertidumbre de los mercados...–. A este respecto, qué duda cabe que una reestructuración societaria a tiempo puede ser el mejor modo para gestionar anticipadamente una futura crisis económico-empresarial, pues ante las difusas fronteras hoy existentes entre los momentos precedentes y los posteriores a las crisis, el gobierno y gestión de las empresas debe adecuar de modo continuo sus estructuras a la eventualidad de las crisis, de manera que tales procesos de modificación estructural pueden revelarse como una buena solución para la gestión preventiva o anticipatorio de aquella.

Pero lamentablemente, las direcciones empresariales no tienen asumido de forma generalizada, ni tan siquiera suficientemente extendida, esta visión del mundo de la economía, el mercado y la empresa, de modo que a menudo la reestructuración solo aparece como una solución para salir de la crisis actual, con frecuencia irreversible. El crecimiento espectacular tanto de los Expedientes de Regulación de Empleo –ERE–, para las crisis preconcursales, cuanto de los procesos concursales –en el año 2008 se han multiplicado un 300% el número de concursos respecto de 2007–, cuando ya está declarada esta situación, en el último año así lo atestigua. Es por ello que tampoco debe causar nada

de perplejidad el que tan solo cinco años después de una nueva Ley Concursal –su ámbito no se agota en la «insolvencia empresarial», sino también afecta cada vez más a la «insolvencia familiar»–, que se consideró todo un hito jurídico por su pretendida eficacia y modernidad, haya sido reformada de modo urgente, y parcial, por el *Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal* ante la evolución de la situación económica. Aunque la experiencia española parece todavía resistirse, tanto del lado del deudor como de los acreedores, a esta institución, hasta el punto de dar preferencia a «mecanismos alternativos» para dar respuesta a los problemas de satisfacción del crédito, incluida la desaparición de hecho de las empresas y los *acuerdos extrajudiciales*, es evidente que esta institución mercantil, pero de gran relieve sociolaboral, no podía pasar desapercibida en momentos críticos.

En ambas normas con rango de ley tienen acogida, de modo desigual, tanto la garantía del empleo como la protección de los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores. Hasta el punto de que en algún caso, como el de la Ley 3/2009, no solo se hace expresa remisión a normas laborales, expresa –al art. 44 LET por ejemplo– o implícitamente –al art. 68 LET–, sino que también se modifican Leyes de esta naturaleza, como la Ley 31/2006, de 18 de diciembre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. No obstante, la incidencia de estos cambios legislativos sea para el empleo en general, de un lado, sea para los derechos de los trabajadores en particular, de otro, es mayor a mi juicio de lo que puede sugerir el número de preceptos e instituciones laborales afectado de un modo más o menos explícito por estas leyes de «reforma mercantil». Así sucede sea en relación al crucial tema de las «transmisiones de empresa» –figura protagonista de la primera de nuestras historias de hoy–, en relación con la Ley 3/2009 –publicada en BOE de 4 de abril entrará en vigor, salvo lo relativo a las fusiones transfronterizas, el próximo 3 de julio <sup>2</sup>–, cuanto a los procedimientos de regulación judicial de empleo en el seno de un proceso de gestión colectiva en que consiste el concurso de acreedores, en los últimos meses a menudo usado como una vía alternativa al ERE, por razones poco transparentes e interesadas a favor de una menor protección de los derechos de los trabajadores.

Por eso, me ha parecido especialmente relevante acometer el estudio de tal incidencia de un modo conjunto, agrupado, y con un hilo argumental unitario: la reestructuración empresarial y su incidencia en la tutela del empleo y de los derechos de los trabajadores, en especial los derechos de información y consulta sobre tales procesos, siempre tan incisivos, de un modo u otro, en sus vidas. Se trata, en última instancia, de una suerte de «reformas laborales paralelas», que por su carácter parcial y por presentarse algo des-localizadamente, no suelen tener el reflejo que merecen en los análisis de los laboristas. Comparte este rasgo de relativo silencio, e incluso marginación en el ámbito de la «ciencia laborista oficial», con otras reformas también veladas, como la que significó, si bien en este caso se trataba de una reforma laboral en sentido estricto, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modificó la LET *en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia* del empresario. Dos materias, pues, que aparecen estrechamente relacionadas, aun desde diversos prismas.

<sup>2</sup> Conforme a la disposición final octava, «La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, salvo las disposiciones del Capítulo II del Título II, relativas a las fusiones transfronterizas intracomunitarias, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE».

Aunque se trata de normas con rango de ley bastante heterogéneas, entiendo que ha de primarse, para el jurista del trabajo, los puntos en común, y de ahí que haya considerado oportuno presentarlas conjuntamente, como acabo de decir... A mi juicio estas claves de lectura conjunta son:

- a) Se vinculan ambas a *procesos de reestructuración empresarial*, si bien en unos casos para hacer frente a situaciones de crisis clásicas (RDL 3/2009), y en otros para afrontar situaciones, en principio, mucho más fisiológicas, pero que están vinculadas, siquiera preventivamente, con las medidas a afrontar para mejorar el valor de la empresa. En consecuencia, tienen que ver con una realidad que hoy se define como la «empresa en reestructuración», como acabo de anticipar.
- b) En ambos casos, cuando se hace referencia a la incidencia en lo laboral, encontramos como principal horizonte laboral de referencia la *protección del empleo*, a través de diferentes garantías (los derechos de información y la continuidad de la unidad económica en el caso de la Ley 3/2009; la ponderación del interés al mantenimiento del empleo en la toma de decisiones judiciales por lo que respecta al RDL 3/2009). De este modo, una vez más el empleo se convierte en un principio útil para vertebrar de modo unitario un conjunto de medidas de signo muy diverso pero que responden al valor central del empleo en la sociedad de nuestros días.
- c) En los dos casos se constata una clara revalorización, aunque todavía dentro de un modelo de protección débil, de la participación de los trabajadores en la gestión de los procesos de reestructuración, dando mayor relieve al llamado paradigma de *gestión comunicativa o plural* de estos procesos de reestructuración empresarial.

Desde esta perspectiva, primero haré una breve exposición de cómo se trata en nuestro ordenamiento esta importante cuestión de la «reestructuración de empresas», para luego contar y analizar, también lo más sucinta pero ilustrativamente posible, las novedades que presentan las dos leyes objeto de nuestro comentario con relación al plano ocupacional –garantías del empleo– y al laboral propiamente dicho –protección de los derechos de los trabajadores–. Como siempre, terminaré el estudio con alguna reflexión general sobre el objeto de comentario y sobre las expectativas que se abren en el inmediato futuro.

## 2. EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN ÉPOCA DE CRISIS: ¿AMORTIGUADOR SOCIAL O ALERTA PREVENTIVA?

Si la Ley 3/2009, relativa a las «reestructuraciones jurídico-societarias» no tiene a sí misma como una norma vinculada a la situación coyuntural de crisis actual, sino que obedece más bien a razones estructurales, el Real Decreto-Ley 3/2009, que tiene como un fin principal el facilitar la «refinanciación de empresas» a fin de reflotarlas en situaciones de crisis, sí se integra de modo expreso en una Estrategia Global más amplia, la que articularía el «Plan Español para el Estímu-

lo de la Economía y el Empleo», el conocido –y algo dado a la mofa o a la caricaturización– «Plan E». Al margen de las profundas contradicciones y extremas deficiencias de buena parte de las medidas para afrontar con seriedad y razonables expectativas de éxito la salida a esta crisis, máxime si se quiere promover el referido «cambio de modelo productivo» –tan necesario como incierto, y desde luego no realizable por el solo poder de las «Leyes»–, es evidente que sí expresa con claridad la necesidad de promover una importante reestructuración de sectores y empresas, a fin de invertir la actual dinámica de pérdida de crecimiento y, sobre todo, de destrucción de empleo.

En consecuencia, estas y otras medidas precedentes evidencian que a partir de ahora vamos a tener que volver a familiarizarnos, como ya sucediera a mediados de la década de los años 80 y los procesos de «reconversión», pero ahora mucho más, con el concepto de «reestructuración de empresas». Si en aquella época, y en general en la conciencia de los actores en el sistema de relaciones laborales, también en el imaginario e instrumental conceptual de los juristas del trabajo, las reestructuraciones y/o reorganizaciones empresariales resultan ser situaciones a afrontar en momentos puramente coyunturales, soluciones propias de acontecimientos extraordinarios o de tipo eventual, circunstancial, hoy en día aparecen como fenómenos estructurales, de modo que forman parte de la misma gestión ordinaria de las empresas. Por lo tanto, lejos de responder ya solo, o principalmente, a momentos extraordinarios, críticos, se revelan como opciones frecuentes, e incluso constantes, porque se vinculan no solo a situaciones de «crisis empresarial», sino como respuestas a los retos, desafíos o a los imperativos de adaptación permanente a las condiciones inciertas de mercado.

Desde luego que no es necesario insistir con carácter general en la trascendencia que tienen los procesos de reestructuración empresarial en situaciones de crisis más clásicas. Pero quizás sí desde este enfoque que los ve como variable estructural para la adaptación a los nuevos entornos productivos, en un escenario de crisis y cambio.

Como ya se indicó, los modelos más exitosos de organización jurídico-económica de las empresas son aquellos que asumen que su gestión ha de atender, con carácter estructural, la eventualidad de la crisis, esto es, ha de tenerse como un riesgo que debe evaluarse y preverse de modo continuo. El ordenamiento jurídico, y no solo el laboral –también, y sobre todo, el mercantil, el tributario...–, tiene que prepararse para permitir, incluso propiciar, una gestión adecuada de esta exigencia de reestructuración empresarial continuada, ya en el plano económico ya en el sociolaboral. El problema es cómo. No es fácil integrar en nuestro sistema jurídico instrumentos que contemplen, canalicen y faciliten estos constantes cambios o reestructuraciones organizativas, en los diferentes ámbitos y aspectos que constituyen o forman la realidad empresarial, a fin de asegurar fines e intereses tan plurales, y a veces de no fácil conciliación, como la mayor productividad, rentabilidad y continuidad de la empresa, con la optimización del empleo a generar, así como una cierta calidad de vida y de condiciones de trabajo.

Y no es fácil esta convivencia por lo frecuente con la que la supervivencia, e incluso la mejora competitiva, para la mayor parte de los directivos pasa más que por la modificación de condiciones de trabajo –flexibilidad interna–, que también, por el continuo reajuste de plantilla.

Concepto este que, como bien se sabe, no es más que un puro eufemismo que encubre la extrema facilidad con que se acude, como se decía en nuestras historias, real y cinematográfica, contadas como antesala de este estudio, a los despidos en nuestro país, que parece empeñarse un día sí y otro también en seguir mostrando cómo la «inversión más productiva» es la que se hace para «librarse» de un trabajador. Lamentablemente la actual realidad de crisis de empleo confirma de manera exasperante este enfoque.

En efecto, sabemos que lo que hoy reclama más atención, por su fuerza mediática, son los ERE, así como los concursos de empresas, cuyo crecimiento es innegable desde el año 2008 y que afecta a una parte muy relevante, mayor de la que a veces se dice, de la población trabajadora, y eso que, de momento, muchos se canalizan a través de suspensiones de contratos. Pero lo cierto es que la parte más relevante del desempleo debido a la pérdida de puestos –otra parte se debe al crecimiento de la población demandante de empleo que antes no lo hacía–, se debe tanto a la no renovación de contratos –amortización del empleo temporal– cuanto a lo que se ha dado en llamar «despidos silenciados». Se trata de despidos que, aun pudiendo tener causa justa, se reconducen a una negociación individual entre empleador y trabajador que tiene como fin la elevación del coste del despido por encima de la previsión legal, a cambio de aceptar la salida sin más.

No vamos a desarrollar este argumento pese a su importancia y que sin duda merece una reflexión aparte. Lo que sí revela es la existencia de una extendida «cultura empresarial», a menudo con connivencia de trabajadores y sus representantes legales, a buscar mecanismos alternativos a las instituciones jurídicas, aunque ello les lleve a multiplicar los costes de decisiones que, bien conducidas jurídicamente, se pueden revelar más eficientes y eficaces, para unos –empresarios– y para otros. La situación ya evidenciada respecto del inadecuado uso de la institución del concurso de acreedores, en el ámbito mercantil, confirma esta idea, que ha obligado al cambio de la legislación en esta materia, aunque con deficitaria técnica legislativa, como se verá, y más que dudoso éxito práctico.

En todo caso, todo esto confirma que el más que proceloso mundo de las reestructuraciones empresariales sigue siendo un campo de extraordinaria y constante actividad para los juristas, de cualquier ámbito o disciplina –fiscal, mercantil, laboral–<sup>3</sup>. En buena parte de estos ámbitos normativos, la ley, en paralelo a las realidades económicas, cambia permanentemente, en especial en el ámbito comunitario, lo que obliga a esfuerzos igualmente continuados de análisis y de comprensión de su significado y alcance. Sin embargo, no siempre se produce el necesario punto de vista común o convergente, por cuanto mientras unos sectores difícilmente pueden escapar al «pensamiento de la sospecha» sobre las mismas, por poner en riesgo sus principios constitutivos –por ejemplo en el ámbito fiscal el de capacidad contributiva; en el mercantil los principios de competencia; en el laboral la continuidad de empleos y de condiciones de trabajo–, en otros se ve con muy buenos ojos, por implicar mejoras y progresos en la ordenación empresarial, ganando en rentabilidad para los sujetos interesados –accionistas, administradores, acreedores...–.

<sup>3</sup> Para un estudio completo y exhaustivo desde diferentes puntos de vista jurídicos *vid. Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Manuel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Dir.). Aranzadi. 2008.

A menudo, esta falta de convergencia, o de coordinación, de los puntos de vista de los diferentes sectores normativos implicados en la ordenación de la «empresa en reestructuración<sup>4</sup>», toma como excusa la conocida «autonomía jurídica» de cada una de ellas, justificada en los diferentes principios y fines a los que responderían. Sin negar esta realidad diferenciada, y su necesidad, es evidente que necesitamos también evitar lo que entiendo son con frecuencia «trampas de la autonomía jurídica». De modo que un problema común termina con soluciones no solo divergentes, sino adoptadas al margen de las dadas por otras, que son abiertamente ignoradas.

Ni que decir tiene que no pretendo en este momento profundizar, ni tan siquiera detenerme, en lo que sería la reconstrucción de un estatuto jurídico básico y unitario de esta realidad creciente que es la «empresa en reestructuración», y que en última instancia forma parte de esa asignatura pendiente que sigue siendo la reconstrucción de un estatuto jurídico moderno de la empresa y de sus sujetos –intereses implicados–. Aquí y ahora tan solo me interesa destacar esa necesidad y, por razones que estimo son estrictamente funcionales para la comprensión de las reformas aquí analizadas, poner de relieve los puntos clave que convendría atender para profundizar en tal dirección, a fin de facilitar ese tránsito que se quiere hacia un nuevo modelo productivo en España y que no se puede hacer al margen –aunque no sea el elemento principal– de una adecuada regulación jurídica que atienda y pondere de modo equitativo todos los intereses en juego, no solo los jurídico-mercantiles sino también los sociolaborales –empleo y derechos de los trabajadores–.

A este respecto, cuatro son las cuestiones básicas a afrontar. La primera se refiere al *concepto* de «reestructuración empresarial» en general, y en particular, al de «empresa en reestructuración», a su vez expresión o reflejo de la denominada «empresa flexible». La segunda tiene que ver con el *modelo normativo*, esto es, con el modelo o enfoque a primar en la organización y gestión de esa realidad por parte del Derecho. Y la tercera con los *principios y reglas fundamentales* que han de integrar ese estatuto renovado de la «empresa en reestructuración». La cuarta, y finalmente, el diseño de las medidas principales diseñadas, de modo específico, para hacer frente, es decir, para intentar dar una solución, de modo eficaz, eficiente y socialmente equitativo –y sostenible–, al conjunto de problemas suscitados por aquella realidad, atendiendo a los principios y valores marcados constitucional, legal, social y económicamente. En casi todos los aspectos, por no decir en todos, una línea constante tiene que ser la de reforzar la participación de quienes son los primeros llamados a soportar las consecuencias de esos procesos, de un modo u otro, y que no son sino los trabajadores, a través, como mínimo, de la mejora de los derechos no solo de información sino también de consulta, e incluso de negociación –aún más informal, pero dinámica, que la clásica– de la representación de los trabajadores.

Muy brevemente, por lo que hace al concepto de reestructuración, hay que seguir recordando que no contamos con ninguna formulación precisa por parte del legislador laboral. No obstante, el concepto amplio aparece claramente en la norma estatutaria, en especial el artículo 64.5 de la LET, recientemente reformado, precisamente en el marco de los cambios exigidos por la adaptación al Derecho Social Comunitario.

<sup>4</sup> Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. *La empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Comares. Granada. 2006.

Así, se recordará que esta norma reconoce el derecho del Comité de Empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este en:

«d) Los procesos *de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.*»

Si hasta ahora solo los conceptos de «fusión» y «absorción» podían tener suficiente concreción en el ordenamiento, a través del recurso a la regulación mercantil de esta materia, quedando en una mayor ambigüedad la cláusula general de «modificación del estatus jurídico» de la empresa, entiendo que ahora, con la Ley 3/2009, podemos tener un mejor referente conceptual y normativo al respecto, aunque no resuelva todos los problemas ni agote el concepto laboral de «reestructuración jurídica de la empresa». En todo caso, y como se verá en el próximo apartado, esta regulación pone de inmediato de relieve la convergencia entre la regulación mercantil y la laboral, pues en ambos casos la relevancia del concepto a efectos laborales se hace pivotar, o más bien depender, de la constatación de una incidencia en el volumen de empleo. Como es obvio, este presupuesto limitador del alcance del derecho no ha de entenderse en modo alguno como expresivo de la necesidad de que se pongan en juego de modo actual puestos de trabajo, en la medida en que el concepto referido va más allá de las reestructuraciones de plantilla, sean totales o parciales, definitivas o de tipo temporal solo. En este sentido, la letra a) del artículo 64.5 de la LET hace referencia a las «reestructuraciones de plantilla», lo que evidencia que se acepta un concepto amplio de reestructuración empresarial, tanto por sus causas como por sus efectos.

En definitiva, el concepto de reestructuración jurídico-empresarial relevante para las normas laborales ha de entenderse, una vez más, en sentido amplio, extensivo, de modo que integra no solo las situaciones de afectación actual, directa, inmediata, sino también las de afectación potencial, posible. Esta idea se confirma si se atiende a la regulación del derecho a la información sobre cualquier incidencia sobre el empleo, en la medida en que se consagra el concepto de «gestión preventiva del empleo» –art. 64.5 LET–, al introducirse el concepto de «riesgo para el empleo». En términos más precisos, se le reconoce «derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo».

El apartado 6 de este artículo regula el modo en que ha de efectuarse este derecho, poniendo énfasis en que debe hacerse de manera útil para que el derecho pueda cumplir a satisfacción con los fines que lo motivan, y que no es solo el de contar con el parecer de los trabajadores, sino el de darle algún grado de participación en la toma de decisiones... Sin embargo, es evidente que no puede en modo alguno equipararse, al menos con carácter general, a una suerte de «poder de veto», al estilo del que deriva, en la legislación societaria, del reconocimiento de los derechos de oposición por parte de los acreedores, reforzado con la reforma operada por la Ley 3/2009.

En segundo lugar, y por lo que hace al *modelo normativo* de ordenación de esta realidad o problema, queda claro que es necesario apostar por dos claves de fijación que hoy resultan espe-

cialmente exigibles, a la luz de la profundidad de la crisis que estamos viviendo en términos, sobre todo para los españoles, de pérdida de empleo. Me refiero, de una parte, a la necesidad de atender con mayor eficacia al tiempo de intervención para afrontar las crisis, actuales o potenciales, pues frente a la centralidad que ha tenido en el ordenamiento el momento reactivo, defensivo, es necesario ahora primar el *momento preventivo*. Aunque no existe una misma solución para todos los casos, y por tanto las respuestas no pueden ser uniformes, lo cierto es que hoy en día prevalece la imagen de la reestructuración como un «proceso continuo», con diversos ritmos en atención a diferentes circunstancias por las que atraviese en cada tiempo la empresa, pero que en todo momento ha de estar en condiciones de anticiparse, de modo que se prime las formas preventivas, activas. El beneficio de ello no será para los trabajadores, que podrán evitar reajustes más traumáticos, sino también para los demás intereses implicados, en la medida en que facilitará su rentabilidad y al mismo tiempo la continuidad patrimonial, con las garantías de solvencia que ello conlleva.

De otra, es igualmente necesario apostar más firmemente por modelos de gestión «comunicativos» o negociados, esto es, plurales, de manera que frente al dominio que hasta el momento ha desplegado, bajo los fundamentos de la libertad de empresa y la autonomía privada, el modelo de gestión unilateral, por decisión de la empresa y de sus estructuras de gobierno societario y dirección económica, se reconozca una mayor presencia de los distintos grupos afectados –acreedores, socios minoritarios, y desde luego trabajadores–. Este *modelo de gestión plural y negociada* facilita no ya solo la legitimidad de las medidas a adoptar, sino también su mayor coherencia, en la medida en que permite una visión unitaria, integral, permitiendo además que instrumentos que no se diseñaron inicialmente para la reestructuración puedan orientarse hacia ella.

En la actualidad, y si bien encontramos los diversos enfoques, queda claro que el Derecho español prima el momento reactivo respecto del preventivo –tanto en las leyes mercantiles como en las laborales–, así como el unilateral –sobre todo en las leyes mercantiles– respecto del colectivo o plural. Precisamente, la tradición legislativa en el ámbito societario ha sido el silencio casi absoluto de la existencia y presencia de los trabajadores, así como del empleo en cuanto variable de gestión empresarial. Del mismo modo que, hasta hoy, el concurso de acreedores, en los limitados supuestos en los que se ha utilizado, sirve mucho más como un certificado –muy costoso eso sí– de defunción de la empresa que como una vía para la reestructuración exitosa, tanto en los términos de refinanciación –garantía de solvencia y rentabilidad a futuro– cuanto de continuidad de la actividad –garantía de empleo–.

Por lo que hace a los principios ordenadores a través de los cuales vertebrar un estatuto jurídico unitario y coherente de la empresa en reestructuración, a mi juicio los más relevantes son:

1. El principio de neutralidad. Este, especialmente presente en el ámbito de la legislación fiscal de las reestructuraciones, debe tener también su proyección, a mi juicio, en el ámbito sociolaboral, una de cuyas consecuencias es la continuidad, en lo posible, de empleos y condiciones de trabajo, de modo que no se busque la reducción de los costes como lógica principal, sino la mejor racionalidad económica.

2. El principio de transparencia, a través de la multiplicación de los deberes de información –y consulta– de todos los sujetos implicados en los procesos, y a destacar, también en la legislación mercantil, los correspondientes a los trabajadores y sus representantes.
3. El principio de conservación, en lo posible, que se traduce, entre otros, en los mecanismos de subrogación empresarial, presentes tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como en el del Derecho Tributario, y sin duda también en el Derecho del Trabajo, en especial a través de las garantías del artículo 44 de la LET.

Finalmente, y por lo que respecta a las *medidas* disponibles para hacer frente a estos procesos de reestructuración, tanto los distintos subsectores mercantiles del ordenamiento jurídico como el subsistema laboral aportan múltiples instrumentos o útiles –instituciones– para buscar la mejor solución posible. No es el lugar para hacer un catálogo de las mismas, sino de destacar la importancia que tienen las dos que aquí analizaremos: una para la fase previa, las *reestructuraciones jurídico-societarias*, otra para momentos de crisis actual, el *concurso de acreedores*.

### 3. REORDENACIÓN PRECRISIS: LA INCIDENCIA LABORAL DEL «NUEVO DERECHO SOCIETARIO» DE LAS «MODIFICACIONES ESTRUCTURALES»

#### 3.1. El sentido general de la reforma legal.

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *tiene por objeto la regulación de las alteraciones de la «sociedad», como forma jurídico-económica hoy predominante de las empresas, que van más allá de las simples modificaciones estatutarias* para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad. Por tanto, incluyen de modo particular las situaciones de fusión, transformación, escisión, segregación y, de modo novedoso, la llamada *cesión global de activo y pasivo*, así como también el traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles. Aunque desde un punto de vista cuantitativo tan solo se dedican dos preceptos a lo que podría ser el «régimen general», parece evidente la voluntad del legislador de promover una presentación, por tanto también en parte la reconstrucción teórica, unitaria del concepto de «reestructuración jurídico-societaria».

Como advierte la propia Exposición de Motivos, esta decisión no responde a razones de coyuntura sino a un plan más sistemático de renovación del ordenamiento jurídico societario, un sector en permanente evolución en paralelo a los propios cambios de la realidad de la economía y de la empresa que aspira, en sus relaciones mercantiles, a gobernar. De ahí, su singular importancia. En primer lugar, por la especial sensibilidad que asume para responder adecuadamente al creciente proceso de internacionalización, sobre todo en el marco del continuo proceso de integración comunitaria –si bien la norma nacional lleva la regulación a las reestructuraciones extracomunitarias, regidas por sus propias «leyes personales»–, de los sujetos económicos. Como es natural, este proceso también incide en el modelo de representación colectiva de los trabajadores, que debe

adaptarse a esta nueva realidad de las empresas con estructura transnacional. Los derechos de implicación y/o participación deben estar presentes también en las decisiones de reestructuración adoptadas en las empresas internacionales<sup>5</sup>.

En segundo lugar, la importancia de la ley se manifiesta en el intento, no logrado, de promover una comprensión unitaria y flexible de la realidad de la reestructuración societaria. A tal fin propone la unificación y la ampliación del régimen jurídico de las *modificaciones estructurales*. Pero ¿qué se entiende por tales?

A efectos societarios, por tales entiende la ley, como se ha anticipado, todas «aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo». Esta vocación expansiva se plasmaría, otra vez como expresión del relieve de los fenómenos de transnacionalización empresarial, entre otras cosas en la regulación del «traslado internacional del domicilio social». Aunque se reconoce que no siempre presenta las características que permitan englobar esta realidad dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sí pone de manifiesto que tal inclusión responde al predominio del concepto ampliado de reestructuración societaria, conforme a la más moderna Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –LSRL– frente al propio, y más obsoleto, de la Ley de Sociedades Anónimas –LSA–, a fin de unificar y dilatar de un modo significativo el perímetro de las transformaciones posibles al impulso de las necesidades de la realidad. De nuevo, pues, dominando el principio de realidad –que más bien ha de entenderse como primado de la efectividad de la norma atendiendo a las realidades sobre las concepciones formales–, tan típico de la regulación fiscal, o de la regulación laboral, sobre el principio dogmático del formalismo regulador, más propio del Derecho Societario «tradicional», por lo general asentado en el principio de tipicidad.

Precisamente, en esta legalmente renovada noción de reestructuración societaria destaca el encuadramiento en la misma de la figura de la «cesión global» de activo y pasivo. De este modo, la nueva legislación no solo rompería amarras, como dice de modo gráfico la Exposición de Motivos, con la concepción tradicional que la limitaba al ámbito propio de la «liquidación» patrimonial, sino que al mismo tiempo, y por lo que aquí más interesa, nos proporciona *un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas*. Ahora, la ley permite que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario. El sentido global de esta regulación es tuitivo o protector, si bien, como es natural, la preocupación de legislador se centra en la protección de los sujetos típicos de la normativa societaria, por tanto en la tutela del socio y de los acreedores. La tutela del socio se articula básicamente a través de la información que facilita el Proyecto de cesión global y del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión. En cambio, la tutela de los acreedores se lleva a cabo a través del reconocimiento de un derecho de oposición, de una parte, y de la organización de una responsabilidad solidaria, si bien hasta el límite del activo neto atribuido a cada cesionario en la cesión.

<sup>5</sup> AA.VV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. Universidad de Salamanca. 2006.

Precisamente, en esta nueva visión ampliada y actualizada, no ha quedado por completo ausente la preocupación por proteger también, desde la ley societaria, la posición de los trabajadores. A diferencia, como ya se dijo, de la vieja LSA, que para nada hacía referencia a estos sujetos, ahora al menos aparecen contemplados, lo que ya es un avance, sin duda, aunque de momento la referencia siga siendo débil, en espera, quién sabe si *ad calendas graecas*, esto es, *per seculum seculorum*, de una reforma de la empresa que organice pluralmente la situación de todos los sujetos que la integran, que incluye de modo primario a los trabajadores, los primeros paganos de las decisiones inadecuadas –no así de las adecuadas– de los órganos de gobierno de las empresas que revisten la forma societaria. Ahora bien, esta inquietud se ordena a través de la remisión a la normativa laboral, reconociendo su autonomía. Así se hace, como se verá, a través de la **disposición adicional 1.ª de la Ley 3/2009**, que se intitula precisamente «derechos laborales derivados de modificaciones estructurales», y que pese a la ampulosidad de la denominación tan solo contiene una *cláusula de no afectación* a los derechos de información-consulta y otra de remisión al artículo 44 de la LET.

En tercer lugar, y también por una enésima exigencia de transposición del Derecho Comunitario, el sentido de la reforma legal también se busca en una revisión de las leyes de sociedades de capital para adecuarlas a los postulados de mayor flexibilidad que habrían venido sirviendo de fundamento a la ampliamente discutida modificación de la Segunda Directiva. No obstante, el propio legislador evidencia que no estamos ni ante un cambio cierto ni mucho menos definitivo, por cuanto la Directiva de referencia es una «Directiva de transición» a la espera de que fructifiquen alternativas al sistema de tutela tradicional de los acreedores sociales y de los propios accionistas –que gira en torno al capital social– en relación con la reducción de capital social y se introduzcan instrumentos técnicos mucho más eficaces que reduzcan las *cargas administrativas* que son connaturales a ese vigente sistema de tutela. Por eso, es también una «Directiva de transacción» entre los defensores de los principios que inspiraron la Segunda Directiva y quienes propugnan una completa sustitución. En todo caso, es más que evidente la voluntad de impulsar el caminar de la Unión Europea hacia la modernización del régimen del capital social, asumiendo buena parte de las observaciones, recomendaciones y sugerencias que, desde hace tiempo, han ilustrado la necesidad de facilitar mayor competitividad de las sociedades europeas en el marco comunitario y, en una sociedad económicamente globalizada, también extra-comunitario <sup>6</sup>.

En definitiva, como en el caso de la legislación fiscal sobre reestructuraciones de empresas, también esta legislación encuentra su principal motor en la transposición de normas comunitarias <sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. ESCRIBANO GÁMIR, Rosa C. «La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada». *Revista de Derecho de Sociedades*. N.º 1, 2007.

<sup>7</sup> En este sentido, a fin de garantizar la efectividad del mercado interior de la Unión Europea, se incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; y juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. Además la Ley 3/2009 adapta la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

No obstante, su dimensión va más allá de este objetivo. Y es que una vez más, se pone de relieve cómo el gobierno de la creciente incertidumbre de la sociedad y de la economía obliga a asumir ciertos compromisos y establecer determinados procedimientos orientados a encauzar el cambio. Por eso, se trata más de alcanzar la razonable seguridad en la protección de los derechos e intereses de los diferentes sujetos implicados en estos procesos «a través de normas» que de una «seguridad en la norma». Estaríamos nada más que ante la primera etapa de un proceso cuya duración y cuyos avatares son difíciles de prever.

En realidad, la contraposición entre ese sistema tradicional y los instrumentos alternativos constituye un tema abierto en el que, más que cuestiones de preferencia entre técnicas diferentes de protección, están latentes muy diferentes concepciones acerca de la organización y del funcionamiento de las sociedades capitalistas. Por eso, más allá de los inexorables compromisos de armonización comunitaria, subyace a esta reforma legal un propósito más global, y compartido con otras reformas, también en lo laboral, de reordenación normativa para facilitar modelos de gobierno y gestión más flexible de las sociedades mercantiles. Como expresa el propio legislador, esta ley no se concibe como una reforma definitiva, sino que buscaría tan solo dar un paso intermedio hacia la elaboración de un texto refundido que una las normas societarias, esto es, que aporte para España un Nuevo Derecho Societario –¿quizás como antesala de un Nuevo Derecho de la Empresa?–.

### 3.2. El cuadro de medidas de reforma societaria con dimensión sociolaboral: «¿para este viaje necesitábamos alforjas?»

El legislador se ha preocupado, con carácter general, de que esta ley se inserte con armonía en el conjunto regulador de las sociedades mercantiles. De ahí, las disposiciones adicionales, con algunas de las cuales, a propósito de la necesaria reforma de armonización, se ha aprovechado para actualizar el contenido normativo.

Esta exigencia no es baladí, si se tiene en cuenta que, a diferencia del ámbito fiscal<sup>8</sup>, en el que adquiere una dimensión unitaria creciente, como nueva categoría de la realidad económica que inten-

<sup>8</sup> Las normas europeas tienen por objeto establecer un régimen, considerado especial, de neutralidad fiscal aplicable a las rentas determinadas en operaciones de reestructuración empresarial, que consiste básicamente en diferir su tributación hasta una transmisión posterior de los elementos patrimoniales y las participaciones en el capital de las sociedades que hubieran sido objeto de transacción. Este es el régimen general, si bien se contemplan ciertas excepciones del mismo. El principio de neutralidad busca, como se sabe, que el coste fiscal no sea la razón principal para impulsar cambios de estructura organizativa de las empresas, sino su racionalidad económica, evitando fórmulas de la llamada «economía de opción» que a menudo encubren instrumentos de evasión fiscal. Tal principio se basa en la no integración de las rentas derivadas de las operaciones de referencia, hasta la citada transmisión posterior del conjunto económico cedido. En suma, este principio se basa en la regla de conservación del valor fiscal, teniendo siempre como límite el valor normal de mercado. La transposición de estas normas se encuentra recogida en el régimen tributario especial del Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (arts. 83 a 96). Después, la Ley 25/2006 procedió a introducir nuevas modificaciones de la legislación comunitaria, que ha seguido a su vez experimentando cambios, a través de la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas. Cfr. PALAO TABOADA, C. «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales». En AA.VV. (coord: Antonio CABANILLAS). *Estu-*

ta ser aprehendida en términos jurídicos relevantes, en el ámbito societario –tampoco en el laboral– existe una regulación de este tipo, sino que se segrega o dispersa en diferentes bloques reguladores, y a través de distintas leyes, atendiendo a la forma jurídica concreta asumida por la sociedad. Pues bien, esta búsqueda de coherencia reguladora también la hallamos respecto de la «provincia jurídica» limítrofe, la constituida por la legislación laboral, y tanto en las disposiciones adicionales –dedicados a tales menesteres– cuanto en el cuerpo articulado de la Ley 3/2009. A este respecto, debe tenerse bien presente que algunas de las formas de reestructuración societaria más relevante de las contempladas en la ley, como son la fusión y la escisión –y la segregación–, constituyen sendas formas básicas de reorganización empresarial, utilizadas a diario en los procesos de gestión de las empresas, respondan o no a situaciones de crisis clásicas.

Como es conocido para cualquier laboralista, son muchos los *aspectos socio-laborales implicados en las reestructuraciones empresariales*, entre los que cabe destacar sobre todo los efectos de tales decisiones de reestructuración en el régimen de la sucesión de empresa –art. 44 LET–, así como en la continuidad o novación de las condiciones de trabajo –también de los sistemas de protección social– tras esas operaciones. Ni que decir tiene respecto de los procedimientos de despido colectivo ex artículo 51 de la LET –ERE–, o los ceses de tipo individual, por causas objetivas. Y, claro está, el impacto en los derechos colectivos –convenios, estructuras representativas–, en especial en relación con los *derechos de información y consulta* de los trabajadores <sup>9</sup>.

Como cabe esperar no todos estos aspectos están afectados de modo expreso por la reforma mercantil, sino tan solo dos, de modo más directo y relevante el relativo a los derechos de información de los trabajadores respecto de las decisiones de modificación o reestructuración societaria, y muy especialmente en el ámbito de las sociedades europeas, de una parte, y de un modo más difuso e indirecto, el relativo a los efectos de tales situaciones en la transmisión de empresa, de otra. Con relación al primer aspecto, la *ley busca equiparar a los trabajadores y sus representantes a los socios y acreedores* en orden a sus derechos a recibir, de las sociedades que están en transformación o reestructuración, la misma gran cantidad de información que están obligadas a facilitar, a través de la Junta general. En este sentido, la reforma se orienta, mediante diferentes instrumentos, a garantizar la certeza y la transparencia de la reestructuración –informe de los administradores, el balance de cuentas, el informe del auditor y el proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación y cualquier otro pacto social que vayan a constar en documento público–. En relación con el segundo, la Ley 3/2009 se preocupa de garantizar en todo momento que estas reestructuraciones no afectan –son neutrales– respecto del régimen de transmisión de empresa, que no se vería afectado, de modo que este mantenga su autonomía respecto de la mercantil.

Más en particular, los preceptos de la Ley 3/2009 que refieren a los derechos de los trabajadores y/o sus representantes pueden ordenarse en cuatro grupos. A saber:

*dios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*. Volumen 4. Civitas. Madrid. 2002. Para una visión más práctica, pero actual, *vid. Memento Práctico Reorganización Empresarial (Fusiones) 2009-2010*. Redacción Francis Lefebvre. 1.ª edición, Enero 2009.

<sup>9</sup> Para un estudio integrado *vid. AA.VV. Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Aranzadi. 2008.

- a) El conjunto de preceptos, diseminado en diferentes lugares del cuerpo articulado de la ley, que tratan de equiparar los derechos informativos del trabajador a los derivados de las decisiones de reestructuración y establecidos como garantía frente a ellas de las posiciones de socio y acreedor. El listado es el siguiente: artículos 6, 65 y 67 (participación en la sociedad europea); 31, 33, 39 y 42 (régimen de la fusión); artículos 85 y 87 (régimen de cesión global del pasivo y el activo); artículos 95 y 96 (traslado internacional de domicilio social).
- b) La reforma de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre la *implicación de los trabajadores en la sociedad anónima* y cooperativa europea. A través de la disposición final 3.ª de la Ley 3/2009 se introduce un nuevo Título, el IV, y se modifica la disposición adicional 1.ª de la Ley 31/2006.
- c) La cláusula de no afectación del régimen jurídico-societario de las reestructuraciones de que se trate en cada caso al régimen laboral de los derechos de información y consulta. Se trata, precisamente, de la disposición adicional 1.ª de la ley, según la cual «1. Lo previsto en esta ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral».
- d) Una análoga cláusula remisoria o de reenvío formal a la normativa laboral específica de sucesión empresarial, que garantiza la misma autonomía del régimen laboral respecto del régimen societario, de modo que según la disposición adicional 1.ª 2: «2. En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 de la LET».

A la vista del tenor de estas referencias bien podría pensar el lector que tampoco ha sido un dechado de generosidad el legislador societario con la legislación laboral, pues para limitarse por lo general a remitir a esta bien podríamos habernos ahorrado su texto, porque la regla es no afectar lo que ya teníamos, de modo que ni lo mejora ni lo empeora. *Ni viaje, pues, ni alforjas*, por lo que puede bien parecer decepcionante esta nueva referencia legislativa societaria a temas laborales, de modo que lo que parece alguna innovación realmente no es sino recoger en texto de ley mercantil lo que ya estaba garantizado por ley laboral. Cierto que siempre se puede acudir a la lógica del pesimista, o de la «Ley de Murhpy», para consolarse y entender que al menos no empeora –modificación peyorativa– la previsión laboral, como hizo en su día la legislación concursal, privando claramente de posiciones de garantía a los trabajadores, tanto en el ámbito sustantivo –mayor facilidad para pactos de novación de sus condiciones de trabajo e incluso de extinción– como procesal –privilegio de ejecución separada–.

Veamos si recorridas las reformas más de cerca, «lidiadas en corto» podríamos decir en términos taurinos, aportan mayor contenido, y vencemos este disgusto que depara en primera lectura –ya evidenciamos que también en segunda, y tercera...– este enfoque de neutralidad, que no de indiferencia.

### 3.3. El régimen de las fusiones societarias, la garantía de empleo y los derechos de información de los trabajadores.

Uno de los instrumentos de reestructuración societaria por excelencia es, sin duda, la fusión entre sociedades. Conforme al artículo 22 de la ley, en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan. En un plano mercantil, no hay, pues, grandes novedades, en materia de fusiones de sociedades. Si acaso destaca la regulación de ciertos supuestos especiales, tales como el de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al 90% y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuota correspondientes a aquella, es decir, sin atribución de estas a los socios de la sucesora.

En este régimen nos encontramos las siguientes referencias a los derechos de información de los representantes de los trabajadores. En primer lugar, en el artículo 31, relativo al denominado *Proyecto común de fusión*, al ser una de sus «menciones» mínimas:

«11. Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.»

Como puede verse también se hace referencia a nuevas dimensiones de la acción sociolaboral, además de al empleo, como son:

- a) El reparto de cargos administrativos de la sociedad atendiendo al «género» –como se sabe la ley específica en la materia habla de «sexo»– de los integrantes de los órganos de gobierno societario.

En este caso no se haría sino reflejar el principio de participación equilibrada introducido por el artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad entre mujeres y hombres, integrado precisamente en el título relativo a la igualdad en la responsabilidad social de la empresa. La norma societaria mantiene el mismo plano de ambigüedad que ese precepto, por cuanto ningún compromiso firme se asume en orden a ese imperativo.

- b) El modelo de gestión basado sobre la responsabilidad social de la empresa –RSC–.

En segundo lugar, el artículo 33, relativo al *Informe de los Administradores* sobre el Proyecto de Fusión, prevé que:

«Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurí-

dicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, *así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.*»

En este caso, se trataría de una regla de equiparación en orden a la tutela de los intereses del colectivo de trabajadores respecto de los socios y acreedores, de modo que aquellos también tienen que aparecer recogidos en la evaluación que hagan al respecto los Administradores de la sociedad. Una regla de equiparación respecto de los derechos informativos que hallarían también reflejo en el artículo 39, relativo a la información sobre la fusión. Así, conforme al artículo 39.1 al publicar o comunicar individualmente, por cualquier medio que asegure la recepción, la convocatoria de la junta a la que haya de someterse la aprobación del proyecto de fusión, «deberán ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos:...». Asimismo, se prevé que socios y representantes de los trabajadores puedan pedir la entrega o envío gratuito de copia de los documentos por cualquier medio admitido en derecho.

El derecho al acceso a la información documental es, pues, equivalente al de los socios. No obstante, es evidente que no se trata de una norma realmente innovadora, en la medida en que esta regla de equiparación ya está expresada en, o puede deducirse con facilidad de, la normativa laboral. En este sentido, recuérdese que el artículo 64.4 letra a) establece con claridad que en las empresas societarias el Comité de Empresa tiene los mismos derechos a conocer los documentos que se den en el seno de esta forma de empresa «en las mismas condiciones» que a «los socios». Este derecho de información «pasiva» –recibir información– se convierte en «activa» –a emitir informe– respecto de todas las operaciones de reestructuración societaria, como se dijo, también y de modo especial en caso de fusiones –art. 64.5 d) LET–.

En cuarto lugar, nos encontramos ante una norma societaria que quiere garantizar la neutralidad de su regulación respecto de la norma laboral. Así, en el artículo 42, en relación con los acuerdos de fusión, se fija una regla prohibitiva de restricción de los derechos laborales por el uso de facultades previstas en la norma societaria, de modo que:

«La inaplicación de las normas señaladas en el párrafo anterior no restringirá los derechos de información que sobre el objeto y el alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, correspondan a los representantes de los trabajadores» –art. 42, segundo párrafo–.

Conforme a esa previsión societaria, cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad, «no serán aplicables las normas generales que sobre el proyecto y el balance de fusión se establecen en las Secciones II y III de este Capítulo. Tampoco se aplicarán las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39 ni las relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en el apartado 1 y 2 del artículo 40». Como puede comprobarse, se trata de nor-

mas que permiten eximir de ciertas obligaciones de publicidad de los acuerdos de fusión si concurren ciertos requisitos.

En cambio, no aparece esa equivalencia de trato en relación con un derecho de protección de los acreedores –y obligacionistas–, como es el derecho a oponerse –art. 44–. En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, *esta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor* o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

Aunque no dejo de reconocer la importancia de esta irrupción del trabajador en las legislaciones societarias, en cuanto que sujeto interesado en cualquier proceso de reestructuración, conviene ponderar el significado de la misma, en la medida en que no aporta una posición de mayor poder en el seno del gobierno societario. En realidad, los derechos informativos coinciden con lo previsto en la norma laboral vigente, que se toma como referencia.

La normativa laboral hace referencia a toda situación de reestructuración societaria como fuente generadora de derechos de información. Sin embargo, llama la atención que tales derechos no se reconozcan de modo expreso, como sí ocurre para al fusión, siendo esta la situación que constituye el régimen legal de referencia, para la escisión y la segregación, cuyo régimen societario en la Ley 3/2009 no hace mención alguna ni a las garantías de empleo ni a los derechos informativos.

Desde un plano mercantil, tampoco esta materia evidencia grandes novedades. En materia de escisión, sobresale la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial. Se considera escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque una parte del patrimonio social a otra de nueva creación, recibiendo directamente a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de esa sociedad. En todo caso, y por lo que hace a los derechos de carácter informativo, es evidente que sigue rigiendo la normativa laboral al respecto.

### **3.4. Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.**

#### *3.4.1. Las piezas normativas del nuevo marco regulador.*

Dentro del régimen de fusiones, pero en su dimensión transnacional, especial mención merece la disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley 3/2009 que, a fin de dar cumplimiento al artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE, reforma la Ley 31/2006, en una materia tan importante y técnicamente tan

compleja como la de la *participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*. La Directiva tiene por objeto básico facilitar las fusiones transfronterizas entre sociedades de capital proponiendo un marco legislativo simplificado, que avanza en el esfuerzo de la Unión Europea para hacer progresar la Estrategia de Lisboa. Por lo tanto, la Directiva comunitaria se inscribe en el doble plan de modernización del Derecho de sociedades y de fortalecimiento de la gestión empresarial desde el modelo de la «gobernanza»<sup>10</sup>.

La clave jurídica de esta regulación es identificar la ley aplicable en caso de fusión a cada una de las sociedades interesadas. Una vez creada la nueva entidad resultante de la fusión, se aplicará una sola legislación nacional: la del Estado miembro en el que se haya establecido la sede.

Por lo que se refiere a los derechos de participación de los trabajadores, el principio general dispone que se aplique la legislación nacional por la que se regula a la entidad resultante de la fusión transfronteriza. A tal fin, y por lo que aquí más interesa, la *reforma* introduce un nuevo Título, el IV, en la referida Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, sobre disposiciones aplicables a este tipo de fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades de capital.

Este tema es contemplado, además de en la referida disposición final 3.<sup>a</sup>, en tres preceptos:

- a) En el artículo 6, según el cual la transformación de las sociedades anónimas en sociedades anónimas europeas y viceversa se regirá por lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 2157/2001 y por las normas que lo desarrollan, **y por lo dispuesto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre**.
- b) En el artículo 65, relativo al control de legalidad de las fusiones transfronterizas.
- c) El artículo 67, relativo a la determinación de la norma laboral aplicable a los derechos de participación de los trabajadores en caso de fusión transnacional de sociedades.

La importancia en este caso de los temas de la participación son evidentes pues, como sucede respecto del régimen de la sociedad europea, aquí sí los derechos de carácter laboral condicionan el éxito del proceso de organización –y reestructuración– mercantil. Por eso, se dice que esta regulación proporciona un enfoque moderno al Derecho del Trabajo, pues a la flexibilidad reguladora, al dar gran autonomía a los sujetos socioeconómicos, añade la correlación entre la imagen laboral de la empresa y la mercantil –principio de correspondencia entre el concepto económico y el jurídico–. En este caso, existe más que autonomía una estrecha interdependencia, de modo que la gestión mercantil no puede entenderse sin la gestión laboral.

<sup>10</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, al Consejo y al Parlamento Europeo, «Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea –Un plan para avanzar» [COM (2003) 284– no publicada en el Diario Oficial].

Por eso, la regulación está salpicada de reglas que condicionan el régimen propio del Derecho de Sociedades con el laboral. Así, conforme al artículo 65.1, cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registrador mercantil, antes de proceder a la inscripción, no solo controlará la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad, sino *la adecuación del mismo a las disposiciones sobre participación de los trabajadores*. A tal fin, cada sociedad remitirá los documentos correspondientes.

En este mismo sentido, según su apartado 2, en los casos en que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67, deba existir participación de los trabajadores en el sentido de la Ley 31/2006, *no podrá inscribirse la fusión salvo que:*

- a) *Se haya celebrado un acuerdo de participación de los trabajadores.*
- b) *Haya expirado el período de negociaciones sin realizar acuerdo alguno.*
- c) *O los órganos competentes de las sociedades que participen en la fusión hayan optado por someterse al régimen subsidiario establecido en la Ley 31/2006.*

A este respecto, debe recordarse que los procedimientos concretos de información y consulta transnacional, así como de participación, se determinan principalmente a través de un Acuerdo entre las partes afectadas, o a falta de este, mediante la aplicación de un régimen subsidiario, en paralelo con el procedimiento previsto ya antes para la definición de los derechos de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria por la Directiva 94/45, y también traspuesta a nuestro Derecho –Ley 10/1997–. Por eso, una parte importante de esta regulación tiene que ver con el procedimiento de negociación colectiva de los derechos de implicación de los distintos trabajadores en la Sociedad Europea, en este caso resultante de un proceso de fusión transfronteriza. Debemos recordar igualmente que en este caso existen importantes garantías de formalización de tales acuerdos, bajo sanción de nulidad, dada la importancia que van a tener para el entero régimen de la sociedad resultante. Así, su relevancia está en la referida imposibilidad de registrar un proceso de reestructuración societaria mediante fusión transfronteriza en tanto no se hayan respetado ciertas reglas laborales, en los mismos términos que se prevé, para la constitución de una sociedad europea en la Ley 19/2005 y conforme se deriva del Reglamento comunitario que regula esta materia –Reglamento 2157/2001–.

Como es natural, tampoco los estatutos de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas podrán contradecir las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores. Una regla que no es sino imperativo ineludible de coherencia con el principio de legalidad que ha de regir esta materia pese a ser un ámbito propio para la autonomía privada. Una y otra vez, pues, se aprecia esa visión de la norma laboral como presupuesto de la regulación mercantil, lo que, como he visto, no sucede con carácter general, de modo que ambas regulaciones, aun concurrentes respecto de los mismos fenómenos socio-económicos, como las reestructuraciones, tienen su propia regulación autónoma, sin condicionarse una a la otra, aunque, eso sí, debiendo en todo momento respetarse mutuamente, en especial la mercantil a la laboral.

### 3.4.2. Norma laboral aplicable a la reestructuración societaria realizada mediante fusión transfronteriza.

El tema central en este ámbito es una cuestión de Derecho Internacional Privado del Trabajo, esto es, una materia de *determinación de la norma aplicable ante la concurrencia potencial de diferentes ordenamientos de carácter nacional*. Así, el artículo 67.1 de la ley determina que la ley laboral aplicable a los «derechos de implicación» de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión será la española, cuando tenga su domicilio en España –ley del domicilio social–. Asimismo, conforme al artículo 67.4, los «derechos de información y consulta» de los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión que presten sus servicios en centros de trabajo situados en España se regirán por la legislación laboral española, «al margen de donde dicha sociedad tenga su domicilio» –ley del lugar de prestación de servicios–. Esta norma es la Ley 31/2006, que contiene el régimen jurídico aplicable a los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad –Título IV–.

Fijada la ley laboral aplicable, el apartado 2 de dicho precepto prevé una garantía de neutralidad del proceso de fusión para el ejercicio de los derechos participativos y que consiste en la imposición del deber de adoptar la forma jurídica que permita tal ejercicio siempre que:

«Al menos una de las sociedades que participan en la fusión se gestione en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rija por dicho sistema».

### 3.4.3. Procedimientos de implicación –información y consulta– y de participación en la reestructuración transfronteriza.

Esta nueva regulación viene a confirmar que la «participación de los trabajadores» en la gestión de la empresa, también de la «empresa en reestructuración» constituye una de las principales señales de identidad del acervo comunitario. Ahora bien, en su normativa no se establece un modelo cerrado, sino abierto, de participación, pues son muy diferentes las experiencias propias de los respectivos modelos internos de los Estados miembros a efectos de participación, unas veces caracterizadas por la simple «implicación» de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas con la forma de sociedad, en este caso transnacional, mediante derechos de información y consulta –Italia, Francia, España...–, y en otros a través de mecanismos de auténtica «cogestión empresarial», creando consejos de administración o vigilancia o supervisión.

Fruto de toda esta modulación es, de una parte, el reconocimiento de derechos de información y consulta a los representantes en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria por la Directiva 94/95/CEE, basada en el principio dispositivo, la negociación con espíritu, de colaboración, los principios de subsidiariedad y «antes-después», y el respeto de los derechos adquiridos. De otra parte, la ordenación de los derechos de información, consulta y participación en las sociedades

mercantiles de ámbito europeo mediante las referidas Directivas y traspuesta al Derecho español por la Ley 31/2006, que permiten la apuesta por opciones «monistas» o «dualistas», en lo que se refiere a la organización de la administración de las sociedades y, por lo tanto, a la representación y participación de los trabajadores en ella. Por último, otro de los efectos, es el diseño de un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea por la Directiva 2002/14/CE, traspuesta por la Ley 28/2007, que permite a los trabajadores participar a través de sus representantes en las decisiones empresariales, como las de reestructuración societaria, evitando la imposición de normas rígidas y tendiendo a la regulación de contenidos mínimos que favorezcan el diálogo social en la empresa.

En este contexto regulador, que al margen del contenido sustantivo concreto de cada una de las normas referidas y de sus menores o mayores debilidades –que las tiene y muchas–, lo cierto es que se pone en valor una nueva dimensión del Derecho Colectivo del Trabajo como conformador del estatuto jurídico de la empresa, muy en especial de la empresa comunitaria, esté o no en reestructuración societaria. En todo caso, el sentido que haya de dársele a los conceptos de «implicación» y al de «participación» de los trabajadores es plural, y para nuestro país, y respecto de estos procesos de reestructuración transfronteriza serán los establecidos en el artículo 2 de la Ley 31/2006. El concepto de «implicación», que no tiene un origen jurídico-laboral sino que procede de los sistemas de normalización, hace referencia a «la información, la consulta, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en las empresas». Por su parte, el concepto de «participación» tiene, en cambio, un sentido más específico o concreto que el que asume con carácter general en la legislación laboral española, y se identifica con un concreto modo de poder ejercer una influencia por el órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad y que se articula bien a través del derecho a elegir o designar a ciertos miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, bien el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control.

#### 3.4.4. Puntos clave de la modificación legal operada por la Ley 3/2009.

La ley no solo introduce estas precisiones en la normativa, sino que lleva a cabo también una significativa modificación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Esta reforma está contenida en la disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley 3/2009.

En primer lugar, se introduce un nuevo Título en la Ley 31/2006. Se trata del Título IV y reza «Disposiciones aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades de capital». El Capítulo I se dedica a las «Disposiciones aplicables a las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias con domicilio en España».

Por lo que hace al *ámbito de aplicación* de la norma, conforme al artículo 39.1, la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión que tenga o vaya a tener su domicilio en

España, así como su implicación en la definición de los derechos correspondientes, se regirá por la legislación española siempre que se dé una de estas circunstancias:

- a) Que al menos una de las sociedades que se fusionan emplee, durante el período de seis meses anteriores a la publicación del Proyecto común de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores.

Como puede comprobarse, estamos ante realidades pensadas para las grandes empresas y no para las PYME. La Comisión Europea ha tenido la oportunidad de poner de relieve cómo apenas un 8% de ellas, aun siendo más del 95% de las sociedades europeas, realizan actividades transfronterizas y tan solo el 5% cuenta con filiales o empresas en participación en el extranjero. Precisamente por ello, desde hace varios años –por ejemplo la Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la «Sociedad Privada Europea» («Societas Privata Europaea») de 2008– viene trabajando para crear nuevas formas jurídico-organizativas que faciliten el acceso de las PYME al mercado único, a fin de propiciar su crecimiento y liberar su potencial empresarial, lo que llevará a procesos de reestructuración que, al mismo tiempo, exigirá redefinir los derechos de información y consulta de los trabajadores, menores en estos ámbitos.

- b) Que en el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza *no alcance al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado a las sociedades participantes en la fusión*. El nivel de participación será medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios.
- c) Que, en el caso de existir participación en la sociedad resultante, los trabajadores de sus establecimientos situados en otros Estados ejerzan unos derechos de participación inferiores a los ejercidos por los empleados en España.

Este régimen es excluyente del propio de cualquier otro Estado miembro en que la sociedad resultante de la fusión o las sociedades que se fusionan cuenten con centros de trabajo –art. 39.2–.

Por lo que hace al *procedimiento de negociación de los derechos de participación* –art. 40–, que como se ha dicho es el eje fundamental sobre el que gira este marco regulador, se aplicarán las disposiciones propias del régimen previsto para participar en la Sociedad Europea –Capítulo I del Título I–, pero con algunas peculiaridades o particularidades:

- a) Los *órganos competentes* de las sociedades que participen en la fusión tendrán derecho a optar, sin negociación previa, bien por estar directamente sujetas al régimen subsidiario del artículo 20 de la ley, bien por respetar dichas disposiciones a partir de la fecha de registro de la sociedad resultante.

De este modo el principio básico que rige todo este sistema, el de fomento de la autonomía colectiva, experimenta una significativa restricción. Precisamente, por ello, se entiende, en

línea de principio, que no será de aplicación la facultad de opción prevista, para la comisión negociadora, en el apartado 2 del artículo 8 ni las consecuencias de su apartado 3. Conforme a estos preceptos, tal comisión puede decidir bien no iniciar negociaciones para celebrar el acuerdo de participación, o bien dar por terminadas las negociaciones emprendidas y quedar sometidas a las normas sobre los derechos de información y de consulta vigentes en los Estados miembros en que la sociedad tenga empleados –apartado 2–, dándose entonces por finalizado el procedimiento de negociación sin abrir el régimen subsidiario –apartado 3–.

Ahora bien, un tanto contradictoriamente, la propia ley excepciona esta regla que a su vez pretendía excepcionar la regla general prevista para la Sociedad Europea en régimen común, esto es, no resultado de una reestructuración por fusión transfronteriza, de modo que se permite que la comisión negociadora sí pueda tener la facultad de opción del apartado 2. En efecto, según el nuevo artículo 40 de la Ley 31/2006, la Comisión tendrá derecho a decidir, no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya entabladas, y basarse en las normas de participación vigentes en la legislación laboral española. Para ello necesita contar con una «mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a los trabajadores en, al menos, dos Estados miembros diferentes.

- b) Tampoco será de aplicación lo previsto en el artículo 9.2, que regula aquellos supuestos en que a consecuencia del acuerdo de participación pudiera llevarse a cabo una reducción de los derechos de participación

Si la regulación prevista para la Sociedad Europea contempla dos supuestos<sup>11</sup>, la fijada para la resultante de un proceso de reestructuración por fusión transfronteriza solo contempla un supuesto: el caso relativo a la fusión de alguna de las sociedades, con aplicación de un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control, que afecte, al menos, a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes, cuyo acuerdo pueda determinar una reducción de los derechos de participación de los trabajadores existentes en las sociedades participantes. La norma legal fija tanto lo que debemos entender por «reducción de derechos de participación», de una parte, cuanto la regla de mayoría necesaria para adoptar un acuerdo reductor de ese tipo, de otra. Pero para ambos aspectos la regulación es análoga a la prevista en el artículo 9.2.

Así, respecto del concepto de reducción de derechos de participación, se entenderá por tal, a estos efectos, «el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la sociedad resultante de la fusión inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes».

<sup>11</sup> En primer lugar, el caso de una Sociedad Europea que se constituya por fusión, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 25%, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes. En segundo lugar, en el caso de una Sociedad Europea que se constituya mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial común, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 50%, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes.

Por su parte, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será, como en el caso anterior, la de 2/3 de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a 2/3 de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros.

c) El contenido mínimo del acuerdo de participación será:

- La identificación de las partes que lo conciertan.
- El ámbito de aplicación.
- Los elementos esenciales de las normas de participación, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos.
- La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación.

Por lo que hace al *régimen subsidiario* –art. 41–, integrado por las reglas previstas en el artículo 20 en materia de participación de los trabajadores, será de aplicación a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria, a partir de la fecha de su constitución, en los siguientes casos:

a) Por acuerdo de las partes.

b) Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo de seis meses o, en su caso, durante el período de prórroga de este plazo –art. 10–, y siempre que:

- La comisión negociadora no adoptara la decisión de no iniciar negociaciones o la de poner fin a las ya entabladas y basarse en las normas de participación vigentes en la legislación española.
- Los órganos competentes de cada sociedad acepten aplicar las disposiciones subsidiarias. Su rechazo les llevaría a la frustración del proceso de fusión.
- Se aplicará en alguna de las sociedades participantes, antes de la inscripción de la sociedad resultante, un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 33,3%, al menos, del total de empleados en las sociedades participantes, o en número inferior, si lo decide así la comisión negociadora.

A estos efectos, se tomarán en consideración los sistemas de participación previos que respondan a lo fijado en el artículo 2, con independencia de su origen legal o convencional. Si nin-

guna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas antes de la inscripción de la fusión, la sociedad resultante no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación. Cuando en el seno de las sociedades participantes existieran diferentes sistemas de participación, corresponderá a la comisión negociadora decidir cuál de ellos deberá aplicarse.

La comisión negociadora deberá informar al órgano competente de las sociedades participantes sobre la decisión adoptada a este respecto. Si en la fecha de inscripción de la sociedad la comisión negociadora no ha informado, se aplicará a la sociedad resultante de la fusión el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes –art. 41 Ley 36/2001–.

El artículo 42 regula el supuesto de extensión a las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias de determinadas disposiciones aplicables a las sociedades europeas. Serán de aplicación a las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias domiciliadas en España las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título I para las sociedades europeas, salvo en sus referencias a los órganos de representación y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta.

Según el artículo 43, intitulado «Protección en caso de fusiones nacionales posteriores», cuando la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria sea gestionada en régimen de participación de los trabajadores está obligada a garantizar la protección de sus derechos en caso de ulteriores fusiones nacionales durante un determinado plazo. Este plazo se sitúa en los tres años después de que tal tipo de fusión haya surtido efecto, aplicándose en tal caso las disposiciones del régimen previsto en la norma «en cuanto sea posible».

Por lo que hace al Capítulo II, *Disposiciones aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias*, el artículo 44 define el ámbito de aplicación, en estos términos:

- a) Salvo en sus referencias al órgano de representación, las disposiciones contenidas en el Título II serán aplicables a los centros de trabajo situados en España de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas con domicilio social en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo.
- b) Asimismo, serán de aplicación a las sociedades participantes en procesos de fusión transfronteriza intracomunitaria y a las sociedades resultantes de dichos procesos las disposiciones contenidas en el Título III, respecto de los procedimientos judiciales, en los términos en él establecidos.
- c) Lo previsto en los apartados anteriores únicamente será de aplicación en los casos en que deba existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, de conformidad con las disposiciones de los Estados miembros por las que se dé cumpli-

miento al artículo 16 de la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre –sobre fusiones transfronterizas–.

Por lo que hace a las *garantías de eficacia jurídica* en España de las disposiciones dictadas en otros Estados miembros, el artículo 45 prevé que los acuerdos entre la comisión negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones, tengan una eficacia general. Así, será obligatorio en todos los centros de trabajo de la sociedad resultante de la fusión incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia. *Ahora bien, y conforme al principio «antes-después»*, la validez y eficacia de dichos acuerdos debe respetar en todo momento las competencias propias de las instancias representativas y de negociación contempladas en nuestro ordenamiento laboral, tanto de creación o base legal –comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales– como de creación u origen convencional –«cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva»–. De este modo, queda evidenciado que tiene el mismo régimen que el previsto por el artículo 32 de la ley para los acuerdos entre la comisión negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes para crear la Sociedad Europea.

La segunda reforma en esta normativa operada por la Ley 3/2009 se concreta en la modificación de los apartados 3 y 4 de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006, relativa a las reglas de no afectación de las legislaciones y prácticas nacionales. Como se recordará, esta disposición trata de establecer un régimen de coherencia entre la ley y otras disposiciones, sobre todo de la Ley 10/2007.

*Estos apartados quedan redactados como sigue.* Por lo que concierne al apartado 3, relativo a los supuestos en que no resultará de aplicación el régimen previsto en esta norma, ahora se establece que quedarán fuera de esta regulación:

- a) Los actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la Sociedad Europea de que gocen los trabajadores de la Sociedad Europea y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros.

Hasta aquí la previsión es la misma que en la normativa anterior. Sin embargo, la reforma añade que tampoco afectará a los derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria de que gocen los trabajadores de la sociedad y de sus centros de trabajo de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros.

- b) Los derechos en materia de participación en los órganos de que gocen los trabajadores de las filiales de la Sociedad Europea de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

El apartado 4 establece una cláusula de continuidad del mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes. Así, se dice que para salvaguardar los derechos mencionados en el apartado anterior, el registro de la sociedad no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas. Al contrario, tales representantes de los empleados seguirán ejerciendo sus funciones «en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad». Esta misma previsión se hacía en la normativa anterior y vuelve a evidenciar la clara voluntad de la regulación legal de no afectar la situación existente con anterioridad, de modo que las decisiones tomadas por las sociedades en aras de su reestructuración no alteren o modifiquen la situación de las estructuras de representación.

Lo que no se hace en la reforma es adecuar a esta nueva regulación la legislación relativa a infracciones y sanciones en el orden social, como sí se hizo con los derechos de información y consulta relativos a la constitución de la Sociedad Europea, a través de la disposición final primera.

### **3.5. El empleo y derechos informativos de los trabajadores en la reestructuración societaria por cesión global de activos.**

En cambio, sí se vuelve a hacer referencia a los derechos e intereses de los trabajadores, tanto con relación al empleo como a la información sobre el proceso de toma de estas decisiones de reestructuración, en relación con una figura relativamente novedosa, como es la cesión global de activos –y pasivos–<sup>12</sup>. Conforme al artículo 81 de la Ley 3/2009, una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, bien a uno o a varios socios o bien a terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente se extinguirá si la referida contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación de cada socio deberá respetar el régimen aplicable a la cuota de liquidación –art. 81.2–.

La importancia de esta figura, objeto de gran atención en la doctrina mercantilista, está en el actual cambio de consideración de la misma. Si tradicionalmente se ha visto como un instrumento directamente orientado a la liquidación de la sociedad, hoy se revela como un instrumento de reestructuración societaria y, por tanto, como una vía más de transmisión de empresa. De ahí, la relevancia para el análisis laboral.

Se contemplan tres supuestos específicos:

- a) La cesión plural. Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio cedida «habrá de constituir una unidad económica» –art. 82–.

<sup>12</sup> Vid. NOVAL PATO, J. *La cesión global de activo y pasivo desde una perspectiva laboral y fiscal*. Cuadernos Mercantiles. Edersa. 2005.

- b) Cesión global por sociedades en liquidación. Las sociedades en liquidación podrán ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no se hubiera dado inicio a la distribución del patrimonio entre los socios –art. 83–.
- c) Cesión global internacional. Cuando la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios fueran de distinta nacionalidad, la cesión global de activo y pasivo se registrará por lo establecido en sus respectivas «leyes personales». En las sociedades anónimas europeas se estará al régimen aplicable en cada caso –art. 84–.

Los instrumentos, como en el caso de la fusión, para articularla son tanto el Proyecto de Cesión como el Acuerdo. Pues bien, dos son las referencias realizadas. La primera está contenida en el artículo 85.1.5 de la Ley 3/2009, conforme al cual, los administradores de la sociedad habrán de redactar y suscribir un proyecto de cesión global en cuyo contenido mínimo habrá de figurar la evaluación de las «posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo». La segunda en el artículo 87.2, párrafo 2.º de la ley, conforme al cual, en todo caso, «deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores».

La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global y según los requisitos exigidos para el acuerdo de fusión. El acuerdo de cesión global ha de contar con las debidas garantías de transparencia, para lo que se exige su publicación tanto en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* como en un diario de gran tirada en la provincia del domicilio social. Esta publicación debe dejar clara constancia tanto de la identidad del cesionario o cesionarios como de los derechos que asisten a los socios y a los acreedores –obtener el texto íntegro del acuerdo y, en el caso de los acreedores, tanto de la sociedad cedente como de la cesionaria, el derecho de oponerse, conforme al art. 88.2 de la ley–. Se exime de esa obligación de publicidad general o colectiva cuando el acuerdo ya se haya comunicado «individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquel en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad».

La cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación individualizada, de la fecha del envío al último de los destinatarios –art. 88.1–. Precisamente, dentro de ese período, los acreedores podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y efectos que para la fusión.

### **3.6. Des-localizaciones productivas, derechos de protección de los trabajadores y el régimen de traslado de domicilio social.**

Dentro del referido proceso de internacionalización de los sujetos económicos, una de las claves de la actual política socioeconómica, a la que se dedican importantes fondos comunitarios, estatales y autonómicos, se regula por primera vez en el Derecho español el traslado del domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de

sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados. El fin perseguido es evidente: si la movilidad de todos y cada uno de los factores productivos es una variable a promover en las sociedades globalizadas y sobre todo en espacios integrados económicamente, como la Unión Europea, también lo debe ser la movilidad societaria. Ahora bien, es evidente que este factor al mismo tiempo también se puede revelar una importante amenaza para la estabilidad de las economías de ciertos países y, por lo que, aquí más importa, para el empleo, en la medida en que esta mayor facilidad para la movilidad societaria también se presta a la instrumentación al servicio de las «des-localizaciones productivas».

Estos efectos desviados aparecen hoy tan temidos, hasta el punto de producir auténticos espectáculos bochornosos –como los viajes de presidentes autonómicos a los lugares donde tienen el domicilio social la matriz para rendir pleitesía, y prometer cantidades ingentes de dinero público si tienen a bien mantener sus centros en sus territorios–, como inevitables en el actual modelo de crecimiento económico que, como el nuestro, apuesta más por la instalación de multinacionales que por crear un tejido empresarial propio y de alto valor como expresión de desarrollo local sostenible. En última instancia, no puede ignorarse que esta movilidad empresarial es inherente al principio mismo que sustenta la economía de mercado: el libre comercio. La libertad lleva tanto a la des-localización como a la «re-localización» de actividades, de modo que las empresas se desplazarían allí donde las condiciones de producción son más ventajosas, incluyendo especialmente el precio de la mano de obra, así como también la mejor oferta de «regalo» de recursos públicos, en diversas formas –desgravaciones en el plano fiscal, ayudas directas...–.

Como era de esperar, el régimen societario expresa una normativa de favor hacia la misma y en nada repara en estos usos conflictivos. El traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español se regirán por lo dispuesto en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España y en el Título V de la Ley 3/2009, sin perjuicio de lo establecido para la Sociedad Anónima Europea. Sólo podrá realizarse si –art. 93–:

- El Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica societaria.
- Que no se encuentre ni en liquidación ni en concurso de acreedores.

En esta dirección, sigue la pauta iniciada por el Reglamento CE número 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (art. 8) y, en el Derecho interno, por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

No obstante, alguna atención reserva o deja para la protección de los derechos de los trabajadores, si quiera sea en términos solo de cláusulas de cautela en torno a la necesidad de ponderar en todo momento las garantías de protección de los derechos de los trabajadores, en los mismos términos, eso sí, que los propios de los socios y demás acreedores. En este sentido, conforme al artícu-

lo 95.2 de la ley, también el Proyecto de traslado internacional del domicilio social –arts. 92 y ss.–, ya sea desde España al extranjero o desde este a España, ha de incluir en sus menciones mínimas:

**«Los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores».**

Asimismo, los administradores tienen el deber de elaborar «un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores» –art. 96–. Obsérvese que unas veces la Ley 3/2009 habla de «representantes de los trabajadores» y en otras, como en este caso, de «trabajadores», diferenciando los sujetos destinatarios de los derechos que reconoce.

### **3.7. Las reestructuraciones societarias y la transmisión de empresa: ¿una referencia legal tautológica?**

Es un auténtico tópico de los estudios jurídico-laborales la conexión entre las operaciones de reestructuración societaria y la transmisión empresarial, en la medida en que el régimen del artículo 44 de la LET resulta continuamente llamado a aplicarse en la práctica totalidad de estas situaciones, en especial en las relativas a la fusión, la escisión y la segregación, no así en el simple supuesto de «transformación», porque no hay cambio de empresario sino de forma jurídica, y más controvertidamente en el caso de la «cesión global de activos». Esta conexión no ha pasado desapercibida para el legislador societario que, no por casualidad, la primera disposición adicional la dedica, como se ha visto, a incluir una *cláusula de remisión formal* a la regulación estatutaria de la transmisión de empresa en los casos de reestructuración jurídico-societaria que contempla la Ley 3/2009, eso sí, siempre que se den sus presupuestos aplicativos.

Es evidente que la primera reacción del jurista del trabajo es criticar esta regla por su tautología, pues es más que evidente que la norma societaria no iba a derogar la regulación laboral relativa a la transmisión de empresa, debiendo respetar en todo caso sus principios, presupuestos y reglas aplicativos. Ahora bien, dado que debe estar prohibida toda interpretación que reduce al absurdo una disposición legal –esta tiene buena parte de los «boletos» comprados para llegar a esta conclusión–, es posible preguntarse qué ha querido decir realmente esta disposición extravagante. Pues bien, y sin entrar ahora en un análisis más pormenorizado, entiendo que no es tan inútil o baladí como parece a primera vista esta regla remisoria, sino que hay que entender que se está produciendo un aval legislativo, aun en sede societaria, a una aplicación en términos más amplios o expansivos del régimen laboral a los supuestos o formas de llevar a cabo las reestructuraciones societarias, de modo que incluso en aquellos casos donde la autonomía organizativa no quede suficientemente acreditada pueda ser de aplicación el régimen de subrogación empresarial.

A estos efectos, quizás no fuese excesivo enlazar esta disposición con la evolución de la propia jurisprudencia comunitaria en esta materia y su proceso de clara apertura. Así, como se conoce, recientemente habría entendido que existe esta situación aun en situaciones en las que, conforme a

la jurisprudencia tradicional de los Estados nacionales, lo transmitido no conserve autonomía organizativa, porque los trabajadores mantenidos fueron integrados en diferentes departamentos y, además, las tareas transferidas ahora se realizan en el marco de otra estructura organizativa con la que no guarda identidad. Para ello se hace una interpretación tuitiva.

Así, la jurisprudencia del TJCE, primando el objetivo perseguido por la Directiva 2001/23/CE, que es garantizar una protección efectiva de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión, no acepta la concepción de la identidad de la entidad económica basada únicamente en el factor relativo a la autonomía organizativa. En efecto, dicha concepción implicaría inaplicar la Directiva a la parte de empresa o del centro de actividad por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver dicha parte de la empresa o del centro de actividad adquirido e integrarlo en su propia estructura, privando de ese modo a los trabajadores de la protección que les da la normativa comunitaria. En este sentido, es necesario promover una lectura que permita una permanente adaptación de su regulación a la realidad económica de hoy, que arroja una ampliación de las situaciones en que estaríamos ante cesiones reales de empresa, si bien bajo coberturas jurídico-contractuales muy diferentes, en especial en el marco de procesos de reestructuración y reorganización empresarial.

En lo que respecta precisamente al factor relativo a la organización, si bien el TJCE ha venido declarando que tal aspecto contribuye a definir la identidad de una entidad económica<sup>13</sup>, también ha estimado que no cualquier modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida impide la aplicación de la Directiva 2001/23 (STJCE de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, C-458/05, apartado 36). Lo realmente relevante, entiende el TJCE, para aplicar esta normativa, es constatar el mantenimiento de un vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diversos factores productivos transmitidos, de modo que permita al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente y tenga que introducir modificaciones organizativas (STJCE de 12 de febrero 2009, caso Klarenberg, asunto C-466/07).

#### **4. LAS REESTRUCTURACIONES POSCRISIS: EL ALCANCE DE LA «REFORMA CONCURSAL» EN EL EMPLEO Y EN LOS DERECHOS LABORALES**

##### **4.1. Planteamiento general de la reforma urgente y parcial de los procedimientos de concurso de acreedores.**

La actual etapa de crisis económica ha disparado el número de concursos de acreedores en nuestro país, tradicionalmente muy poco proclive a recurrir a esta institución para hacer frente a las situaciones de insolvencia empresarial –y también y cada vez más, familiar–. Sin ninguna duda este

<sup>13</sup> SSTJCE de 11 de marzo de 1997, caso Süzen, C-13/95, apartado 15; 2 de diciembre de 1999, Allen y otros, C-234/98, apartado 27; 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175/99, apartado 53, y de 25 de enero de 2001, Liikenne, C-172/99, apartado 34.

aumento no solo se debe a factores de tipo objetivo, relativo a la multiplicación de las dificultades para hacer frente al pago de las deudas, sino también a un claro intento o a una deliberada voluntad por buena parte de los deudores, en especial empresariales, de limitar de modo significativo sus responsabilidades ante la crisis de empresa. En este sentido, son todavía bastantes menos los empresarios con una insolvencia actual, o en riesgo de situarse en ella, que acuden al concurso con la convicción, tan largamente esperada por los mercantilistas, de que tal procedimiento de gestión colectiva de situaciones de insolvencia no represente necesariamente reconocer el fracaso de la capacidad de gestión, abocando de modo irremediable a la liquidación, sino una nueva oportunidad para reestructurar, reorganizar y reflotar el negocio, de modo que, con las debidas medidas acordadas, se pueda seguir con la actividad económica.

La experiencia de estos cinco años de Ley Concursal ha evidenciado que la nueva regulación ha sido, a tales fines, un gran fiasco y que, por tanto, era necesaria una gran reforma de la institución. De una parte, este instrumento sigue siendo, en términos relativos, de limitado, cuando no escaso uso –pese a multiplicarse hoy el recurso a los mismos, hasta el punto de colapsar los recientemente creados Juzgados de lo Mercantil y exigir crear muchos más–, por continuar siendo visto por deudores y, sobre todo, por acreedores, como vía ineficaz, o menos satisfactoria que otros «mecanismos de solución alternativos» para afrontar los problemas de satisfacción del crédito<sup>14</sup>. Una vez más la diferencia entre la «España oficial» y la «España real», entre la realidad de la práctica y las instituciones jurídico-formales. Sino que, cuando se da el paso para acudir a él.

De otra, cuando se decide dar el paso adelante y acudir a la declaración del concurso, el calvario procedimental y las prácticas leoninas de todos, incluidos los profesionales de la gestión del mismo –los administradores concursales–, que ven en ello pingües oportunidades de negocio, emergen por doquier. El procedimiento no solo llega muy tarde, demasiado, sino que va muy lento, en extremo, resulta muy costoso, en exceso, y tiene ya un final anunciado, la liquidación del patrimonio, que además está aún más degradado que cuando empezó. No se trata de una pura especulación de quien suscribe este trabajo sino pura constatación científica, que resulta fácilmente acreditable en el plano empírico, a la luz de los datos estadísticos, si bien el problema es más que cuantitativo, como se verá y ha comprendido el legislador de la reforma, aunque no haya adoptado la reflexión y el camino más adecuado, como suele suceder con las legislaciones urgentes, improvisadas y parciales –más bien «parcheadas»–.

En primer lugar, el dato estadístico revela el elevado grado de insatisfacción de los acreedores ordinarios, no tanto de los privilegiados, por lo que quebraría por su eje el mismo sentido de todo concurso, pues es evidente que los acreedores privilegiados ya tienen otros mecanismos, por lo general, para dar satisfacción a sus créditos. En segundo lugar, sigue tratándose de un procedimiento muy costoso, tanto en tiempo como en dinero, por lo que quebraría con otros dos objetivos básicos de

<sup>14</sup> Sea por la vía drástica de la desaparición de hecho de las empresas, que no es solución sino un grave problema; sea a través de *acuerdos extrajudiciales* con los acreedores, que han quedado en gran medida extramuros de la Ley Concursal; sea a través de financiación –pública o privada– no siempre transparente; sea mediante *reclamaciones de responsabilidad a los administradores* de sociedades mercantiles; sea, en algunos pocos casos, mediante liquidaciones de algunos bienes; mediante recapitalizaciones societarias, e incluso la liquidación voluntaria de la sociedad, que había venido duplicando el número de concursos, si bien esta última tiene escaso seguimiento por su elevado coste fiscal.

cualquier concurso: celeridad a la hora de hacer frente a la crisis y eficiencia económica, pues se está ante una situación crítica, por tanto no es el momento para más gastos que no son «productivos».

En tercer lugar, y como ya advertimos al comentar la Ley Concursal en el inicio mismo de su vigencia, lejos de reducirse se ha consolidado, e incluso crecido, el número de procedimientos que terminan en liquidación –más del 90%–, por lo que cualquiera que sea la posición defendida en torno al objetivo primario del concurso, si la conservación de la empresa o su liquidación para el pago de los créditos, lo cierto es que la liquidación domina claramente la solución conservadora. Qué duda cabe de que el concurso debe ser un instrumento depurador, por tanto en ningún caso neutral –como se sostiene por un importante sector doctrinal–, de modo que ayude a mantener las empresas que resultan razonablemente viables, al tiempo que promueve la eliminación del mercado de las empresas que no lo son, y sin perjuicio de los sistemas de protección del empleo –derechos de recolocación– y de la capacidad de renta y consumo –derechos de prestaciones de desempleo– a quienes se ven obligados a perder su puesto de trabajo en tales situaciones irreversibles.

De este modo, existe un consenso bastante difundido en torno al fracaso de la Ley Concursal, con la frustración de las muchas expectativas puestas en esta regulación. A mi juicio, ni tan siquiera la llamada función punitiva, represora o sancionadora «por culpa de» la «responsabilidad concursal» de los administradores ha desplegado el efecto buscado y esperado, aunque al respecto existen posiciones más contrastantes. Esta herramienta hubiera debido constituir un elemento básico del concurso en la medida en que se presenta como un incentivo para una activación temprana: tanto por los administradores de sociedades, a fin de que lo instasen antes de que la situación patrimonial fuese irreversible, como de los acreedores, a fin de albergar una mayor esperanza sobre la posibilidad de contar con «patrimonios responsables».

En definitiva, se trata de una reforma de urgencia y limitada, que pretende dar apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, corrigiendo ciertas deficiencias procesales y sustantivas que están dificultando alcanzar los objetivos de la institución. No lo digo yo, lo dice el propio legislador de reforma. El punto de partida de la reforma concursal se situaría en el cambio de ambiente o de «entorno económico». El impacto de la «crisis financiera» internacional en las empresas, la llamada «economía real», habría dejado al desnudo las deficiencias de buena parte de su regulación. De este modo, aunque no es inusual que un legislador deje en clara evidencia a otro, máxime si son de «colores políticos» diferentes, el Gobierno actual hace una profunda crítica de la regulación precedente, pese a presentarse esta como todo un hito en el Derecho Concursal español e internacional, desplazando leyes que contaban con décadas de historia y a la que se quería dar un digno entierro, pero sepultura al fin y al cabo.

Como no deja de ser llamativo –más allá de salir quemada en la «fugacidad del tiempo» y en la «insoportable levedad» del ser– que una legislación llamada a resolver solo situaciones de crisis económica empresarial haga aguas, precisamente, cuando surgen esas crisis, lo que resulta casi inconcebible tanta falta de previsión de esta normativa. Una normativa que, como se sabe, fue objeto de profunda crítica por parte de los juristas del trabajo, que apenas participaron en su trámite. En este caso, y a diferencia de lo que hemos visto en relación con los derechos de participación en las empresas de estructura comunitaria, es un claro ejemplo de disonancia, o falta de diálogo, entre Derecho

del Trabajo y Derecho Mercantil, no obstante el proceso de depuración y corrección posterior que llevaría incluso a fórmulas transaccionales mediante la creación de un juez mercantil que, en esta materia, habría de aplicar legislación laboral.

Se trata de una reforma parcial pero muy significativa, lo que plantea el problema, una vez más, de la incoherencia de una reforma que pese a no ser menor se hace de manera altamente inarmónica. Muchas de las modificaciones realizadas habían sido sugeridas antes incluso de la promulgación de la ley <sup>15</sup>, y reclamadas en las múltiples resoluciones judiciales dictadas desde su entrada en vigor.

Como digo, el legislador es consciente de la inadecuación global de la normativa, que tiene como punto de partida la liquidación de la empresa para pagar a los acreedores en vez de promover su conservación, reestructurada claro está, a fin de garantizar mayor volumen de empleo y un pago, a medio plazo, más eficaz para todos los acreedores. Pero como en un momento de profunda crisis y de premura de soluciones no sería aconsejable hacer reformas profundas, considera el legislador que es preferible ahora aplazar una revisión «en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis», para primar, en este momento, una reforma parcial y selectiva, afectando tan solo a «los aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente». De ahí, que las modificaciones contenidas en el Decreto-Ley pretendan intentar corregir algunas de las principales deficiencias ya detectadas por los analistas casi al inicio mismo de la vigencia de la Ley Concursal y que son básicamente las tres siguientes:

- a) Promueve la liquidación de la empresa en vez de su salvamento, a través de un plan eficaz, eficiente y sostenible de reestructuración y explotación. Por lo tanto, ahora se pretende modificar aquellos aspectos que puedan, en cambio, facilitar la *refinanciación de las empresas* que sufran dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia.

En suma, se busca generar incentivos para evitar el concurso –gestión preventiva–, mediante la facilitación del refinanciamiento de las empresas a través de acuerdos de implicación en el proyecto de reestructuración para el saneamiento de sus acreedores. No obstante, como también se verá, no conviene hacerse muchas ilusiones. Al tiempo que se promueve la búsqueda de «acuerdos de refinanciación», en el marco siempre de un «plan de viabilidad», se reconoce la posibilidad de acceder de modo anticipado, lo que no sucedía antes, a la fase de liquidación –nuevo art. 142 bis LC–.

Se estimulan las operaciones de refinanciación a favor de empresas en dificultades y que resulten viables. Ante el riesgo de que las refinanciaciones acordadas antes de que las empresas sean declaradas en concurso puedan ser rescindidas una vez iniciado este, la reforma incluye un aumento de las garantías a favor de las entidades refinanciadoras, centradas en la no rescindibilidad de las operaciones no fraudulentas derivadas de estos acuerdos y en la

<sup>15</sup> Vid. ROJO, E. «La reforma del Derecho Concursal español», en ROJO, E. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid. Marcial Pons/Registradores de España. 2003, págs. 87-130.

restricción de la legitimación para impugnar tales operaciones. Estas garantías se condicionan a que la refinanciación cuente con el respaldo de 3/5 de los acreedores, un plan de viabilidad avalado por un informe independiente y formalización en documento público.

- b) Se trataba de un procedimiento extremadamente complejo que ni facilitaba su gestión ni, lo que es peor, permitía una tramitación a costes asumibles por los empresarios, lo que se revela como una exigencia fundamental para momentos caracterizados precisamente por la falta de liquidez económica o los problemas financieros –situaciones económicas negativas–. Por eso, la reforma pretende modificar aquellos aspectos que más ayuden a *agilizar los trámites procesales*, no ya solo para darle mayor flexibilidad y eficacia al procedimiento de gestión colectiva de la crisis económico-financiera de la empresa, sino también, y sobre todo, para reducir sus costes –razones de eficiencia económica–.

En definitiva, se busca una regulación que permita a los sujetos económicos contar con un procedimiento de gestión colectiva de las necesarias reestructuraciones de la empresa en situaciones de concurso menos costoso y más ágil y eficiente.

- c) Se dejaba en un segundo plano los derechos e intereses socioeconómicos de los trabajadores, perdidos en el mar de la «masa de acreedores» y privados ya de su precedente posición legal de preferencia, para muchos «privilegio», en procesos de ejecución separada. Por eso, ahora se intenta *mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas* que se vean afectados por procedimientos colectivos. No obstante, como se verá, este es, con mucha diferencia, el objetivo menos logrado, porque realmente es el menos buscado, de esta reforma provisional y un tanto, todo hay que decirlo, deslavazada, sin duda por su improvisación y premura, aunque también porque no es el fin de la protección específica de los derechos e intereses de los trabajadores el que ha marcado este movimiento reformador.

Las medidas adoptadas en materia concursal revisten una complejidad técnica extrema, máxime, como advierte el legislador, si se tiene en cuenta que se ha querido dar la máxima eficacia temporal a estas reformas. A tal fin el legislador ha querido darle aplicación «sin demora a múltiples procesos judiciales en curso, caracterizados por la presencia de numerosas partes procesales, y respecto de acuerdos financieros alcanzados entre las partes bajo la autonomía de su voluntad».

En estas circunstancias es evidente que entran en juego diferentes imperativos cuya conciliación es obligada, pues el principio constitucional de seguridad jurídica, que precisan los agentes económicos para la adopción de decisiones económicas tan relevantes como las concernidas en los procesos concursales, debe hacerse compatible con el principio de eficacia de las soluciones a adoptar, de modo que puedan beneficiarse las empresas «de inmediato de las posibilidades que se les abren con la entrada en vigor de la presente norma» y que, precisamente, justificaría que se haga mediante real decreto-ley. Ahora bien, que esta conciliación sea obligada en absoluto la hace fácil de alcanzar, como prueba el complicado régimen transitorio establecido en el Real Decreto-Ley 3/2009, de modo que cada medida de reforma adopta, a estos efectos, una solución diferente, entrando en vigor en momentos distintos, por lo que en unos casos se aplican a los concursos en trámite y en otros no.

## 4.2. Las medidas de reforma urgente del concurso de acreedores: un cuadro global de una reforma inarmónica.

Como en el caso anterior vamos a realizar un comentario ordenado de todas las medidas de reforma. Pero primero entiendo útil presentar el catálogo global.

En este sentido, aunque para su ordenación y mejor comprensión seguiremos las líneas a perseguir según confiesa el legislador, de modo que ubicaremos las principales medidas de reforma parcial de la Ley Concursal en atención al objetivo que persigue primariamente, dentro de los tres indicados en el apartado anterior, ahora ofrezco un cuadro o mapa completo de las instituciones afectadas. De este modo, el lector podrá hacerse una imagen más gráfica del sentido y alcance de la reforma, al tiempo que se evidencia la cierta falta de coherencia que preside esta reforma, que busca afectar a puntos concretos de la regulación, los que se han revelado más ineficaces y, por lo tanto, exigen una intervención más perentoria.

Con carácter general, puede recordarse que las materias afectadas por esta reforma son básicamente las siguientes –«núcleos temáticos afectados» o aspectos del complejo entramado–:

- a) Las *reglas de publicidad del concurso* –art. 6, disps. adics. 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> y disp. trans. 2.<sup>a</sup> RDL 3/2009–, a fin de facilitar su tramitación y difusión y, sobre todo, reducir sus más que elevados costes.
- b) Reglas relativas a la *administración concursal*, sobre todo de las relativas a la retribución de los administradores –art. 7, disp. adic. 2.<sup>a</sup> y disp. trans. 3.<sup>a</sup> RDL 3/2009–.
- c) Reglas relativas a la *protección de interés del concurso*, en especial a través de acciones de *reintegración de la masa* del concurso, el fomento de «acuerdos de refinanciación» –art. 8, disp. adic. 1.<sup>a</sup> y disp. trans. 4.<sup>a</sup>– y clarificación de ciertas materias sobre «reconocimiento y subordinación de créditos» –art. 9 y disp. trans. 5.<sup>a</sup> RDL 3/2009–.
- d) Reglas relativas a la *agilización de las dos fases de solución posible para el concurso*, tanto la «fase de convenio», a fin de facilitar su gestión, en especial la anticipada, así como agilizar su tramitación en caso de concursos con una gran cantidad de acreedores, incorporando incluso su tramitación escrita –art. 10 y disp. trans. 6.<sup>a</sup>–, cuanto de la «fase de liquidación», también incorporando la posibilidad de una gestión anticipada –art. 11 y disp. trans. 7.<sup>a</sup>–.
- e) Relativas a las «normas procesales», cuya razón de ser principal es, como se verá, la anticipación y simplificación del procedimiento concursal –art. 12 y disp. trans. 8.<sup>a</sup> RDL 3/2009–, y solo marginalmente una mayor atención a los intereses tanto de mantenimiento del empleo como de protección de los derechos de los trabajadores –modificación por el art. 12 del RDL del art. 64.3 LC–.

### 4.3. Las reformas orientadas a agilizar, simplificar y abaratar el concurso de acreedores.

Ya hemos dicho que uno de los principales fracasos de la legislación concursal es que no solo resulta de ejecución lenta, sino también muy costosa, con lo que deja de ser atractivo para un buen número de deudores, en especial para las PYMES. Las principales medidas de reforma van dirigidas a la *agilización, simplificación y abaratamiento del proceso de concurso*. Así, en esta línea de reforma destaca:

#### 4.3.1. Medidas de facilitación, adelantamiento y mejora de la publicidad de los trámites del procedimiento de concurso.

Entre estas medidas cabe destacar:

a) Las que aceleran y simplifican el trámite de publicidad de la declaración del concurso, reduciendo al mismo tiempo su coste.

A tal fin, encontramos diferentes reformas de cierto calado. En primer lugar, se impulsan las nuevas tecnologías informáticas para facilitar la publicidad del concurso sin poner en riesgo la seguridad e integridad de las comunicaciones. En este sentido, el carácter potestativo que tenía este recurso en la anterior redacción del artículo 23.1 párrafo primero de la Ley Concursal, ahora se torna obligatorio, de modo que la publicidad de la declaración del concurso y demás trámites del procedimiento deberá realizarse, siempre que eso sea posible, por medios telemáticos, informáticos y electrónicos. A tal fin se modifica la redacción de los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal para incluir esta preferencia por la gestión telemática del procedimiento. Es evidente que con las actuales limitaciones de la «Administración de Justicia» este fin es más un deseo pío que una realidad, por lo que se prevé la creación de un *Registro Público Concursal* articulado a través de un «Portal de Internet», a cargo, otro más, del Ministerio de Justicia –disp. adic. tercera RDL 3/2009; art. 198 LC–.

Una vez más la promesa de la «administración informática» deslumbra al legislador y se convierte en una opción para mejorar la publicidad y difusión públicas de este procedimiento. El régimen de publicidad de los artículos 23 y 24 se convierten, de este modo, en la referencia para los más diversos trámites. Este es el sentido de la nueva redacción del párrafo 2.º del apartado 4 del artículo 40 de la Ley Concursal –publicidad del cambio de situaciones de intervención o de suspensión de la administración concursal–.

En segundo lugar, y quizás más relevante, por ser más creíble y práctico, se reduce el número de «periódicos» en los que debe hacerse constar el «extracto» de la declaración de concurso. En efecto, en la regulación anterior, además de emitir ese deseo de promover la gestión informática de la tramitación del proceso concursal, que a día de hoy aparece más bien como un brindis al sol, exigía que la declaración del concurso fuera publicada en un periódico, tanto en el oficial –BOE–, como en medios de prensa escrita de especial difusión en el lugar en el que el deudor tuviese par-

titular implantación –en un periódico de difusión importante en la provincia donde tenga el domicilio social y en otro de tirada amplia en la provincia donde centre su actividad–. Pues bien, la nueva regulación reduce a un solo medio la publicación de ese trámite, limitándolo al periódico oficial –BOE–.

Al mismo tiempo, y tras ratificar que la publicación deberá hacerse «con la mayor urgencia» –la expresión es la misma que en la redacción anterior–, simplifica el contenido de esta publicación, en la medida en que tan solo exige que se trate de un «extracto» al que le atribuye un contenido mínimo de datos, los indispensables para identificar los datos básicos del concurso<sup>16</sup>. En el texto anterior este contenido se dejaba abierto, pues se expresaba que el anuncio al respecto debería tener «los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él».

La tercera novedad, y sin duda la más importante, en esta regulación relativa a la publicidad de la declaración del concurso es su «gratuidad». Una crítica extendida a la anterior regulación se centraba en el elevado coste que suponía, sobre todo para las empresas de dimensiones más reducidas, hacer frente al pago de la publicación de estos anuncios.

Por su parte, y en esta misma lógica de desplazar a las arcas públicas los costes de acceso a la publicidad de las resoluciones relevantes en materia de concurso, el artículo 198 de la Ley Concursal, relativo al Registro Concursal hace igual mención al carácter gratuito del mismo a través del acceso al Portal de Internet previsto en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 3/2009 que comentamos. Por ello, aquel precepto, que sigue remitiendo a un desarrollo por norma reglamentaria que a día de hoy no se ha producido, recibe nueva redacción.

b) En paralelo, y de forma coherente con las reformas comentadas, se lleva a cabo otro grupo de modificaciones orientadas a anticipar las fechas para iniciar el cómputo –*día a quo*– de los plazos concedidos para ejercitar ciertas acciones por parte de *los sujetos legitimados para ello* y que se vinculan a la publicación de resoluciones judiciales relativas a la tramitación del concurso

Así sucede, de un lado, respecto de las cuestiones de competencia, por parte de los sujetos legitimados distintos a la figura del deudor, en relación a la declaración del concurso, en especial de la «cuestión de competencia territorial por declinatoria», prevista en el artículo 12.1 de la Ley Concursal. En este caso, se modifica el *día a quo* para el cómputo del plazo de 10 días dado para ellos. En efecto, si con anterioridad a la reforma este plazo para formular tal cuestión contaba desde «*la última de las publicaciones ordenadas en el apartado 1 del artículo 23*» de la Ley Concursal –publicación en el BOE, en un diario de los de mayor difusión en la provincia en la que la empresa tenga el centro de sus principales intereses y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio–, ahora se sitúa en la fecha de «publicación ordenada *en el párrafo segundo* del apartado 1 del artículo 23» de la Ley Concursal, esto es, como hemos visto, desde la publicación en el BOE.

<sup>16</sup> Conforme al segundo párrafo del apartado 1 del artículo 23 de la Ley Concursal el «extracto de la declaración del concurso... contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de Autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso».

De otro lado, y respecto de la acción concedida al acreedor para exigir del juez que declare el eventual incumplimiento del convenio de acreedores en lo que le afecte, la nueva redacción del artículo 140.1 de la Ley Concursal sitúa el *día a quo* o momento de inicio del cómputo del plazo de dos meses que reconoce para ejercitar la acción, pasados los cuales se entenderá caducada la misma, en la fecha la de «publicación del auto de cumplimiento». Este auto se dictará y publicará conforme a las condiciones previstas en el artículo 139 de la Ley Concursal, que no es modificado de modo directo. En el texto anterior del artículo 140.1 de la Ley Concursal, y en coherencia con el régimen de publicidad algo más complejo y dilatado, que multiplicaba las publicaciones a realizar, la referencia para el cómputo del plazo era la fecha de «la *última de las publicaciones* del auto de cumplimiento...» que, ahora, se quieren reducir, en los términos ya indicados.

Finalmente, la misma razón explica la modificación del artículo 175.2 de la Ley Concursal, relativo al cómputo del plazo de los 15 días dados para la personación como partes en la «sección de calificación» en caso de intervención administrativa que comporten la liquidación de una entidad sin declarar el concurso. El día inicial de cómputo ahora se sitúa en la fecha de publicación del «auto» que acuerda la formación de una sección autónoma de calificación, y no, como sucedía antes, en la «última publicación» de aquel auto, que conforme al artículo 174.2 de la Ley Concursal tiene la misma publicidad que la resolución judicial de apertura de la liquidación.

#### *4.3.2. Reformas dirigidas a fijar límites máximos y mínimos a la retribución de los administradores que intervienen en el procedimiento concursal, así como a precisar su régimen de responsabilidades –art. 7 LC–.*

El artículo 7 del Real Decreto-Ley 3/2009 lleva a cabo diferentes ajustes normativos, más que modificaciones propiamente dichas, de muy desigual calado, en el régimen de la administración concursal, otro de los aspectos clave del entero procedimiento de gestión colectiva de la insolvencia. Sin duda, la cuestión más relevante es la relativa a la retribución de los administradores concursales, que en la práctica ha venido dando lugar a múltiples problemas. Desde una aproximación general, los cambios tienen que ver con dos aspectos básicos.

El primero relativo al *régimen de responsabilidades e incompatibilidades* de los administradores. En esta senda, ha de incluirse, de un lado, y de modo principal, la reforma del artículo 27.4 de la Ley Concursal, respecto de la designación como administrador concursal de funcionarios. El cambio tiene por objeto incluir un inciso final en aquel apartado, omitido en la redacción del texto anterior a la reforma, aunque entiendo que se presuponía por remisión tácita, a través del cual se precisa que tales administradores públicos han de quedar sujetos a un «régimen de responsabilidad específico», el de la «legislación administrativa». De otro, las modificaciones del artículo 83 de la Ley Concursal, al que se añade un nuevo apartado 2 –pasando el actual apartado 2 a ser el 3, pero cuyo contenido sigue siendo el mismo ahora–. Ciertamente, este precepto no regula la actividad propia de los administradores del concurso, sino la facultad que se les concede para hacerse asesorar por un «experto independiente» a fin de valorar los bienes y derechos, así como la viabilidad de las acciones de reintegración de la masa, según dispone el artículo 82 de la Ley Concursal. La novedad de la reforma está

en extender también a estos expertos el régimen previsto para los administradores concursales respecto de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad.

Asimismo, entiendo que ha de incluirse en este grupo de reformas la operada en el artículo 28 de la Ley Concursal –incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones–, al que se le incluye un nuevo apartado, el 6, en lo que tiene que ver con el régimen de incompatibilidades de los administradores, aunque este cambio se haga en el artículo 8 del real decreto-ley, por vincularse a otra novedad de gran calado de la Ley Concursal, los «acuerdos de refinanciación» de la empresa concursada. Conforme a este nuevo apartado, se prohíbe nombrar como administrador concursal a quien, como experto independiente, hubiera emitido el Informe previsto en la nueva disposición adicional 4.<sup>a</sup> relativo al acuerdo de refinanciación. En este caso, se trata, pues, de una reforma lógica, de todo punto necesaria para dar coherencia a la regulación del régimen de incompatibilidades con esta relevante novedad del real decreto-ley de reforma de la Ley Concursal.

Finalmente, mucho menor me parece la reforma del artículo 184.5 de la Ley Concursal, relativo tanto a facilitar la audiencia del administrador, eximiéndole de comparecencia en forma –lo que no se modifica– cuanto a integrar en la función letrada en la tarea del jurista que integra la administración del concurso, pues solo supone cubrir una laguna de la redacción anterior. En efecto, antes de la reforma solo se hacía referencia expresa a la inclusión de los «recursos» suscitados en el concurso dentro de la actividad del letrado que forma parte de la administración, sin hacer referencia de manera expresa a los «incidentes» concursales. Ahora se precisa que también la dirección técnica de estos incidentes se incorpora a las funciones del letrado. No obstante, entiendo que se trata de corregir una simple deficiencia técnica, pues es claro que la referencia en el inciso anterior de ese mismo apartado a recursos e incidentes permitía concluir de modo sencillo que el fin de la norma era integrar en la función jurídica ambos tipos de actuaciones.

Pero sin ningún género de duda, lo más relevante de la reforma tiene que ver con el régimen retributivo de la administración concursal. Aunque la reforma mantiene el sistema de pago mediante arancel, que ha de aprobarse reglamentariamente y que será variable atendiendo a diferentes circunstancias, introduce algunos cambios de gran calado para hacer frente a las deficiencias, y también a las malas prácticas, que se habrían detectado en estos cinco años de aplicación de la Ley Concursal. En esta revisión del régimen retributivo destaca:

- c) La voluntad de establecer limitaciones a las retribuciones.
- d) La creación de un mecanismo que asegure una percepción mínima a los administradores de empresas concursadas sin suficientes fondos.
- e) El pago de los informes de expertos deberá hacerse con cargo a la retribución de los administradores judiciales, y no con cargo a la masa, como sucedía.

La primera modificación en esta materia tiene que ver con el mayor detalle de estas circunstancias. Si en la regulación anterior tan solo se hacía referencia a dos criterios, «la cuantía del activo y del pasivo», y «la previsible complejidad del concurso», la nueva mantiene ambos criterios pero

les añade otros dos: «el carácter ordinario o abreviado del procedimiento», de un lado, y la «acumulación de concursos», de otro.

La segunda modificación tiene que ver con las reglas que especifica la Ley Concursal para fijar, por vía reglamentaria, el arancel. En este sentido, además de una reordenación de su texto, que ahora se clarifica notablemente y resulta más comprensible, introduce un criterio de limitación retributiva, lo que no sucedía en la regulación anterior. Así, la Ley Concursal fija cuatro reglas básicas para la retribución por arancel:

- *Exclusividad.* Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel. Esta regla es una novedad respecto del texto anterior.
- *Identidad.* La participación en la retribución será idéntica para los administradores concursales que tengan la condición de profesionales y de doble cuantía que la del administrador concursal acreedor cuando se trate de persona natural y no designe profesional que actúe en su representación conforme a lo previsto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 27. Esta regla se mantiene exactamente igual que en el texto reformado.
- *Limitación.* La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso. Esta previsión no estaba en la redacción del texto precedente.
- *Efectividad.* En los concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una «cuenta de garantía arancelaria», que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los procedimientos de este tipo en que actúen. La norma reglamentaria habrá de fijar el porcentaje concreto a detraer.

Como puede comprobarse, la reforma concursal no solo ha querido establecer topes máximos a las retribuciones de los administradores del concurso sino también, y en contrapartida, topes o umbrales mínimos. Por tanto, a partir de este nuevo régimen, que ha de esperar al desarrollo reglamentario, aún no producido pese al transcurso de tanto tiempo, tendremos tanto una retribución máxima como mínima. La garantía para hacer frente a esta retribución mínima se fija con la creación de una suerte de Fondo de Garantía Arancelaria a dotar por el conjunto de los administradores, por lo que recuerda en gran medida al «Fondo de Garantía Salarial», salvadas las distancias, porque no existe relación laboral entre la masa y la administración, sino mercantil.

Para dar seriedad, o al menos apariencia, a esta propuesta, la disposición adicional 2.<sup>a</sup> autoriza al Gobierno para que regule los ingresos y pagos de cantidades en metálico que hayan de efectuarse por los Juzgados con competencia en materia mercantil a través de la referida Cuenta de Garantía Arancelaria Concursal. Para ello, tal normativa deberá designar los establecimientos y el procedimiento a través del cual deban realizarse.

De este modo, se quiere evitar tanto el sobrecargar determinados concursos con retribuciones muy elevadas, que dificultan notablemente la superación de la crisis de la empresa porque estas cantidades pesan sobre la masa del concurso –art. 34.1 LC–, cuanto aliviar esta carga en concursos relativos a situaciones más críticas, sin que peligre por ello el derecho a una retribución mínima del administrador que interviene, para no desincentivar la intervención de estos profesionales.

*4.3.3. Supresión del incidente concursal sobre el auto que concede o deniega autorizaciones judiciales –art. 188.3 LC– y del trámite de vista, como regla general, para dictar sentencia incidental – art. 190.4 LC–.*

Entre las «normas procesales» de reforma destinadas a agilizar la tramitación del concurso cabe situar la reforma del artículo 188.3 de la Ley Concursal, a cuyo fin se reduce el ámbito del incidente concursal previsto recogido en el artículo 192 de la Ley Concursal. A este respecto, cabe recordar que, conforme al artículo 188.1 de la Ley Concursal, cuando la ley prevea la necesidad de obtener autorización del juez, o la administración concursal la consideren conveniente, deberá ser solicitada por escrito. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto, dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento y una vez oídas a las partes con interés en esa decisión.

Pues bien, bajo el amparo de la anterior redacción del artículo 188.3 de la Ley Concursal, contra ese auto, concesivo o denegatorio de la autorización, cabría:

- «El recurso de reposición».
- El incidente concursal sobre tal cuestión.

En cambio, con la nueva redacción desaparece el inciso final del precepto, que es el que refería a la opción de poder plantear el incidente concursal. La *vis atractiva* de este trámite procesal es evidente en el artículo 192.1 de la Ley Concursal, en cuanto prevé que todas las cuestiones suscitadas durante el concurso, y que no tengan indicada en la ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. La presentación reviste la forma de demanda y se hace en los términos del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso, hemos de recordar que su presentación no implica necesariamente una dilación en el procedimiento, que es lo que quiere evitar a toda costa la reforma, en la medida en que los incidentes concursales no suspenden el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de las actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte –art. 192 LC–. No se admiten los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad.

El mismo sentido simplificador y acelerador de la tramitación del concurso tiene la eliminación, también respecto de la demanda incidental, del trámite de vista oral para dictar sentencia, *según prevé el nuevo artículo 194.4 LC–, que deja de ser la regla general*. En la originaria redacción de

este precepto, la remisión a la regulación del juicio verbal por la Ley de Enjuiciamiento Civil para tramitar el proceso incidental, una vez contestada la demanda de este tipo o transcurrido el plazo para ello, se hacía sin reservas, por tanto a toda la regulación procesal civil de este tipo de juicio. Ahora, con la reforma, el precepto contiene un inciso, en virtud del cual esa remisión a los trámites del juicio verbal lo es a todos los aspectos «salvo en lo relativo a la celebración de la vista». No obstante, el legislador de la reforma cuida en dejar abierta la vía a incorporar también la vista en el proceso incidental dentro del concurso, lo que se condiciona a «que las partes la hayan solicitado en sus escritos de demanda y contestación, y previa declaración de la pertinencia de los medios de prueba anunciados». En otro caso, el Juez del Concurso procederá a dictar sentencia sin más trámite.

#### 4.3.4. La simplificación del concurso mediante la obligatoriedad y ampliación del ámbito aplicativo del «procedimiento abreviado» (art. 190 LC).

También en el seno de las reformas de las «normas procesales» del concurso orientadas a propiciar su mayor agilidad, simplicidad y, al mismo tiempo, menor coste está la que busca incentivar el recurso al «procedimiento abreviado». Como es sabido, esta modalidad significa reducir los plazos previstos legalmente para el procedimiento de concurso a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, los que, por concurrir razones especiales, el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. La reforma incide en tres aspectos que evidencian la clara voluntad del legislador de incentivar la modalidad abreviada de tramitación respecto de la ordinaria. El primer cambio supone pasar del carácter potestativo de esta modalidad al carácter estrictamente obligatorio cuando se dé el presupuesto requerido por la norma. De este modo, si en la redacción anterior se decía que el «Juez *podrá* aplicar un procedimiento» la actual afirma que «el **juez aplicará** un procedimiento especialmente simplificado» cuando:

- El deudor sea una persona, natural o jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado.
- Y la estimación inicial de su pasivo no supere un determinado umbral.

El segundo cambio tiene que ver, justamente, con este umbral o cantidad máxima. Si en la legislación anterior ese umbral se cifraba en 1.000.000 de euros, en la actual se multiplica por 10, situándose la cantidad en 10.000.000 de euros, lo que significa una extraordinaria ampliación del ámbito aplicativo del procedimiento abreviado, de modo que ahora entrará también la gestión de crisis de empresas de mucha mayor dimensión que las afectadas hasta ahora.

El tercer cambio tiene también que ver con el ya comentado carácter estrictamente obligatorio que quiere ahora darse a la modalidad abreviada. En efecto, en el apartado 2 del artículo 190 de la LC, relativo a la conversión de un procedimiento ordinario en otro abreviado, también se cambia la forma potestativa de la acción – «podrá»– por la imperativa –«ordenará»–, de modo que en cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que concurren los requisitos para el abreviado, el juez del concurso «ordenará, de oficio o a instancia de parte, la conversión al procedimien-

to abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces». En cambio, se mantiene el carácter meramente potestativo de la conversión inversa, de modo que:

«También *podrá*, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos».

#### **4.4. Las reformas orientadas a facilitar la protección del interés del concurso: los acuerdos de refinanciación de las empresas.**

Una segunda línea de reformas se vincula a la mejora de los instrumentos dados para superar la crisis económico-financiera y satisfacer de modo más adecuado el «**interés del concurso**», que incluye diversas medidas, destacando sobre todas ellas las reglas sobre «acuerdos de refinanciación» –nueva disp. adic. 4.<sup>a</sup> LC, introducida por el art. 8.Tres RDL. Asimismo, se revisa la situación de ciertos créditos, de modo que se refuercen las garantías tanto de los créditos públicos –entre los que se hace mención especial a los del FOGASA– como de los acreedores que no pudieron conocer el concurso, mientras que, en cambio, se subordinan los créditos derivados de obligaciones recíprocas cuando su incumplimiento resulta de un actuar obstaculizador del acreedor y los de los socios especialmente relacionados con el concursado.

En esta línea cabe referir, pues, las siguientes reformas:

##### *4.4.1. La potenciación de los «acuerdos de refinanciación» realizados por el deudor.*

La nueva disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal entiende por acuerdos de refinanciación los celebrados por el deudor para «la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas».

Tales acuerdos de refinanciación deben vincularse necesariamente a un «plan de viabilidad» que permita la continuidad de la actividad del deudor, tanto en el corto como en el medio plazo.

En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación, así como los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley Concursal siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Que sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos 3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo.
- Que sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Este Informe deberá contener una valoración técnica sobre: la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del Plan, y la proporcionalidad de las garantías dadas conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

- Que sea formalizado en instrumento público, al que se unirán los documentos justificativos de su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Respecto a la escritura pública de formalización de estos acuerdos, cuya exigencia apunta a reforzar la seguridad jurídica respecto de los mismos en clara garantía de los acreedores, se prevé, conforme a la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 3/2009, que para el cálculo de los honorarios notariales de esta escritura pública se aplicarán los aranceles previstos para los llamados «Documentos sin cuantía» –número 1 RD 1426/1989, 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios–. Asimismo, se establece que los folios de matriz de la escritura y de las primeras copias que se expidan no devengarán cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive, por lo que deberán ser a partir de ese número gratuitos. Con esta previsión se quiere evitar que la nueva exigencia documental suponga un nuevo coste excesivo, lo que se revelaría como un contrasentido en una reforma que se dirige, como uno de sus ejes fundamentales, a reducir los gastos de tramitación del procedimiento.

Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra estos acuerdos.

#### 4.4.2. *La prohibición de acciones de reintegración respecto de ciertos créditos a favor del Fondo de Garantía Salarial.*

El apartado 5 del artículo 71 de la Ley Concursal, regulador de las situaciones que no admiten la posibilidad de que se ejercite la acción de reintegro, experimenta una reordenación que, a mi juicio, de nuevo clarifica la comprensión del texto normativo. Pero también contiene una importante novedad. A estos efectos, conviene recordar que conforme al apartado primero de aquel precepto, declarado el concurso serán «rescindibles», a través de las que denomina «acciones de reintegración», cualquier acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, en los dos años anteriores a la fecha de declaración concursal, siempre que resulte perjudicial para la masa activa, y al margen de que exista o no intención de defraudar. Lo que sí se exige es que se pruebe, según las reglas generales, ese perjuicio patrimonial –apartado 4–, salvo supuestos beneficiados por presunción *iuris et de iure* –apartado 2– o *iuris tantum* –apartado 3–.

Aunque la existencia de este amplio catálogo de presunciones de perjuicio pone de manifiesto la voluntad del legislador, en aras de la protección del interés del concurso, que no es sino el pago satisfactorio de los acreedores, como se dijo, de facilitar esta acción, contiene un apartado dedicado a establecer supuestos en los que se prohíbe esa acción de reintegro a la masa. Así, en la regulación anterior, se prohibía rescindir:

- 1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.
- 2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

A los efectos de delimitar qué se entiende por leyes especiales hay que tener en cuenta lo regulado en la disposición adicional 2.ª de la Ley Concursal. Su apartado primero prevé que en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. El apartado segundo, por su parte, delimita lo que ha de entenderse a estos efectos como «legislación especial». Pues bien, el artículo 8. Cuatro ha introducido una pequeña modificación de la letra a) de este apartado, que no tiene más alcance que el de precisar los preceptos de la legislación hipotecaria que tienen este carácter a los efectos de lo dispuesto en el apartado primero, identificándose estos como los artículos 10 –reintegración de hipotecas–, 14 –cédulas y bonos hipotecarios– y 15 –participación de terceros en créditos hipotecarios– de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, así como las normas reguladoras de otros valores o instrumentos a los que legalmente se atribuya el mismo régimen de solvencia que el aplicable a las cédulas hipotecarias.

La nueva redacción del artículo 71.5 de la Ley Concursal incorpora un nuevo supuesto:

- 3.º *Las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*

Un supuesto al que hay que añadir otro, el previsto en la ya referida nueva disposición adicional 4.ª de la LC, relativo a los negocios jurídicos, actos y pagos realizados, así como las garantías de ejecución, vinculados a los acuerdos de refinanciación.

#### 4.4.3. *El reconocimiento y subordinación de créditos.*

Conforme al artículo 86 de la Ley Concursal, corresponderá a la administración concursal fijar la inclusión, o exclusión, en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. A esta tarea se le denomina «reconocimiento de créditos». Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal.

El artículo 87 regula lo que denomina «supuestos especiales de reconocimiento» de créditos –créditos condicionales y créditos contingentes–. Su apartado primero incluye como tales a los créditos sometidos a condición resolutoria, de modo que estos «se reconocerán como condicionales» y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida esta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional fuese decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir, sea frente a la masa o sea frente a los acreedores.

Pues bien, el apartado segundo del artículo 87 de la Ley Concursal, conforme a la anterior redacción, preveía que a los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, tendrán la misma consideración que aquellos, esto es, que los créditos condicionales. La reforma introduce una modificación consistente en atribuir también este carácter a los créditos litigiosos *aunque su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida*.

Por el contrario, conforme al nuevo segundo párrafo introducido en este artículo 87.2 de la Ley Concursal, se clasificarán como créditos contingentes:

- Los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas –y sus organismos públicos– *que resulten de procedimientos de comprobación o inspección* y hasta el momento de su cuantificación. A partir de esta tales créditos alcanzarán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza y sin que sea posible, matiza la nueva regla legal, «su subordinación por comunicación tardía».
- *Las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social* desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia, siempre que no se haya procedido a la liquidación administrativa, y hasta su reconocimiento por sentencia judicial.

Por su parte, conforme a la previsión del artículo 87.6 de la Ley Concursal, los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe, sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos, conforme a la anterior redacción del precepto, se exigía optar, «en todo caso», por la menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador. En cambio, con la nueva redacción, esta opción solo podrá llevarse a cabo «siempre que se produzca la subrogación por pago».

También es objeto de modificación el artículo 92 de la Ley Concursal, sobre créditos subordinados. El artículo 9.Tres del real decreto-ley introduce un nuevo supuesto de créditos subordinados con el numeral 7.º. Por tanto, serán considerados como subordinados también los «créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando

el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso».

Finalmente, otro ámbito incidente en la mejora de la protección de «interés del concurso» y afectado por la reforma es el relativo a la regulación de las «personas especialmente relacionadas con el concursado» y que está contenida en el artículo 93 de la Ley Concursal. Las novedades en este precepto son dos:

- Se consideran especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica todos «los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, *en el momento del nacimiento del derecho de crédito*, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera».

La novedad está, pues, en el adelantamiento del momento a tener en cuenta esa cualidad, que se sitúa no en el de la declaración del concurso sino ya desde el nacimiento mismo del derecho de crédito.

- Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, *siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número 1 de este apartado*.

#### 4.4.4. La apertura hacia la gestión anticipada del concurso: el incentivo de convenios y liquidaciones anticipadas.

La reforma quiere dar nuevos pasos, aunque a mi juicio de modo insuficiente, en la dirección de la gestión preventiva del concurso. Para ello adopta diferentes cambios que afectan a los dos instrumentos de solución del concurso, tanto el convenio, que es en principio la preferente, como la liquidación, lo que pone de manifiesto que el nuevo legislador sigue manteniendo la ambigüedad propia de la regulación originaria.

En lo que concierne al convenio, la reforma trata de incentivar la *presentación de propuestas anticipadas de convenios* concursales, situación ya prevista en el texto originario de la Ley Concursal –arts. 104 y ss.–, que eviten la liquidación de la empresa en concurso. La reforma buscaría, pues, facilitar que las empresas que decidan recurrir al concurso como forma de reorganización de sus créditos y deudas a fin de hacer frente a la crisis por la que atraviesan hayan tenido la oportunidad de negociar, previamente a la declaración de concurso, con sus principales acreedores un futuro convenio que impida una liquidación de su patrimonio.

A tal fin, en primer lugar, la reforma concede tres meses de aplazamiento del deber de declarar concurso para los deudores que así lo comuniquen al juez, instrumentando un plazo para fomentar

un acuerdo con los acreedores sobre el convenio anticipado. En efecto, conforme al artículo 5.1 de la Ley Concursal, el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido, o debido conocer, su estado de insolvencia –modalidad de concurso voluntario–. Pues bien, el nuevo apartado 3 del artículo 5 de la Ley Concursal exime de aquel deber al deudor que pese a estar en estado de insolvencia:

- **«Haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio».**
- Y lo comunique al juzgado competente para la declaración de concurso dentro del referido plazo de dos meses.

Realmente no se trata de una vía para eludir el concurso, sino de un instrumento para el aplazamiento de su apertura. En la medida en que la nueva regulación prevé que transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor debe instar la declaración de concurso, dentro del mes siguiente. Esta obligación existirá alcance o no las adhesiones exigidas para la admisión a trámite de su propuesta anticipada de convenio. En estos casos, el artículo 15.3 de la Ley Concursal, al que se da también nueva redacción con la reforma, prevé que se posterguen las solicitudes de declaración de concurso que otros legitimados pudiesen presentar con posterioridad a la comunicación al juez competente de la propuesta anticipada de convenio.

En consecuencia, estas propuestas posteriores solo se proveerán si vencido el plazo de un mes previsto para instar el concurso por el deudor con anticipación de convenio no lo hubiera hecho. Si ha presentado la solicitud, esta tendrá preferencia. Una vez declarado el concurso en estos supuestos, siempre en los términos del artículo 14 de la Ley Concursal, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes. En todo caso, la solicitud se entenderá presentada en el momento de la «comunicación» al Juez conforme al artículo 5.3 de la Ley Concursal –nuevo párrafo 2.º del art. 22.1 LC–.

En segundo lugar, la nueva regulación cuida de flexibilizar el propio régimen de las propuestas anticipadas de convenio, en la medida en que reduce el número de las prohibiciones establecidas en el artículo 105.1 de la LC para beneficiarse de esta opción de gestión anticipada. Así, si conforme al originario artículo 105.1 de la Ley Concursal eran seis los supuestos de prohibición, el nuevo texto salido de la reforma los reduce a tan solo dos:

- 1.º Haber sido condenado, directamente si el deudor es persona física y a través de sus administradores o liquidadores, actuales o que lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio, si es persona jurídica, en sentencia firme por delito socioeconómico y/o sociolaboral –contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores–.

2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

Como puede comprobarse, solo ha mantenido las prohibiciones frente a quienes han evidenciado conductas especialmente graves, radicalmente contrarias al estándar básico de «buen gestor» que ha de exigirse al deudor que presenta una propuesta de convenio. En cambio, han desaparecido otras conductas que pese a evidenciar unas pautas inadecuadas de gestión –no estar inscrito en el Registro Mercantil, pese a que exista obligación para ello; haber estado sujeto a otro concurso de acreedores en un período inferior a tres años del actual; haber realizado actuaciones que podrían dar lugar a acciones de reintegración–, incluso en ocasiones fraudulentas, se entienden que no invalida por completo la «confianza» que hay que poner en la capacidad del deudor para hacer propuestas anticipadas de convenio de las que deducir una voluntad sería hacer todo lo posible para facilitar la realización de los diferentes «intereses del concurso», al tiempo que se protege mejor su patrimonio.

En tercer lugar, y por lo que hace a la regulación de la admisión a trámite de esa propuesta anticipada de convenio –art. 106.1 LC–, también se introducen cambios orientados a agilizar el procedimiento. Así, de una parte, la actual redacción del texto de este precepto no precisa ya el tipo de acreedores que han de adherirse, pues ahora habla de «acreedores de cualquier clase» –en la redacción anterior se precisaba que se tratara de «acreedores ordinarios o privilegiados»–, de otra, y más importante, ahora se reduce el porcentaje del pasivo adherente a la propuesta si esta se presenta «con la propia solicitud de concurso voluntario», en cuyo caso «basta con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo». De este modo, flexibiliza el régimen de mayorías para alcanzar las adhesiones necesarias.

Queda, pues, de manifiesto que el legislador quiere incentivar la presentación de estas propuestas anticipadas y de los concursos de tipo voluntario, a fin de facilitar la solución del procedimiento en aras de la satisfacción de los intereses acreedores y de mejorar la capacidad de reestructuración financiera de la empresa, cuando se trate del concurso de este tipo de organizaciones, que son las que aquí nos interesan.

Además de anticipar el momento de la gestión del convenio, la reforma lleva a cabo un cambio orientado en la dirección de otro de los ejes clave de los cambios, el de *flexibilizar y agilizar su tramitación*. Así, en primer lugar, se elimina la intervención administrativa en el supuesto de concurso de empresas de especial trascendencia para la economía, que se prevé en el párrafo 2.º del artículo 100.1 de la Ley Concursal. Como se recordará, el primer párrafo de este precepto hace una previsión sobre el contenido del convenio, al que le exige incluir «proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas». Esta norma fija igualmente límites a las proposiciones de quita y espera cuando se trate de créditos ordinarios, de modo que las «proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio».

Pues bien, el precepto prevé también situaciones en las que, excepcionalmente, se permite solicitar al Juez del Concurso que autorice, motivadamente, la superación de estos límites. Conforme

al texto anterior esta regla excepcional se concretaba en el concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, y se condicionaba a dos requisitos:

- Que lo contemple el plan de viabilidad que se presente.
- Que se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso.

La reforma elimina este requisito administrativo, manteniendo intacto el texto de la regulación anterior. Se queda, pues, el Juez del Concurso como el único «soberano» en la adopción de esta decisión, sin mediación administrativa previa.

En segundo lugar, y más destacable, se introduce la posibilidad de proceder a la *tramitación escrita del convenio* cuando se trate de un concurso en el que participen un gran número de acreedores. De este modo, se prescindiría en ciertos supuestos de la Junta de Acreedores. A tal fin, se modifican varios preceptos de la Ley Concursal para regular esta *nueva modalidad de tramitar* el convenio concursal. A saber:

- Artículo 111.2 (apertura de la fase de convenio y auto para convocar la junta de acreedores).
- Nuevo artículo 115 bis (reglas ordenadoras de la tramitación escrita) y 124 (mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio).
- 128 (oposición a la aprobación del convenio) y 129 (tramitación de la oposición).
- 143.1 número 2.º (apertura de oficio de la liquidación).

A mi juicio, los aspectos más destacados de esta regulación son los siguientes. De un lado, la determinación de las circunstancias que permiten al Juez del Concurso el optar por la modalidad de tramitación escrita del convenio. Según el nuevo párrafo 2.º del artículo 111.2 de la Ley Concursal tal posibilidad se materializará «cuando el número de acreedores exceda de 300». En este caso, el auto que pone fin a la fase común del concurso y abre la fase de convenio, ordenando la formación de la Sección 5.ª –art. 111.1 LC–, en vez de ordenar convocar la Junta de Acreedores conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley Concursal y fijando lugar, día y hora de la reunión, «podrá acordar la tramitación escrita del convenio, fijando la fecha límite para presentar adhesiones o votos en contra en la forma establecida en los artículos 103 y 115 bis».

De otro lado, y para regular la forma de tramitación escrita, se introduce un nuevo precepto, el referido artículo 115 bis de la Ley Concursal. Este artículo fija las reglas siguientes:

- El auto que acuerde la tramitación escrita del convenio señalará la fecha límite para la presentación de adhesiones o de votos en contra a las distintas propuestas de convenio. Dicho plazo será de 90 días a contar desde el auto.

- Acordada la tramitación escrita solo se podrán presentar propuestas de convenio ex artículo 113 hasta los 60 días anteriores al vencimiento del plazo previsto en la regla primera. Se admitirán adhesiones, o votos en contra, a la nueva propuesta de convenio desde que quede de manifiesto el escrito de evaluación en la secretaría del Juzgado hasta la conclusión del plazo de la regla primera.
- Las adhesiones, revocación de las mismas o votos en contra a las propuestas de convenio deberán emitirse en la forma prevista en el artículo 103 de la Ley Concursal. Para la válida revocación de las adhesiones o votos en contra emitidos deberán constar en los autos dicha revocación en el plazo previsto en la regla primera.
- Para la determinación de los derechos de voto en la tramitación escrita se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 122 a 125 de la Ley Concursal. Para verificar las adhesiones, se seguirá el orden previsto en el apartado segundo del artículo 121. Alcanzada la mayoría legalmente exigida en una propuesta, no procederá la comprobación de las restantes.
- Dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de presentación de adhesiones, el juez verificará si la propuesta de convenio presentado alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante providencia.
- Si se obtuviese la mayoría, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en 128.1 de la Ley Concursal dictará sentencia aprobatoria, salvo oposición al convenio o rechazo judicial de oficio, según lo dispuesto en los artículos 128 a 132 de la Ley Concursal.

En este ámbito, las reformas operadas en los artículos 128 y 129 (oposición al convenio) responden a motivos de coherencia, a fin de adecuar la regulación del tema de la oposición también a esta modalidad de gestión o tramitación del convenio. El mismo motivo de coherencia de la legislación concursal a la novedad de esta forma de tramitación está en la base del cambio del texto del artículo 143.1 de la Ley Concursal, relativo, como se dijo, a la apertura de la fase de liquidación, que se producirá ahora no ya solo si no se aprueba el convenio en la Junta de Acreedores, sino también si es rechazado «en la tramitación escrita del convenio».

Precisamente, la reforma promovida por el Real Decreto-Ley 3/2009 también contempla la introducción de una importante novedad en la **fase de liquidación** y con el mismo sentido de propiciar la anticipación de esta solución liquidadora del patrimonio a fin de pagar a los acreedores. Para ello se introduce el nuevo artículo 142 bis en la Ley Concursal.

Conforme a este precepto concursal, el deudor también podrá presentar una *propuesta anticipada de liquidación* para la realización de la masa activa, lo que podrá hacer hasta los 15 días siguientes a la presentación del Informe por la Administración Concursal –su estructura se regula en el art. 75 LC–. Esta facilitación del trámite para la liquidación de la empresa, cuando su situación económica ponga de manifiesto desde un inicio que este es el final razonable del proceso concursal, pretendería evitar que el concurso signifique en sí misma una fuente de degradación de su valor

durante ese período de tramitación. En estos casos, se apuesta por la realización temprana de los bienes disponibles para el pago a los acreedores.

Las reglas básicas de trámite de esta opción son las siguientes. Por lo que hace al momento de presentación, la Ley Concursal admite que se realice tanto antes del Informe de la Administración concursal como posteriormente al mismo, debiéndosele dar traslado a esta, por parte del juez, de la propuesta anticipada para que la Administración proceda a su evaluación o formule propuestas de modificación. Si la propuesta anticipada de liquidación se presentara antes del Informe, el escrito de evaluación o modificación emitidos se unirán a este, como prevé también el nuevo número 3 del artículo 75.2 de la Ley Concursal. Si tal propuesta se presentara después de emitido el Informe, el escrito y la propuesta anticipada de liquidación se notificarán según el artículo 95.2 de la Ley Concursal –publicidad del informe y de la información complementaria al mismo–.

El régimen de publicidad de este escrito de evaluación o modificación, en cuanto documentación complementaria, ha sido, como ya se indicó, modificado también por la reforma. Así, además de derogar el apartado 1 del artículo 95 de la Ley Concursal –comunicación personal por la administración concursal a cada uno de los excluidos del listado de acreedores de esta situación a fin de que hiciesen observaciones–, se ha dado una nueva redacción legal a su apartado 2. En la anterior redacción, la publicidad de esta documentación se ordenaba tanto mediante la remisión al artículo 23 de la Ley Concursal –preferencia de medios telemáticos– como su aparición en el tablón de anuncios del Juzgado. Ahora, la nueva redacción establece que la presentación al juez de la documentación complementaria se notificará, como el Informe, a los personados en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones «y se publicará en el Registro Público Concursal» –novedad legal–, y no solo en el tablón de anuncios judicial.

Pese a este ansiado objetivo de la celeridad en la tramitación del procedimiento, el Juez Concursal sigue teniendo la potestad de acordar, de oficio o a instancia de interesado, otro modo de publicidad complementario a aquellos, ya en medios oficiales o privados. No obstante, la reforma ha introducido un cambio sutil pero relevante. La anterior redacción normativa dejaba el ejercicio de esa potestad judicial a un criterio de libre determinación judicial, conforme al principio de oportunidad o conveniencia: la publicidad que «considere **oportuna**» decía. Ahora, en cambio, restringe claramente, conforme a ese objetivo simplificador y acelerador, esa potestad judicial, pues debería acordar esta publicidad complementaria únicamente cuando resulte «**imprescindible**» –art. 95.3 LC–, a su juicio, claro está.

Como es natural, las partes personadas en el concurso y cualesquiera interesados podrán formular las observaciones que estimen oportunas a la propuesta anticipada de liquidación. El plazo y las condiciones para hacerlas de modo efectivo serán, según se prevé en la regulación vigente, los establecidos en el artículo 96.1 de la Ley Concursal, norma relativa a la impugnación del inventario y del listado de acreedores.

Conforme a este precepto las «partes personadas» tienen derecho a impugnar el inventario y la lista de acreedores dentro del plazo de 10 días a contar desde la notificación a que se refiere el

apenas comentado artículo 95.2 de la Ley Concursal, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los «demás interesados», y según el inciso añadido por la reforma al artículo 96.1 de la Ley Concursal dentro del artículo del Real Decreto-Ley 3/2009 dedicado a lo que llama «normas procesales», ese plazo de 10 días «se computará desde la última publicación» de las previstas en el artículo 95.2 de la Ley Concursal.

Corresponde, una vez más, al Juez del Concurso, y a la vista de las observaciones o propuestas formuladas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley Concursal «y los intereses del concurso», resolver mediante auto si rechaza o aprueba la liquidación anticipada. Lo que puede hacer bien en los términos propuestos, bien introduciendo modificaciones en la misma. El auto que apruebe el plan de liquidación tendrá las siguientes consecuencias, sin perjuicio de la posibilidad de ser recurrido en apelación en los términos del artículo 98 de la Ley Concursal –precepto que también ha experimentado cambios<sup>17</sup>–:

- La apertura de la fase de liquidación, a la que se dará la publicidad prevista en el artículo 144 de la Ley Concursal –que remite a los arts. 23 y 24 LC, ahora reformados como se ha comentado– y producirá los efectos propios de la misma<sup>18</sup>.
- Se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas.

En estos casos, el pago a los acreedores se efectuará también en los términos de lo establecido en la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título V de la Ley Concursal (arts. 154 a 162 LC). Como muestra de la preocupación del legislador por no demorar la tramitación del concurso se permite al Juez que autorice el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, si bien deberá adoptar «las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación» –art. 142 bis.2, párrafo 2.º–.

#### **4.5. La tímida ampliación de la ponderación del interés del empleo y de la protección de los derechos de los trabajadores.**

La tercera línea, y todo hay que decir más debilitada, de reforma ha sido la de dar mayor entrada a los *intereses vinculados a la protección del empleo* y de los derechos de los trabajadores. En

<sup>17</sup> Se introduce un nuevo párrafo, el segundo, en este precepto, conforme al cual el auto «será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el artículo 197.3 de la LC».

<sup>18</sup> Conforme al artículo 145 de la Ley Concursal, inmodificado por la reforma, la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el Título III de la Ley Concursal. De otro lado, conviene poner de manifiesto que siempre queda a cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo el «personarse y ser parte» a los efectos de la calificación del concurso como culpable, una vez dictada la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, como aquí sucede, de apertura de la liquidación. Para reforzar esta personación como «parte» se ha reformado el artículo 168.1 y 2 –*vid.* art. 12.Nueve RDL 3/2008–.

este sentido, se introducen algunas reformas, pero de calado menor, en el artículo 64 de la Ley Concursal –contratos de trabajo–. Lo que no deja de llamar la atención dado que es el empleo y los trabajadores que dejan de tenerlo los que pagan las consecuencias más duras de las crisis, sin perjuicio de otros pequeños acreedores y autónomos.

El precepto legal de referencia presenta dos modificaciones respecto de la redacción anterior. La primera en el 64.1 de la Ley Concursal, conforme al cual los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, *una vez declarado el concurso*, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo. En la redacción anterior el momento que marcaba este desplazamiento del ET, que es el régimen laboral común u ordinario de estos procedimientos de reestructuración, a la norma concursal, que debe entenderse como un régimen especial, si bien no ajeno a la «regulación laboral», conforme a los artículos 8.2 y 64.7 y 11 de la Ley Concursal, era el de la «presentación de la solicitud» de declaración de concurso ante «el Juez de lo mercantil».

Ahora, en cambio, el tiempo a partir del cual se produciría la referida sustitución del régimen laboral ordinario por el régimen especial «laboral-mercantil» es el del auto de la declaración de concurso, con lo que se retrasa un tiempo, si bien mínimo o limitado, esta des-localización normativa de modo de gestión colectiva de los procesos de reestructuración sociolaboral en los tiempos de crisis empresarial. La mejora en la situación de los trabajadores de empresas concursadas derivaría de la no paralización de los ERE en tramitación, permitiendo su continuación hasta tanto no se declare el concurso de la empresa.

La segunda modificación parece prometer más significado, al menos uno de sus aspectos. Esta reforma afecta al apartado 3 del artículo 64 de la Ley Concursal. Conforme a la anterior redacción del precepto, la adopción de las referidas medidas de reestructuración o reorganización sociolaboral en situaciones de crisis concursales de la empresa solo podía solicitarse del juez del concurso, como regla general, una vez se emitiera por la administración concursal el informe que les corresponde redactar. Pero esta regla general admite una importante excepción. Así, se preveía que pudieran anticiparse tales medidas cuando se estimara «que la demora» en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pudiera «comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa». En estos casos, que han de ser acreditados, podía realizarse la petición al juez «en cualquier momento procesal *desde la presentación de la solicitud* de declaración de concurso».

Pues bien, la nueva redacción dada mantiene en lo sustancial este régimen. Pero en ella encontramos dos diferencias. Una relativa a los intereses a tener en cuenta o a ponderar para tomar la decisión de acudir a medidas modificativas, suspensivas o extintivas de reorganización sociolaboral aun antes del Informe de la administración concursal. La otra respecto del momento en que puede pedirse del juez tal decisión. Empezando el comentario por este segundo aspecto, es evidente que el cambio es plenamente coherente con la reforma del apartado 1 del artículo 64 de la Ley Concursal que, como se ha visto, retrasa el momento para acudir a estas medidas de reestructuración desde la solicitud hasta el auto declarando el concurso, por lo que no merece más reflexión.

Sí ha de merecer un mayor detenimiento el primer aspecto mencionado, y que no es sino el relativo a la formalización expresa de la necesidad de considerar que el interés del concurso no está constituido por un tipo de interés socioeconómico, el de cobro de los acreedores, ni tan siquiera solo por el de conservación de la empresa, sino que ha de integrarse con otros, que ha de entenderse de modo más plural, atendiendo también en especial a los intereses vinculados a la protección del empleo y de los derechos de los trabajadores. Así, el precepto condiciona ahora la toma de la decisión de adelantar el recurso a tales medidas de reorganización sociolaboral, aunque no haya todavía Informe de la administración concursal, a que la demora en adoptar tales medidas no solo pueda perjudicar gravemente la «viabilidad futura de la empresa», sino que pueda «comprometer gravemente... el empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores».

## 5. REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de estas páginas hemos dado cuenta de las recientes reformas del Derecho Mercantil, tanto societario como concursal, que teniendo como hilo común diferentes aspectos de lo que podríamos denominar «empresas en reestructuración» no hacen oídos sordos, como ha sido la tradición legislativa en nuestro país, a otros intereses distintos a los de los socios y acreedores, dando cabida al empleo, de un lado, y a los derechos de los trabajadores de otro. No obstante, hemos visto que su impacto directo en la conformación del sistema de relaciones sociolaborales es muy limitado, como tímidos son sus intentos de reconstruir un estatuto de la empresa en general, y de la empresa en reestructuración en particular, acorde con el signo de los tiempos, que exigen una capacidad mayor para anticipar los problemas de las crisis de empresas, así como de implicar antes y más eficazmente a todos los sujetos implicados, a través de un modelo más comunicativo y plural.

En definitiva, no son, como es obvio, ni las reformas mercantiles que se han de esperar en una época crítica como esta, ni tampoco las que necesitamos para hacer algo creíble esa voluntad de dar una salida integral y coherente a esta crisis. Pero tampoco son baladías.

En relación con las que aquí hemos llamado situaciones pre-crisis, a las medidas de reestructuración societaria, se ha visto un cierto cambio de enfoque o filosofía, de modo que pese a mantener una sustancial autonomía entre las normas laborales y las normas mercantiles, de modo que estas remiten a aquellas para expresarse «sus respetos» –pero nada más–, no por ello deja de evidenciarse una mayor voluntad de caminar juntos a la hora de afrontar los problemas comunes. Y sin duda una cuestión clave actualmente es garantizar tanto la transparencia como la eficacia en la gestión de los continuos procesos de reestructuración empresarial, sobre todo a partir de un continuo enriquecimiento y mejora de los derechos de «participación» de los trabajadores.

Por lo que hace a la situación cuando ha estallado la crisis, es también evidente la voluntad de promover un enfoque de anticipación, o de adelantamiento de la solución al problema de insolvencia, de modo que se pueda afrontar incluso cuando estamos en situación de riesgo y promoviendo no ya

la liquidación, que es la situación más frecuente todavía, sino la continuidad de la empresa, mediante su refinanciación. La filosofía subyacente es la de que si no se ha podido llegar a tiempo para evitar la crisis al menos que no se dilate la gestión de la misma a través del procedimiento concursal, de modo que este pueda servir para propiciar una reestructuración de la empresa para poder afrontar todos sus compromisos, tanto el pago a sus acreedores como el mantenimiento del máximo volumen de empleo posible. Pero, como puede verse, las cuestiones importantes siguen pendientes, tanto para una gestión anticipada y preventiva realmente eficaz, como para construir un estatuto jurídico específico que dé la presencia, y el valor, que merecen tanto la protección del empleo como la de los derechos de los trabajadores. Por tanto, a armarse de paciencia y seguir esperando, y confiando en ese modelo social de salida a la crisis... promesa del Presidente... A ver si esta vez sí acierta... o le hacen algo de caso...

Pero, como dije en el caso anterior, tampoco aquí conviene ser pesimista, o no de modo totalmente pesimista. Hay importantes lecciones que extraer de esta reforma, aún parcial y urgente, por tanto incoherente e ineficaz. De una parte, queda claro que si pese al profundo cambio legislativo en el ámbito del Derecho de Quiebras nada, o poco, ha cambiado, quiere decir que el problema no estaba, como se decía por doquier, en la vieja legislación, sino que era y es más profundo, y que está mucho más arraigado en pautas culturales... Del mismo modo que es difícil convencer al deudor de que acuda a las normas legales para resolver los problemas, también es difícil persuadir al empleador para que acuda a los instrumentos legales de reestructuración.

Sin embargo, ni para un caso ni para otro bastará con cambiar la ley si no se cambian las pautas sociales, las actitudes y las conductas. Sin perjuicio, claro está, de que las leyes deben estar ajustadas, modernizadas y preparadas no ya solo para dar el castigo que corresponde a quien incumple, sino también, y sobre todo para dar el premio, el incentivo necesario a quien cumple –función promocional del Derecho–.

De otra parte, y en la línea de la institución del concurso como vía para llevar a cabo una reestructuración empresarial que sea acorde para todos los intereses en juego, queda claro que la norma legal debe permitir al concurso de acreedores cumplir las funciones que le dotan de sentido:

- a) La *satisfacción*, lo más eficiente y equitativa posible de los acreedores.
- b) La *conservación, aún reestructurada*, de la empresa siempre y cuando sea económicamente viable –y la expulsión del mercado de la empresa inviable–, por cuanto no debe olvidarse que en una economía de mercado el empleo depende tanto de la capacidad de crear nuevas empresas como de permitir un desarrollo sostenible de las existentes.
- c) La *sanción* a quienes provoquen, con dolo o culpa grave, la insolvencia, abriendo la vía a la reclamación, y obtención, de las responsabilidades de quienes son malos gestores, eliminando la idea hoy demasiado extendida de que constituyen una «clase revestida de impunidad» –además del calamitoso *glamour* que le da la prensa rosa a muchos de ellos–.

En definitiva, y a la espera de esa nueva «gran reforma laboral» prometida, no estaría de más que al mismo tiempo movilizáramos a todas las fuerzas disponibles, sociales, parlamentarias y «científicas», para promover también la «gran reforma mercantil» pendiente. De modo que se produzca un tratamiento más coherente, y sobre todo más equitativo, pero también más eficiente, de los grandes problemas que hoy constituyen los desafíos de la sociedad del trabajo y de la economía de mercado. Ese es el reto. Seguiremos dando cuenta de la evolución.