

DOBLE CONDICIÓN DE LOS TRABAJADORES ANTE LA CRISIS DE LA EMPRESA Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

IRENE BAJO GARCÍA

*Profesora Colaboradora de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

Extracto:

ANTE el concurso de la empresa, se pone de manifiesto la doble condición del trabajador, como acreedor y como empleado, así como su deseo por compatibilizar, en la medida de lo posible, los intereses presentes en cada una de estas condiciones.

La representación colectiva de los trabajadores se releva como el mejor instrumento para la protección de estos intereses, en ocasiones contradictorios. El estudio analiza las previsiones de la Ley Concursal respecto a la actividad a llevar a cabo por parte de la representación de los trabajadores a lo largo de la tramitación del concurso, desde su declaración hasta su conclusión, y en qué medidas esas previsiones permiten a dicha representación cohonestar los intereses derivados de la doble posición de sus representados ante el concurso. El núcleo del estudio se divide en dos apartados: por una parte, la intervención de la representación de los trabajadores en la tramitación concursal; por otra parte, la participación de dicha representación en la gestión de la empresa en crisis. El último epígrafe se dedica a las conclusiones que el análisis previo de las previsiones legales permite alcanzar en relación con el objeto de estudio.

Palabras clave: crisis de la empresa, representación de los trabajadores y concurso de acreedores.

Sumario

- I. La doble condición del trabajador, como acreedor y como empleado, ante la crisis de la empresa.
- II. La representación colectiva como vía para la protección de los intereses de los trabajadores de la empresa en crisis.
 - 1. Intervención en la tramitación concursal.
 - 2. Participación en la gestión.
- III. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación GV/2007/185, financiado por la Generalitat Valenciana, sobre «Reorganización productiva en la empresa y concurso de acreedores».

I. LA DOBLE CONDICIÓN DEL TRABAJADOR, COMO ACREEDOR Y COMO EMPLEADO, ANTE LA CRISIS DE LA EMPRESA

La incapacidad de un deudor para hacer frente a sus obligaciones exigibles determina la declaración de concurso sobre su patrimonio ¹. Con la declaración de concurso el ordenamiento persigue, fundamentalmente, igualar la posición de los acreedores del insolvente respecto a la posibilidad de ver satisfechos sus créditos y/o el riesgo de su insatisfacción ².

Ante la declaración de concurso, el interés de todo acreedor se centra en la más pronta y más completa satisfacción de su crédito, para lo que deberá emplear todos los instrumentos de protección de este que le proporciona el propio concurso: comunicación del crédito, impugnación de lista de acreedores o inventario, participación en la negociación del convenio, alegación del carácter preferente del crédito en el pago a acreedores, etc.

Entre los acreedores del concursado, muy frecuentemente se encontrarán trabajadores que, habiendo prestado sus servicios con anterioridad a la declaración concursal, no han percibido la totalidad de las partidas salariales o extrasalariales devengadas como contraprestación. Ocurre, sin embargo, que el trabajador presenta una peculiaridad en su condición de acreedor; y ello debido a que, junto al interés por ver satisfecho su crédito, y ante la crisis de la empresa, el trabajador es titular de un interés específico en la conservación de la actividad de esta como fuente de futuros ingresos por su prestación de servicios en la misma; esto es, mantiene un interés como prestador de servicios en la empresa en crisis inexistente en el restante cuerpo de acreedores.

A este interés parece responder la norma general formulada por el artículo 44.1 de la Ley Concursal (LC), de acuerdo con la cual la declaración de concurso, en sí misma, no supone la interrupción de la actividad empresarial o profesional del deudor. No obstante, es indudable que la propia gestión ordinaria de la empresa tras la declaración de concurso, así como las soluciones al mismo, pueden suponer la adopción de decisiones de modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo; o, incluso, el propio cese de la actividad. Ante esta posibilidad, el trabajador desea conocer y, en la medida en que sea posible, participar en las decisiones que, una vez declarado el concurso, vayan a adoptarse en relación con la gestión de la empresa y de la propia situación de crisis, pues de ello depende su estabilidad en el puesto de trabajo.

La LC no contempla esta doble faceta del trabajador, como acreedor y como demandante de empleo, de manera que solo prevé su intervención en el concurso en calidad de acreedor ³. Ocurre, sin embargo, que en ocasiones estos intereses concurrentes pueden resultar contrapuestos, de manera que las medidas que permitirían una rápida satisfacción de los créditos implican el desmantelamiento de la empresa y, por ende, la pérdida del puesto de trabajo, mientras que, en sentido contrario, puede ocurrir que el mantenimiento de la actividad incida indirectamente en una reducción de las posibilidades de satisfacción del crédito del que son titulares los trabajadores.

¹ Así describe el artículo 2 de la LC el presupuesto objetivo de la declaración de concurso, si bien a continuación distingue entre una insolvencia actual y una insolvencia inminente.

² El concurso es una institución compleja que no responde únicamente a un interés. Junto al de los acreedores por cobrar su crédito hay que situar el interés empresarial por una correcta gestión de la crisis y el interés social por la conservación de la actividad productiva y, por ende, del empleo. No obstante, de todos los enumerados en la regulación de la LC predomina claramente el interés de los acreedores.

³ Defecto que se arrastra de la anterior legislación concursal y que la reforma de 2003 no ha paliado.

La representación colectiva de los trabajadores, a través de su intervención en la gestión y transformación de la empresa en crisis, puede desempeñar un papel fundamental en la superación de esta contradicción entre intereses concurrentes en la figura del trabajador, debiendo además suplir la inexistencia de previsiones en la LC respecto a los intereses no crediticios de los trabajadores de la empresa concursada. Veamos si ello es así en el sistema concursal español.

II. LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA COMO VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA EN CRISIS

La representación colectiva de los trabajadores puede resultar especialmente útil en la compleja tarea de coordinar intereses crediticios e intereses de empleo en la actuación de los trabajadores durante la crisis de la empresa. Esta capacidad se debe a dos elementos fundamentales: a) la actuación de la representación colectiva durante el concurso se ve exenta de intereses individuales y evita que la satisfacción parcial de estos impida alcanzar soluciones de mayor valor para la colectividad de trabajadores; b) los representantes pueden alcanzar un protagonismo en la toma de decisiones relativas a la gestión y transformación de la empresa en crisis que nunca asumirá cada trabajador individualmente considerado.

Ahora bien, para desempeñar esta labor de búsqueda del equilibrio entre intereses crediticios e intereses de empleo es necesario que la LC conceda suficientes competencias a la representación colectiva de los trabajadores tanto en lo que se refiere a la propia tramitación del procedimiento concursal como a la gestión de la empresa.

En una búsqueda global de referencias a la representación de los trabajadores a lo largo del articulado de la LC se observa, como primera característica, el hecho de que la Ley ignora el doble sistema de representación colectiva establecido por las normas laborales. Los preceptos que se refieren a esta representación no especifican si, las competencias o funciones asignadas, se reservan para los representantes unitarios surgidos del proceso electoral (delegados de personal o comité de empresa) o bien para aquellos que han sido designados por los propios sindicatos (delegados de las secciones sindicales); por el contrario, la mayor parte de estos preceptos emplea la amplia expresión «representantes (legales) de los trabajadores». Tan solo el artículo 64.6 de la LC, relativo a las mayorías necesarias para considerar alcanzado un acuerdo entre administración concursal y representantes de los trabajadores en materia de modificación, suspensión o extinción de contratos, específica que esta última expresión puede referirse tanto a representantes electos como a representantes sindicales, siempre que estos últimos representen a la mayoría de aquellos. La previsión expresada contemplada en este precepto permite interpretar que, las restantes ocasiones en las que la LC emplea idéntica terminología, lo hace en el mismo sentido que en el precepto indicado⁴.

Superado el escollo terminológico, ha de afrontarse la cuestión relativa al protagonismo de la representación de los trabajadores tanto durante la tramitación del concurso como en la gestión de la empresa mientras se resuelve aquel.

⁴ Como indica DESDENTADO BONETE, el problema surge en relación a la distribución de papeles entre estas dos representaciones. DESDENTADO BONETE: «La intervención de los trabajadores en el proceso concursal». En: *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*. Ed. La Ley, Madrid, 2004, pág. 752.

1. Intervención en la tramitación concursal.

La LC estructura el procedimiento concursal en dos fases, común y resolutoria. La primera contempla la actividad de declaración de concurso, la formación de las masas activa y pasiva y la gestión de la empresa hasta alcanzar una solución al concurso. La segunda, resolutoria, puede tener carácter convencional o liquidatorio. En ambas etapas pueden adoptarse decisiones que supongan la modificación, suspensión o extinción de contratos de trabajo.

La representación de los trabajadores apenas desarrolla competencias a lo largo de la tramitación concursal. Pese a su estrecho contacto con la realidad del proceso productivo de la empresa, la representación colectiva no está legitimada para solicitar la declaración de concurso (art. 3 LC, *a sensu contrario*), por lo que deberá esperar a que dicha declaración sea instada por deudor o acreedores⁵. Tampoco encuentra legitimación para impugnar la composición de las masas activa y/o pasiva del concurso. Ciertamente, el artículo 96 de la LC admite la impugnación procedente de cualquier *interesado*. Ocurre, sin embargo, que la representación colectiva, como tal, carece de intereses propios reconocidos en el concurso⁶, por lo que la impugnación, en su caso, únicamente podría proceder de una decisión individual al respecto adoptada por uno de sus miembros en su condición de interesado y no como representante de los trabajadores. Finalmente, y siguiendo con la línea ya expuesta, la representación colectiva de los trabajadores no está legitimada para presentar propuesta de convenio (art. 113 LC, *a sensu contrario*), participar en la junta de acreedores que discuta y, en su caso, apruebe una de estas propuestas, oponerse o impugnar el convenio aprobado⁷. Tampoco pueden los representantes de los trabajadores solicitar la apertura de la liquidación, pese a que hayan alcanzado convicción acerca de su conveniencia (art. 142 LC, *a sensu contrario*), ni intervenir con capacidad de decisión en el desarrollo de las operaciones que la integran (elaboración de plan de liquidación y ejecución de pagos).

En todo ello se pone en evidencia que la LC no concibe a la representación de los trabajadores como un sujeto del procedimiento con intereses específicos, quedando a expensas de las ocasiones en que es llamado por la propia LC. No obstante, el artículo 184.6 de la LC contempla una remisión a la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en lo que se refiere a la representación y defensa procesales de los trabajadores, con expresa referencia a las facultades que esta norma atribuye a los sindicatos. Por esta vía, aquel sindicato que cuente entre sus afiliados con algún trabajador acreedor de la empresa podría subsumirse en la posición activa de este⁸.

⁵ Como indica COSTA REYES, aunque los artículos 64.1.9.ª y 65.1 de la LET permiten a los representantes de los trabajadores ejercer acciones contra la empresa, ello no les legitima para accionar el proceso de declaración concursal, dada la defensa de intereses singulares que se produce en el seno de este procedimiento. COSTA REYES, A., *Los trabajadores en el proceso concursal*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 29.

⁶ DESDENTADO BONETE entiende que la condición de interesado requiere una conexión directa o indirecta con la posición activa del crédito. «La intervención...». *op. cit.*, pág. 748.

⁷ En un sentido muy distinto, ALTÉS TÁRREGA sostiene la conveniencia de que, abierta la fase de convenio, sea la representación de los trabajadores quien negocie el sometimiento o no al convenio de los créditos privilegiados de los trabajadores, empleando una de estas dos vías: que aquellos representantes adquieran la representación en convenio de los trabajadores, mediante asamblea y previa renuncia individual de cada trabajador, o bien atribuyendo a la comisión negociadora del convenio la potestad para renunciar al derecho de abstención de los acreedores laborales, posición que no comparto. ALTÉS TÁRREGA (y GALLEGÓ SÁNCHEZ), «El convenio», en AA.VV., *Concurso e insolvencia punible*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

⁸ Pero, como indica de nuevo DESDENTADO BONETE «... se trata en definitiva de una representación voluntaria que se presume concedida en virtud de la afiliación y que se limita a los afiliados, sin extenderse a todos los trabajadores». «La intervención...». *op. cit.*, pág. 75.

2. Participación en la gestión.

Por lo que se refiere a la participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de la empresa concursada, esta debe ser observada desde dos perspectivas diferentes. Desde un punto de vista formal cabe distinguir entre aquellos supuestos en los que su participación en la toma de decisiones es meramente consultiva, y aquellos en los que resulta vinculante. Desde un punto de vista material, las decisiones en las que interviene la representación de los trabajadores pueden suponer o no la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo. Ambas perspectivas serán empleadas, sucesivamente, a continuación.

Comenzando el análisis formal por aquellos supuestos en los que la representación de los trabajadores desarrolla una actividad meramente consultiva, una primera previsión de la LC indica que estos representantes deberán ser oídos por el juez del concurso con anterioridad a que este adopte una decisión que suponga el cierre o paralización parcial o total de la empresa (art. 44.4 LC); tan solo en aquellos casos en que la decisión conlleve la modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo habrá de tramitarse previamente el expediente previsto en el artículo 64 de la LC, en el que se prevé una negociación entre administración concursal y representación de los trabajadores cuyo resultado será vinculante para el órgano judicial.

También se deberá escuchar a la representación de los trabajadores cuando, ya en fase de convenio, una de las proposiciones incluya la enajenación total o parcial de la empresa con asunción de la continuidad de la actividad por el adquirente (art. 100.2 LC).

Junto a lo anterior, cabe observar que, en caso de liquidación, el artículo 149.1.2.^a de la LC exige que, para la elección de aquella oferta de compra que responda mejor tanto a la continuidad de la empresa como a la satisfacción de los créditos de los trabajadores, el órgano judicial escuche previamente a los representantes de los trabajadores.

Dentro de la solución liquidatoria, y tanto en caso de que exista plan de liquidación (art. 148.3 LC) como en el supuesto de que deba ser aplicado el régimen supletorio (art. 149.1, LC *in fine*), la LC exige que el plan se someta a informe de la representación de los trabajadores⁹. Queda, no obstante, a discrecionalidad del órgano judicial, la introducción de modificaciones en el plan de liquidación siguiendo las observaciones y propuestas formuladas.

En todos los casos expuestos, los representantes de los trabajadores cumplen funciones de asesoramiento, sin que la Ley especifique plazos –salvo el de quince días del art. 149.1 LC– ni formalidades en la emisión de sus informes.

Frente a estos supuestos, otros preceptos –únicamente dos– atribuyen a la posición de los representantes de los trabajadores carácter vinculante. Así, es necesario el voto favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores al acuerdo alcanzado con la administración concursal en relación a modificaciones, suspensiones y/o extinciones colectivas de contrato de trabajo, para que, dicho acuerdo, adquiera carácter vinculante para el juez del concurso (art. 64.6 LC). Junto a lo ante-

⁹ Ciertamente, el artículo 149.1 de la LC *in fine* solo contempla audiencia de los representantes y no informe; sin embargo, la remisión que contiene a lo dispuesto en el artículo 148.3 de la LC lleva a pensar que, también en este caso, será preciso que la representación emita informe al respecto.

rior, el artículo 66 de la LC exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores para la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios. Norma que impide al juez del concurso adoptar una decisión de ese carácter si, en la negociación prevista en el artículo 64.6 de la LC, no ha llegado a alcanzarse un consenso al respecto ¹⁰.

Para el análisis de la participación material de los representantes de los trabajadores en la gestión de la empresa concursada conviene distinguir entre aquellas decisiones empresariales que no suponen una modificación, suspensión o extinción de contratos de trabajo y aquellas que sí conllevan una alteración de estas características. Y, a su vez, dentro de estas últimas, resulta apropiado diferenciar entre medidas individuales/plurales y colectivas, que puedan ser adoptadas como acto de gestión ordinaria de la empresa, con ocasión de su cierre o de su transmisión.

La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones de gestión empresarial carentes de efectos modificativos, suspensivos o extintivos de contratos de trabajo, es inexistente. Ni en caso de intervención el empresario ni en caso de suspensión la administración concursal ¹¹ se ven en la obligación de siquiera escuchar a los representantes de los trabajadores en la adopción de decisiones empresariales que no alteran las relaciones laborales. En una opción discutible, la LC desprecia la aportación que la representación colectiva de los trabajadores pueda llevar a cabo para la mejor gestión ordinaria de la empresa.

Respecto a decisiones empresariales que suponen modificaciones, suspensiones o extinciones de contratos de trabajo de carácter no colectivo (individuales/plurales), debe señalarse que, cuando son adoptadas en fase común, la representación de los trabajadores no interviene en absoluto, al ser consideradas aquellas decisiones como actos ordinarios del giro de la empresa. La respuesta no varía ni tan siquiera cuando la medida laboral no colectiva viene asociada a un cierre total o parcial de la empresa decidido por el juez del concurso en la mencionada fase común (art. 44.4 LC).

La adopción de este tipo de medidas en fase de convenio no está prevista en la LC. Sin embargo, no parece que pueda considerarse imposible su adopción, siempre y cuando se respete el procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores (ET) para ello, en el que no se prevé la intervención de los representantes de los trabajadores.

Por el contrario, cuando la modificación, suspensión o extinción no colectiva de contratos de trabajo sea la consecuencia de operaciones de liquidación, el artículo 148.4 exige el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 64 de la LC. El artículo 64 de la LC contempla la negociación entre administración concursal y representación de los trabajadores sobre las medidas a adoptar y otorga a lo acordado carácter vinculante para el órgano judicial. Como observa la doctrina, en aquellos casos en los que la liquidación supone la desaparición de la empresa no resulta coherente que la LC exija el cauce del artículo 64 de la LC para medidas no colectivas, ya que, como acaba de señalarse, no lo

¹⁰ El régimen previsto en el artículo 66 de la LC no entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 64 de la LC, sino que resulta complementario en el sentido ya indicado: a diferencia del resto de medidas, aquellas que supongan la modificación de condiciones previstas en convenio colectivo no podrán ser adoptadas por el juez del concurso a falta de acuerdo con la representación de los trabajadores. Medida que supone un refuerzo para las garantías de los trabajadores. En el mismo sentido, ALAMEDA CASTILLO: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio». En: *Temas laborales*, n.º 73/2004, pág. 41.

¹¹ La intervención supone una menor tutela en la administración y gestión de la empresa, que permanece en manos del empresario, frente a la sustitución, en la que será la administración concursal quien asuma esta función.

exige cuando, tal desaparición, se produce en fase común (art. 44.4 ET). Por el contrario, sí habrá que respetar el procedimiento del artículo 64 de la LC cuando la liquidación suponga transmisión de empresa y, por tanto, continuidad de la actividad¹².

Por lo que se refiere a las decisiones de gestión empresarial que suponen una modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo, su adopción puede estar relacionada o no con el cierre total o parcial de la empresa decidido en fase común (art. 44.4 LC) o en fase liquidatoria (arts. 148 y 149 LC), o bien puede tratarse de consecuencias laborales derivadas de la enajenación de la empresa en fase de convenio (art. 100.2 LC) o liquidación (art. 149 LC).

En aquellos casos en los que la modificación, suspensión y/o extinción colectivas de contratos de trabajo es bien consecuencia de la decisión del órgano judicial de cerrar total o parcialmente la empresa (art. 44.4 LC), bien el resultado del procedimiento al respecto instado por deudor, administración concursal o representantes legales de los trabajadores (art. 64.2 LC), o bien el producto de las operaciones de liquidación (arts. 148.4 y 149.1.2.^a LC), habrá de seguirse el procedimiento establecido en el artículo 64 de la LC, de acuerdo con el cual el acuerdo alcanzado entre la administración concursal y la mayoría de los representantes de los trabajadores vincula al juez respecto a las medidas que contemple el auto con el que se resuelve el expediente¹³.

Esta negociación con la administración concursal constituye, sin duda, la principal vía a través de la cual la representación de los trabajadores puede acercarse a sus funciones como conciliador de los intereses crediticios y de empleo de los trabajadores. Y ello porque, si bien inicialmente el acuerdo parece solo poder contener prescripciones en relación a la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia admiten que el acuerdo contemple una reducción de las pretensiones crediticias de los trabajadores a cambio de la asunción de obligaciones en materia de empleo y ocupación por el lado empresarial¹⁴.

¹² LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, P.: «El confuso panorama procedimental para la reorganización productiva: incidencia de la transmisión de la empresa y especialidades de la ley concursal». En: *lustel.com, RGDTS*, n.º 9, julio 2005; pág. 17.

¹³ Como señala LÓPEZ-TARRUELLA, puede interpretarse el artículo 44.4 de la LC en el sentido de que, siempre que se produzca el cierre de la empresa, la extinción de los contratos de trabajo deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 64 de la LC, con independencia de que la medida de extinción alcance los umbrales numéricos que diferencian la colectiva de la plural. En ese caso, también resultará vinculante el acuerdo alcanzado por administración concursal y representantes de los trabajadores. El autor, no obstante, no comparte esta posición. «El confuso...», *op. cit.*, pág. 14.

¹⁴ A favor de la posibilidad de una negociación en este sentido, SALA FRANCO y otros. En opinión de estos autores, las normas de derecho necesario relativo mínimo resultan «... compensables o incompensables por la negociación colectiva y, en su caso, por la contratación individual, según se admita o no rebajar los mínimos por el libre juego de la voluntad de las partes a cambio de alguna compensación». SALA FRANCO (*et alt.*): *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva (el alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores)*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001; pág. 14.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 20 marzo 1996 (ar 2303) y 28 octubre 1996 (ar 7799), consideró válida la cláusula en relación al exceso pero no respecto al mínimo legal, sobre la base de su carácter de mínimo indisponible. En pronunciamientos posteriores [S de 21 enero 1997 (ar 622) y de 8 de julio 1997 (ar 5566)], el tribunal rectificó para admitir la cláusula en su totalidad, «...pareciendo dispositivizar limitadamente el precepto legal. En este sentido, se llega a afirmar que «la indemnización económica solo será supletoria del mayor beneficio consistente en proporcionar al trabajador cesante nueva ocupación.» (STS 28 enero 1997, ar 907). SALA FRANCO (*et alt.*): *Los límites...; op. cit.*, pág. 176. El Tribunal Constitucional parece pronunciarse a favor: sentencias 100, 117 y 137/2001, que valoran como ajustado a derecho el pacto por el cual se devolvía íntegramente la indemnización por despido al haberse producido la condición resolutoria, esto es, la recolocación.

En una posición contraria a la posibilidad de disponer del *quantum* mínimo de la indemnización por despido, RAMOS QUINTANA: *La garantía de los derechos de los trabajadores. Inderogabilidad e indisponibilidad*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 132.

De esta manera, el interés por la conservación de la actividad se ve favorecido por la posibilidad de reducir o transformar las pretensiones crediticias de los trabajadores. La actividad negociadora de los representantes de los trabajadores deberá responder de manera equilibrada a los dos intereses que ostentan sus representados, de manera que los sacrificios en el ámbito crediticio se vean suficientemente compensados en el de la conservación de la actividad, no solo de una manera global, sino también individualmente respecto a cada uno de los trabajadores afectados por las medidas adoptadas.

Por lo que se refiere a la intervención de la representación de los trabajadores en la precisión de los efectos sobre los contratos de trabajo de la transmisión de la empresa en crisis, debe distinguirse aquel supuesto en que, la transmisión, es producto del convenio concursal, de aquel en que la transmisión forma parte de las operaciones de liquidación del concurso¹⁵.

Cuando la transmisión se produce con ocasión del convenio, la LC no contiene previsión alguna respecto a las consecuencias laborales de tal transmisión, contemplando, únicamente, la necesidad de oír a los representantes de los trabajadores (art. 100.2, 2.º párrafo LC). Entiendo que, pese al silencio legal, también en fase de convenio cabe una modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, siempre que se siga el procedimiento del artículo 64 de la LC. Ahora bien, el precepto mencionado llama a negociar, por la parte empleadora, a la administración concursal, quien representa a la empresa cedente y no a la empresa cesionaria. Por ello, no parece que en esa negociación vaya a serle posible a la representación de los trabajadores proponer maniobras en las que se vincule la continuidad en el puesto de trabajo con concesiones en materia de derechos de crédito del trabajador. Tampoco una medida semejante pondría entrar a formar parte del contenido del convenio alcanzado en junta de acreedores –dificultad a la que habría de añadirse la nula intervención de los representantes de los trabajadores en dicha junta–.

Ahora bien, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 44.4 del ET, que admite un acuerdo de empresa entre cesionario y representantes de los trabajadores modificativo del régimen jurídico a aplicar sobre las relaciones laborales. Teniendo en cuenta que el artículo 100.2 de la LC, en caso de transmisión en convenio, obliga al adquirente a asumir no solo la posición de empleador sino también la de deudor, parece que debiera ser posible una negociación en la que ambas facetas resulten complementarias. Negociación que, para ser totalmente útil, debiera producirse antes de aprobarse el convenio concursal, lo que permitiría que los acuerdos alcanzados con el adquirente, al menos en los aspectos relativos a los derechos de crédito, formaran parte de dicho convenio¹⁶. Pese a ello, y dada la imprevisión de la LC al respecto, tal negociación no puede considerarse producida en el marco del concurso, sino en el seno de la nueva relación laboral con el adquirente, surgida de la transmisión de la empresa¹⁷.

¹⁵ La LC no prevé la transmisión de la empresa en fase común del concurso. DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA interpretan esta imprevisión como una decisión del legislador que procura la conservación de la actividad no solo en términos objetivos, sino también subjetivos. DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA: «La transmisión de empresas en situaciones concursales»; en: *Relaciones Laborales*, n.º 23-24 (dic. 2003), pág. 145.

¹⁶ En el mismo sentido, LUJÁN ALCARAZ: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso». En: *La Ley Concursal y los aspectos sociales*. Ed. Laborum, Murcia, 2004; pág. 398.

¹⁷ Obsérvese que el adquirente asume la responsabilidad del pago de los créditos en los términos contemplados en la propuesta, esto es, con las quitas y/o esperas pactadas. Ocurre, sin embargo, que el artículo 44.3 del ET impone respecto a las obligaciones laborales una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en caso de transmisión, por lo que, entiendo, el trabajador podría seguir dirigiéndose contra el concursado, si bien respetando la quita o espera que haya experimentado su crédito en virtud del convenio concursal. Dicho en otros términos, no considero aplicable a esta responsabilidad solidaria el régimen previsto en el artículo 135 de la LC, de acuerdo con él determinados acreedores conservan plenos derechos frente a los obligados solidarios.

Cuando la transmisión se produce dentro de la fase de liquidación del concurso, la LC se remite al procedimiento del artículo 64 de la LC si las operaciones liquidatorias exigen la adopción de medidas reorganizativas. Esta remisión se produce tanto si la liquidación sigue el plan propuesto por la administración concursal (art. 148.4 LC) como si la liquidación sigue el régimen supletorio del artículo 149 de la LC ¹⁸.

Ocurre, sin embargo, que la administración concursal llamada a negociar con los representantes de los trabajadores no puede asumir obligaciones en materia de empleo a ejecutar con posterioridad a la transmisión de la empresa, ya que no actúa en dicho expediente como representante del adquirente de la misma, sino de la empresa en crisis. Esta circunstancia supone una grave dificultad para incorporar a la negociación posibles prestaciones de ocupación futura; dificultad que, en aquellos casos en los que la liquidación sigue el régimen supletorio, parece salvarse por lo dispuesto en el artículo 149.2 de la LC.

En efecto, solo para este supuesto, el artículo 149.2 de la LC indica que, en caso de enajenación del conjunto de la empresa, y siempre con la finalidad de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores pueden acordar la modificación de las condiciones colectivas de trabajo. Se trata de una norma de difícil interpretación, ya que si se refiere a acuerdos a adoptar en un momento posterior a la transmisión, la posibilidad de alcanzarlos queda fuera de toda duda sin necesidad de declaración expresa, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 44.4 del ET; y, de manera similar, para el caso de que el acuerdo fuera anterior a la transmisión, en la medida en que tales acuerdos se contemplan en el artículo 44.9 ET. Es por ello que la doctrina interpreta que, la única posible intención del precepto, ha de ser la de permitir estos acuerdos en supuestos en que no son aceptados por la legislación laboral, esto es, admitir el acuerdo a pesar de que no concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal y como exige el artículo 44.9 del ET ¹⁹.

La cuestión que, a efectos de este estudio, debe resolverse, es si, en esa negociación, resulta posible alcanzar acuerdos en los que las pretensiones económicas de los trabajadores sean total o parcialmente reemplazadas por compromisos del deudor/empleador en materia de estabilidad en el empleo, cohonstando de esta manera la doble condición del trabajador ante el concurso de su empleador.

Inicialmente, este tipo de acuerdos encuentran una dificultad fundamental. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la transmisión decidida en convenio, en caso de liquidación el adquirente no asume el pago de las deudas del concursado, sino que dicho pago se procura empleando para ello la cantidad obtenida con la propia transmisión. Por tanto, aplicando la legislación concursal, tras la transmisión de la empresa la condición de empleador y deudor no coinciden en el mismo sujeto. Ocurre, sin embargo, que los efectos laborales derivados de cualquier transmisión de empresa se encuentran regulados en el artículo 44 del ET, de acuerdo con el cual todo adquirente es responsable solidario de

¹⁸ Como indica LÓPEZ-TARRUELLA, en caso de que la liquidación se tramite según el plan elaborado por la administración concursal, deberán evacuarse dos tipos de consultas con los representantes de los trabajadores con carácter previo a la adopción de medidas reorganizativas; se trata de la contemplada en el propio artículo 148 de la LC en relación a la propuesta de plan de liquidación y la derivada de la remisión que este precepto lleva a cabo al artículo 64 de la LC. «El confuso...», *op. cit.*, pág. 15.

¹⁹ LÓPEZ-TARRUELLA: «El confuso...», *op. cit.*, págs. 19 y ss. No obstante, el autor admite que esta interpretación cuenta con la dificultad que representa el hecho de que la LC vincule la admisibilidad de estos acuerdos a su carácter necesario para la viabilidad de la empresa, supuestos en los que difícilmente no concurrirá alguna de las causas exigidas por el artículo 44.9 del ET.

las obligaciones laborales pendientes en caso de transmisión. En virtud de esta norma, entiendo que los acreedores laborales y solo ellos podrían dirigirse frente al adquirente para la satisfacción de sus créditos, a excepción de las cantidades cubiertas, en su caso, por el Fondo de Garantía Salarial (art. 149.2 LC)²⁰. Incluso, entiendo que el carácter solidario de la responsabilidad del adquirente impide a este oponerse a la pretensión del trabajador sobre la base de la existencia de fondos con los que satisfacer su crédito desde el concurso²¹.

Sin duda, este régimen de responsabilidad solidaria puede suponer una traba a la transmisión de la empresa en fase de liquidación. Por ello, precisamente, adquiere especial importancia el hecho de que, en la negociación prevista en el artículo 149.2 de la LC, puedan alcanzarse acuerdos en los que los trabajadores renuncien a parte de su crédito a cambio de prestaciones de carácter ocupacional.

III. CONCLUSIONES

La LC ignora la doble condición del trabajador, como acreedor y como empleado de la empresa en crisis, no atendiendo a las especialidades que esta posición dual conlleva.

Este déficit podría ser suplido con la actuación a llevar a cabo por parte de la representación colectiva de los trabajadores en la gestión de la empresa en crisis durante la tramitación del concurso. No obstante, el análisis de las funciones de consulta o cogestión otorgadas a la representación de los trabajadores por la legislación concursal obliga a concluir que su potencial como instrumento coordinador de los intereses crediticios y de empleo de los trabajadores no resulta suficientemente aprovechada.

En el sistema de la LC predomina claramente la satisfacción de los acreedores frente a cualquier otro fin que pueda perseguir el concurso y, específicamente, frente a la conservación de la actividad de la empresa²². Ello lleva a que la representación de los trabajadores no sea reconocida como un ente con intereses específicos en el concurso, careciendo de iniciativa para provocar –salvo contadas excepciones²³– cualquiera de los trámites que requieren instancia de parte a lo largo del procedimiento, ya sea la propia declaración del mismo o su liquidación, por citar trámites extremos.

²⁰ Esta última norma puede interpretarse de dos maneras distintas. En un sentido estricto, el juez concursal solo podría reducir la responsabilidad del adquirente respecto de aquellos créditos que, a fecha de la transmisión, hubieran sido ya satisfechos por el Fondo de Garantía Salarial provocando su subrogación en la titularidad del derecho de crédito. En un sentido amplio, el juez podría excluir cualquier crédito que, en aplicación del artículo 33 del ET, haya de pagar el Fondo de Garantía Salarial, con independencia del momento en que, efectivamente, dicho pago –y la correspondiente subrogación en el crédito– se produzca.

²¹ Paradójicamente, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.3 del ET determina que, en caso de liquidación, el adquirente sea responsable solidario del pago del total que alcancen las deudas laborales del concursado, mientras que, en caso de convenio, estas deudas habrán experimentado la quita prevista y, por tanto, la responsabilidad solidaria solo se extenderá sobre la deuda laboral resultante.

²² «En el concurso predomina la relación deudor/acreedores y la lógica de la satisfacción de estos, lo que se ha denominado sistema de mercado, que refleja en realidad una consideración más individualista de la institución concursal, centrada en el interés del acreedor.» DESDENTADO BONETE: «La intervención...», *op. cit.*, pág. 746.

²³ El procedimiento de negociación para la modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo pudo haber sido instado por la representación de los trabajadores (art. 64.2 LC).

Tan solo cabe una actuación vinculando ambos intereses en aquellos casos en los que, siendo llamada a negociar la representación de los trabajadores, el resultado de tal negociación resulta vinculante. Así ocurre con lo acordado entre administración concursal y representantes de los trabajadores en todos aquellos supuestos en los que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 64 de la LC. E, igualmente, por lo que se refiere a los acuerdos alcanzados entre adquirente y representantes de los trabajadores con ocasión de la transmisión de la empresa concursada en fase de liquidación (art. 149.2 LC).

Estas previsiones resultan insuficientes; la LC debió atribuir a la representación de los trabajadores mayores competencias, al objeto de llevar a cabo la coordinación de los intereses crediticios y de empleo de los trabajadores. En este sentido, hubiera sido conveniente que la LC concediera a la representación de los trabajadores legitimación para, en defensa de los intereses de los trabajadores, llevar a cabo aquellos actos de la tramitación del concurso que requieren instancia de parte. Junto a ello, debiera disponer de voz propia en la negociación del convenio concursal, así como funciones que le permitieran establecer una vinculación entre lo acordado en convenio concursal y las consecuencias laborales de tales decisiones. Finalmente, debiera disponer de mayor iniciativa para llevar al concurso a la fase de liquidación, si así lo considerara conveniente.

Bibliografía

- ALAMEDA CASTILLO, M.^a T. [2004]: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio». En *Temas laborales*, n.º 73.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A. y GALLEGRO SÁNCHEZ, E. [2004]: «El convenio», en AA.VV., *Concurso e insolvencia punible*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- COSTA REYES, A. [2007]: *Los trabajadores en el proceso concursal*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 29.
- DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. [2003]: «La transmisión de empresas en situaciones concursales», en *Relaciones Laborales*, n.º 23-24 (dic.).
- DESDENTADO BONETE, A. [2004]: «La intervención de los trabajadores en el proceso concursal». En: *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*. Ed. La Ley, Madrid.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, P. [2005]: «El confuso panorama procedimental para la reorganización productiva: incidencia de la transmisión de la empresa y especialidades de la ley concursal». En *Iustel.com, RGDTSS*, n.º 9, julio.
- LUJÁN ALCARAZ, J. [2004]: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso». En *La Ley Concursal y los aspectos sociales*. Ed. Laborum, Murcia.
- RAMOS QUINTANA, M. [2002]: *La garantía de los derechos de los trabajadores. Inderogabilidad e indisponibilidad*. Ed. Lex Nova, Valladolid.
- SALA FRANCO, T. (et alt.) [2001]: *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva (el alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores)*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.