

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

ESTE estudio persigue una doble finalidad. Por un lado, ante el carácter cronológicamente novísimo de la reforma concursal –tanto que no entrará en vigor hasta 1 de septiembre de 2004–, se ha pretendido ofrecer una visión de conjunto de las principales novedades que aporta la misma, tanto en un plano general como en otro más netamente laboral, en la lógica de ese embrionario Derecho Laboral Especial de la Insolvencia. A tal fin se han identificado los principales problemas que suscita este fenómeno de la «crisis de empresa» cuando existe una amenaza de insolvencia –o alcanza ésta actualidad y gravedad–, para luego valorar si la reforma está o no en condiciones de resolverlos, más allá de una auto-complaciente Exposición de Motivos que sólo ve razones para la complacencia. Por otro lado, y justamente en conexión con esta última idea, el autor ha pretendido ofrecer un amplio cuadro de razones para poner de manifiesto cómo estamos ante una reforma que mira más a conservar la tradición que a innovar nuestro ordenamiento, ni en la dirección de los más modernos «Derechos Concursales» ni, mucho menos, de un Derecho de las Empresas en «dificultades». Ni lo urgido de la reforma ni la revisión en vía parlamentaria de los efectos más convulsivos que, en el régimen jurídico-laboral, presentaban las versiones originarias pueden ser excusas absolutorias para evidenciar las deficiencias de esta reforma, que no ha sabido –o no ha querido, o no ha podido– estar a la altura de las circunstancias.

Sumario:

1. Introducción.
2. Principales aspectos funcionales y estructurales de la regulación del nuevo sistema concursal: un cuadro claroscuro.
 - 2.1. Las razones de la reforma: corrección del carácter «injusto» y modernización de la «legislación vigente».
 - 2.2. El sentido y alcance de la reforma concursal: preferencia por la finalidad «solutoria» frente a la de «saneamiento» empresarial.
 - 2.3. La estructura normativa de la reforma y algunos aspectos de técnica legislativa: una visión general.
 - 2.4. Los problemas de la reforma concursal: puntos críticos de la LC.
 - a) Los problemas de la prevención y la oportunidad de la apertura del concurso: los presupuestos subjetivo y objetivo.
 - b) Los problemas de la profesionalización y gobierno eficaz y eficiente de la insolvencia: estructura orgánica del concurso.
 - c) El problema del reparto equitativo y eficiente de los sacrificios para los acreedores: el doble sistema de prelación crediticia.
 - d) El problema de la flexibilidad de las «soluciones» del concurso: el convenio como solución «normal» pero no necesaria.
 - e) Los problemas de la celeridad y simplicidad del concurso: esquema de la estructura y dinámica procedimental y procesal.
3. Renuncia del legislador un auténtico «Derecho de las Empresas en Crisis»: el Derecho Especial Laboral de los Procesos de Solución Colectiva de los Conflictos de Insolvencia del Deudor Común.
 - 3.1. La solución a las «crisis de empresa» entre Derecho Concursal y Derecho del Trabajo: tutela externa o preconcursal y tutela concursal.
 - 3.2. La incidencia de la reforma concursal en la regulación de las relaciones de trabajo: una visión panorámica.
 - 3.3. Problemas jurídico-laborales básicos de la reforma concursal: aspectos individuales y colectivos, sustantivos y procesales.
 - a) El problema de la continuidad: los efectos novatorios de la declaración del concurso en los contratos de trabajo.
 - b) El principio de conservación y la transmisión de empresa: los acuerdos de cesión o venta de empresa.
 - c) Los aspectos procesales de la reforma concursal en materia laboral: un nuevo espacio para el conflicto jurisdiccional.
4. Valoración final.

«Si la libertad significa algo, es el derecho de decir a la gente lo que no quiere oír».

George ORWELL. *Rebelión en la Granja*

1. INTRODUCCIÓN

El «*Derecho Patrimonial*» español –en realidad el Derecho Mercantil– acaba de ver satisfecha, al decir de sus autores, otra de sus aspiraciones más «profunda y largamente» sentidas, la «reforma de la legislación concursal». Por su parte, la todavía principal «rama social» de lo que se denomina «*Derecho Económico*», el Derecho del Trabajo, cree poder respirar tranquila al ver cómo se alejan los nubarrones que se cernían sobre ella en la versión originaria de la Ley concursal (LC). La hondura del suspiro de alivio bien podría explicarse, dudo que justificarse, por la dimensión huracanada de la tormenta avistada, que se concretaba en una reforma laboral auténticamente desreguladora, tan convulsiva de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores como encubierta u oculta. La gran amenaza lanzada por el proyecto originario de reforma para la continuidad del entramado iuslaboral predispuesto para la gestión de estas patologías empresariales (insolvencia) no tenía, sin embargo, ni razón de ser ni referente en la legislación comparada, algunas de cuyas manifestaciones acaban de experimentar igualmente significativas reformas.

En efecto, la práctica totalidad de los expertos en esta compleja y delicada materia, cualquiera que sea su disciplina de procedencia y la experiencia nacional en que se enmarque, venía insistiendo en la *necesidad de coordinar*, cuando no integrar, adecuadamente las normas de Derecho Mercantil y las normas de Derecho del Trabajo para arrostrar correcta, eficaz y eficientemente las denominadas «situaciones de crisis (económico-financiera)» de las empresas. La superación de la vieja filosofía puramente «liquidatoria» del patrimonio del deudor común de una pluralidad concurrente de acreedores, de impronta claramente liberal, y la aceptación de la imagen renovada del procedimiento concursal como terapia organizacional para la cura de las patologías económico-financieras de este tipo, por las que las empresas atraviesan con reciente frecuencia, supuso una auténtica mutación del tradicional «Derecho Concursal», en aras a garantizar una equilibrada protección de otros intereses en juego, especialmente de los trabajadores, de particular relevancia social.

No debían creer lo mismo, lo que ya es llamativo dada su autoridad, los promotores de la reforma que ahora culmina, casi medio siglo después de los primeros intentos serios en tal sentido. No sólo pretendieron ignorar por completo la necesidad de esta suerte de «*ius communicationis*» entre normas laborales y normas mercantiles sino que, más aún, intentaron establecer una regulación radicalmente excepcional de las relaciones laborales, de modo que derechos e intereses de los trabajadores debían sacrificarse casi por completo a un evanescente «interés del concurso» (versión moderna del viejo «interés de empresa», «interés de la economía nacional», «principio de rendimiento», o cualquier otra vana etiqueta de la misma guisa).

Para comprender adecuadamente el alcance de este inicial intento de propiciar un nuevo fenómeno de «huida del Derecho del Trabajo», también en beneficio del paradigma mercantil de regulación de las relaciones laborales, bastará con evidenciar cómo, en la versión originaria, la lógica universalista del concurso, y su corolario, más teórico que real, el *principio de trato igual, esto es, indiferenciado* para todos los acreedores («masa») del deudor único o común, fagocitaba de raíz las 3 principales vías que las normas laborales reconocían para escapar de esta lógica liquidatoria y mantener un estatuto de garantías particular. A saber ¹:

- a) la continuidad de las relaciones de trabajo se hacía depender de las mismas reglas que la continuidad de cualquier otro contrato bilateral;
- b) los créditos laborales no sólo debían experimentar en alguna medida significativa los efectos de «*la poda de privilegios*» buscada con carácter general con la reforma, sino que debían someterse a la misma disciplina procesal que el resto, por lo que se elimina el «privilegio de ejecución separada» (lógica de protección indiferenciada);
- c) el conocimiento de las cuestiones litigiosas sociales debía dejar de estar sometida a una «justicia de proximidad», tendencialmente favorable por vocación y función a los intereses de los trabajadores, para atribuirse, al juez único del concurso, que para más indicación sólo puede ser un juez mercantil (nueva forma de *exteriorización* de la tutela judicial de los intereses laborales).

La versión definitiva que ahora ve la luz –Ley 22/2003, 9 de julio; BOE 10 de julio–, y que entrará en vigor cuando casi llegue a su fin el período estival del próximo año (1-9-2004), ha corregido significativamente algunos de estos efectos perniciosos para la suerte de los derechos e intereses de los trabajadores en el seno de un procedimiento concursal. La presión sindical ejercida, sin duda en parte motivada por la alerta generada por ciertos comentaristas, tan reducido como selecto, parece haber tenido sus frutos positivos, tal y como sucediera, si bien esta vez de forma menos traumática, con la «contrarreforma» de las prestaciones por desempleo. Mientras los sindicatos se presentan moderadamente satisfechos con la reforma, porque tienen la impresión de haber podido reconducir las aguas por sus cauces naturales, la ocasionalmente inquietada doctrina iuslaboralista, tradicionalmente al margen de estas procelosas cuestiones, torna a los temas cotidianos, a los de siempre, confiada en que el alcance de los cambios son de «menor cuantía» y en todo caso plenamente asumibles.

En definitiva, la impresión más generalizada es que el fortísimo envite lanzado nuevamente por el Gobierno a la disciplina del sistema de relaciones laborales habría sido otra vez superado, con algunas «bajas» relevantes pero aceptables en su conjunto. Personalmente, por las razones que se irán desgranando paso a paso en este comentario, tengo una visión parcial, aunque sensiblemente, diferente. Desde luego que el dilatado y complicado proceso de tramitación parlamentaria ha conseguido mitigar una reforma inspirada en un imperialismo extremo del Derecho Mercantil, tanto en los aspectos sustanciales como procesales, pero es absolutamente claro, al menos para todo el que lo quiera –o lo sepa– ver, que no ha podido evitar que el Derecho Mercantil le gane ampliamente la partida al Derecho del Trabajo en la conformación del «nuevo» Derecho Concursal. Una derrota que, bien visto, tampoco es nueva, ni tan siquiera en aquellos ordenamientos que, como el francés, sí introdujeron una verdadera metamorfosis en su Derecho Concursal hasta transmutarlo en un «*Derecho de las Crisis de Empresa*» o de las Empresas en Dificultades, etiquetado que sólo muy voluntaristamente podría aplicarse a la nueva Ley ².

Quede claro que no me preocupa en exceso la definitiva pérdida del beneficio de autonomía procesal en la ejecución de los créditos laborales, pues hasta cierto punto puede interpretarse como la crónica de una muerte anunciada, a juzgar por las críticas internas y por las erosiones sufridas por acción de la propia jurisprudencia social (ej. STS 15-12-1998 –posibilidad de renuncia al mismo en aras de soluciones negociadas–; ATS 23-3-1999 –legitimación de supuestos donde no es aplicable–). Tampoco me parece ahora ya especialmente sangrante, ni ha de interpretarse como una derrota de escarnio para el iuslaboralismo, la exclusión del Juez Social del conocimiento de competencias netamente laborales en beneficio del Juez Mercantil, pues tal efecto aparece significativamente mitigado en la versión definitiva, hasta el punto de aparecer este último sustancial y procesalmente como un «juez de lo laboral», lo que no dejará de plantear serios problemas aplicativos. El legislador ha sido plenamente consciente de estas exigencias de armonización, justificando la privación de competencias «*por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento*», pero siempre «*conciliando todo ello con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral*» –también en la procesal, por aplicación directa y por supletoriedad– (punto III EM) ³.

Ahora bien, lo que ya es más difícil pasar por alto es que la falta de verdadera renovación sustancial de este formalmente flamantísimo «Derecho Concursal» se traduce en políticas y reglas jurídicas que, de imperar cierta interpretación plausible del tenor de la nueva Ley, puede tener efectos gravemente perjudiciales para los intereses directos e instrumentales de los trabajadores –por tanto, también para la continuidad de empresas razonablemente viables económicamente–. A este respecto, la comprensión del legislador es clara, pues, la «*reforma no supone una ruptura con la larga tradición concursal española*» (EM, punto I), en buena medida apegada a la racionalidad contractual y no intervencionista del mercado. No hay, desde esta perspectiva, más finalidad del procedimiento concursal que «*la satisfacción de los acreedores*» (EM II), por lo que el «saneamiento de empresas» no puede tenerse como tal objetivo, mucho menos al mismo nivel que el satisfactivo o solutorio.

En este sentido, la reforma ha sido concebida básicamente, como sucede con la reciente experiencia alemana –que tan profundamente ha inspirado el texto español–, con el propósito de reordenar sistemáticamente un «Derecho Concursal» plagado de anacronismos normativos y deficiencias

prácticas, y sólo secundariamente traduce un ánimo de innovación sustancial en las concepciones, en las políticas jurídicas y en las técnicas. En realidad la pretendida originalidad del «nuevo» Derecho Concursal brilla por su ausencia y lo único que sí sufre una «profunda modificación» es la «legislación» –no el «Derecho» como afirma de forma impropia –vigente⁴. Desde luego que no es la estricta *finalidad liquidatoria* – ejecución universal forzosa del patrimonio del deudor y expulsión del mercado– la que preside esta reforma, como sucedía en la originaria concepción decimonónica y liberal del denominado «Derecho de Quiebras» o «Derecho de la Insolvencia», pero tampoco lo es, como se ha señalado, la *conservación* de la empresa, según la concepción hasta hace pocos años dominante de la mayor parte de las legislaciones europeas más modernas –ej. Francia, Italia, Alemania, Portugal...–. El fin del procedimiento concursal es siempre la «satisfacción de los acreedores» y sólo a éstos, se insiste, a través del correspondiente convenio, incumbirá decidir autónomamente cuál es la mejor vía para conseguirlo, sin perjuicio de algunas medidas incentivadoras de la solución continuista⁵.

Ahora bien, el enorme interés que debe suscitar en la doctrina iuslaboralista –y en los interlocutores sociales– esta reforma no puede vincularse únicamente a la necesidad de una posición cautelar o de prevención respecto a los aspectos más negativos de la Ley Concursal para la satisfacción de los derechos e intereses de los trabajadores de una empresa en situación «concursal», sino que reside igualmente en la construcción de los pilares básicos de un auténtico *Derecho Especial del Trabajo de las Empresas en situación, actual o inminente, de insolvencia*. Esta diversificación de regímenes jurídico-laborales, tanto en sus *aspectos sustanciales* –ej. «Expedientes Judiciales de Regulación de Empleo» ex art. 64 LC; supuesto de *suspensión del ejercicio del derecho a la resolución contractual* ex art. 41 –y art. 40 LET–; la *conversión de una extinción causal por voluntad individual del trabajador* ex art. 50 LET en *extinción colectiva* ex art. 64.10 LC...– como en los *procesales* –ej. configuración del *Juez del «Concurso» en Juez Social* ex artículo 8.2 LC, si bien sometido a los principios jurídico-laborales ex art. 64 LC; *procedimiento especial de incidente concursal* para materias laborales ex art. 195 LC; eliminación del beneficio de la «ejecución separada»–, según se haya abierto o no un procedimiento concursal, es ya una realidad en diversos países comunitarios, en particular en Francia y Alemania, y cuenta con sólidas piezas normativas en el mismo Derecho Comunitario⁶.

El Proyecto de Ley pretendía crear un *Derecho del Trabajo Excepcional de la Insolvencia*, que quebraba claramente los principios y se alejaba, tan radical como injustificadamente, de las soluciones propias del régimen común u ordinario laboral, volviendo en gran medida a un tratamiento «indiferenciado» del trabajador, como cualquier otro acreedor. En cambio, la Ley Concursal –con su corolario orgánico en materia procesal– ha transaccionado con Partidos Políticos e Interlocutores Sociales un *Derecho del Trabajo Especial de la Insolvencia*, que no excluye –«huye»– de la regulación laboral ordinaria sino que la modaliza –«flexibiliza»– o adecua a la situación concreta o especial generada por la formalización de una situación concursal, aunque en ocasiones esta adaptación provoque una pérdida importante de garantías respecto al régimen ordinario. En ocasiones, esta nueva reducción del patrimonio garantista individual del trabajador tiende a compensarse, con el *reconocimiento de un mayor juego de la autonomía colectiva*, que sin duda sale reforzada de esta reforma, pero no en los términos y con el alcance que hubiese sido aconsejable en una renovación de nuestro Derecho Concursal como auténtico *Derecho de las Empresas en Dificultades o en Crisis*, que no es –ni puede ser– un monopolio exclusivista y excluyente del Derecho Mercantil como ahora se pretende del Derecho Concursal.

En consecuencia, el objetivo básico de este trabajo es exponer, con la mayor claridad y completitud posibles, aunque con la brevedad que aconseja un estudio de «revista», los contenidos de este régimen jurídico-laboral especial de los procedimientos de insolvencia. Por supuesto no me limitaré, como es habitual, a la narración y ordenación de las normas que lo conforman sino también, en su justa medida, a la crítica de su significado y alcance, tanto en el plano de la política jurídica como en el de la práctica. Naturalmente, de forma previa, intentaré ofrecer un análisis que delimite el sentido global de la reforma y sus principales novedades, al objeto de que pueda ser razonablemente comprensible la proyección que realiza la LC en las materias laborales –y también en materia de créditos de Seguridad Social–. Terminaré, como también es habitual, con una valoración final que permita comprobar –o desmentir– si las apreciaciones introductorias, especialmente críticas con la reforma, no sólo por lo que hace –contradicciones o antinomias– sino por lo que no hace –lagunas– responden o no a la realidad. Por supuesto, el propósito final es que el lector-especialista tenga elementos de juicio suficientes como para juzgar por sí mismos, además de disponer de soluciones para el ejercicio práctico.

2. PRINCIPALES ASPECTOS FUNCIONALES Y ESTRUCTURALES DE LA REGULACIÓN DEL NUEVO SISTEMA CONCURSAL: UN CUADRO CLAROSCURO

2.1. Las razones de la reforma: corrección del carácter «injusto» y modernización de la «legislación vigente».

Como toda Ley que tiene un altísimo concepto de sí misma, y que tiende a autopresentarse como un hito jurídico del que en pocas ocasiones –o ninguna– vieron los tiempos –el ejemplo más claro y reciente es la Ley de Enjuiciamiento Civil–, la Ley Concursal comienza su redactado con una extensísima y grandilocuente Exposición de Motivos. De este modo, pretende ilustrarnos tanto sobre las razones que han determinado la necesidad de promulgar tan magna obra, cuanto sobre las principales novedades normativas que aporta esta «solución legislativa» a una de las cuestiones más arcaica e injustamente regulada de todo nuestro ordenamiento jurídico, pero que, «pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación», se habría venido demostrando «y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor...». Aunque la culminación ahora de esta labor tan necesaria en modo alguno excusa las deficiencias del nuevo texto legal, y aunque tampoco la visión idílica que ofrece la EM de la LC responde estrictamente a la realidad del texto normativo finalmente aprobado, partimos del indudable valor hermenéutico de la misma para comprender el alcance de la reforma.

Apenas se conozca un poco el atormentado y enjundioso proceso prelegislativo por el que se ha atravesado «en la senda de la reforma concursal» –se narra con cierta exhaustividad en la propia EM–, no sorprenderá nada las razones esgrimidas por el legislador para justificar una reforma tan ansiada y que tanto se ha hecho de rogar. Lo que quizás sí llame algo la atención es la rotundidad con que el legislador acepta las severísimas críticas que ha merecido la legislación –ningún espe-

cialista reconocido habla propiamente de «Derecho»– vigente ⁷. En efecto, de ser realmente fundadas –y no hay ninguna razón para no creerlo así–, es difícil comprender – se ha dicho que en época de «bonanza económica» nadie se acuerda de un problema de escasa incidencia práctica, y en época de «crisis económica», no se considera conveniente el cambio normativo– por qué ha tardado tanto en llegar la reforma de una legislación que no sólo adolece de «arcaísmo», «dispersión» e *«inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo»*, sino que se ha ido edificando sobre «soluciones injustas», en tanto en cuanto ha estado dominada por el *«predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales»* –quiebra del principio de igualdad de trato de los acreedores– y plagada de prácticas abusivas, derivadas de frecuentes *«maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente»* (EM, punto I).

Pero como el legislador ha pensado que «más vale tarde que nunca», y eso sí, realizada la correspondiente crítica a la política legislativa abstencionista de los legisladores españoles anteriores –incluido, suponemos, el de la Legislatura 1996/1999–, ha decidido poner *«remedio a estos males»* y ha afrontado esa *«delicada tarea»* que es superar una de las asignaturas pendientes *«en la modernización de nuestro ordenamiento jurídico»*. Sin embargo, y ya van apareciendo algunas de las principales contradicciones y ciertos falsos enunciados de la reforma, no deja de sorprender que, como se adelantó, la reforma se presente como totalmente continuista con la *«larga tradición concursal española»* – que se remonta a tratadistas del siglo XVII–, rompiendo sólo con la legislación vigente, por su desfase e injusticia.

Las razones de la reforma son, pues, dos, una práctica y otra sistemática:

- a) *corrección* de las deficiencias de la legislación –aún hoy– vigente en materia «concursal», y de profilaxis de los muy notorios abusos de la práctica;
- b) *armonización* del resto del ordenamiento jurídico con las soluciones aportadas por el *«nuevo sistema concursal»* ⁸.

El carácter eminentemente corrector y no propiamente innovador en sentido pleno del ordenamiento de las *«crisis de empresa»*, como sí pretendió el Anteproyecto de Ley concursal de 1983, encuentra una clara confirmación en el enorme influjo que ha tenido en la reforma la práctica concursal española generada en los últimos años, ya sea para evitar *–prevenir–* los «muchos abusos y corruptelas» constatados en la práctica ya para refrendar *–normalizar–* los remedios generados por esa práctica para superar las carencias de una legislación obsoleta ⁹. La «profundidad» de la reforma se mide más, en consecuencia, por la afectación formal de múltiples leyes de nuestro ordenamiento jurídico que, a raíz de la reforma, bien quedarán modificadas, en unos casos, bien serán sin más derogadas, en otros. De este modo, como el propio legislador reconoce, se pretende *«armonizar el derecho vigente con la reforma»*, pero al mismo tiempo se enfatiza la necesidad de acotarla en el estricto ámbito de la materia concursal, sin proyectarla a ámbitos «extraconcursales», aun reconociendo que ello pueda producir en la práctica problemas de desajuste, como por ejemplo en relación al considerado «arcaico» sistema de preferencias crediticias que rige fuera del concurso (EM, punto XII) ¹⁰.

Pero la falta de una radical ambición renovadora o innovadora –pese a su inicial vocación «imperialista»– no queda aquí, ni tan siquiera éste es el punto más relevante. El claro continuismo de fondo de la reforma queda claramente expresado en la misma *concepción* sustancial –«filosofía prevalentemente solutoria» («satisfactivo-liquidatoria»)– y en los *principios* generales –exasperante procesalismo judicialista; prevalencia de la imagen del concurso como proceso colectivo de ejecución forzosa sobre su entendimiento como proceso de solución de crisis empresariales...– que inspiren todo el renovado «sistema normativo». Veámoslo sucintamente.

2.2. El sentido y alcance de la reforma concursal: preferencia por la finalidad «solutoria» frente a la de «saneamiento» empresarial.

Si, como acabamos de recordar, sobre las razones que avalan la necesidad de una reforma concursal no existe discrepancia de relieve, dado el sentir unánime que pugna desde hace décadas por un cambio, las críticas y las divergencias empiezan a surgir cuando entramos en el análisis concreto de los diferentes aspectos que la conforman. Por supuesto en el plano de la «técnica legislativa» empleada, pero también, y con mayor radicalidad, en el plano de la «política jurídica». Comenzaremos por esbozar las principales líneas de este último –político–, para luego exponer las novedades fundamentales en el primer plano –técnico–.

Desde el plano de la política jurídica, los caracteres más señeros son:

- a) el principio de la triple *unidad*: legal, de disciplina y de sistema;
- b) el principio de la *flexibilidad* reguladora y de gestión del procedimiento;
- c) primado de la *dimensión patrimonial* del procedimiento sobre la personal;
- d) el principio «*solutorio*» o prevalencia de la finalidad de satisfacción de los créditos de los acreedores sobre cualquier otro objetivo o fin;
- e) primado de la concepción *procesalista* y jurisdiccional del procedimiento concursal sobre la concepción extrajudicial, conflictual y «gestional» del mismo;
- f) reforzamiento del principio de *autonomía contractual* de los acreedores, aun en el marco de un fuerte control judicial;
- g) formalización, aunque imperfecta, del *interés colectivo de los trabajadores*;
- h) el *carácter realista* de la LC sobre los aspectos jurídico-formales;
- i) el principio de *celeridad* del procedimiento concursal como garantía tanto de eficacia social como de eficiencia económica.

a) unidad

Una de las principales aportaciones, sino la mayor, de la reforma es a no dudarle la opción por el **principio de unidad**, en su triple dimensión: legal, de disciplina y de sistema. Así, por un lado, frente a la dualidad de regulaciones, sustantiva y procesal, se propone la unidad legal, de modo que, salvo los aspectos que precisan una regulación orgánica –Ley 8/2003–, la LC pretende erigirse en la regulación exclusivista del procedimiento concursal, dejando sólo como supletoria la LEC. Por otro lado, frente a la diversidad de instituciones concursales en atención a la cualidad del deudor, civil – concurso de acreedores; quitas– o mercantil –quiebra o suspensión de pagos–, típica de la legislación vigente y de otras legislaciones comparadas –ej. Italia–, la LC busca una unidad de regímenes. Finalmente, la LC persigue establecer la unidad de procedimiento concursal para cualquier situación y solución.

En la formulación de este principio se puede coincidir sustancialmente, como demuestra su continuidad desde las primeras fases relevantes del proceso de reforma, ahora hace ya dos décadas. Otra cosa es sus concretas formulaciones, pues ni todas ellas eran necesarias, mucho menos afortunadas – por ejemplo la configuración de los Jueces «de lo Mercantil» como Jueces «de lo Social» a efectos de «la materia concursal»¹¹–, ni tampoco ha quedado plenamente garantizada la consecución del referido principio unitario en la LC, incluso, en ciertos ámbitos, hasta se ha agudizado la diversidad y, por tanto, la complejidad. Así, por lo que a nuestro ámbito más atañe¹², es claro que la LC no es el único texto legal que rige la materia concursal, pues la propia LC, bien es cierto que por efecto del proceso transaccional vivido durante la tramitación parlamentaria, remite formalmente al Estatuto de los Trabajadores y a la Ley de Procedimiento Laboral como fuentes de regulación principal, no sólo a título de normas supletorias y en lo no previsto por el régimen especial de la LC, de importantes cuestiones sustantivas y procesales del concurso en materia laboral (ej. art. 8.2.º *in fine*, art. 64.7, art. 66 LC, art. 197.7 LC).

Por su parte, la unidad de disciplina tampoco supone la irrelevancia de la condición empresarial especialmente si se trata de una persona jurídico-societaria, de modo que la LC no ha podido ignorar, en ninguna de las fases del concurso, la existencia de «*especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevanza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios*», incluso integradas en un «*grupo de empresas*» (arts. 3.5, 25.1, 100.2 LC). Aunque es lo cierto que el modelo o tipo normativo básico se construye sobre el deudor mercantil, quizás hubiese sido necesario recoger mayores previsiones en atención a la cualidad o clase de «deudor», en particular si es una empresa o, más aún, grupo empresarial¹³. Tampoco la unidad de procedimiento es total, por cuanto se prevén algunas modalidades especiales en atención a la concurrencia de ciertas circunstancias, como la reducida dimensión económica del deudor (procedimiento abreviado ex arts. 190-191).

Como especial ha de tenerse el denominado «convenio de anticipación» (arts. 104-110). Pero si estas modalidades persiguen agilizar el procedimiento concursal, reduciendo su complejidad y duración, otras previsiones pueden tener el efecto contrario (incidentes concursales ex art. 192 LC).

b) flexibilidad

En consecuencia, para que este principio de unidad pueda tener auténtica operatividad, aun en los términos y límites indicados, ha debido acompañarse inexcusablemente de un no menor importante **principio de flexibilidad**. Tampoco la EM escatima elogios a este logro, en la medida en que es consciente de que la flexibilidad es condición inexcusable para la «unidad de procedimiento». La flexibilidad está presente en toda la regulación, es pauta hermenéutica que guía todo el proceso. Así se pondría de relieve no ya sólo, como acaba de indicarse, en la capacidad que tiene de contemplar reglas especiales que acelere el proceso concursal para deudores con menor patrimonio, sino en la propia estructura del mismo –facilidades para el tránsito de unas fases a otras–, así como en el propio régimen de los efectos que produce la declaración de concurso, atendiendo, entre otros criterios, al carácter voluntario o necesario del mismo. También se preocupa de reducir los efectos del concurso, con un sentido funcional, a los «*que beneficien la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso*» (EM, p. III).

La flexibilidad en la regulación y conducción –gestión– del entero procedimiento concursal se convierte en la principal garantía del mismo, incluso de su razón de ser. A este respecto, quizá no sea baladí recordar que hoy en día la cuestión principal que se pone al Derecho Concursal, en todos los países desarrollados, no es tanto (o no es sólo) la concepción que debe dominar la concreta regulación, sino sobre todo (o también), si el Derecho de la Insolvencia ahora ya «tiene razón de ser en el mundo que nos ha tocado vivir»¹⁴. Este inquietante interrogante no es especulativo doctrinal sino dato de experiencia, por cuanto sólo una regulación que aspire a ser realmente eficaz para resolver los problemas que la motivan puede salvar la fuerte contradicción que deriva de la siguiente constatación: el crecimiento de la complejidad inexcusable del ordenamiento de las situaciones de insolvencia se reduce a mínimos el grado de satisfacción para los acreedores ordinarios, al tiempo que la de los acreedores especiales –«acreedores profesionales»– se suele buscar a través de vías extraconcursoales –y extrajudiciales–, así como de instrumentos que se orienten a la prevención de la insolvencia, afrontando en un tiempo anterior– ej. convenios preconcursales; Planes Sociales– las situaciones de crisis o dificultades patrimoniales.

c) reducción del juicio de reproche personal

Como ya se advertía, una inequívoca manifestación de flexibilidad, en el plano de los efectos de la declaración del concurso, es la **reducción de la tradicional dimensión personal** de este procedimiento para centrarlo, en lo sustancial, en la dimensión estrictamente patrimonial del mismo. De todos es sabido que la concepción estrictamente «liquidatoria» que inspiraba el originario Derecho Concursal llevaba, especialmente cuando se trataba de un deudor mercantil –«comerciante»–, a la completa expulsión del mismo del mercado sino también a su confinamiento social –ej. arresto del quebrado–. Salvados los tiempos del «troceamiento» físico de su persona, en paralelo a la liquidación de su patrimonio, se mantuvo un régimen de restricciones severísimas para las facultades personales del deudor, que proyectaban una imagen particularmente represiva de esta regulación (*decoctor; ergo fraudator*), lo que al tiempo justificaba una amplia presencia del fiscal, amén de una significativa regulación penal. Con

la diferenciación, en época moderna, entre la persona del deudor y su patrimonio, el avance se concreta en la pérdida del carácter represivo de la insolvencia y la atenuación de los efectos en las facultades personales, como exige la doctrina constitucional y de la jurisprudencia, que acepta la compatibilidad entre la insolvencia y una «buena administración mercantil» (STS 4-11-1976).

En esta dirección eminentemente patrimonialista –civil– en detrimento de la personal –penal–, se introduce una regulación garantista de los derechos fundamentales de la persona del deudor que se ven afectados por la declaración del concurso –libertad de residencia y desplazamiento; secreto de comunicaciones; inviolabilidad del domicilio–, cuya regulación se contiene en la LO 8/2003. La intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia, la entrada en domicilio o, en casos extremos, el arresto domiciliario, sólo pueden adoptarse por el Juez –previa audiencia del MF– cuando sean estrictamente funcionales a la tramitación del procedimiento, pero siempre con las debidas garantías –*fumus bonis; periculum in mora*. La primacía de esta dimensión civil sobre la penal, que hace que la regulación del primer tipo no trascienda a la del segundo, incluso a efectos de prejudicialidad (art. 189 LC), revela la *autonomía del Juez de lo Mercantil* frente a cualquier órgano administrativo y judicial, incluso frente a los de la Jurisdicción Penal.

Asimismo, la LC recoge una regulación más favorable al deudor de la calificación del concurso culpable (arts. 164 y sgs. LC; actuales arts. 886 y sgs. Cco.; arts. 1139 y 1382 LEC) que, como es bien sabido, persigue enjuiciar o valorar no el estado de insolvencia sino la incidencia de la conducta del deudor respecto al origen o, en su caso, agravamiento de tal situación patrimonial negativa. En este sentido un objetivo es que la eventual sanción de las conductas del concursado punibles en el orden penal –delito de insolvencia dolosa ex art. 260 CP (el art. 3 PLORC preveía su derogación, que finalmente no se ha producido), «amplio abanico» de delitos económicos y/o societarios–, no obstaculice la tramitación y solución del concurso –principio de eficacia–. Sólo cuando el concurso sea calificado como culpable cabe imponer, como sanción de carácter temporal, la inhabilitación (art. 172.2.º LC), cesando en este caso los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada. Estos sujetos serán sustituidos conforme al procedimiento previsto en el artículo 173 LC ¹⁵.

d) reflexividad: prevalencia de la **función solutoria**, aun en la deliberada ausencia de unidad de concepciones

Ahora bien, esta opción de política legislativa –y sus corolarios o soluciones técnicas– que restringe la intervención normativa a una estricta dimensión funcional, la de beneficiar la eficaz «tramitación del procedimiento» plantea de inmediato una significativa cuestión: *cuál es la principal función que persigue cumplir el procedimiento concursal*. La doctrina ha criticado la ausencia de pronunciamiento expreso sobre este crucial punto, que nos apartaría de otras legislaciones comparadas donde se reserva un precepto específico –el primero precisamente– para clarificar este nudo neurálgico de todo Derecho Concursal, cuyo valor hermenéutico es indudable. Pero al mismo tiempo, también ha criticado con dureza la existencia de antinomias importantes a tal fin, denunciando la ausencia de la deseable «unidad de concepciones», que podría incluso perjudicar gravemente la eficaz tramitación del procedimiento, por cuanto el legislador habría cometido errores a la hora de alcanzar el necesario –o exigible– equilibrio ¹⁶.

A nuestro juicio, el pretendido silencio es más aparente que real, y en todo caso sería bien elocuente de la opción de política jurídica triunfante en el fondo, del mismo modo que, precisamente, por ello, el carácter «híbrido» que presentaría la LC responde a la evidenciada flexibilidad, a una deliberada o buscada ambigüedad en parte de sus soluciones normativas, resultado del carácter transaccional, aunque asimétrico, que finalmente ha tenido que asumir el texto legislativo aprobado. Así la EM –y las soluciones contempladas de forma prevalente en el cuerpo normativo– deja bien a las claras cuál es esa función básica a cumplir, bien distinta de la perseguida por el Anteproyecto de 1983 y acorde en lo sustancial con el Anteproyecto de 1995. Esta función central –de esencia– no es otra que: **la función solutoria**, esto es, el primado de la tutela del interés de los acreedores a ver satisfechos, en lo posible atendiendo al estado patrimonial del deudor, y de forma ordenada, los respectivos créditos, atribuyendo a la función de conservación un papel subsidiario, plenamente dispositivo –para los acreedores y para el Juez –.

Si no resultaba suficientemente contundente la formulación en positivo de esta idea –la «satisfacción de los acreedores» es la «finalidad esencial del concurso»–, la reitera en negativo –el «saneamiento de empresas» no es «objeto del concurso»–. Ciertamente, el «convenio» (arts. 99 y sgs. LC) es «la solución normal del concurso» y, por tanto, goza de una serie de medidas legales para fomentar su conclusión negocial y aprobación judicial. Ahora bien, no debe olvidarse que ni el contenido del mismo viene predeterminado u orientado en la dirección de la continuidad o conservación, ni el legislador cesa de recordar una y otra vez que la orientación a seguir es siempre «la satisfacción de los acreedores» –EM, p. VI, *ab initio*–. Naturalmente, dada la flexibilidad con que se quiere ordenar todo el procedimiento concursal y aceptada por el legislador el primado de la «autonomía» de los acreedores –el convenio es «un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud»–, dentro de unos límites de buena ordenación del concurso de un deudor común, el propio legislador recuerda algo que es obvio y que encuentra significativos ejemplos en la práctica precedente: el «convenio de continuación», previsto sólo como una de las tantas o «distintas alternativas» que puede contener el convenio concursal (arts. 99.1 y 100 LC), «puede ser» –potestativo no obligatorio– un «instrumento para salvar las que se consideren... viables», en beneficio primero de «los acreedores» y, subsidiaria o eventualmente, «del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses» –(EM, p. VI, *in fine*).

En definitiva, en la clásica opción dicotómica entre el «modelo contractual» y el «modelo gubernativo», que en cuanto modelos ideales y opuestos ni han tenido nunca –al menos en el Derecho Moderno, legislado o practicado– una clara o inequívoca formulación normativa ni hoy se acepta un planteamiento de radical dicotomía entre uno u otro–, la LC parece optar por un paradigma o **modelo normativo de tipo «reflexivo»**, que prima lo procedimental sobre lo sustantivo. Así, su objetivo fundamental es devolver –o atribuir– a los sujetos acreedores interesados o implicados –sin perjuicio del papel determinante de sujetos institucionales, especialmente al Juez– la competencia para decidir en cada momento cuál es la solución más adecuada, incluso con posibilidad de facilidades de tránsito de una a otra en atención de las circunstancias concurrentes en cada momento, lo que por otro lado tampoco es ninguna novedad radical en nuestro Derecho ¹⁷.

e) exasperante dominio del procesalismo judicialista

Tanto este carácter reflexivo como el primado de la función solutoria pueden ayudar a explicar igualmente el **primado de la concepción procesalista y jurisdiccional** del concurso sobre la concepción extrajudicial, conflictual y gerencial del mismo. Como denuncia un autorizado sector doctrinal –respecto del PLC, pero trasladable a la LC, sin perjuicio de algunas modulaciones experimentadas en el proceso de revisión parlamentaria, algunas con relevancia en el ámbito laboral, pero que no cambian el juicio global–, las autoproclamadas modernidad y originalidad del sistema quedan desmentidas al comprobar el peso de la tradición.

En efecto, una lectura detenida de la nueva regulación legislativa deja bien a las claras la preeminencia de una comprensión del concurso como *procedimiento de ejecución colectiva y forzosa sobre el patrimonio del deudor común*, sin perjuicio de que contemple soluciones alternativas a la pura y dura «liquidación», en detrimento de lo que es en realidad, la *técnica de solución más eficaz posible o el útil de gestión óptima del problema o conflicto que suscita a los sectores de intereses en juego la situación de insolvencia*, real (actual) o potencial (inminente o probable), del deudor común. La continuidad de esta hipoteca de la tradición explicaría la prevalencia de la dimensión procesal sobre la dimensión sustantiva del procedimiento de solución de los conflictos generados por la insolvencia; la extremada preocupación por regular las cuestiones de trámite y formales, propia de una «norma de ritos»; y el exorbitante papel del juez, que goza para el ejercicio de sus muchas facultades de elevada –aunque a veces disfuncional– «discrecionalidad».

Como tendremos oportunidad de comprobar, este remarcado procesalismo judicialista en la regulación del concurso, con el consiguiente detrimento –cuando no ignorancia– del papel de las soluciones «extrajudiciales» –«convenios amistosos» con los acreedores más significativos (financieros, públicos, trabajadores)–, aparecía con una fuerza especialmente intensa en el tratamiento de las materias laborales, como evidencia el régimen originario del que podríamos denominar Expediente Judicial de Regulación de Empleo ex artículo 64 LC. Aunque la versión definitiva, que priva al Juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la suerte del expediente de crisis concursal, al margen del acuerdo alcanzado entre representantes legales y Administración Judicial y «de lo que proceda conforme a la legislación laboral» (art. 64.7 LC), ha reconducido en gran parte las aguas a su cauce, es evidente que sigue estando presente este favor legislativo por la dimensión judicial de soluciones que tienen, sin duda, mejor cabida en las normas laborales comunes (art. 51 LET).

f) revigorización judicialmente controlada de la autonomía contractual

Pese a esta exasperante política jurídica de «todo dentro del concurso» –que tiene alguna quiebra en la propia LC–, y a esta omnipresencia del Juez, entiendo que no puede negarse la voluntad legislativa de reforzar el principio de *autonomía contractual* de los acreedores en la solución del concurso ya formalizado o declarado, aun en el marco de un fuerte control judicial. La EM y el cuerpo normativo es claro al respecto, en particular al primar la solución negociada, esto es, la configuración del «convenio concursal» como la solución normal y con la posibilidad de albergar «contenidos alternativos», salvo una prohibición –convenios de cesión de bienes en pago– orientada a evitar

las corruptelas y abusos difundidos en la práctica precedente y una medida predeterminada –proposiciones de quita y espera–. Ciertamente para determinados sectores doctrinales es de lamentar –pero para otros es de alabar– la ausencia de un principio de libertad absoluta del convenio concursal, sobre la base no ya sólo del carácter «arcaico» que demostraría una opción intervencionista diferente sino por los mayores problemas prácticos que acarrea el no reconocimiento del principio que los que, como demuestra la actual práctica, derivan de su proclamación. Ahora bien, no menos cierto es que la «rigidez» con que el PLC contemplaba los típicos convenios de «quieta y espera» ha sido en gran medida corregida con la LC, superando tanto las dificultades teóricas como las prácticas, al tiempo que se contemplan ahora expresamente otras soluciones que combinan el objetivo «conservador» con el «solutorio», como el convenio de venta de empresa (art. 100.2), típicos de otras experiencias, como la francesa ¹⁸.

g) formalización, aunque imperfecta, del interés colectivo de los trabajadores a la información-consulta

En una dirección flexibilizadora o autonomista análoga –incluso, desde cierto punto de vista, puede considerarse desreguladora (sustitución de normas legales prohibitivas por normas pactadas o negociadas)–, entiendo que también debe destacarse tanto el *reconocimiento como el fomento del principio de tutela –y gestión– colectiva* de los derechos e intereses de los trabajadores. Aunque por su significación laboral será objeto de un análisis algo más amplio –aunque necesariamente contenido– con posterioridad, sí creo interesante evidenciar el nuevo protagonismo que la autonomía colectiva adquiere en la gestión de la solución concursal en lo que concierne a materias laborales, máxime si se tiene en cuenta la fuerte erosión que el mismo sufría en las versiones originarias de esta reforma, incluida la del mismo PLC. La reacción, tardía pero oportuna, del movimiento sindical frente al feroz ataque a algunas de las principales garantías jurídico-laborales ha tenido su recompensa, permitiendo que, a través del proceso de revisión parlamentaria, se alcanzase una regulación algo más equilibrada o respetuosa con los derechos e intereses de los trabajadores, aunque está claro que también aquí hay que diferenciar netamente entre la reforma socio-laboralmente deseable y la reforma que, a la vista de las circunstancias, ha sido «posible» ¹⁹.

Del mismo modo que este proceso de revisión parlamentaria ha ido devolviendo gradualmente al ordenamiento laboral –tanto sustantivo como procesal– parte de las soluciones que, en la versión originaria de la reforma, se le hurtaban de raíz y de forma poco comprensible –en todo caso nada explicada más allá de una finalidad de desregulación mercantilizadora indiscriminada (ideología de la «huída» o de la «exteriorización» a toda costa)–, también la autonomía colectiva ha ido encontrando un creciente protagonismo en el *iter* concursal. Debe advertirse de inmediato que este reconocimiento, además de cubrir sólo algunas de las más lamentables carencias del ordenamiento precedente –aún vigente–, no obedece sólo, ni siquiera prevalentemente, a un objetivo garantista o tuitivo, sino más bien, al evidenciado principio de flexibilidad, en cuanto que la intervención de la autonomía colectiva puede convertirse en un importante instrumento para una gestión más óptima del procedimiento concursal con vistas a conseguir sus objetivos –directos (cobro de acreedores) como instrumentales (conservación o saneamiento de la empresa)–.

La LC parte del trazado de una significativa diferenciación entre lo individual – el trabajador como acreedor, incluso «privilegiado»– y lo colectivo – el trabajador («el personal») como factor de producción y como «coste económico» o masa retributiva del mismo–, mereciendo a su juicio un régimen jurídico-laboral diferenciado. En el primer caso la regulación ha permanecido sustancialmente invariada, manteniendo prácticamente intacta la soberanía de la norma laboral, pero en el segundo, esto es, cuando determinadas situaciones o el ejercicio de ciertas acciones adquieren –o pueden adquirir– una dimensión colectiva, emerge la voluntad del Legislador de atribuir las respuestas que el problema precisa al régimen especial previsto por norma concursal. Si en las versiones originarias de la reforma este régimen pretendía ser exclusivo y excluyente de la *ratio iuris* laboral, la versión definitiva responde a una voluntad de alcanzar un equilibrio transaccional entre las razones –mercantiles– del concurso y las razones –sociales– de los trabajadores.

A tal fin, los principales puentes se han pretendido construir sobre el reconocimiento de una amplia presencia de la autonomía colectiva, a través de la cual legitimar la instrumentalización de los trabajadores como «factor de resaneamiento» de la unidad productiva afectada, facilitando la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo. En consecuencia, como por lo general sucede con las denominadas reglas de «garantismo colectivo», junto al objetivo inmediato de una mayor presencia de los representantes de los trabajadores en las decisiones concursales que afecten a materias laborales, aparece el objetivo último o de fondo de buscar una vía óptima para desplazar las reglas laborales «comunes», en pro de reglas que faciliten la consecución de soluciones más flexibles o adaptadas a las exigencias del interés concursal. Naturalmente, cuando éste pase básica o prevalentemente por la «conservación» de la empresa porque, de lo contrario, de primar la liquidación, la marginación de los trabajadores sigue presente en la nueva regulación, que continúa configurando a los trabajadores como acreedores indiferenciados, perdidos en la «masa de acreedores» y no como un colectivo o grupo específico, a diferencia de lo que sucede en otras experiencias comparadas – principalmente en Francia–, y de lo que prometían algunas interesantes Enmiendas que, aun siendo del GPP, no han prosperado.

h) triunfo del realismo sobre el formalismo jurídico

En todo caso, lo que esta regulación evidencia sin lugar a dudas es una *dimensión pragmática o eminentemente realista*. Las exigencias de la realidad socio-económica –principio de eficacia y principio de efectividad– se impondrían, a lo largo de toda la regulación, sobre las instituciones jurídico-formales.

Muchos son los ejemplos que podrían ponerse para ilustrar este favor de la LC por el realismo frente al formalismo²⁰. Pero aquí sólo llamamos la atención, de momento, sobre una de las manifestaciones que nos parece más relevante. Nos referimos al reconocimiento, entre los novedosos «*créditos subordinados*» –según el art. 92, aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, bien por razón de su tardía comunicación, bien por pacto contractual, bien por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso)– no sólo a «administradores de hecho», sino también a las «*sociedades del mismo grupo*» (art. 93.2. 3.º LC).

Coincidimos con quien critica la escasez –y la confusión– de normas dedicadas al proceso concursal de los grupos empresariales, forma de organización jurídico-económica hoy todavía dominante –junto a las estructuras en forma de red– tanto en la gran empresa como en la empresa menor. Pero no puede por menos que valorarse positivamente que por vez primera en nuestro ordenamiento se introduzca un régimen legal básico o mínimo a tales efectos ²¹.

i) celeridad

Finalmente, creo de interés destacar, la importancia que, al menos formalmente, se le atribuye al **principio de celeridad** del procedimiento concursal como garantía tanto de eficacia social como de eficiencia económica. En este ámbito problemático, absolutamente crucial, la LC alcanza un punto álgido en la evidenciada contradicción que venimos señalando: si tanto en su concepción –básicamente solutoria, y en ocasiones incluso liquidatoria– como en buena parte de sus soluciones normativas la LC se construye sobre un procedimiento de ejecución colectiva forzosa «mucho más tradicional» que el que se desprendería de la autocomplaciente EM, la complejidad y lentitud con que ha terminado conformándolo, ponen en grave riesgo el objetivo de la celeridad ²².

Que la celeridad es un principio fundamental del procedimiento concursal tal y como lo concibe el legislador no admite duda. El gravísimo problema de la duración, confirmado por quien conoce mínimamente estas prácticas, ha estado bien presente en la mente del legislador. En esta dirección, no sólo se ha procurado recoger reglas que agilicen los «concursos de menor entidad», sino también que aceleren la tramitación de la solución que se considera normal en toda clase de concursos: la propuesta de convenio. En el primer caso requiere una especial mención el denominado «*procedimiento abreviado*» (arts. 190-191 LC) –que, en lo sustancial, se limita a prever la reducción a la mitad de los plazos establecidos con carácter general, así como a la reducción a un único administrador concursal o judicial–. En el segundo hay que aludir a la denominada «*propuesta anticipada de convenio*» o «*convenio anticipado*» (arts. 104-110 LC), que permite superponer ambas fases.

Ambas propuestas han sido valoradas como positivas pero «insuficientes» por un sector autorizado de la doctrina para cumplir el objetivo de la rapidez y eficacia que ha de perseguir el concurso. Algunos de los aspectos objeto de crítica han sido revisados o corregidos por la tramitación parlamentaria, por lo que entre el muy criticado –y criticable– PLC y la LC aparecen relevantes diferencias. Así, por ejemplo, en relación al procedimiento abreviado, se ha triplicado el ámbito aplicativo del procedimiento abreviado a deudores con un pasivo inicial estimado no superior a 1 millón –en el PLC eran sólo 300.000– Euros y se ha eliminado el requisito, para las personas naturales, de no haber ejercido en los 2 últimos años actividad profesional o mercantil. Respecto del «convenio anticipado» se han introducido plazos más reducidos donde el PLC no preveía nada –ej. plazo de 10 días para emisión de Informe de la Administración Concursal ex art. 107 LC–, o se han acortado a la mitad algunos de los previstos en el PLC –ej. 5 días sólo para la aprobación judicial, fijándose el *dies a quo* en el día siguiente a la terminación del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no hubiera impugnaciones–.

Sin embargo, permanecen inmodificadas algunas de las principales reglas legales que han justificado la desconfianza doctrinal en la capacidad de esta previsión para conseguir el objetivo de la celeridad. Así, sigue siendo un «beneficio» al alcance sólo de determinados deudores, al tiempo que se mantiene la rígida dicotomía entre la aceptación de la mayoría exigida (supere 1/5 del los titulares del pasivo presentado por el deudor) o solicitar su sometimiento a la Junta de Acreedores, o bien la liquidación, si posibilidad de formular propuesta alternativa (art. 110.1 LC). No obstante, cuando se mantenga esta propuesta, se introduce un nuevo párrafo en el artículo 111.2 –art. 110.2 PLC– que agilice el Auto convocando la Junta de Acreedores.

En conclusión, con éstas y otras reformas orientadas en tal sentido, no puede negarse que la LC ha querido mostrarse más sensible que las versiones originarias a este estratégico problema de la duración del concurso, orientando las revisiones no sólo a recortar plazos, sino a agilizar la tramitación y a mejorar la eficacia real de las reglas legales. Sin embargo, creemos que la definición final del procedimiento aún adolece de relevantes carencias, y no parece probable que, con la actual regulación, la fecha de 1 año de duración, que ha sido considerado con razón «a todas luces... exagerado», vaya a ser sensiblemente rebajada en un buen número de concursos, con los consiguientes costos que ello conlleva. Aunque la práctica futura tiene aquí reservado un especial papel, creemos que con el actual entramado sigue siendo escasamente «operativo» y se corre el riesgo de provocar, al contrario, graves disfunciones en la práctica ²³.

2.3. La estructura normativa de la reforma y algunos aspectos de técnica legislativa: una visión general.

Resumidas las que entendemos son principales características que permite delimitar el sentido y alcance de la reforma, consideramos oportuno ofrecer un cuadro global de los contenidos de las Leyes de Reforma, al tiempo que es oportuno realizar algunas observaciones de estricta técnica legislativa. Posteriormente, nos centraremos en presentar un análisis completo, pero sucinto, de los principales aspectos que contiene la nueva regulación, adoptando principalmente un punto de vista problemático –identificación de los principales problemas a cuya respuesta pretende dirigirse la legislación– y no sistemático –análisis exhaustivo de toda la regulación–, que carece de sentido en un trabajo de este tipo y desborda con mucho nuestras posibilidades exegéticas.

La densidad de la reforma queda claramente reflejada tanto en lo extenso del cuerpo legislativo de la LC –la LORC es notabilísimamente más breve–, como en la infinidad de Leyes a las que afecta, promoviendo bien su modificación bien su derogación, como arriba referíamos. Aunque en este trabajo nos centraremos principalmente en estudiar los principales contenidos de la Ley Concursal, en particular en su proyección laboral, también debe hacerse mención a la denominada Ley Orgánica de Reforma Concursal –LO 8/2003–.

Así, esta LORC se ordena finalmente en

- 2 artículos –el primero regula los efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado; el segundo introduce modificaciones a la LOPJ para adecuarla a la creación de los novedosos *Juzgados de lo Mercantil*–;
- una D. Transitoria –atribución a los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, hasta que éstos entren en funcionamiento–;
- una D. Derogatoria –sólo contiene la habitual cláusula de estilo relativa a la derogación tácita, una vez desaparecido del PLORC el intento de derogación del artículo 260 C.p. (insolvencia punible)–;
- 3 DD Finales: mandato para la modificación, en el plazo de 3 meses desde la entrada en vigor de la LORC, de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial; fecha para la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil (1-9-2004); y fijación de la fecha de entrada en vigor de la LORC (al día siguiente de su publicación en el BOE, salvo en lo relativo a las previsiones sobre derechos fundamentales del concursado y la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil, que por coherencia con la LC, se aplaza hasta el 1-9-2004).

Por lo que refiere a la LC, consta nada menos que de 230 artículos, ordenados en 9 Títulos, así como de 3 DD Adicionales, 2 DD Transitorias, una Disposición Derogatoria y la friolera de 35 DD Finales. Los enunciados son los siguientes:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

TÍTULO I. De la Declaración de Concurso

Capítulo I. De los presupuestos del concurso (arts. 1-7)

Capítulo II. Del procedimiento de declaración (arts. 8-25)

Sección 1.^a Jurisdicción y Competencia (arts. 8-12)

Sección 2.^a De la provisión sobre la solicitud (arts. 13-20)

Sección 3.^a De la declaración del Concurso (arts. 21-25)

TÍTULO II. De la Administración Concursal

Artículo 26. Formación de la Sección Segunda

Cap. I. Del nombramiento de los administradores concursales (arts. 27-33)

Cap. II. Estatuto Jurídico de los administradores concursales (arts. 34-39)

TÍTULO III. De los efectos de la declaración de concurso

Capítulo I. De los efectos sobre el deudor (arts. 40-48)

Capítulo II. De los efectos sobre los acreedores

Sección 1.^a De la integración de los acreedores en la masa pasiva (art. 49)

Sección 2.^a De los efectos sobre las acciones individuales (arts. 50-57)

Sección 3.^a De los efectos sobre los créditos en particular (arts. 58-60)

Capítulo III. De los efectos sobre los contratos (arts. 61-70)

Capítulo IV. De los efectos sobre los actos prejudiciales para la masa activa (arts. 71-73)

TÍTULO IV. Del Informe de la Administración Concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso

Capítulo I. De la presentación del Informe de la Administración Concursal (arts. 74-75)

Capítulo II. De la determinación de la masa activa

Sección 1.^a De la composición de la masa activa y formación de la Sección Tercera (arts. 76-81)

Sección 2.^a Del inventario de la masa activa (arts. 82-83)

Capítulo III. De la determinación de la masa pasiva

Sección 1.^a De la Composición de la Masa Pasiva y Formación de la Sección Cuarta (art. 84)

Sección 2.^a De la comunicación y del reconocimiento de los créditos (arts. 85-88)

Sección 3.^a De la Clasificación de los Créditos (arts. 89-93)

Sección 4.^a De la Lista de Acreedores (art. 94)

Capítulo IV. De la publicidad y de la impugnación del Informe (arts. 95-97)

TÍTULO V. De las fases de convenio o de liquidación

Capítulo I. De la Fase de Convenio

Sección 1.^a De la finalización de la fase común del concurso (art. 98)

Sección 2.^a De la propuesta de convenio y de las adhesiones (arts. 99-103)

Sección 3.^a De la propuesta anticipada de convenio (arts. 104-110)

Sección 4.^a De la apertura de la fase de convenio y apertura de la Sección Quinta (arts. 111-115)

Sección 5.^a De la Junta de Acreedores (arts. 116-126)

Sección 6.^a De la aprobación judicial del convenio (arts. 127-132)

Sección 7.^a De la eficacia del convenio (arts. 133-136)

Sección 8.^a Del cumplimiento del convenio (arts. 137-141)

Capítulo II. De la Fase de Liquidación

Sección 1.^a De la apertura de la fase de liquidación (arts. 142-144)

Sección 2.^a De los Efectos de la Liquidación (arts. 145-147)

Sección 3.^a De las Operaciones de Liquidación (arts. 148-153)

Sección 4.^a Del Pago a los Acreedores (arts. 154-162)

TÍTULO VI. De la Calificación del Concurso

Capítulo I. Disposiciones Generales (arts. 163-166)

Capítulo II. De la Sección de Calificación

Sección 1.^a Formación y tramitación (arts. 167-173)

Sección 2.^a De la calificación en caso de intervención administrativa (arts. 174-175)

TÍTULO VII. De la conclusión y de la reapertura del concurso

Capítulo Único (arts. 176-182)

TÍTULO VIII. De las normas procesales generales y del sistema de recursos

Capítulo I. De la tramitación del procedimiento (arts. 183-189)

Capítulo II. Del procedimiento abreviado (arts. 190-191)

Capítulo III. Del incidente concursal (arts. 192-196)

Capítulo IV. De los Recursos (art. 197)

Capítulo V. Registro de Resoluciones Concursales (art. 198)

TÍTULO IX. De las normas de Derecho Internacional Privado

Capítulo I. Aspectos generales (arts. 199-200)

Capítulo II. De la ley aplicable

Sección 1.ª Del procedimiento principal (arts. 201-209)

Sección 2.ª Del procedimiento territorial (arts. 210-213)

Sección 3.ª De las reglas comunes a ambos tipos de procedimiento (arts. 214-219)

Capítulo III. Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia (arts. 220-226)

Capítulo IV. De la Coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Referencias Legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes.

Segunda. Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras

Tercera. Reforma de las leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Procedimientos Concursales en tramitación

Segunda. Juzgados de lo Mercantil

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA**DISPOSICIONES FINALES** ²⁴

Una vez superado –si se puede– el vértigo que produce la simple vista panorámica del extenso y prolijo –de «*Labyrinthus*» habló ya en 1646 SALGADO DE SOMOZA– material normativo suministrado por la reforma, que evidencia la infinidad de problemas prácticos que del mismo deriva, procede realizar algunas consideraciones generales de estricta técnica jurídica que dé idea de la calidad que en este plano presenta la reforma. Como es obvio, este juicio favorable dependerá de que acumule más virtudes que defectos, así como de la gravedad de éstos.

No nos corresponde a nosotros realizar con mínimo detalle esta tarea, salvo en lo más directamente atinente a los temas laborales y de Seguridad Social. Pero sí entendemos oportuno dejar constancia de las fuertes críticas que, también en este plano de observación, ha merecido la refor-

ma, resaltando tanto sus deficiencias de redacción –extremada extensión de muchos preceptos, excesivas remisiones internas y externas que dificultan la comprensión, e incluso la identificación, de la norma realmente aplicable, falta de rigor y precisión en la formulación de algunos de los preceptos...–, como las imprecisiones terminológicas y, lo que es peor, los defectos de coordinación normativa tanto interna –entre varios preceptos de la norma– cuanto externa –entre unos sectores normativos y otros–, y ello a pesar de la impresionante extensión de sus cláusulas de cierre ²⁵.

De entre estas múltiples cuestiones –quizás más «prosaicas» que las de política legislativa analizada pero en absoluto irrelevantes o de escasa trascendencia práctica–, especial atención nos merece la «terminológica», por su significado para algunos de los principales problemas que suscita el moderno Derecho de la Insolvencia –como son la prevención del concurso como técnica de solución de las «crisis de empresa»; la apertura temporánea o útil del concurso de acreedores; la determinación de sus presupuestos (subjeto y objetivo); o la armonización con las soluciones de otros ordenamientos, como, por lo que aquí más nos interesa, el Derecho del Trabajo–. La LC, confirmando una vez más su preocupación por honrar nuestra tradición en esta materia, ha optado por denominar el procedimiento único de solución de la insolvencia del deudor común «concurso» de acreedores, expresión de formulación española («made in Spain») y exportada a otros ordenamientos, como la ley alemana de 1877 («ley del concurso» o «Konkursordnung»). Se ha descartado, de esta manera, las denominaciones más típicamente iusmercantilistas –«suspensión de pagos»; quiebra–, o económicas –«empresas en dificultades», «crisis de empresa»–, para generalizar la reserva en la legislación aún vigente al deudor «civil», pese a edificarse la regulación básicamente sobre el modelo de deudor «mercantil».

Las legislaciones europeas más recientes conocen diferentes terminologías. Así, la reciente Ley alemana, que está bien presente –aunque no de forma unívoca– en la reforma española, ha vuelto a identificar la legislación no con el procedimiento de solución –concurso ordenado de acreedores sobre el patrimonio de un deudor común– sino con el problema a resolver– la *Insolvencia*; *Insolvenzordnung* de 1994, pero en vigor desde 1999–. Otras legislaciones, con pretensiones más «modernistas» o renovadoras, tanto de la terminología como de los planteamientos hicieron hincapié en el Derecho de las «*Empresas en Dificultades*» –Francia–.

Si las palabras nunca son inocentes en este caso aún lo son menos, por lo que cada concreta opción está cargada de significado práctico, expresa una concreta política legislativa y privilegia una determinada solución técnica, para lo bueno y para lo malo. En este sentido, nos parece oportuno que no se haya preferido ni la expresión «insolvencia» –que luego utilizará para el presupuesto objetivo–, y aún más que se haya rechazado el término «quiebra» –pese a lo difundido de la expresión «Derecho de Quiebras»–, porque expresan «momentos terminales» de una situación económica «patológica», enviando mensajes negativos no sólo a los acreedores sino al mercado, por lo que puede dificultar la recuperación o la viabilidad empresarial. Sin embargo, la rígida opción por la solución «concurso» supone dejar al margen otras soluciones de carácter preventivo que pueden resultar más eficaces y que, el legislador «condena» al amplísimo e indiferenciado ámbito de lo «extraconcurso».

2.4. Los problemas de la reforma concursal: puntos críticos de la LC.

a) *Los problemas de la prevención y la oportunidad de la apertura del concurso: los presupuestos subjetivo y objetivo.*

Entre los problemas centrales que suscita toda regulación «concursal» la doctrina especializada coincide en identificar como tales tanto el relativo a la «*prevención del concurso*» –medidas orientadas a evitar que se alcance el momento crítico final que supone la «insolvencia» del deudor común– cuanto, si la prevención no ha sido posible, la «*apertura oportuna*» –esto es, en tiempo útil– de la solución concursal. Aunque son múltiples y variadas las fórmulas o medidas a adoptar para hacer frente a esta doble cuestión estratégica, no parece dudoso que uno de los aspectos más relevantes para valorar la adecuación de la respuesta de cada legislador se localiza en la identificación de los presupuestos del procedimiento concursal, del subjetivo –tipo de deudor común susceptible de ser declarado en concurso– cuanto, sobre todo, objetivo –situación patrimonial que permite (o exige) abrir el procedimiento–. Si la diversificación –modelos dualistas– de deudores –deudor «civil» y «deudor mercantil», como hace el ordenamiento italiano, francés...–, así como la comprensión amplia del presupuesto objetivo, permite un tratamiento más adecuado, la rígida delimitación de los presupuestos, tanto del subjetivo –modelo monista– como, sobre todo del presupuesto objetivo, parece, en cambio, dificultar la eficacia de las soluciones, aunque la respuesta pasa más por la precisión conceptual y normativa que por la defensa de concepciones radicales y enfrentadas ²⁶.

La extrema unidad de disciplina y procedimiento –al menos en línea de principio, que no descarta algunas salvedades, como hemos referido (ej. respeto de la legislación específica aplicable a entidades de crédito y aseguradoras)– habría impuesto tanto la unificación del presupuesto subjetivo –que el art. 1 identifica con cualquier deudor, persona natural o jurídica, con exclusión de cualquier ente de Derecho Público–, cuanto del presupuesto objetivo. El artículo 2.1 LC lo identifica con la «*insolvencia del deudor común*», lo que, en línea de principio, constituye una práctica generalizada en los ordenamientos europeos, si bien luego no existe coincidencia plena en la concreción o delimitación de esta cláusula general.

Ahora bien, puesto que este concepto ha ido adquiriendo, a lo largo del tiempo y por influjo de diversas experiencias jurídicas, así como de las necesidades de la realidad socio-económica, diferentes sentidos, el legislador se ve en la obligación de precisarlo. A tal fin introduce una diferencia en atención al sujeto que insta el procedimiento –legitimados conforme al art. 3 LC– que, de prosperar una interpretación rígidamente apegada a la letra, puede tener gravísimos efectos prácticos, pues mientras facilita la acción preventiva del deudor –*concurso voluntario*– dificulta la acción crediticia para conseguir la declaración de concurso –*concurso necesario*–, pese a haber introducido algunos cambios, como la reducción del período considerado relevante para instar la declaración. Así, si es el deudor común el instante se admite no sólo la situación de insolvencia en sí misma –que es el estado del deudor «*que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*»–, sino también, conforme a la experiencia alemana, la amenaza o peligro concreto de insolvencia, que se define, quizás con poca fortuna, como «insolvencia inminente» – el deudor prevé (o puede prever) «*que*

no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»-. En cambio, al acreedor instante se le exige prueba de los «hechos externos de quiebra» (art. 2.4), que actúan más bien como reglas de concreción de la cláusula general del artículo 2.1 –siguiendo, aunque deficientemente, el Anteproyecto de 1983–, que como «presunciones» –Anteproyecto de 1995–.

Pese a su alcance limitado, los cambios de redacción en el proceso de revisión parlamentaria mejoran el texto y, sobre todo, evidencian una voluntad del legislador de ampliar el presupuesto objetivo más allá del simple desbalance o el cese en los pagos. El legislador ha sido consciente de que en esta tarea se jugaba buena parte de la credibilidad de la reforma, que en el PLC vuelve a una concepción del concurso más como instrumento para «enterrar cadáveres» que «para curar enfermos»²⁷.

Pese a todo, está claro que con la actual regulación –e incluso con una interpretación extensiva a introducir por vía de aplicación práctica– nuestro ordenamiento no estará en las mejores condiciones ni para una eficaz prevención del concurso –que tendrán que seguir produciéndose al margen del mismo, conforme a instrumentos preconcursales (ej. reglas de transparencia informativa; mecanismos de «alerta preconcursal», internos y externos, como los convenios extrajudiciales de gobierno o solución de las crisis empresariales entre deudor y determinados sujetos, como los «financiadores de la empresa», trabajadores, acreedores institucionales)–, ni para garantizar una apertura temporánea, útil u oportuna, del mismo. El problema del desfase temporal en la apertura del concurso será uno de los más significativos del próximo Derecho Concursal, remitiendo la solución a imprecisas delimitaciones normativas y a una incierta práctica aplicativa.

Ahora bien, conviene situar en sus adecuados términos esta omisión del papel preventivo de un renovado sistema de soluciones preconcursales, porque es un silencio bien elocuente de la referida filosofía «*todo dentro del concurso, nada extramuros de él*». La LC parte del entendimiento del concurso como el instrumento más eficaz para atender adecuadamente, dentro de lo posible en una situación de crisis patrimonial grave, los derechos e intereses de los acreedores del deudor común, por lo que tiende a remitir la inmensa mayoría de estos supuestos, desconfiando, en línea con determinada jurisprudencia y doctrina judicial, de las soluciones preventivas de carácter preconcursal, ya sean legales ya deriven de la práctica²⁸. En realidad es el mismo procedimiento concursal el que, para el legislador, debe asumir prevalentemente ese papel preventivo, en la confianza de que la apertura del mismo, especialmente del concurso voluntario, tendrá un beneficioso efecto de alivio en la situación crítica de muchas empresas, con lo que se reforzaría la regulación orientada a su anticipación ya desde el mismo momento en que se perciba una amenaza de insolvencia, en línea con la solución alemana y tal y como se recomienda internacionalmente²⁹.

En consecuencia, a nuestro juicio, el problema fundamental no es técnico sino también, y sobre todo, de política legislativa: la renuncia del legislador español a introducir un auténtico *sistema de gobierno* –de composición y solución eficaz– *de las crisis* o dificultades patrimoniales graves –pero no irreversibles– *de las empresas*, como sí han hecho otros ordenamientos –y recogía con total acierto, como cláusula general, el Anteproyecto de 1983 («estado de crisis económica»)–. Ciertamente que la experiencia ha demostrado que ninguna de estas respuestas aparece como perfecta, o por sí misma absolutamente idónea, como prueba el intenso movimiento reformista experimentado en todos los

países más desarrollados – *Insolvency Act* de Gran Bretaña; Ley francesa de 10.6.1994 sobre Prevención y tratamiento de las dificultades de empresas; la Ley alemana de Insolvencia; recientes Proyectos de Ley en Italia que reduce a dos los procedimientos concursales: el de insolvencia propiamente, caracterizado por su flexibilidad, y el procedimiento de crisis, que persigue anticiparse o prevenir el primero...-. Pero estas limitaciones demostradas sólo quiere decir, eso, necesidad de reformar y revisar las concepciones y soluciones en una y otra dirección, pero no desacredita sus aspectos más originales, como da a entender nuestro legislador, de nuevo más apegado a la tradición de lo que sería necesario para la realidad española y, desde luego, de lo que autoconfiesa³⁰.

b) Los problemas de la profesionalización y gobierno eficaz y eficiente de la insolvencia: estructura orgánica del concurso.

También existe una amplísima coincidencia en identificar otros problemas del moderno Derecho Concursal que tienen que ver, no ya con el sentido o función del procedimiento concursal como solución a las «crisis de empresa» –o insolvencia–, sino con el sistema legal e institucionalmente pre-dispuesto para su tramitación más eficaz. La búsqueda de garantías para la eficacia y eficiencia del proceso –mejor solución en el menor tiempo y costo posibles– debe ser objetivo prioritario.

En esta dirección, se enfatiza la necesidad de alcanzar, entre otras cosas, el mayor grado de *profesionalización de los sujetos* que han de encargarse del gobierno del procedimiento. En este caso, dada la «simplificación» que introduce la reforma: Juez de lo Mercantil y Administradores Concursales (antes «síncicos»). Esta reducción de los órganos concursales de obligada presencia –la Junta de Acreedores sólo se constituye en la fase de Convenio; el MF sólo interviene como parte en la calificación del concurso–, «tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias» (EM, p. IV).

En el plano de la política legislativa se echa bien en falta, como se dijo al criticar el exceso de procesalismo judicial, un planteamiento moderno del concurso como verdadera solución colectivamente gestionada –compuesta– a una heterogénea secuencia de intereses socio-económicos en conflicto derivada de la situación de crisis patrimonial de empresa –concepción organizativa y conflictual–, donde participen más activamente los diferentes sectores de interés afectados –empresario, financiadores, públicos y privados, de la empresa, trabajadores...-. Del mismo modo, en el plano de las formulaciones técnicas todo en este aspecto es discutido con radicalidad y la regulación es especialmente desafortunada. Así sucede desde la misma terminología –el Juez de lo Mercantil ni conoce sólo de estas materias ni tampoco abarca todas las que son consideradas como tales; los «Administradores» no siempre administran (sólo lo hacen si el deudor es suspendido –sustituido– en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, en otro caso sólo son interventores)–, hasta la propia amplitud de sus competencias, especialmente la extremada discrecionalidad y omnipresencia del Juez –muy superior a la del derecho vigente pero con plazo de derogación–. Pero también es cuestionable por su capacidad para llevarlas a cabo, por cuanto en la letra de la actual regulación no queda en modo alguno garantizada la profesionalización –ej. el abogado nombrado podría ser, en el terno literal, perfectamente experto en «crisis matrimoniales» pero no en «crisis empresariales»; no todo economista y titulado mercantil es experto en economía de concursos...–³¹.

Puesto que de la figura del «Juez del Concurso» tendremos la oportunidad de volver al analizar los temas laborales, aquí nos limitaremos a algunas referencias respecto de los Administradores del Concurso. Por lo que refiere a su número, variará en atención a las dimensiones del procedimiento –1 ó 3–. La composición responde a un doble criterio: profesional jurídico (un abogado) y económico (auditor, economista o titulado mercantil), y representativo (un acreedor ordinario). El modelo quiere una dimensión adecuada del órgano –variable en atención a la complejidad–, con objeto de reducir costes, la necesaria capacitación profesional multidisciplinar –que requiere tanto conocimientos jurídicos como económico/contables–, al margen de las típicas –y habituales– presiones corporativas, así como prevenir vicios o abusos evidenciados en la práctica –ej. el concurso como «corralito» de los «profesionales de la quiebra», constituidos bien por círculos restringidos de personas que acumulan los nombramientos bien por «oligopolios» de las grandes firmas o empresas auditoras–, a cuyo fin se dirige un exigente estatuto de incompatibilidades y prohibiciones, no todas ellas funcionales. El limitado ámbito de competencias decisorias, atribuidas todas al Juez, es otra carencia de este modelo ³².

c) El problema del reparto equitativo y eficiente de los sacrificios para los acreedores: el doble sistema de prelación crediticia.

No cabe duda que en un sistema concursal orientado exclusiva o prevalentemente a la satisfacción de los acreedores, la denominada «graduación» o «prelación» –ordenación– de créditos debería constituir el «alma» de toda reforma concursal. A la inevitable complejidad técnica que acompaña esta cuestión, quizás la de mayor enjundia, se une el radical conflicto que, en orden a identificar los créditos merecedores de una especial –preferente– protección, se produce entre los principios de justicia material y eficiencia económica, por lo que las concepciones y opciones de política legislativa se filtran en este punto con mayor claridad. Ahora bien, por eso mismo, en un Estado Social de Derecho, las concretas opciones de política jurídica y las soluciones técnicas no pueden dejar de obedecer a un inexcusable equilibrio transaccional entre los dos grandes valores jurídicos enfrentados –razones sociales y razones económicas–. Se entiende, pues, que la LC no haya buscado realmente la recuperación de un inexistente principio de *par conditio creditorum* –la afirmación en tal sentido de la EM tiene un valor puramente retórico– sino la afirmación, también para este ámbito normativo, del principio jurídico general de la proporcionalidad en el reparto de las cargas o sacrificios que derivan de un mismo hecho dañoso o perjudicial para todos –la insolvencia o crisis económica–, pero que no en todos tiene, por razones socio-económicas –criterio realista– la misma repercusión ³³.

Puesto que esta materia es una de las más urgidas de racionalización no es de extrañar que la LC le dedique una atención particular, por lo que representa una de las principales aportaciones o novedades de la reforma. A tal fin la LC ofrece, básicamente, dos soluciones técnicas: por un lado, pretende la *reducción de la cantidad y calidad de los créditos preferentes*, con el horizonte puesto en esa simbólica «poda drástica» de privilegios –EM, p. V–, por otro, *crea la nueva categoría de los «créditos subordinados»*, ambos objetivos en la dirección de mejorar la tutela –satisfacción– de los acreedores ordinarios en los procedimientos concursales. El alcance de una y otra solución, en la versión definitiva, es bien desigual, por cuanto la pretendida reducción es más limitada y nominal de lo pretendido originariamente –no sólo se mantiene una sustancial continuidad con la tradición

sino que incluso se amplían los créditos privilegiados para ajustarlos a nuevos objetivos de política social o de justicia material (ej. indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y recargo de prestaciones). Más original es la regulación de los créditos subordinados.

Todo el sistema descansa sobre la distinción entre «*créditos contra la masa*» –que gozan de una preferencia absoluta de cobro; art. 84 en relación art. 154 LC–, y «*créditos concursales*», que se definen por contraposición a los primeros –los que no tengan la consideración de créditos contra la masa–. Respecto a este segundo grupo, formalmente el legislador acude al esquema binario *regla general* –el ilusorio principio de igualdad de trato de los créditos («ordinarios»)– / *excepciones* para explicar la nueva regulación. Si los «privilegios» y/o preferencias constituyen «excepciones positivas», los «créditos subordinados» constituirían «excepciones negativas». El sistema legal de preferencias se sigue ordenando sobre una tradicional distinción: *causas de preferencia especiales* –lo que la ley llama con inexplicable confusión conceptual «créditos con privilegio especial» (art. 90 LC)– y *causas de preferencia general* –lo que la ley llama correctamente «créditos con privilegio general» (art. 91 LC)–, prevaleciendo los primeros sobre los segundos (arts. 155 y 156), y estos últimos sobre los «créditos ordinarios» (art. 157).

En la delimitación de las preferencias especiales no nos vamos a encontrar novedad relevante alguna. La LC, junto a los *créditos refaccionarios* –incluido el de los trabajadores–, abarca todas y cada una de las *garantías reales* –preferencias derivadas de la autonomía privada, aunque previstas en la Ley–. Otra vez sale a relucir –no obstante las expectativas generadas por la confesión de motivos del legislador– el apego a la tradición, de modo que, cierto que en parte por influencia de la jurisprudencia del TS, se habría «*perdido una buena oportunidad de modernizar esta importante parcela del ordenamiento jurídico*», manteniendo situaciones propias de algunos de los momentos «más antiguos del Derecho de la Tutela de Crédito»³⁴.

Por otro lado, la graduación no obedece al numeral que tiene en el precepto sino al criterio de prioridad temporal en el cumplimiento de las formalidades registrales, salvo el crédito refaccionario laboral, aunque la actual regulación opta con carácter general por una regla más liberal o «informal», al no exigir en todo caso que el privilegio especial se sujete a la publicidad registral, bastándole con remitir a los «*requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*» (art. 90.2 LC). Esta modificación plantea un grave problema de información por los acreedores de las garantías reales concedidas por el deudor. En cambio, más coherente con la finalidad de la reforma es la restricción que introduce al ejercicio de la facultad de ejecución singular reconocida a los titulares de créditos con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, salvo que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso (art. 56.1 LC).

En absoluto puede considerarse desproporcionada, o desnaturalizadora, esta restricción. Primero por su carácter ajustado a fines legítimos, como la conservación de unidades productivas o la continuidad de la actividad empresarial. Segundo porque, en todo caso, debe tenerse en cuenta que la no paralización de ejecuciones singulares abierto un concurso en caso de garantías reales (art. 55.4 LC) es una excepción a la regla general que prohíbe el inicio de tales ejecuciones, judiciales o extrajudiciales (art. 55.1 LC).

Por lo que respecta a los «privilegios generales», espacio como ningún otro dominado por la ley geológica de la estratificación –ningún viejo privilegio desaparece ni es derogado, sino que desplaza en la escala al anterior por el nuevo «conquistado» o arrancado por la presión de un colectivo al legislador–, la versión definitiva de la LC hace una «poda» del árbol de protección del crédito menos drástica de lo que venía cociéndose en las versiones originarias de la reforma, manteniéndose la preferencia de los créditos salariales, amenazada por el APLC, si bien cambiando, como veremos, la delimitación temporal –créditos de los últimos 6 meses anteriores al concurso– a otra material –créditos contenidos en la cantidad resultante de multiplicar el triple del SMI por el número de días pendientes de pago–. En este sentido, aunque son de relieve las reducciones –la mayoría de los créditos previstos en el Cc y en el C.Co.–, no podemos dejar de mencionar la colocación de nuevos créditos privilegiados de este tipo –*indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y recargo de prestaciones*; los créditos derivados de *responsabilidad civil extracontractual*–, algunos dotados de una gran amplitud, al menos potencial –«*créditos por trabajo personal no dependiente*» de los 6 meses anteriores–, o discutidos por las dudas sobre su eficacia o por sus peligros –«*privilegio del acreedor instantáneo*»–³⁵.

Lo más criticado –de nuevo por poco original o novedoso– ha sido, con todo, la continuidad sustancial que se produce en el tratamiento de los créditos públicos, especialmente los de Hacienda Pública y Seguridad Social. La LC no sólo ha ampliado el porcentaje de preferencia previsto para los créditos fiscales y de Seguridad Social – si en la propuesta de Anteproyecto de 1995 era del 10% ahora se fija en el 50% del importe total de dichos créditos (cantidad a la que se suma las retenciones tributarias y de cotizaciones de Seguridad Social; art. 91.2.º)–, sino que incluso se amplía el concepto de «crédito público». Esta solución contrasta con la política legislativa de otros países, en los que los créditos públicos privilegiados tienden a desaparecer, no sólo para evitar el potencial «efecto dominó» que la insatisfacción de los créditos privados en beneficio de los públicos puede producir en el mercado, sino para eliminar el margen de discrecionalidad de la Administración Pública en la solución de las crisis económicas, que ya no se condicionan a la renuncia al privilegio por ésta.

Aunque la actual redacción no deja de plantear importantes problemas, es cierto que parece más ajustada que otras versiones. Además, la versión definitiva ha eliminado una suerte de «derecho de separación» concedido a ciertos créditos públicos, retenciones tributarias y cuotas de Seguridad Social, respecto de la masa activa del concurso (art. 75.4 PLC). Este «atípico» derecho de separación ha sido mutado por el reconocimiento de un crédito privilegiado general, colocado en la graduación o preferencia de cobro inmediatamente después de los créditos salariales (art. 91.2 LC). En definitiva, como prueba tanto del realismo perseguido por la reforma como de su transaccionalidad, la nueva regulación ha buscado conjugar, lo que no siempre es fácil ni posible, el interés general de la satisfacción de determinados créditos, el interés general de la masa pasiva en su conjunto y el fomento de soluciones de convenio «*que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio*» (EM).

Por lo que hace a las denominadas «excepciones negativas», esto es, la figura de los *créditos legalmente subordinados*, cuya posición en la escala graduatoria de créditos aparece incluso tras los «créditos ordinarios» –que por lógica son los que crecen con la reducción de privilegios y respecto

de los cuales se levanta el sistema de preferencias, soportando sus costes–, se trata de una categoría extremadamente heterogénea y que no admite, por eso, un análisis global. Sin duda la categoría que resulta más relevante es la de los sujetos especialmente relacionados con el deudor persona jurídica, pues son los que adquieren una mayor significación socio-económica (art. 93.2 LC). Entre otros efectos, esta regulación permite reaccionar o corregir diferentes fenómenos abusivos constatados en la práctica, especialmente la infracapitalización y otros fraudes permitidos por la instrumentalización de la persona jurídica autónoma, reduciendo de este modo el margen de incertidumbre que genera el tener que acudir sólo a genéricos expedientes como el «levantamiento del velo». Los titulares de estos créditos carecen, en caso de convenio, de derecho de voto en la Junta de Acreedores y, en caso de liquidación, sólo serán satisfechos tras el pago íntegro de los créditos ordinarios.

Finalmente, particular mención merece una cuestión que ilustra como pocas –y ya hemos puesto muchos ejemplos– el «León no es tan fiero como lo pintan», sino que incluso «humilla» ante el peso de tanta tradición y de tanta inercia histórica. Nos referimos a la emergencia –en una Ley que persigue unidad de disciplina– de un doble sistema de preferencias del crédito, en atención a que concurra o no una situación concursal. Por enésima vez el peso de la tradición hace valer toda su fuerza y vigor, y ello pese a la doble constatación legislativa de los «problemas de desajuste» que en la práctica se producirán con esta bifurcación y el «arcaísmo» de un sistema formado por sedimentación histórica carente de racionalidad (EM, p. XII).

La respuesta se aplaza a una nueva Ley que armonice ambas regulaciones (D.F. 13.ª LC). Pero la tramitación de esta Ley produce, en el mejor de los casos, incertidumbre respecto a las soluciones de futuro y, de inmediato, genera desconfianza sobre la virtualidad de un esfuerzo de racionalización como el intentado con la prelación concursal, por cuanto la continuidad de la caótica ordenación extraconcursal puede inducir conductas oportunistas de evitación de la concursal. Junto a la coherencia del ordenamiento, es la misma credibilidad de la reforma lo que está en juego.

d) El problema de la flexibilidad de las «soluciones» del concurso: el convenio como solución «normal» pero no necesaria.

Si el concurso se presenta como la respuesta técnica más adecuada posible a la situación de insolvencia, la eficacia práctica del mismo pasa por dotar a este procedimiento de la capacidad necesaria para alcanzar los objetivos o las finalidades que le son propias. Ahora bien, a tal fin, sería preciso delimitar con claridad, precisión y coherencia cuáles son estas finalidades lo que, como hemos visto, no es tan fácil, en particular si se tiene en cuenta la insatisfacción que produce en la actualidad tanto los sistemas orientados prevalentemente a la satisfacción de los créditos (tutela del crédito) de los acreedores cuanto aquellos orientados preeminentemente a la conservación (defensa de la unidad productiva y del empleo). De ahí que, como enseña el estudio de las legislaciones comparadas más recientes, se fomenten soluciones que faciliten la consecución de un equitativo y eficiente equilibrio entre ambas exigencias igualmente presentes en las crisis económicas de las empresas –prototipo que subyace a los modelos legales no obstante la inicial indiferencia–.

La satisfacción simultánea de ambas finalidades en conflicto no es siempre posible. Entonces es obligado contar con instrumentos que permitan, en cada momento y situación, individualizar la solución más adecuada. Para conseguir tan fundamental objetivo la reforma, desde una perspectiva contractual y reflexiva, ha apostado por la autonomía contractual, en un doble sentido. Por un lado, fomentando la conclusión –y aprobación– de un convenio como solución normal del concurso, incluso la anticipación del mismo por el deudor desde la misma solicitud de declaración –concurso voluntario–, o, incluso, cuando se trata de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de la adhesión de acreedores en el porcentaje establecido. Por otro lado, en cuanto negocio jurídico de autonomía que goza, no obstante el control judicial, de un importante margen de flexibilidad –no de libertad plena– para fijar sus contenidos, al permitir, incluso animar, «proposiciones alternativas» (art. 100.2 LC).

La voluntad férrea de corregir algunos de los mayores abusos generados en la práctica –ej. compra o «mercado de créditos–, estaría en la base de la negativa a mantener la libertad de contenidos, aunque ciertos sectores de opinión hayan considerado que tales corruptelas podía haberse conseguido con la simple mejora de ciertos instrumentos técnicos que contrarresten o prevengan estas desviaciones³⁶. El legislador ha preferido, en la línea sugerida por determinados Informes –CGPJ– y Dictámenes –CES–, reducir la inicial «rigidez» y aumentar la flexibilidad de los contenidos, fijando algunas limitaciones y prohibiciones expresas. Así, el convenio:

- «deberá contener» –contenido mínimo– «*propuestas de quita y/o espera*», según una tradición de rancio sabor. Estas propuestas no podrán superar ciertos límites –ni las quitas la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las esperas superar los 5 años a partir de la aprobación del convenio–. Una excepción, de signo conservativo, se prevé potestativamente para el Juez bien en concursos de empresas «de especial trascendencia» económica (art. 100.1) bien en caso de anticipación de un convenio de continuación (art. 104.2);
- *alternativamente «podrá contener»* convenios de *conversión de créditos* en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, así como *convenios de cesión de empresa* o unidad productiva autónoma;
- *se prohíbe*, en prevención de abusos, los *convenios de cesión* de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago, así como cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de deudas, como instrumento de prevención de abusos y/o fraudes;
- en todo caso deben ir acompañada las propuestas de un *Plan de Pagos*;
- podrá optarse por un *Convenio de Conservación* o Continuación, que deberá acompañarse de un *Plan de Viabilidad* en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones para su obtención y en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. En el PLC los créditos concedidos al concursado para financiar el Plan sólo podían satisfacerse una vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios. Ésta era una

medida claramente desincentivadora de esta opción o técnica de ayuda, por cuanto no facilita esta implicación, contrariando de nuevo la orientación, más flexible, de otras experiencias comparadas. De ahí que, de nuevo reflexivamente, la LC ahora se limite a remitir o atribuir la competencia al propio convenio (art. 100.5) ³⁷.

Pero el principio de autonomía de la voluntad puede jugar en un sentido bien diverso. Así, la LC concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso ya desde la misma fase de apertura, que aparece así, para él, plenamente alternativa al convenio, e incluso se configura como necesaria, imponiendo la LC al deudor el deber de solicitar la liquidación en ciertos supuestos –básicamente cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.3). La unidad flexible que inspira el procedimiento permite igualmente que, en los casos en que no se alcance o se frustre el convenio, se pasa de forma rápida a la fase de liquidación, solución siempre subsidiaria. Esta flexibilidad se ha considerado una de las principales novedades de la LC, a diferencia de la legislación aún vigente, que exige la declaración formal de quiebra en los casos de frustración o incumplimiento del convenio acordado en el expediente de suspensión de pagos.

Por enésima vez queda de manifiesto que la concepción que inspira la reforma no es «saneadora» o de reflatamiento de las empresas, que no es finalidad de la LC como expresamente confiesa el legislador. Pese a todo, es de justicia reconocer que la versión definitiva contiene algunas reglas que apuntan una mayor «sensibilidad» en esta dirección. A tal fin, incluso en la fase de liquidación, y de modo análogo a otras experiencias comparadas –Alemania (transmisión de la empresa), Francia (Plan de Cesión, definitiva o temporal)–, la LC contempla la venta de empresa de forma conjunta como modo de pago a los acreedores (art. 149.1.3.ª LC).

e) Los problemas de la celeridad y simplicidad del concurso: esquema de la estructura y dinámica procedimental y procesal.

Los fines del concurso no sólo han de conseguirse de forma eficaz sino que ha de hacerse en el menor tiempo –celeridad– y al más reducido coste posible –eficiencia–. Recogiendo un sentir absolutamente generalizado en la doctrina especializada la LC reitera hasta el extremo su preocupación por procurar la mayor agilización posible en la tramitación de todas las fases. La evidenciada flexibilidad –característica central– se complementa con la búsqueda de celeridad.

El objetivo es reconducir la inexcusable complejidad del concurso a un procedimiento que permita su pronta y económica tramitación, sin perjuicio de las garantías de tutela judicial, en muchos momentos quizás con excesivo celo. La versión revisada de la reforma rezuma medidas en esta dirección, pero su grado de acierto es más bien limitado –presumiblemente superará el año–.

En términos necesariamente breves el esquema o iter procedimental es el siguiente. Cabe distinguir 3 Fases –no 2 como parece–. A saber:

1.ª Fase Inicial: *Apertura*.

Es una fase integrada por un «procedimiento» marcadamente declarativa en la que la legitimidad para su solicitud recae tanto en el deudor –concurso voluntario (art. 22), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5– o algún acreedor –concurso necesario– (art. 3), debiéndose desarrollar, bajo el conocimiento, vista y decisión –por Auto– del Juez del Concurso, necesariamente «*audita parte debitoris*» (art. 18) y con práctica de prueba –difícilmente bajará de mes y medio, lo que es excesivo–.

2.ª Fase Intermedia: *Preparación*.

También integrada en lo que la LC llama «fase común», una vez formalizado o declarado judicialmente el concurso el Juez ordenará la formación de la Sección 2.ª, que es una fase estrictamente vinculada a la actividad de la Administración Concursal (art. 26). Al margen de determinar todo lo relativo a la misma –nombramiento, estatuto, facultades y responsabilidades– (Capítulos I y II Título I), la cuestión central de este momento reside en la elaboración, en un plazo de 2 meses –ampliable a 3 por decisión judicial (art. 74)–, de un Informe, cuya estructura fija la propia LC en sus aspectos básicos para garantizar un fiel reflejo de la «situación patrimonial del deudor» y de «cuantos datos pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso». Este Informe, que ha de presentarse al Juez, debe acompañarse de una serie de Documentos de gran relieve: *Inventario de la masa activa* o bienes del deudor común, determinada conforme a las reglas previstas, bajo la inspiración de la regla general del principio de universalidad –no sin excepciones: bienes inembargables; créditos privilegiados sobre buques y aeronaves–, en el Capítulo II (arts. 76 y sgs.); y una *lista de acreedores* –masa pasiva– (art. 94), y en su caso el escrito de evaluación de las propuestas de convenio (art. 75.2). Esta fase es poco probable que se desarrolle en un tiempo menor de 4 meses.

3.ª Fase Final: *Soluciones*. Propuestas de convenio o/y liquidación.

Transcurrido el plazo de impugnaciones –10 días– del inventario y lista de acreedores, sin presentación de las mismas o resueltas, el Juez dictará resolución de apertura de la fase de solución que corresponde conforme a las reglas concursales (art. 111). A este respecto, ya se vio que la solución normal, el convenio, no es ni mucho menos obligada. En todo caso, la regulación de la propuesta anticipada, que se presenta como un «beneficio» no como regla general, permite la aprobación judicial del convenio en la «fase común» del concurso, con la consiguiente economía de tiempo y de gastos respecto de los vigentes procedimientos concursales.

Como expresión de autonomía negocial, el convenio, que admite diferentes posibilidades en su contenido, debe ser aprobado en Junta de Acreedores, para lo que requiere la concurrencia de unas mayorías determinadas, salvo que cuente con el número exigido de adhesiones –puras y simples, sin modificación ni condición–. Pero el convenio no sólo ha de ser aceptado sino que también debe contar con la aprobación por sentencia judicial (art. 127). El Juez, además de conocer de la oposición que al convenio realicen, en su caso, los sujetos legitimados para ello (art. 128.1), está legitimado para «rechazar de oficio» el convenio aceptado. Aunque esta facultad, confirmatoria de la exorbi-

tante presencia del Juez en el concurso, se concibe con una gran generosidad, ha de ponerse el acento en el estricto principio de legalidad que preside su regulación. En consecuencia, a mi juicio, en relación a la reprobación respecto del «contenido», no puede estar basado en absoluto sobre criterios de oportunidad –solución de mayor «*conveniencia para los intereses del concurso*» (ej. 148.2)–, sino de estricta legalidad –superación de los límites, desconocimiento de las prohibiciones, presentación de propuestas condicionadas–.

Alternativamente, en los términos amplios y potestativos para el deudor del artículo 142.1 y 2 LC –salvo lo previsto en los puntos 3 y 4 del mismo–, el Juez podrá dictar Auto abriendo la fase de liquidación. Las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. Los efectos de la liquidación son más severos (art. 145). Así: el concursado queda sometido a la suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, con la consiguiente sustitución por la administración concursal; si es persona jurídica se declarará su disolución, con cese de administradores o liquidadores; vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones.

La flexibilidad aquí se refleja en la centralidad del *Plan de Liquidación* –preparado, en el plazo prorrogable de 15 días siguientes a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, por la Administración Concursal, informado, durante los 15 días siguientes a su puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado, por deudor y acreedores concursales (también por los representantes de los trabajadores como se verá de inmediato) y aprobado por el Juez–, orientado a ordenar la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso. A tenor del artículo 148.1 LC, si bien con la obvia condición de que «sea factible» –aunque no se indique criterio alguno que permita precisar este concepto jurídico indeterminado–, volvemos a encontrar una regla conservativa –aunque no necesariamente saneadora–: el Plan de Liquidación «deberá contemplar» la enajenación o venta unitaria de la «empresa» o parte autónoma de ella –«*conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos*»–.

De no contar el Plan de Liquidación con la necesaria aprobación por Auto del Juez y, en su caso, en lo no previsto por el aprobado, la LC prevé un régimen legal supletorio para regular las operaciones de liquidación. También en este caso, la LC prevé una medida de conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa mediante su enajenación o venta como un todo. A diferencia de lo previsto en el artículo 148.1, en el régimen subsidiario expresamente se obliga a realizar la venta mediante el método de subasta, no obstante ser conocidas sus disfuncionalidades y perversiones prácticas, salvo que quedara desierta, en cuyo caso el Juez es libre para decidir la enajenación directa (art. 149.1.1.ª). También en claro contraste con lo previsto en el régimen «normal» u ordinario –Plan de Liquidación–, se reconoce al Juez, aquí sí de forma completamente discrecional, bajo el principio de oportunidad no de legalidad –facultad de gestión, no jurisdiccional–, la facultad de trocear o fragmentar la venta de la empresa si lo estima «*más conveniente a los intereses del concurso*». Una vez más nos encontramos con que, en el fondo, el objetivo no es la conservación, sino sólo una posibilidad más al albur de los sujetos del concurso, en este caso del Juez.

A la vista de todos estos trámites la simplicidad parece sencillamente una ilusión o un angelismo. Pero lo que queda absolutamente claro es que la proclamadísima celeridad cae por su base cuando se prevé hasta 1 año para finalizar las operaciones liquidatorias, con obligación de la Administración de informar trimestralmente de ellas. Sin prejuzgar la eficacia real de las soluciones a los fines del concurso –cualesquiera que éstos sean en cada caso–, sobre cuya virtualidad ya hemos expresado amplias –y creemos que fundadas– dudas, es evidente que el objetivo de la celeridad en esta fase queda fuertemente cuestionada.

Aún más dudas –siendo generosos– suscitará el cumplimiento de ambos objetivos –simplicidad y celeridad– si, al esquema procedimental, se añade el *sistema procesal* predispuesto a lo largo y ancho del cuerpo normativo para proceder a la resolución de las múltiples cuestiones planteadas –y planteables–. Si la excesiva preocupación por la forma ahora se soluciona básicamente con la remisión a la LEC, que actúa como supletoria de la LC en tanto ésta no contemple normas procesales especiales, la omnipresencia del denominado *incidente concursal*, pieza básica a través de la cual se promete alcanzar la agilidad, flexibilidad y celeridad deseadas, quizás conduzca a todo lo contrario, en una experiencia jurídica habituada a las prácticas dilatorias. Se trata de un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la ley otra tramitación diferente (arts. 192-196). La diversificación de modalidades en atención a la materia –materias estrictamente concursales y materias laborales planteadas en el concurso–, como la dilación, pueden producir disfuncionalidades.

Similares argumentos han movido a la adecuación del sistema de recursos. Así, en línea con la LEC se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, que actualmente dilatan o dificultan la tramitación de los procedimientos concursales. A cambio se fija un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad, facilitando su resolución con la necesaria visión de conjunto. Determinadas singularidades, como las de orden socio-laboral, no han podido, no obstante los intentos originarios, ser eliminados, manteniendo o conformando un régimen especial que –ya es hora– vamos a analizar en sus aspectos igualmente básicos.

3. RENUNCIA DEL LEGISLADOR UN AUTÉNTICO «DERECHO DE LAS EMPRESAS EN CRISIS»: EL DERECHO ESPECIAL LABORAL DE LOS PROCESOS DE SOLUCIÓN COLECTIVA DE LOS CONFLICTOS DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR COMÚN

3.1. La solución a las «crisis de empresa» entre Derecho Concursal y Derecho del Trabajo: tutela externa o preconcursal y tutela concursal.

Al situar, con la unidad de procedimiento, el presupuesto objetivo del concurso en la solución de la insolvencia, la LC no ha pretendido –ni podía– reservar para esta parcela del ordenamiento el tratamiento de las denominadas «crisis de empresa», hoy vistas más como un fenómeno relativa-

mente frecuente e incluso ordinario en economías muy abiertas a mercados competitivos y de gran incertidumbre, pues en su –intento de– solución «concurren» igualmente otros ordenamientos, en particular el Derecho del Trabajo. Éste, como paradigmático Derecho de Solución de Conflictos «Colectivos» y de Organización de Procedimientos, contiene una importante secuencia de instrumentos para hacer frente a las «situaciones económicas negativas» o a las amenazas a la viabilidad económica de la empresa –modificación sustancial de condiciones, suspensión de contratos y despidos–, que proporciona una tutela «externa», y en alguna medida, *preconcursoal*. Entre uno y otro no sólo no ha habido canales de comunicación, sino que el primero ha marginado –la ausencia de laboristas en el proceso de reformas es sólo anécdota ilustrativa; el silencio sobre los problemas laborales en los comentarios, salvo para criticar el «privilegio crediticio» de los trabajadores (y de la Seguridad Social), es elocuente– al segundo ³⁸.

La denunciada hegemonía –aún vigente tras la LC– de la visión del concurso como procedimiento de solución de conflictos patrimoniales a través de la mejor –ordenada– adjudicación de bienes para satisfacción de créditos o procedimiento de gestión colectiva de crisis (el Derecho Concursal como Derecho de Conflicto y de Organización), que privilegia la solución solutoria-liquidativa sobre la conservativa-resaneadora, así como una visión eminentemente económica y obligacional de la empresa frente a un entendimiento plural como sistema de composición de intereses múltiples vinculados a una función de producción pero también de gobierno, habría impedido hasta ahora, salvo en el Derecho Francés, el tránsito de un exclusivista y dominador Derecho Concursal (Mercantil) a un Derecho de la Empresa en Crisis –o Derecho de la Crisis de Empresa (Derecho Concursal Social)–. Éste se centraría no tanto en la conservación de la estructura productiva a toda costa, frente al objetivo de la satisfacción de los acreedores mediante ejecución del patrimonio del deudor común, exigencias ambas que ningún ordenamiento concursal enfrenta ya con la radicalidad del pasado, cuanto más bien en la búsqueda del necesario equilibrio entre una multiplicidad de intereses concurrentes, incluido el presupuesto del mantenimiento del empleo y, en general, de la actividad productiva, aunque sea al precio o con el sacrificio de una reducción de los créditos, incluidos los salariales y/o su cobro aplazado o tardío ³⁹.

La valoración preferente de los intereses de los acreedores –mercantilización– es –también en la pretendidamente novísima LC– una constante en el Derecho español, de modo que el objetivo de la conservación queda a merced de la decisión de los acreedores –incluso, con dudosa legalidad, en «convenios liquidatorios» de la empresa– ⁴⁰. La mezcolanza de la razón económica –valor de liquidación– y las razones sociales –valor de continuación– es, como enseña la práctica, inexorable.

La concepción del concurso como procedimiento colectivo no sólo de ejecución patrimonial, sino de solución de conflictos de esta naturaleza entre una pluralidad de intereses y sujetos, desautoriza su comprensión sólo como un derecho de pago, una relación acreedor-deudor, para insertar también un entendimiento como derecho a la conservación de la actividad de la que depende la solvencia para el pago ⁴¹. Por otro lado, la regulación concursal cuenta con algunos condicionantes de Derecho Comunitario ⁴². Este ordenamiento no es unilateralmente garantista, pues admite limitaciones –incluso derogaciones– de «*garantías*», sin embargo, asegura una *lógica participativa* (garan-

tismo colectivo; garantía de transparencia en la gestión de la crisis). Así, en el marco de un general –aunque ambivalente– principio de conservación, recibe en buena medida una de las consecuencias del denominado modelo gubernativo –o eficiente–, induciendo la emergencia de la autonomía colectiva para compensar la preferencia o la hegemonía del interés de los acreedores.

Sin embargo, por lo general, el Derecho Concursal, por supuesto el «clásico» pero también el «moderno» –salvo el caso francés–, se ha venido negando a reconocer con carácter general la existencia de los trabajadores como *grupo especial de acreedores*, cuyo interés homogéneo común, frente a la heterogeneidad de los restantes, se dirigirá normalmente a la conservación de la empresa y al mantenimiento del empleo. A cambio, respecto a la gestión de sus intereses como acreedor del deudor común, le reconocía un margen de autonomía para la defensa de tal posición crediticia: en el plano sustancial –mantenimiento de una posición preferente en el cobro– y en el plano procesal –mantenimiento de su fuero especial para satisfacer los créditos («privilegio de ejecución separada» en el orden social)–.

Esta dualidad, indiferencia de la tutela del trabajador en la gestión global del procedimiento concursal y autonomía o singularidad en la defensa de sus créditos, es la que ha comenzado a cambiar en los últimos años, y se ha proyectado, aunque de forma imperfecta y ambivalente, en la LC, que ha ampliado los espacios informativo-consultivos reconocidos a los trabajadores en el procedimiento concursal –en la legislación vigente se frena en los momentos preconcursales de la crisis–. La pérdida de determinadas garantías, sustantivas y procesales, tiende a compensarse con una mayor intervención de los representantes legales de los trabajadores. Veámoslo.

3.2. La incidencia de la reforma concursal en la regulación de las relaciones de trabajo: una visión panorámica.

Desde un plano de política legislativa, y en apretada síntesis, podemos reconducir a dos objetivos los perseguidos por la reforma en materia laboral:

- a) *integrar plenamente en la lógica del concurso* el tratamiento de los derechos e intereses de los trabajadores, a través de la reconstrucción de un *régimen especial* –originariamente *excepcional*– respecto de la regulación prevista en fase preconcursal para las «crisis de empresa» pero estrictamente dependiente, sea en sus aspectos sustantivo sea en el procesal, del régimen concursal previsto con carácter general –principios de unidad reguladora y universalidad de la «masa de acreedores»–. De este modo se pretendería corregir, aquí sí, el tratamiento tradicional, orientado en el sentido opuesto, en cuanto autorizaba para los trabajadores rupturas de esta lógica unitaria ⁴³;
- b) la *armonización* de la reforma con el régimen previsto por la normativa laboral –LET y LPL (y LGSS)– para el momento preconcursal (DD.FF. 14-16), si bien en esta labor también se echa en falta un mayor rigor, como veremos de inmediato.

Ahora bien, como evidenciamos al comienzo de este estudio, la formulación y concreción de estos objetivos ha pasado por diversas fases en el largo proceso de tramitación de la reforma, en momentos prelegislativos, parlamentarios y extraparlamentarios, hasta el punto que media una importantísima distancia entre las versiones originarias, absolutamente desreguladoras, y la definitiva, más aceptable. Así, en *materia de prelación o graduación crediticia* se mantiene una *sustancial continuidad* con el régimen precedente –vigente hasta que entre en vigor la reforma–, e incluso puede decirse que sale reforzado o mejorado en términos globales, con la inclusión de nuevos privilegios de carácter general.

Pero no puede decirse lo mismo en lo que concierne a la «*externalización*» o «*exteriorización*» del tratamiento de los efectos del concurso en los contratos de trabajo. En efecto, a partir de la reforma, una competencia bien de la autonomía colectiva –modificaciones sustanciales colectivas– bien de la autoridad laboral –por tanto del Juez contencioso-admin. en tanto no se concrete la reforma prevista por la LPL pero aún en suspenso–, como es la autorización de suspensiones de contratos o sus extinciones colectivas, ejercida conforme a la legislación laboral, es ahora desplazada a la vía judicial, atribuyendo la competencia decisoria última al Juez del Concurso. No obstante, el proceso de revisión parlamentaria ha conseguido neutralizar en buena medida tal efecto –que, recuérdese, se enmarcaba en la lógica originaria de la reforma de dotar al Juez de plenas competencias, ejercitadas con discrecionalidad y plena autonomía de cualquier otro órgano, administrativo o judicial–.

En este sentido se ha producido una auténtica *laboralización* del Juez del Concurso –Juez de lo Mercantil–, que en esta materia no hay duda que muta –por imperativo legal, y guste más o menos a los munitores de la reforma (y a los futuros Jueces de lo Mercantil)– en genuino Juez de lo Social, cuanto de la reducción –eliminación–, en beneficio de la autonomía colectiva, de la exasperante discrecionalidad concedida al Juez en la resolución de los que ahora podemos llamar «*Expedientes Judiciales de Regulación Concursal de Empleo*» (art. 64 LC). En el camino se habrían quedado, pues, no sólo el anunciado, quizás con alguna precipitación, «Réquiem» por el sistema crediticio laboral ⁴⁴, sino también la draconiana mercantilización del régimen jurídico-laboral de las situaciones de insolvencia, dejando en manos de un enigmático Juez la libre decisión de afectar gravemente o suspender –o eliminar– un importante número de derechos de los trabajadores. Cierto que, como ya hemos dicho en otras ocasiones, «no hay guerras sin bajas», por lo que no se ha podido recuperar el histórico «privilegio de ejecución singular» que, para ser sinceros, ingresó ya cadáver en el PLC.

Más concretamente, y desde el referido plano de presentación completa y panorámica, las reformas pueden ordenarse en atención a los siguientes 4 grandes grupos de cuestiones. A saber:

1. Determinación de los *efectos materiales del concurso sobre los contratos de trabajo vigentes* en el momento de declaración del concurso.

La legislación anterior no prestaba demasiada atención a este importante tema. Sin embargo, la LC sí ha dedicado una especial atención a la regulación de los efectos de la declaración del concurso sobre la suerte de los contratos.

La *regla general* es la de no afectación de la declaración del concurso, por sí misma, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC). Esta regla es coherente con el principio de continuidad de la actividad empresarial o profesional (art. 44.1 LC), tanto en casos de intervención (art. 44.2) –concurso voluntario– cuanto de sustitución en la gestión por suspensión de las facultades del deudor –concurso necesario–⁴⁵. Partiendo de esta doble regla general –continuidad de la actividad y conservación de los contratos–, la LC fija *reglas especiales sustantivas* que integran el referido Derecho Laboral de la Insolvencia. Así:

- Regulación de los expedientes «judiciales» de «*modificación sustancial de las condiciones de trabajo*» y «*de suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo*» (art. 64, art. 8.2 LC).

La administración concursal, el deudor o **los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales**, *podrán solicitar del Juez del concurso la modificación, extinción o suspensión colectivas de contratos de trabajo en que sea empleador el concursado*. También se acudirá a este procedimiento en el supuesto de cierre de empresa o unidad productiva previsto en el artículo 44.4 LC. Sin dudas es el de mayor extensión y complejidad de todos. Ha experimentado importantes revisiones en el proceso de tramitación parlamentaria, de modo que, sin perjuicio de notables modalizaciones, mantiene su sustancial inspiración en la legislación laboral, en particular respecto a las competencias de los representantes de los trabajadores (art. 64.11). En coherencia, se deroga el actual artículo 51.10 LET.

- *Nuevo supuesto de despido colectivo económico*, en virtud de la conversión *ex lege* de las acciones individuales de extinción causal a cargo del trabajador por incumplimiento empresarial del pago de salarios en despidos colectivos por causas económicas, a los efectos de tramitación ante el Juez del Concurso por el procedimiento previsto en el artículo 64 LC (art. 64.10 LC).
- Regulación de los supuestos de *suspensión o extinción del contrato del personal de alta dirección*, donde ciertamente sí se mantiene –intacto desde el PLC– un tratamiento claramente peyorativo, no siempre justificado (art. 65).
- Reconducción de los supuestos de *modificación de las condiciones pactadas en Convenios Colectivos Estatutarios* al régimen laboral previsto con carácter general –preconcursoal– («cláusulas de descuelgue» material y salarial) (art. 66).

2. Prelación o Graduación de los Créditos Laborales –y de Seguridad Social–.

En esta importante y especialmente compleja materia encontraremos una doble regulación. Por un lado, la LC establece la graduación de los créditos laborales en los procedimientos concursales, por otro, introduce (D.F.14.^a), para las ejecuciones singulares, una nueva redacción del artículo 32 LET, al objeto de ajustarlo a la reforma, si bien mantiene en sus estrictos términos la regula-

ción sustancial, derogando sólo la procesal – ya referida eliminación del beneficio de ejecución separada –. En este sentido, siguiendo el esquema ordenador visto en la parte general, la ordenación queda como sigue:

- *Créditos contra la masa* –esto es, «prededucibles» o detraídos antes de efectuar pago alguno a los restantes acreedores–: los *créditos por salarios de los últimos 30 días anteriores* a la declaración del concurso y en cuantía no superior al doble del SMI, cuya perentoriedad o dimensión alimenticia justifica esta «superpreferencia» (art. 84.2.1.º; art. 154 LC); los *créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad profesional* o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo las indemnizaciones por extinción –las derivadas de extinciones colectivas ordenadas por el Juez del concurso se entenderán comunicados (a los efectos del art. 85) y reconocidos por la propia resolución que los apruebe sea cual sea el momento– y los recargos de prestaciones por incumplimiento de las normas preventivas, y hasta que se acuerde el cese de la actividad, se apruebe el convenio o, en otro caso, se declare la conclusión del concurso (art. 84.2.5.º).
- *Créditos con privilegio especial*: los *créditos refaccionarios* sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (art. 90.3.º) –suscita los mismos problemas interpretativos, y las mismas críticas para cierto sector doctrinal, que el art. 32.2 LET, que reproduce–.
- *Créditos con privilegio general*: los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones de extinción, en la cuantía correspondiente al SMI; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos de prestaciones por incumplimientos de obligaciones preventivas devengados con anterioridad a la declaración del concurso (art. 91.1.º) ⁴⁶.

3. Reconocimiento del *principio de participación de la autonomía colectiva en las fases de solución del concurso* –garantía colectiva de transparencia–.

A nuestro juicio, una de las principales novedades de la reforma concursal –en su versión definitiva, porque en la originaria prácticamente se ignoraba– reside en la formalización de un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en los procesos de tomas de decisiones que, en el marco de la solución del concurso de acreedores, tengan especial incidencia sobre la suerte de la empresa o unidades productivas. No obstante, como veremos, algunas de las Enmiendas abrían un marco de actuación mucho más prometedor, reconociendo un genérico interés colectivo a participar en todo el proceso concursal, lo que ni con la legislación vigente ni con la futura sucede. Las reglas –ninguna prevista en el PLC– a tener en cuenta son:

- *Derecho de audiencia* a los representantes legales de los trabajadores, que ha de ser previa a la decisión judicial de venta de empresa, total o parcial (unidad productiva autónoma), como contenido posible de la propuesta de convenio, con lo que ello supone de conservación o continuidad (art. 100.2) –este mismo derecho se prevé en el caso de cierre, según el art. 44.4–.

- *Derecho a informar el Plan de Liquidación*, «a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación...» (art. 148.3), que se convertirá en derecho de consulta-negociación ex artículo 64 LC cuando las operaciones previstas «supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo...» (art. 148.4 LC).
- *Derecho de audiencia* previa de los representantes de los trabajadores cuando, conforme al régimen legal supletorio de liquidación, el Juez decida sea la *cesión del conjunto empresarial* sea, en contra, su fraccionamiento por así considerarlo más conveniente a los intereses del concurso (art. 149.1.1.^a). Una vez más, se prevé la concreción de esta lógica participativa en un más intenso derecho de consulta-negociación si la liquidación acordada supone modificación de condiciones, o suspensión o extinción (regla 2.^a).
- También se reconoce, en caso de aquella «enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma», un *derecho de audiencia previa* a la selección, por el Juez conforme a la regulación de la LEC para el procedimiento de apremio, de la mejor «oferta de compra de la empresa» (art. 149.1.3.^a).

A tal fin, serán consideradas como ofertas preferentes «*las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores*». No cabe duda que es el precepto que con mayor claridad en su redacción recoge lo que es la orientación más moderna del Derecho Concursal: el equilibrio, cierto difícil en muchas ocasiones, entre el interés de los acreedores a cobrar sus créditos, o la mayor parte de ellos, y de los trabajadores a conservar su empleo, o el mayor número de ellos.

- Reconocimiento de la *facultad de negociar* con el cesionario *acuerdos modificativos de las condiciones colectivas de trabajo* vigentes en la unidad productiva cedida, siempre y cuando la venta prevista en la regla 1.^a del artículo 149 LC constituya una sucesión o transmisión de empresa ex artículo 44 LET.

La razón de política legislativa de esta importante novedad reguladora es la de «*asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo...*», mientras que su fundamento normativo está en el uso de las facultades que, como excepción, reconoce a los Estados miembros el artículo 5.2 de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, 12.3.2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas. Incomprensiblemente –salvo por la escasa importancia dada por los inspiradores de la reforma a los temas laborales– no se modifica el artículo 51.11 LET. A esta regla de excepción al principio o regla de continuidad de las condiciones pactadas colectivamente, se añade otra, cual es la de exonerar, a decisión potestativa del Juez, de la subrogación en la parte de los créditos laborales –salarios e indemnizaciones– pendientes de pago anteriores a la declaración y asumidas por el FOGASA ex artículo 33 LET. Aunque también con esta regla se pretende abrir la vía para que, en atención a las circunstancias de viabilidad económica y empleo, el Juez alivie ciertas cargas del adquirente, a costa de este organismo público, de nuevo el legislador no ha estado atento

a su deber de coordinación normativa, porque el artículo 33.4 LET, que recoge este efecto subrogatorio de forma imperativa, no se ha modificado, sin que el típico recurso a la derogación tácita pueda ser una forma correcta de realizar este tipo de reajustes ⁴⁷.

4. Sistema de ordenación procesal del concurso en materia laboral.

En el análisis general de la reforma hemos tenido oportunidad de evidenciar, en varias ocasiones, el enorme peso que asume la dimensión procesal en la ordenación y gestión del procedimiento concursal, tanto por la voluntad de erigir al Juez en el «dueño y señor» del entero proceso, cuanto, en compensación, por la intensa preocupación por rodearlo de las garantías de tutela judicial efectiva. Pues bien, en materia laboral, este aspecto adquiere una particular significación.

Algunas de las novedades que ofrece la LC, como consecuencia no del PLC sino del proceso de revisión parlamentaria, se concentran en el régimen procesal previsto para las cuestiones laborales. La complejidad –y la inquietud– que presenta obedece básicamente a la fuerte lucha que ha habido entre dos orientaciones de política legislativa bien diferentes, opuestas y que, como es natural, ha obligado a un importante esfuerzo de conciliación de exigencias que, insistimos, ni son fácilmente conciliables en abstracto ni han encontrado siempre la mejor solución técnica en la LC. La razón de esta densidad e incertidumbre es fácil de entender. La versión originaria de la reforma pretendía una plena o absoluta inclusión de los temas laborales en la lógica del concurso, como se indicó, por lo que desde esta concepción rígidamente unitaria –uniformadora– un solo Juez, el del Concurso –Juez de lo Mercantil– debería conocer, y por los mismos cauces procesales, todas y cada una de las cuestiones con relevancia en el concurso, incluidas las laborales. La contestación que generó, en la doctrina iuslaboralista especializada y en la acción sindical, esta «expoliación» de competencias, acciones y procedimientos, llevó a una progresiva devolución de las cosas a su «estado natural».

El resultado es Kafkiano, siempre difícil de delimitar, incoherente por momentos, sencillamente inviable en otros. Se pretende que un Juez de lo *Mercantil* –inicialmente Juez de Primera Instancia, incluso–, considerado como Juez –pretendidamente– especialista dentro del Orden Jurisdiccional *Civil*, sea al mismo tiempo, para lo laboral, Juez de lo *Social*, pues su inspiración deberá provenir de la legislación laboral, sustancial y procedimental, aunque se le dice que el Derecho Supletorio es la LEC (D.F.5.^a). La competencia de decisión «en instancia» es del Juez del Concurso pero los recursos son los propios del orden laboral, incluida la competencia de conocimiento de los Tribunales Laborales –TSJ, TS– (art. 64.8 LC). Asimismo, pese al principio de unidad, cuando se regula el incierto incidente concursal se reconocen dos modalidades: la común o civil y la laboral (art. 195 LPL). La competencia de resolución de este incidente es, por supuesto, del Juez de lo Mercantil, en cuanto Juez del Concurso, pero del recurso conocerá, cómo no, la jurisdicción social y conforme al sistema de recursos de la LPL (art. 197.7 LPL).

Pese a que parece haber una clara voluntad legislativa de discernir entre las acciones individuales y las colectivas, de modo que sólo las segundas sean del conocimiento del Juez del Concurso, la redacción de muchos preceptos dista de ser clara, hasta el punto de que incluso cuestiones que, aunque derivadas del concurso, atañan «*estrictamente a la relación jurídica individual*» han de ser

resueltas por el Juez del Concurso, eso sí, por la vía incidental especial (art. 64.8 LC). La loable búsqueda de una unidad de doctrina judicial, junto a la insistente voluntad del legislador final de mantener «plenamente efectiva la aplicación de la legislación social» a las cuestiones de esta naturaleza se ve obligada a recorrer caminos ciertamente tortuosos, que sin duda generará más problemas para la práctica que los que ahora se intenta resolver.

En consecuencia, las normas a analizar para tratar de recomponer y racionalizar este inmenso «galimatías»⁴⁸, fruto de la presión, la improvisación y la indecisión, son básicamente las siguientes:

- Organizativas: normas de creación de los Jueces de lo Mercantil y de atribución –reparto– de competencias entre éstos y los Jueces de lo Laboral en materias sociales.

Así, el nuevo artículo 86.ter LOPJ, introducido por LORC; el artículo 8.2 (competencia del Juez del Concurso sobre acciones sociales por modificación, suspensión y extinción colectivas derivadas del concurso); artículo 50 (prevenciones para evitar que el juez de lo social conozca de materias atribuidas al Juez del Concurso y garantías de participación en los «nuevos juicios declarativos» que pudieran tener trascendencia para el concurso, a través del llamamiento a la intervención como parte de los Administradores); artículo 51 (continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes al momento de la declaración del concurso); artículo 53 (vinculación del Juez del Concurso por las sentencias y laudos arbitrales – también las conciliaciones ex arts. 68 y 84 LPL, aunque no se mencionen expresamente– firmes con anterioridad o posterioridad al concurso, sin perjuicio de la acción de impugnación de convenios, laudos y conciliaciones laborales por fraude, a cargo de la Administración el Concurso); artículo 54 (continuidad de las ejecuciones laborales singulares en las que hubiera bienes embargados, siempre que sean anteriores a la declaración del concurso y no resulten tales bienes «necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»). La armonización entre la reforma y el ordenamiento laboral común se consigue con la modificación de la LPL por D.F.15.^a.

- Normas eminentemente procedimentales: *nuevo artículo 57.bis LET*, introducido por la *D.F.14.^a LC*, que remite al artículo 64 (sustanciación de modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas); artículo 64.8 (sustanciación vía incidente concursal de cuestiones individuales derivadas del Auto Judicial sobre modificación, suspensión o extinción colectiva); artículos 195 y 197 (incidente concursal en materia laboral y recurso contra la sentencia dictada).
- Representación y defensa en materia laboral. A tenor, del artículo 184.6 LC, las exigencias de postulación y defensa «se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley del Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a Graduados Sociales y sindicatos, y de las Administraciones Públicas en la normativa procesal específica». De este modo, a través de la remisión general a la LPL se incorporaban, vía Enmienda, las facultades de representación en ella atribuidas a los sindicatos, incluyendo mención expresa del papel a desempeñar por éstos –y por los Graduados Sociales, dicho sea de paso–.

Ofrecida esta perspectiva de conjunto entraremos, finalmente, en analizar con algún detalle los principales problemas que suscita esta regulación. Advertimos, no obstante que no es posible entrar en un análisis de detalle de las muchas cuestiones prácticas que se generarán en su aplicación e interpretación, algunos de los cuales ya han sido aquí sugeridos. Esto bien merecerá posteriores estudios específicos que nos permita poner algo de orden en tan apresurada e imprecisa regulación. Ahora bastará, en coherencia con el sentido del estudio, con esbozar los más relevantes.

3.3. Problemas jurídico-laborales básicos de la reforma concursal: aspectos individuales y colectivos, sustantivos y procesales.

a) *El problema de la continuidad: los efectos novatorios de la declaración del concurso en los contratos de trabajo.*

Aunque la regla general, ya indicada, es la no afectación de los contratos vigentes por la declaración del concurso, esta regla presenta importantes matizaciones o modulaciones en relación al contenido de los contratos de trabajo, en cuanto que, como sucede por lo demás ya en la fase preconcursal de la crisis económica (arts. 40, 41, 51 LET), quedan especialmente sujetos a novación, modificativa o extintiva por razones económico-empresariales. El artículo 64 LC recoge un *procedimiento específico de regulación de condiciones de trabajo y de empleo en situaciones de insolvencia*, que contempla tanto facultades modificativas («*ius variandi*») como suspensivas y extintivas.

Así, por efecto de la revisión transaccional alcanzada en sede parlamentaria, se somete tal procedimiento a la legislación laboral –o al menos a sus principios–. Esta sujeción no sólo juega supletoriamente –art. 64.11– sino también por remisión directa –art. 8.2 LC–. No obstante, la propia LC se encarga de recoger una amplia secuencia de peculiaridades que conforman un régimen claramente especial –no excepcional como se pretendió originariamente, insistimos–.

Es clara la dimensión económica que adquiere aquí la regulación, en contraste con la comprensión procesalista dominante, que agota el concurso en un procedimiento de ejecución colectiva forzosa, como se dijo. En cambio, desde una perspectiva eminentemente económica el concurso representa un procedimiento de acción colectiva mediante el cual se lleva a cabo la reasignación ordenada de los recursos disponibles en el patrimonio del deudor común, buscando una mayor y mejor capacidad de gestión de la crisis empresarial. En este sentido, es claro que la declaración judicial de concurso, con las consecuencias jurídicas que ello tiene, además de una ruptura de la equivalencia de las prestaciones que integra las relaciones jurídicas preexistentes –contratos de trabajo–, desplaza el marco de referencia de composición de intereses de una relación bilateral a una plurilateral, donde habrán de ser estimados, junto a las pretensiones de las partes contratantes, el interés del procedimiento de concurso, el interés social y/o general...

La tradicional ambivalencia de la norma laboral aparece aquí claramente expresada: el reflotamiento de la empresa desemboca en una evolución hacia el mantenimiento del contrato pero a cam-

bio de ampliar la suspensión, modificación de condiciones o movilidad. La irrupción no sólo de la lógica de la gestión sino de la lógica del empleo en el Derecho Concursal determina, conforme a una concepción pluralista, que sobrepasa la relación contractual clásica o tradicional del contrato. La «socialización de los costes» en la empresa en crisis obliga a sustraer su régimen jurídico al derecho de obligaciones tradicional. La facilitación de estas situaciones, especialmente las modificativas y suspensivas, actuarían a modo de «precio» a pagar por los trabajadores en ese compromiso asumido como miembros de la comunidad de pérdidas que constituye el proceso concursal⁴⁹. En tal marco, la autonomía colectiva conoce un nuevo papel en la representación de los trabajadores, reconduciendo la expresión de los intereses de los asalariados alrededor del hecho sindical, primando el tratamiento negociado de los procedimientos de insolvencia.

Esta idea, que con algunos matices aparece hoy recogida en el artículo 64 LC, era ampliamente ignorada –por la hegemonía de una visión salvaje de la desregulación y por una fe sin precedentes en la competencia gerencial del Juez del Concurso– en las versiones originarias, incluso en el propio PLC. En efecto, el originario artículo 63 PLC –actual art. 64 LC– no tuvo ningún pudor en atribuir al Juez una plena competencia decisoria sobre los eventuales efectos novatorios de carácter colectivo que, a raíz de la apertura del procedimiento concursal, se produjeran en los contratos de trabajo, devaluando el período de consultas a un puro trámite de audiencia. Al margen de la perplejidad que esta opción produce por su seguro efecto disfuncional o ineficaz, era claro que el legislador no tuvo reparos en mirar hacia atrás en su reforma, quebrando no ya sólo un principio laboral –nacional y comunitario–, sino una orientación plenamente constatable en todas las experiencias de reforma concursal.

Cierto, el interés colectivo laboral ha venido adoleciendo de un significativo *déficit representativo* en los procedimientos concursales. Pero una de las líneas de tendencia más constatables en los movimientos de reforma ha sido, por lo general, la apertura de canales de representación específica que le permitiera mediar entre los acreedores ordinarios. Así, se preveía en otros precedentes –ej. Decreto-ley 18/1969, 20 de octubre, sobre Administración judicial de empresas embargadas, ya derogado; el viejo Anteproyecto de Ley Concursal de 1983– o experiencias de Derecho Comparado –art. 10 de ley francesa de 25-1-1985–⁵⁰. Obcecada con la concepción procesalista, los primeros pasos de la actual reforma minusvalorarán el papel de la autonomía colectiva como instrumento flexible –orientación general de la nueva regulación– idóneo para la delicada labor de composición concreta entre los intereses vinculados a la liquidación –mercado de crédito– y a la conservación –continuidad del mercado de trabajo interno–⁵¹.

También aquí se evocaba una lamentable tradición, aunque revestida de cierta modernidad, al permitir que en el seno de un procedimiento concursal dominado por el Juez se abriera al menos una fase de audiencia-consultas, aunque no se le concedía verdadero papel decisorio. Buena prueba de esta incomunicación era la compleja articulación entre el procedimiento extraconcursal laboral de los expedientes de regulación de empleo y los convenios celebrados en el marco del procedimiento concursal, de modo que, en la práctica, la representación de los trabajadores quedaba fuera del Derecho Concursal regulador de la empresa en crisis⁵². Ante estas dificultades, materiales y legales, la práctica convencional, sólo en limitadas ocasiones había previsto una partici-

pación de los instrumentos colectivos, bien a través de la ampliación de los derechos de información-consulta como vía para intervenir en la planificación y control de los recursos humanos en estos momentos críticos –art. 27 CCE para «*Empresas Mayoristas e importadoras de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos*»– bien la negociación colectiva en orden a modificar o suspender el régimen salarial (art. 71 CC Interprovincial de Productos dietéticos y Preparados Alimenticios de Cataluña) ⁵³.

Afortunadamente, la LC ha vuelto a la cordura reconociendo el verdadero papel de la autonomía colectiva normativa: si hay acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, que son los legitimados para negociar de buena fe los efectos novatorios –modificativos, suspensivos o extintivos–, el Juez no tiene más opción que aceptar el Acuerdo alcanzado, que deberá ser recogido en el Auto (art. 64.7), salvo que, como sucede ahora pero para la autoridad laboral en vía preconcursal (art. 51.5), aprecie la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, tampoco el Juez recupera una absoluta libertad de decisión conforme a lo que «convenga a los intereses del concurso», sino que deberá pronunciarse de conformidad «a la legislación laboral» (art. 64.7, primer párrafo *in fine*). La situación del Juez será, entonces, análoga a la de la Autoridad Laboral cuando no hay acuerdo colectivo –la diferencia es que ésta debe remitirlo al Juez Social–, lo que no deja de problemas, porque materialmente la posición del Juez, aunque cuenta con el *Informe* de aquella (art. 64.6 LC), no puede ser equiparada a la potestad administrativa.

Pero las **especialidades más relevantes** de este novedoso Expediente de Regulación de Empleo no se agota en su carácter judicial –y no administrativo–, sino que contiene un amplio elenco. Entre éstas ahora merece la pena destacar, entre otras, su ámbito de aplicación.

Pese a la aparente simplicidad de esta cuestión, planteará sin duda enormes problemas porque los diversos preceptos que hacen referencia a él no utilizan exactamente la misma redacción, ni las razones que los inspiran son identificables de manera absoluta. En principio, la LC ha querido abrir una marcada diferenciación entre los efectos novatorios –modificativos, suspensivos y extintivos– de tipo colectivo y los individuales, reservando sólo los primeros a la competencia del Juez del Concurso, por su especial trascendencia para el patrimonio del deudor común. Ahora bien, ni tenemos criterios para diferenciar las suspensiones individuales de las colectivas –el art. 47 LET no diferencia–, ni la LC habla siempre de modificaciones «colectivas», por lo que habrá que entender que el Juez del Concurso conoce de ambos tipos de suspensiones en el marco de un concurso.

Por su parte, los artículos 148.4 y 149.1.2.^a remiten al procedimiento del artículo 64 LC la ordenación de las operaciones liquidatorias que supongan «*la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo*». Sabido es que se considera colectivo todo cierre que suponga la extinción de la plantilla completa, pero se precisa que tenga más de 5 (art. 51.1 LET), por lo que se plantea el problema en aquellos casos en que afecte a un número inferior –concurso de microempresas–. La regla general, no obstante, parece ser la de reservar para el Juez del Concurso –incluido el período de consultas, en su caso–, lo colectivo, aunque no deja de haber excepciones –art. 64.8, párrafo 2.º–, pese a su diferente ratio.

Tampoco suministra el artículo 64 LC ningún concepto de «colectivo», por lo que, en atención a las normas supletorias, habremos de estar a lo dispuesto en la norma laboral (arts. 41, 51 LET). Tan sólo lo hace para innovar un supuesto de despido colectivo, cual es la consideración *ex lege* de las acciones individuales de extinción causal por impago de salarios como colectivo, a los efectos de su tramitación por este procedimiento ante el Juez del Concurso, cuando superen determinados umbrales numéricos, que no coinciden exactamente con los previstos en el artículo 51 LET (empresas de más de 100 trabajadores: 10 o más; o toda la plantilla; entre 100 y 300: 10%; más de 300: > 25%). La razón de su existencia es clara: cuando las acciones individuales ejercidas ante el juez social alcanzan una determinada cuantía, podría propiciarse una práctica elusiva o, en todo caso, perjudicial, para la regulación concursal.

Una razón análoga explica, pero se revela más discutible, la suspensión temporal *ex lege* del derecho a la rescisión indemnizada del contrato bien en casos de modificación sustancial colectiva (art. 41 LET), bien en casos de «traslado colectivo que suponga movilidad geográfica», siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 Kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25% de la duración de la jornada laboral diaria. La redacción de este precepto ha sufrido cambios de relevancia, pues en el texto aprobado por el Congreso inicialmente la movilidad a la que se aludía tenía como frontera la Comunidad Autónoma. Como consecuencia de la revisión parlamentaria, por presión sindical, se ha reducido a provincial la movilidad geográfica relevante para este derecho de suspensión, cuya duración –1 año– ya evidencia, como se dijo en la primera parte de este estudio, que no habrá concursos inferiores a 1 año.

La previsión de dos «Planes» concurrentes exigirá una cierta coordinación o armonización: el *Plan Social* como contenido mínimo del período de consultas, para (empresas de más de 50 trabajadores (art. 64.5: «*plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y el empleo*»), y el *Plan de Viabilidad*, como requisito necesario para el convenio de conservación. Aunque este último parece aludir a contenidos económico-financieros, clave de lectura para satisfacer el interés de los acreedores en general, nada obsta para que incluya igualmente un Plan Social, o medidas de acompañamiento social. Así sucederá normalmente si tal Plan de Viabilidad implica una financiación ajena, especialmente a través de Fondos Públicos. Los contenidos de este Plan rebasan las previsiones relativas a los costes sociales e implicarán una operación de compromiso de todos los intereses implicados –se habla no sólo del «empleo» sino de la «viabilidad futura de la empresa» en su totalidad– en una situación de dificultad económica empresarial⁵⁴.

Finalmente, por lo que respecta a esta cuestión, debe recordarse que la no previsión de una indemnización mínima no quiere decir que no exista. En aplicación del Derecho Supletorio tendremos que entender que se identifican con las previstas en la norma laboral, sin perjuicio de la posibilidad de pactar una adicional y sin que el Juez del Concurso pueda revisarla, salvo que aprecie fraude o abuso de derecho.

Más convulsivos han sido los efectos sobre el contrato de alta dirección (art. 65 LC). A diferencia de lo que sucede en general con los contratos de trabajo, que son relevantes básicamente en su dimensión colectiva, aquí la competencia del Juez –y de la Administración del Concurso– se pro-

duce en relación a los contratos individuales, lo que dadas las características de este contrato es completamente lógico. Lo que ya no es tan lógico es la amplitud con que se concibe la facultad de los administradores concursales para decidir, a instancia del deudor o por propia iniciativa, la suspensión o la extinción del contrato. Si en caso de suspensión es el alto directivo el que puede instar la resolución, con derecho a la indemnización propia del despido colectivo –lo que será poco incentivador por lo general para este trabajador–, en el caso de extinción el juez del concurso podrá moderar la indemnización correspondiente, dejando sin efecto la pactada –es obvio que aquí está apuntando directamente a las «cláusulas de blindaje», con peor prensa o leyenda negra de lo que representan en realidad para una razonable seguridad de estos especiales trabajadores, al menos en ciertos casos–. Para garantizar la efectividad de las reglas de responsabilidad en que, eventualmente, pueda incurrir el alto cargo por quiebra fraudulenta, se autoriza a la Administración Concursal para solicitar del Juez el aplazamiento del pago de este crédito indemnizatorio hasta que recaiga sentencia firme en materia de calificación.

b) El principio de conservación y la transmisión de empresa: los acuerdos de cesión o venta de empresa.

Otra cuestión que merece un particular análisis, mayor del que aquí podemos realizar, es el relativo al régimen jurídico de la transmisión de empresa, total o parcial, en el marco de los procedimientos concursales⁵⁵. Sea en la fase de convenio (art. 100.2, párrafo 2.º), sea sobre todo en la de liquidación (arts. 148 y 149), la LC ha previsto diferentes reglas con las que, desde una lógica de la conservación, persigue incorporar ciertas experiencias ya desarrolladas desde hace tiempo en otros países –ej. convenio de cesión–, a través de las cuales se privilegia o favorece el mantenimiento de la capacidad productiva del conjunto empresarial o de sus unidades productivas susceptibles de explotación unitaria. En estos casos, se garantiza un derecho de audiencia previa para participar, desde la defensa de los intereses que le son propios –la continuidad del empleo básicamente; el mantenimiento de derechos laborales–, en la toma de decisión final.

Aunque se suele reconocer la débil posición de la función representativa tras la declaración judicial de quiebra, en modo alguno esta constatación de experiencia puede servir de argumento que legitime una global exclusión de tales instrumentos de intervención colectiva, en orden a viabilizar actuaciones que favorezcan la posición de los trabajadores en empresas declaradas en crisis. Desde luego la LC queda lejos del modelo francés, el más relevante en el Derecho Comparado en orden a la identificación de los trabajadores como grupo específico, con identidad propia, en todo el proceso concursal, aunque de haber prosperado una Enmienda, paradójicamente del Grupo Popular, hubiéramos contado con una figura muy próxima a la del «representante de los trabajadores asalariados»⁵⁶.

La Enmienda –n. 597 del GPP de adición al art. 63 PLC– era del siguiente tenor:

«5. En todo lo no previsto en esta Ley, los representantes de los trabajadores conservarán cuantas funciones les atribuye la legislación sindical.»

A efectos de facilitar el ejercicio de dichas funciones, y cuando se trate de empresas de más de cien trabajadores, el Juez podrá acordar la constitución de un Comité de Seguimiento Concursal en el que participarán los representantes sindicales de los trabajadores y el Comité de Empresa, y cuyas funciones serán, fundamentalmente:

- 1.º Obtener periódicamente, tanto de la administración concursal como del Juez, la información con especial relevancia laboral o económica que consideren necesaria sobre la marcha del procedimiento y trasladarla a los trabajadores y acreedores.*
- 2.º Sugerir las investigaciones necesarias para la buena marcha del concurso. Los miembros de esta Comisión podrán delegar sus funciones en un profesional en ejercicio».*

La justificación era también clara. Las crisis empresariales afectan con especial relevancia a los trabajadores, por lo que no deben ser considerados como meros acreedores por las cantidades que el empresario pueda adeudarles. Aunque se reconocía que ya a lo largo del texto diversas normas perseguían o reconocían esta «garantía del papel preeminente» de los trabajadores a través de sus representantes en el proceso de crisis de su empresa, se estimaba necesario formalizar este reconocimiento de modo expreso y general. Era más que una norma innovadora una explicitación del reconocimiento, ahora en el «interior» de la regulación concursal («tutela interna»), del papel protagonista atribuido a los representantes de los trabajadores por la legislación laboral («tutela externa del interés colectivo»).

Sin embargo, no ha prosperado tal propuesta, por lo que no se contempla una representación específica en la Junta de Acreedores. Tampoco las reglas especiales del artículo 125, que habla expresamente de «grupos de acreedores determinados por sus características» los recoge expresamente como tales (también aparece la idea de grupo en el art. 128.2).

La necesidad de adaptarse al Derecho Comunitario variará en cierta medida esta opción abstencionista, pues son conocidas, además de las críticas teóricas, las dificultades prácticas significativas desde la perspectiva del cumplimiento por el Estado Español de las normas de la Directiva 80/987/CE, sobre protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia del empleador. Sin embargo, la preocupación creciente de las normas comunitarias por la conservación de la unidad económico-productiva en crisis se traduce en la implantación de un régimen de enorme flexibilidad, que consiste en un debilitamiento de los mecanismos de asunción de responsabilidades por parte del cesionario –erosión de la lógica garantista individual– y un reforzamiento de la participación de los representantes de los trabajadores –revalorización de la lógica del control social específico o garantismo colectivo–, de cara a una reorganización empresarial a través de modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo. No obstante, las autoridades comunitarias conscientes de los riesgos generados previenen de usos abusivos del régimen flexible predispuesto para la gestión de las consecuencias laborales de los procedimientos de insolvencia. Pese a todo, lo cierto es que la autonomía colectiva se refuerza como cauce de adaptación a la realidad empresarial, como se aprecia en los despidos colectivos y en la sucesión de empresa.

En este último caso, los obstáculos a las soluciones colectivamente negociadas en la legislación precedente –que ahora se deroga– eran de tres órdenes: desconexión normativa; irrelevancia o desprotección del interés colectivo laboral en el procedimiento concursal y el carácter indisponible del artículo 44 LET, de ahí que fuese tachada de «ineficiente socialmente (y no sólo económicamente)» (MONEREO PEREZ, 1999, p. 157). Estos problemas de falta de coordinación se subsanan en experiencias comparadas al insertar la cesión en arrendamiento de la empresa en el marco de un plan «concursal» de viabilidad en el que ha tenido en cuenta el interés colectivo de los trabajadores. Un modelo de regulación situado en esta dirección de política del Derecho es, de nuevo, el ordenamiento concursal francés, que ha tratado de equilibrar las exigencias del método de mercado con el método gubernativo.

El excesivo rigor del tratamiento aplicable a la transmisión de empresas en crisis ex artículos 51.11 y 44 LET actuaba como mecanismo expulsor de eventuales posibilidades de conservación de la unidad económico-productiva transmitida. Esta rigidez normativa ignoraba, además, el papel nuclear de la negociación colectiva como fuente de gestión del proceso de reorganización empresarial tras la transmisión, no obstante lo dicho más arriba. Como sucedía con la ejecución separada, las propias normas jurídico-laborales, sean sustantivas o procesales, cegaban las eventuales vías de conservación de empresas en crisis.

No obstante, no carecíamos de vías de escape a esta «rigidez» que, como es obvio, pasan siempre por la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores: por un lado la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo una vez transmitida la unidad empresarial, aun en el marco de un proceso concursal –conservativo o liquidatorio–, por otro la posibilidad de disponer sobre la vigencia del convenio precedente por pacto con los representantes legales, una vez consumada la transmisión. En todo caso la presencia en estos procesos de transformación de condiciones jurídico-laborales de los representantes de los trabajadores y su encauzamiento a través de un acuerdo de buena fe, introduce notas importantes de transparencia, seguridad jurídica y eficiencia en los procesos subrogatorios, incluso en aquellos derivados de procedimientos concursales. La transmisión de empresa se puede producir tanto en el marco del convenio concursal conservativo como en el de las salidas liquidatorias, como evidencia ahora ya expresamente nuestra LC. El *Derecho Convencional de la reestructuración* también se orientaba hacia formas de gestión concertada de problemas comunes, tanto en fases preconcursales –y preventivas– como concursales –solutorias– de la crisis empresarial.

No todos coinciden en valorar positivamente esta opción, que ha sido vista, no obstante sus ventajas, como potencialmente «peligrosa» en el actual contexto de los procedimientos concursales. En un sistema de procedimientos colectivos en el que el interés social se sitúa, a nivel normativo, bajo mínimos, la apertura de nuevos espacios a la negociación colectiva o, lo que es lo mismo, la disponibilidad de las garantías legales por una intervención colectiva flexibilizadora, debería ser contemplado con cautelas. Pese a todo, parece claro que, aun de forma deficiente y ambigua, la LC puede contener las bases para un replanteamiento del modelo anterior de regulación en el sentido de una mayor dispositividad a favor de la autonomía negocial, lo que además se inserta en una lógica compensatoria de la posibilidad abierta de recurrir al *ius variandi* excepcional del empleador para llevar a cabo la reestructuración, con vistas a reducir los costes del efecto sucesorio ⁵⁷.

Así, mientras en la fase de solución por convenio de continuación se prevé la venta por subasta pública de la empresa –o unidad productiva menor–, con la simple condición de una audiencia previa a los representantes, en la fase de liquidación se contempla no sólo la remisión a la normativa laboral de la sucesión de empresa –hoy art. 44 LET–, sino la posibilidad de acuerdos colectivos de reorganización empresarial de las condiciones colectivas vigentes para esa empresa o unidad productiva cedida. El objetivo es, como se dijo, además de rebajar directamente los costes laborales –exoneración del efecto subrogatorio en las cantidades pendientes de pago pero asumidas por el FOGASA, aunque no se modifique expresamente (pero sí tácitamente) el art. 33.4 LET–, introducir una vía flexibilizadora que permita más garantías para el reflotamiento de la empresa –«viabilidad futura»– y, en consecuencia, del empleo, aunque tampoco se modifique expresamente –sí tácitamente– el artículo 51.11 LET.

c) Los aspectos procesales de la reforma concursal en materia laboral: un nuevo espacio para el conflicto jurisdiccional.

No podemos terminar este análisis de conjunto –somos conscientes de que muchas cosas se quedan, de momento, en el «tintero», como la graduación de créditos, respecto de la cual ya hemos realizado un comentario global pero sin entrar en algunas observaciones de detalle de relevancia– sin realizar alguna consideración crítica sobre los Juzgados de lo Mercantil. Como también se dijo, esta novedosa figura se crea mediante la modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter), que los configura como Juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil. La denominación obedece, en principio, a la naturaleza predominante de las materias atribuidas a su conocimiento, si bien no son exclusivamente mercantiles, ni comprenden la totalidad de las cuestiones de esta naturaleza. Las razones de esta cuestionada –y cuestionable– figura se reducen a dos: convicción del legislador de que la especialización –que no tiene un sentido unívoco– será garantía de eficacia sin más, por un lado, y la puesta en práctica de un experimento –lo dice la propia EM–.

Se ensaya, así, en tan delicada materia una suerte de «SuperJuez» –con competencias penales restrictivas de derechos fundamentales; competencias sociales; mercantiles, también por trasvase de competencias en Juzgados de Primera Instancia–... La especialización-concentración prometería: mayor calidad de las resoluciones en una materia de gran complejidad técnica y multidisciplinar; mayor celeridad en la adopción de las mismas dada la agilidad con la que se estudian y resuelven los litigios cuando se tiene un amplio conocimiento de la materia; homogeneidad por la coherencia y unidad de la labor interpretativa, con reducción del riesgo de resoluciones contradictorias; mejor distribución del trabajo en la jurisdicción civil. Se prevé un sistema de especialización preferente, a cargo del CGPJ.

Conforme establece el nuevo artículo 86 ter LOPJ y el artículo 7.2 LC, tiene atribuidas las siguientes materias:

- a) las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, existentes en la fecha de la declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado. Aunque estas acciones se tramitarán conforme a lo dispuesto en la LC, se inspirarán en los principios establecidos al efecto en la legislación laboral.

- b) las acciones sociales que tengan por objeto la suspensión o extinción de los contratos del deudor con el personal de alta dirección (art. 64 LC).

Sin embargo, bien porque el legislador no debe estar muy convencido del experimento, bien, sobre todo, por la fuerte presión recibida en el proceso de tramitación, el resultado final dista mucho, como se advirtió igualmente, de esta imagen idílica y aconflictual del sistema. Un solo Juez debe responder a dos lógicas, la concursal y la social que, como hemos visto, unas veces se cruzan y se complementan pero otras se enfrentan, debiendo el Juez seguir fundamentalmente la orientación que le marca la lógica concursal, que es prevalentemente –como indica su denominación– mercantil. Sin garantizar la formación especializada en estas materias, la LC ha preferido mantener la dualidad de regulaciones –pese a la invocada unidad–, y controlar la acción del «Superjuez del concurso» mediante órganos jurisdiccionales sociales «superiores», a través de los recursos de la LPL.

En esta misma dirección dual, dicotómica –o esquizofrénica, según se mire–, otra de las principales novedades de la reforma, en materia procesal, el famoso incidente concursal, ha visto cómo tiene dos modalidades. Nace también así el incidente laboral, con su específica regulación y remisión sustancial a la LPL, aunque también a la LEC. A la vista del resultado, que evidencia más problemas que resuelve, no cabría preguntarse si ¿para este viaje necesitábamos tales alforjas?

4. VALORACIÓN FINAL

Soy consciente de que, llegados al final de este repaso global aunque por exigencias del guión no exhaustivo, emitir una valoración que no resulte muy benévola para una reforma «pedida a gritos» por todos será, además de extravagante, sorprendente. Sin embargo, aun reconociendo los aspectos positivos que tiene una norma que aspira a ser sobre todo profiláctica –acabar con las corruptelas y «corralitos» de la práctica–, entiendo que el enorme esfuerzo invertido, y el extremado tiempo esperado –todavía faltará más de medio año para su entrada en vigor formal, que realmente será más años–, es manifiestamente mejorable y, desde luego, ineficiente. Ni simplicidad, ni celeridad, ni eficiencia, ni unidad serán objetivos fácilmente alcanzables con esta regulación, pero es que, además, creo que el nacimiento de este «nuevo» Derecho Concursal no estará, pese a hacerlo en el 2004, a la altura de las circunstancias, y dará más razones para preguntarse no ya por la finalidad del Derecho Concursal sino por si tiene sentido un Derecho de este tipo en nuestros días (A. ROJO).

A nuestro juicio, se ha despreocupado de la configuración del Derecho Concursal y en realidad de que son hoy los procedimientos concursales como procedimientos de gestión colectiva de crisis de insolvencia empresarial y no como meros *procedimientos de solución de conflictos patrimoniales* mediante la asignación más ordenada y equitativa posible –a ser posible convencional (justicia contractual)– de los bienes y derechos del deudor a los acreedores. Parte de la inclusión acrítica al Derecho Mercantil –en lo sustantivo y en lo procesal–. En lo procedimental se mantiene un

modelo fuertemente judicializado –procesal–, si bien con aperturas a la gestión vía procedimientos convencionales y orientados por una actividad profesional y de gestión –más que de intervención administrativa–.

No por más esperada –y desde luego necesaria, incluso «deseada»– deja de ser menos decepcionante. Ciertamente, como ya se puede apreciar en ciertas lecturas tanto sindicales como doctrinales, no hay que quejarse demasiado porque podía haber sido bastante peor si no se hubiese estado ojo avizor por parte de algunos, incluidos los sindicatos, que ya la configuraron como una de las «reformas laborales» más flexibilizadoras de las conocidas, pero ahora «encubiertas» bajo el amparo de «concursal», por tanto externa a lo laboral. Es difícil ocultar la vocación «imperialista» de la Ley. Ciertamente que luego ha tenido que transaccionar, y pasar de la «soberanía» absoluta a la «gobernación» de la realidad compleja... Pero creo sigue adoleciendo de aquella «miopía» que se le imputa a los demás «documentos prelegislativos», porque ha primado el pragmatismo sobre la innovación profunda del sistema jurídico.

La versión originaria de la reforma, que incluso alcanzó, aunque algo más atenuada, hasta la fase de Proyecto de Ley publicado oficialmente en el Boletín de las Cortes, pretendió crear un *ámbito de regulación excepcional* –excluyendo la aplicación de la norma laboral: «sin necesidad de seguir los trámites establecidos para la regulación de empleo»–. La versión definitiva, como consecuencia de la tramitación parlamentaria y sus acuerdos transaccionales, se ha limitado a configurar un ámbito de regulación especial, de modo que la promulgación de una normativa específica o *ad hoc* no quiebre o no rompa los principios, sustantivos y procesales, de la ordenación jurídico-laboral (Derecho Supletorio no el Derecho Mercantil).

Aunque esto fuese así lo que evidenciaría más que una interconexión es una plena instrumentalización de la norma laboral al servicio del interés acreedor, del *interés ¿mercantil? del concurso*, estamos de nuevo ante ejemplos episódicos de normas dirigidas a la conservación de la empresa en crisis en un Derecho Concursal esencialmente dirigido a satisfacer los intereses de los acreedores mediante la liquidación. Por tanto, ¿no podríamos predicar igualmente de esta reforma que se edifica sobre normas que, buscando emerger intereses diversos de los trabajadores entre sí, coordinando el interés singular en el cobro con el interés de todos al mismo, llevan en sí «*el germen de su propio fracaso*», porque no se acompañan de normas profundamente renovadas?

En definitiva, ¿se refuerza o se debilita el *interés socio-laboral* en la empresa en crisis? La reforma proyectada y comentada ¿verdaderamente realiza aquella idea de acabar con los «remedios heroicos» derivados de la interpretación y ayuda, por un lado, «a morir, sin más sufrimientos, a un Derecho Concursal que merece un lugar de honor en el panteón de las leyes gloriosas de nuestra tradición jurídica», y, por otro, «también a que nazca su sucesor»? ¿La reforma refleja esta interconexión o interdependencia inherente al procedimiento objeto de regulación por el Derecho de Empresa «en crisis»? ¿Se revelan suficientes y eficaces los nuevos horizontes para los procesos negociadores dentro de los procedimientos colectivos de insolvencia? El reconocimiento del interés a la satisfacción de los acreedores como el principio nuclear ¿queda adecuadamente conciliado con los intereses «laborales» a la continuidad de la actividad –instrumental– y conservación de empleo –directo–?

Como se ve más interrogantes que respuestas. Aunque encuentro más razones para la crítica que para la esperanza. De nuevo habrá que confiar en la fertilidad del «Derecho Vivo» –incluido el trabajo de la doctrina y la tarea de la jurisprudencia– y el efecto multiplicador de la autonomía colectiva..., que es contenible o refrenable pero no excluible, ni por la Ley ni por el Juez, por «Súper» que sea. En todo caso, lo que es cierto es que esta Ley –incluso en época de crecimiento económico– dará mucho trabajo a todos.

NOTAS

- ¹ Vid. A. MAISANO. *La tutela concursale dei creditori tra liquidazione e riassetto. Evoluzione e prospettive de riforma del diritto fallimentare*. QGC. Giufré. Milano. 1989. págs. 62 y sgs. Un análisis desde esta triple perspectiva, si bien sobre la base de la más atemperada versión aprobada por el Pleno del Congreso, en B. RÍOS SALMERÓN. «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso...». *AL*, n. 21, 2003.
- ² Se «estaría negando la evidencia si no se admitiera que el factor social es uno más (y no precisamente el más protegido) del conjunto de intereses en presencia en una empresa en crisis y que aun las legislaciones comparadas más tuitivas desde la óptica laboral, suponen únicamente una penetración superficial del Derecho del Trabajo en los procedimientos colectivos y un *caminar a remolque* de la normativa mercantil sobre la materia». Vid. el magnífico trabajo de M.T. ALAMEDA. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*. CES. 2001. p. 64.
- ³ Aunque la doctrina iuslaboralista se mostrará fuertemente dividida, sin duda, debe tenerse en cuenta que las críticas también vienen de otras disciplinas. Vid. I. DÍAZ-PICAZO. «Los Juzgados de lo Mercantil». En Aa.Vv. (dir.: A. Rojo). *La reforma de la legislación concursal*. Marcial Pons. 2003.
- ⁴ Aunque la Ley finalmente resultante del proceso parlamentario mejora significativamente algunos de los aspectos más críticos del Proyecto de Ley, creo que sigue conservando validez la crítica de quien seguía echando de menos, a raíz del Proyecto, «una profunda revisión» de la legislación concursal «para conseguir textos más depurados en concepciones, más técnicos en la formulación de las normas y, sobre todo, más ajustados a las exigencias de la realidad española contemporánea». Vid. A. ROJO. «La Reforma del Derecho Concursal Español». En Aa.Vv. (dir.: Íd.). *La reforma de la legislación concursal. op.cit.* p. 130.
- ⁵ Para este auténtico lugar común de la doctrina en materia concursal *cfr.* J. PULGAR. «Insolvencia: Conservación *versus* liquidación». Aa.Vv. (dir.: García Villaverde *et alri*). *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*. Dilex. Madrid. 2003.
- ⁶ Para el «*Insolvenzarbeitsrecht*» *vid.* STEINDORF/REGH. *Arbeitsrecht in der Insolvenz*. Munich. 2002, cit. por B. RÍOS. «La Ley Concursal y los trabajadores». *AL*. n.21.2003. Para la emersión de un «Derecho Comunitario de Procesos insolventes de reestructuración empresarial» *vid.* las referencias en M.T. ALAMEDA. *Extinción del Contrato... op. cit.* págs. 307 y sgs.
- ⁷ Las referencias doctrinales son prácticamente incontrolables por su extensión, y aunque, como es obvio, no son coincidentes en sus planteamientos –y en sus soluciones–, sí convergen en la crítica global a una legislación de la que se predicaba, en el mejor de los casos, un «entierro digno». Ilustrativa, por su contundencia y autoridad, la conclusión del profesor OLIVENCIA, para el que, agotado el tiempo de los «remedios heroicos», sólo quedaba ayudar «*a morir, sin más sufrimientos, a un Derecho Concursal que merece un lugar de honor en el panteón de las leyes gloriosas de nuestra tradición jurídica*». Una versión actualizada de la opinión de este autor, principal responsable del Anteproyecto de 1983, en «Los anteproyectos de ley y la reforma concursal en España». En Aa.Vv. *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa*. Cedam. Milan. 2002. págs. 553 y sgs.; un análisis doctrinal de primer orden en la obra colectiva, dirigida por otro de los protagonistas doctrinales de la reforma, el profesor ROJO, titulada *La reforma de la legislación concursal. op. cit. passim*. Para una visión más práctica, pero no menos interesante, incluso en el ámbito de la legislación comparada, F. CERDÁ-IG. SANCHO. «Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal». *Colección Estudios Económicos*. N. 25. La Caixa. 2001.
- ⁸ Incluidas normas comunitarias, como el Reglamento n. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, a efectos de DIPr.
- ⁹ La LC finalmente resultante sería el producto «híbrido» –transaccional o posibilista– de dos textos *prelegislativos* básicos –el Anteproyecto de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de 1995– y de la «práctica concursal» de los últimos años.

- Vid. A. ROJO. «La reforma del Derecho Concursal Español». En Aa.Vv. *op. cit.* p. 102. A ello habría que añadir, por lo que a nosotros interesa, el proceso de revisión parlamentaria debido a la fuerte presión sindical para suavizar –o corregir– algunos de los efectos más peyorativos de la reforma para los trabajadores.
- ¹⁰ Aunque, como será aludido, la D. F. 3. 1.ª encomienda al Gobierno la elaboración de una Ley de reforma de los Códigos Civil y de Comercio en esta materia, tal opción dual ha sido duramente criticada, hasta el punto de recomendar su desaparición. Cfr. A. ROJO. *op. cit.* p. 127, nota 30. La buena acogida que ha tenido algunas de sus recomendaciones no ha acompañado a ésta.
- ¹¹ Otros –procesalistas– hacen esta crítica en relación a los Jueces de Primera Instancia, por lo que no nos parece puramente corporativa. Vid. I. DÍEZ-PICAZO. *op. loc. cit.*
- ¹² Aunque no nos compete adentrarnos en otros ámbitos, sí es interesante recordar que ni la universalidad es plena –*vid.* el régimen de ejecución separada de buques y aeronaves–; ni la unidad legislativa en relación a las garantías reales, no obstante las progresivas revisiones en la tramitación parlamentaria para reconducirlas a un régimen más ajustado a la nueva regulación; o las excepciones previstas para los procedimientos administrativos.
- ¹³ Esta indiferencia de la condición profesional y, sobre todo, empresarial del deudor común no es un dogma indiscutible. No sólo subsiste en otras legislaciones europeas, sino que incluso se mantiene y se consolida en los procesos de reforma igualmente abiertos en ellos. Para el caso italiano *vid.* Aa.Vv. *Nuove regole per le crisi d'impresa*. Milano. 2001. El profesor A. ROJO aventura que esta dualidad procedimental no es más que la consecuencia de un entendimiento estrecho del «presupuesto objetivo» del concurso, lo que no parecería suceder ya, a diferencia del Proyecto, con la versión definitiva de la LC. Cfr. *op. cit.* p. 95, nota 16.
- ¹⁴ Vid. para este enigmático, pero oportuno, planteamiento A. ROJO. *op. cit.* p. 94.
- ¹⁵ El resultado ha sido la superación del entendimiento de la pieza de calificación concursal como una condición de procedibilidad penal, al tiempo que se evita la incidencia del eventual proceso criminal en el juicio universal de concurso, con el consiguiente efecto de agilización del mismo y reducción de costes. Vid. J.A. GARCÍA-CRUCES. «El problema de la represión de la conducta del deudor». En Aa.Vv. *La reforma de la legislación concursal. op. cit.* págs. 248 y sgs.
- ¹⁶ Para la crítica por defecto o abstencionismo cfr: B. RÍOS. *op. cit.* p. 356-357. La Ley francesa de 1998 –hoy art. 620-1 Code de Commerce– recoge expresamente la finalidad de «salvaguarda de la empresa». En Italia se sigue recogiendo un procedimiento específico para la intervención en empresas en crisis, buscando la «finalidad conservativa del patrimonio productivo» –Decreto Legislativo 270/1999, sobre «Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza»–. La Ley Alemana de Insolvencia, de tanta influencia en la LC, habla igualmente de la «conservación de la empresa». Para la crítica por falta de rigor o por contradicción cfr: A. ROJO. *op. cit.* págs. 102 y sgs., quien explica esta situación por la influencia de dos textos prelegislativos muy diferentes, el de 1983 y el de 1995.
- ¹⁷ Así, la conversión de procedimientos ha estado prevista en el derecho hoy vigente pero ya en vía de derogación, como prueba la denominada «quiebra consecutiva» prevista en la LSP –arts. 10.1 y 17.4–. Para un planteamiento clásico de la dicotomía J. BISBAL. *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*. Bolonia. 1986.
- ¹⁸ La eliminación de la exigencia del carácter «nacional» del ámbito de incidencia de la crisis de empresa reduce la eventual discriminación entre «deudores», por atención a su dimensión y ámbito territorial, mientras que el carácter preceptivo –aunque no vinculante– de un Informe de la Administración económica competente, ayuda al Juez para definir criterios que, de otro modo, no serían fácilmente determinables por el Juez. Para estas críticas *vid.* A. ROJO. *op. cit.* p. 127. El Informe aprobado por el CGPJ (6-11-2001) rechaza el principio de libertad de contenidos, aunque solicitaba la superación de la rigidez de los convenios de quita y espera. Del mismo modo, el Dictamen del CES, aun aceptando la falta de reconocimiento del principio liberal, recomendaba la supresión de ciertos límites. Algunas críticas han sido recogidas por la LC.
- ¹⁹ Con claro tono de lamento *vid.* A. ROJO. *op. cit.* págs. 92 y sgs.
- ²⁰ Ej. fijación de los criterios de competencia territorial en atención a la ubicación del centro de los intereses principales del deudor, en preferencia al domicilio; ampliación del expediente de calificación a otros sujetos distintos del deudor, incluyendo representantes legales –también «de hecho»– y cómplices; el tratamiento –en buena medida privilegiado– dado a las acciones de ejecución de garantías reales y a las de recuperación de bienes muebles vendidos a plazo y a los cedidos en arrendamiento financiero, siempre que estén inscritos. En este último caso, se habría procurado conciliar tanto la protección de la confianza del mercado de crédito, «muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor», como la viabilidad de las «soluciones beneficiosas para los intereses de concurso» (EM, punto VI).
- ²¹ Otros preceptos son el artículo 3.5 (legitimación del acreedor instantáneo para solicitar el concurso de todo un grupo con unidad de decisión), artículo 25.1 (acumulación de concursos de la sociedad dominante del grupo y de los de sociedades de su grupo ya declarados), o el artículo 101.2 (excepción a la prohibición de propuestas de convenios condicionadas) LC.
- ²² Sobre la importancia –y costes– del tiempo en el procedimiento concursal E. BELTRÁN. «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico». Aa.Vv. *La reforma ...op. cit.* págs. 324-329.

- ²³ En este sentido, la crítica que se hace al trámite de solicitud de concurso necesario –por los riesgos de maniobras dilatorias y fraudulentas; o por los riesgos de deterioro del menguado pero existente patrimonio del deudor insolvente–, tal y como se regula en el PLC, debe mantener su vigencia ante el sustancialmente inmodificado régimen de la LC: ni se han reducido los plazos ni se ha modificado el sistema de incidente declarativo *audita parte debitoris*. La LC no contempla la posibilidad de que la declaración judicial se produzca *inaudita parte debitoris*», pese a la legitimidad de tal posibilidad (AATCo. 18-12-1985 y 21-7-1989). *Vid. A.ROJO. op. cit. p.100*. Claro ejemplo de la dimensión procesalista de esta Ley.
- ²⁴ Primera. Reforma del Código Civil
 Segunda. Reforma del Código de Comercio
 Tercera. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil
 Cuarta. Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
 Quinta. Derecho Procesal Supletorio
 Sexta. Funciones de los secretarios judiciales
 Séptima. Reforma de la Ley Hipotecaria
 Octava. Reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
 Novena. Reforma de la Ley de Hipoteca Naval
 Décima. Reforma de la Ley General Presupuestaria
 Undécima. Reforma de la Ley General Tributaria
 Duodécima. Reforma de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
 Decimotercera. Reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
 Decimocuarta. Reforma del Estatuto de los Trabajadores
 Decimoquinta. Reforma de la Ley de Procedimiento Laboral
 Decimosexta. Reforma de la Ley General de la Seguridad Social
 Decimoséptima. Reforma de la Ley Cambiaria y del Cheque
 Decimoctava. Reforma de la Ley del Mercado de Valores
 Decimonovena. Reforma de la Ley del Mercado Hipotecario y de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero
 Vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas
 Vigésima primera. Reforma de la LSRL
 Vigésima segunda. Reforma de la Ley de Cooperativas
 Vigésima tercera. Reforma de la Ley de Sociedades de Garantía
 Vigésima cuarta. Reforma de la Ley de entidades de capital riesgo
 Vigésima quinta. Reforma de la Ley de agrupaciones de interés económico
 Vigésima sexta. Reforma del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros
 Vigésima séptima. Reforma de la LOSSP
 Vigésima octava. Reforma de la Ley de Contrato de Seguro
 Vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia
 Trigésima. Reforma de la Ley de Navegación Aérea
 Trigésima primera. Reforma de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios
 Trigésima segunda. Título Competencial
 Trigésima tercera. Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos
 Trigésima cuarta. Arancel de retribuciones
 Trigésima quinta. Entrada en vigor
- ²⁵ *Vid. de nuevo A.ROJO. op. cit. págs.104 y sgs.* Sin duda, algunas de estas deficiencias se han subsanado en el proceso de revisión parlamentaria, pero otras permanecen, por lo que queda por delante un importantísimo trabajo doctrinal y jurisprudencial de depuración.
- ²⁶ «Ni la tesis de la insolvencia o del *desbalance*, que considera como único presupuesto... la insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer sus obligaciones, ni la tesis del *sobreseimiento general* en el cumplimiento de las obligaciones, que atiende únicamente al «hecho externo» de que el deudor no haga frente puntual a las obligaciones contraídas ... pueden resolver el problema, porque ... sólo permiten la apertura del procedimiento concursal cuando la situación es absolutamente desesperada, siendo demasiado frecuentes los casos en los que no existe masa activa ... que repartir». *Vid. A. ROJO. op. cit. p. 114.*
- ²⁷ *Vid. A.ROJO. op. cit. p. 113.* Como este autor subraya, si se hubiera mantenido «la solución que figura en el Proyecto de Ley, los concursos necesarios serían altamente excepcionales, y, además, en la mayor parte de los casos, se trataría de concursos que habría de clausurar por falta de masa activa». Aunque los cambios introducidos no son de gran relevancia formal, entendemos que sí puede –y debe– determinar una práctica aplicativa más amplia, conforme a los fines perseguidos por la reforma.

- 28 No por frecuente justificada, como entiende la STS 22-4-1994, en relación a las soluciones adoptadas por los Administradores que, en vez de acudir a la disolución de las sociedades en los términos de la legislación societaria, conducen «a los acreedores de una sociedad... en trance económico grave, ya sean ignorantes de la situación, remisos o renuentes, a renegociar la cuantía de su crédito o sus condiciones de pago ante una situación de hechos consumados, al margen de las previsiones legales que en garantía de la *pars conditio creditorum* y del orden legal de la prelación de créditos y del respeto a los privilegios de cada uno, según su especie...». De ahí la amplitud de la secuencia de reformas legislativas que, a través de las DD.FF., contiene la nueva LC en esta materia, convirtiendo la disolución societaria en marginal o residual *Vid.* B.A. GONZALEZ. «En torno al cumplimiento alternativo de los administradores sociales: el concurso preventivo». *La Ley*, 5875, 21-10-2003.
- 29 Recomendación 17 del Proyecto de Guía Legislativa sobre Régimen de la Insolvencia de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional, 19-3-2002.
- 30 Nada que ver, pues, con el modelo francés, único que desde hace décadas se ha comprometido seriamente con la construcción del denominado «Derecho de las empresas en dificultad», en que el Derecho Concursal ocupa puesto de privilegio, pero no excluyente.
- 31 *Vid.* A. ROJO. *op. cit.* págs. 118 y sgs.
- 32 J.I. TIRADO. «La sindicatura concursal». Aa.Vv. (dir.: A.Rojo). *op. cit.* págs. 151 y sgs.
- 33 Como se ha observado, en última instancia la LC persigue –otra cosa es que consiga– «un retorno a la concepción originaria de la quiebra, que buscaba repartir las pérdidas provocadas por la insolvencia del deudor entre un número elevado de acreedores ordinarios, minimizando así el daño causado a cada uno de ellos». *Cfr.* J.M. GARRIDO. «La graduación de créditos». Aa.Vv. (dir.: A. ROJO). *op. cit.* p. 228.
- 34 Ampliamente J.M.GARRIDO. *op. cit.* p. 228. También C. ALONSO. «La clasificación de créditos en el concurso». Aa.Vv. *Estudios sobre el Anteproyecto... op. cit.* págs. 177 y sgs.
- 35 *Cfr.* N. BERMEJO. *Créditos y quiebra*. Madrid. 2002. págs. 266 y sgs.
- 36 Ej. privación del derecho de voto a los acreedores que hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* después de la declaración del concurso ex art. 122.1.2.º LC; posibilidad de una condena a la cobertura del pasivo, a los administradores, de derecho o de hecho, y liquidadores de la sociedad insolvente, como sucede con la calificación del concurso como culpable, pero ampliando los supuestos actuales. *Cfr.* A. ROJO. *op. cit.* p. 129.
- 37 En relación a la exigencia del Plan de Viabilidad o Saneamiento, y aunque varía de unos casos a otros, conviene apreciar la relación de instrumentalidad entre crédito excepcional y plan de saneamiento, de modo que la aceptación de éste es condición de la concesión de aquél. Sin embargo aquí no se recoge ese compromiso del Erario Público sino entre sujetos privados: acreedores, accionistas y trabajadores.
- 38 Para una sugerente revisión de estos planteamientos M.T. ALAMEDA. *Conservación de Empresas en Crisis y Contrato de Trabajo. Aranzadi*. 2002; *Íd. Extinción del Contrato de Trabajo e Insolvencia Empresarial*. CES. 2001.
- 39 Un intento de *armonización* razonablemente correcta entre intereses aparece en diferentes normas reglamentarias que concretan o articulan el derecho a prestaciones a cargo del FOGASA. Así, las normas jurídico-laborales, como las relativas al reconocimiento de la responsabilidad del FOGASA respecto de créditos garantizados con su protección en supuestos concursales, o las que permiten alcanzar Acuerdos de Devolución que conjuguen la eficacia de la acción subrogatoria con las exigencias de continuidad empresarial y salvaguarda del empleo (art. 32 RD), o normas de ejecución laboral, como la del art. 250 LPL –prolonga las competencias reconocidas en el Estatuto a los representantes de los trabajadores en el procedimiento de ejecución– o del art. 243 LPL –permite aplazar la ejecución si la misma pone en peligro la continuidad de la empresa y por tanto del empleo–, sirven de cauce para el logro de objetivos de comunicación entre los procesos concursales y los singulares que no están previstos en las normas que los regulan, creando pasarelas entre el Derecho Laboral de Empresas en dificultad y el Derecho Mercantil del Concurso de Acreedores. Es una forma atípica pero eficaz. En el mismo sentido el artículo 275 LPL relativo a la denominada declaración de «insolvencia ficta» –impropiamente llamada también «insolvencia técnica»– a cargo del FOGASA para facilitar el acceso a las prestaciones del FOGASA –presupone que la empresa ejecutada no es insolvente–. Estaríamos así ante diversos ejemplos de un renovado enfoque del Derecho Concursal «clásico» que se redefiniría como Derecho de las Empresas en Dificultad.
- 40 Estamos ante una nueva versión del conflicto entre el salario y el beneficio empresarial que ahora asume la tensión entre el interés de los trabajadores y el interés de los acreedores, que sustituyen el interés del capital. Vimos cómo para la LC conservar la empresa no aparece como principio, no es un fin asumible en sí mismo por el Derecho Concursal, sino que en todo caso aparecerá, si así lo estiman los acreedores a través del correspondiente *convenio de continuación*. El fin del procedimiento concursal será uno y el mismo en todas las ocasiones, *satisfacer el interés de los acreedores*, si bien el medio o instrumento para alcanzarlo puede variar en cada caso –flexibilidad de medios–. El Estado dispone la *reglamentación heterónoma de un procedimiento de composición (concertada) de la pluralidad de intereses en conflicto*.

- ⁴¹ El ordenamiento francés incluye –integra– el interés de los trabajadores en todos los estadios del procedimiento, otorgándoles un estatuto en el curso del mismo que prevé un amplio sistema de información-consulta de los representantes de personal, hasta crear un órgano específico: el representante de los asalariados.
- ⁴² Las autoridades comunitarias llevan un cuarto de siglo prestando atención a los efectos jurídico-laborales derivados de los procesos de reestructuración e insolvencia empresarial. La «trilogía» de normas comunitarias se integra: Directiva 80/987, 20.10, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador, modificada por la Directiva 87/164/CE, 2.3; Directiva 75/129/CE, sobre despidos colectivos, reformada por las Directivas 92/56/CEE, 25.6 y 98/59, 29.7; Directiva 77/187/CEE, relativa a la transmisión de empresa, modificada por las Directivas 98/50/CE, 29.6, y 2001/23/CE, 12.3. La evolución del Derecho Comunitario ha ido hacia la *procedimentalización colectiva de las decisiones* de esta naturaleza, *incluso* ligadas a decisiones judiciales concursales que implicaban la no continuidad de la unidad productiva en crisis –inclusiones parciales y «constitutivas»–. En este sentido, la Directiva 98/50 –y la 2001/23– instaura un *régimen flexible y participativo* en las transmisiones de empresa ligadas a supuestos de insolvencia o grave crisis empresarial, posibilitando a los Estados miembros diferentes opciones para continuar con la empresa sin exigir un sistema de responsabilidades como el previsto con carácter general u ordinario en la norma (STJCE 12-12-1998, Asunto Sanders).
- ⁴³ Vid. A. MAISANO. «La tutela concursale dei creditori tra liquidazione e riassetto. Evoluzione e prospettive di riforma del diritto fallimentare». *QGC*. 1989. págs. 62 y sgs.
- ⁴⁴ Cfr. B. RÍOS. «El ALC y los trabajadores ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?». *RDS*. N. 14. 2001.
- ⁴⁵ El artículo 44.4 LC reconoce una «**excepción**» a esta regla general. Así, «el Juez, a solicitud de la administración concursal y **previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa**, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones..., así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial de ésta». Ahora bien, cuando «estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el Juez actuará conforme a lo establecido en los artículos 8.2 y 64».
- ⁴⁶ Aunque estos últimos no se recogen en el artículo 32 LET, no se ha considerado una mejora sino una regulación peyorativa, en cuanto supondría una aminoración de las preferencias concedidas a las prestaciones públicas de Seguridad Social ex artículo 121.2 LGSS. Cfr. R. SALMERÓN. *op. cit.* p. 385. Las modificaciones de la LGSS afectan a los artículos 22 –relación de créditos–, 24 (transacciones sobre derechos de SS); artículo 208.1.1 y 2.
- ⁴⁷ Cfr. R. SALMERÓN. *op. cit.* p. 386.
- ⁴⁸ Como se ha advertido oportunamente, «las dudas son abundantes y las novísimas reglas de la LC no ofrecen, ni sugieren siquiera, soluciones aceptables». B. RÍOS. «La Ley Concursal... *op. cit.* p. 372.
- ⁴⁹ Como el empresario, titular de la organización productiva que se ve intervenida por el procedimiento concursal, el responsable de la gestión del proceso buscará hacer frente a la situación utilizando los instrumentos que el marco normativo laboral ofrece: desde la búsqueda de la reducción de los costes laborales, por la vía de la modificación de las obligaciones económicas asumidas en convenios –cláusulas de descuelgue–, hasta la extinción de las relaciones laborales, pasando previamente por las soluciones modificativas, funcionales y locativas, y suspensivas de los contratos de trabajo.
- ⁵⁰ El artículo 3 del derogado, por D.D. LEC, Decreto-Ley, recogía la posible designación de un interventor por el grupo de empleados y trabajadores de la empresa embargada. El artículo 253 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 reconocía como miembros de la Comisión de Intervención para el control y vigilancia de la ejecución del plan de reorganización en la gestión controlada, además de los interventores designados en representación de cada uno de los grupos de acreedores existentes, a dos interventores designados entre los trabajadores fijos del concursado. El artículo 10 de la Ley n. 85-98, 25.1, relativa al salvamento y liquidación judiciales de empresas, establece la designación del denominado *representante de los trabajadores*. El Estatuto del representante de los asalariados es semejante al de los miembros de las instituciones representativas del personal.
- ⁵¹ Los trabajadores participan de ambos porque también tienen interés en cobrar sus créditos pendientes de pago: la liquidación es instrumental para el interés directo, percepción efectiva de lo que se les adeuda, de modo que el interés directo al empleo pasa necesariamente por el interés instrumental a la conservación de la organización. En un marco normativo e institucional en el que la desaparición del empleo en la empresa en crisis, a través de la liquidación concursal, aparece como la situación preferida, los trabajadores de la unidad empresarial, como grupo específico, arrostraba el problema desde la práctica ausencia de normas que contemplaran específicas vías de participación de aquéllos en los procedimientos concursales con vistas a la defensa de sus intereses. Como compensación de este *aislamiento* –consideración como acreedor indiferenciado– en los procesos generales de toma de decisiones relativos a la cesación o conservación de la empresa, contaba con su vía de «ejecución separada» (art. 32.5 LET). En cuanto acreedores privilegiados no estaban obligados a pasar por el convenio y no les afecta, por lo que no participarán normalmente en la discusión o aprobación del convenio de quiebra –*vid.* arts. 35 LET y 245 LPL–.

- ⁵² De ahí, el impulso a una suerte de «carrera por la anticipación» del procedimiento colectivo de reorganización empresarial en que se concreta el «expediente de regulación de empleo», que atiende al interés colectivo específico de los trabajadores, respecto del procedimiento colectivo concursal, que prescinde ampliamente del mismo. No cabe duda que las vías «externas» existen pero serán ampliamente ineficaces (STSJ Cataluña 10-1-2000). *Vid.* M.T.ALAMEDA. *Extinción... op. cit.*
- ⁵³ Especialmente relevante los compromisos alcanzados en el marco de los Grupos de Empresa –ej. Grupo Amper–.
- ⁵⁴ La formalización jurídica del mismo se ha encauzado, antes de la reforma, bien por la vía de un convenio prejudicial con los acreedores bien, si la situación de quiebra ya había sido declarada, por la vía de un *convenio concursal* judicialmente aprobado.
- ⁵⁵ Por todos, J.L.MONEREO. *Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal*. Comares.1999.
- ⁵⁶ En el Derecho francés esta específica tutela jurídico-normativa de los trabajadores en los procedimientos concursales cristaliza en una serie de instituciones singulares: el *derecho de alerta* de los representantes de los trabajadores en empresas críticas ante todo hecho revelador de la crisis –instrumento de gestión preventiva mediante su anticipación–; el *representante de los trabajadores asalariados* como personificación específica de los intereses de los acreedores salariales en los procedimientos colectivos; el *representante de personal* como interlocutor idóneo para expresar ante el Tribunal la opinión de los trabajadores.
- ⁵⁷ En la misma dirección se sitúa la normativa sobre Comités de Empresa Europeos y otras experiencias europeas apuntan en esta dirección, como la normativa italiana, que remite a la autonomía colectiva para la determinación y especificación de los efectos laborales de la transmisión de empresa –art. 471, n. 428/1990–. Para nuestro Derecho, al amparo de interpretaciones amplias de las normas estatutarias, y sin perjuicio de reconocer sus límites al mismo tiempo, se ha planteado razonablemente la posibilidad de ampliar en sede interpretativa las posibilidades de intervención de los representantes de los trabajadores en los procedimientos concursales. Así en virtud del artículo 51.10 LET o 65 LET. En relación al ALC de 12-12-1995 que sustituía el procedimiento de consulta-negociación por un simple derecho de audiencia ante el Juez del Concurso. La crítica para esta judicialización plena de las relaciones laborales en el marco de los procedimientos concursales –suspensión, extinción, moderación de indemnizaciones...–, como pérdida de espacios reguladores para el ordenamiento laboral a favor de «esquemas indiferenciados» del Derecho Concursal «clásico», *vid.* MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 173.