

HACIA LA DEFINITIVA Y COMPLETA MERCANTILIZACIÓN DE LAS CRISIS DE EMPRESA. NOTAS ACERCA DE LA REFORMA CONCURSAL

JAIME SEGALÉS

Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
E.U.R.L. Leioa (UPV/EHU)

ABSTRACT

La presente colaboración se ocupa de anticipar algunas cuestiones relativas al proyecto de Ley concursal, haciendo especial mención al desplazamiento que la misma va a producir sobre el conocido como Derecho del Trabajo de la crisis y en especial a los supuestos de extinción colectiva de los contratos de trabajo. La unificación sistemática que se propone para el tratamiento jurídico de los escenarios de concursalidad acaba con el privilegio de ejecución singular de que han venido disfrutando los trabajadores, obligando a estos a participar en el procedimiento universal determinado por la insolvencia o iliquidez del empresario. También el estudio da cuenta, de forma introductoria, de la incorporación de lógicas conservativas y no exclusivamente liquidatorias a los escenarios concursales, lo que representa una especie de comunicación de contenidos desde el modelo laboral de gestión de la crisis al modelo más tradicional, de filiación exclusivamente civil.

Aurkezpen honetan konkurtso legearen proiektuarekin loturik dauden zenbait alderdi aurreratzen dira. Bertan, batipat, lege honek krisiaren Laneko Eskubidea izenekoan eragingo dituen aldaketak azpimarratzen dira, eta bereziki lan kontratuak batera amaitzeko balizkoak. Lege honen helburua konkurtso egoeren tratamendu

juridikoa sistematikoki bateratzea da; honela, orain arte langileek gozatu duten banaka kontuan hartuak izateko pribilejioa desagertu egiten da eta, ondorioz, langile horiek enpresariaren kaudimen eta likidezia ezak baldintzatzen duen prozedura unibertsalean parte hartzea behartuta daude. Ikerketa honetan, gainera, konkurtso egoeretan likidaziorako bakarrik ez diren kontserbazio logikak aplikatzen direla ere aipatzen da sarrera moduan. Honi esker, krisia kudeatzeko ereduak eduki ezberdinek komunikatzea ahalbidetzen da, lan-eredutik hasi eta soilik filiazio zibilekoa den eredu tradizionalenera iritsi arte.

■ *This report gives us an idea of some of the issues related to the project on Concursal Law and deals, more specifically, not only with the change that the latter will bring about on the so called Working Right of the crisis, but also with the assumptions that working contracts might expire all at the same time. The systematic unification aimed at for dealing legally with the concursal situations puts an end to the privilege of one-by-one attention that employees have enjoyed for a long time. As a result, the latter are now pushed into that universal procedure that is determined by the businessman's insolvency and illiquidity. The project also makes a brief comment on the introduction, into the concursal situations, of conservation processes that are not exclusively liquidity processes; all this makes it possible to transmit the ideas that are contained in the different models created for solving the crisis, i.e., the work model as well as the civil model, this being the most traditional one.*

1. Introducción

La anunciada reforma concursal está llamada a constituirse en un objeto de preocupación en modo alguno residual para los iuslaboralistas, lo que rompería una inercia histórica caracterizada por un apreciable desinterés¹ de esta comunidad científica por cuestiones que tan directamente implican al sujeto prototípico del Derecho del Trabajo. Ciertamente que las normas ocupadas de regular la crisis definitiva en la empresa podían separarse nítidamente de acuerdo con su filiación mercantil (Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1.922 o Código de Comercio de 30 de mayo de 1.829) o laboral (en general, art. 51 ET y RD. 43/1.996 de 19 de enero), circunstancia que propiciaba enfoques autistas perfectamente justificados desde el propio método científico, aunque quizá al precio de disociar un fenómeno que es único y que, por lo tanto, precisa de un tratamiento integral.

Si por algo cabría clasificar el modelo para la gestión de la crisis de empresa era por su apertura a la intervención administrativa². El reconocimiento a la Administración de una cierta facultad arbitral en las situaciones concursales no tenía otro destino que el de suavizar el impacto³ que sobre los trabajadores y las cuentas públicas tenían las crisis de empresa⁴; si bien esta presencia pública ha quebrado la inercia lógica de los procedimientos concursales, cuyos primordiales objetivos pasan por satisfacer en la medida de lo posible el crédito de los acreedores a costa del patrimonio (y la actividad) del deudor y, más en general, por

¹ No tanto como absoluto, ya que se cuentan importantes contribuciones sobre todo implicadas con instituciones claramente iuslaborales como los privilegios de ejecución separada o los créditos preferentes, sin que resulte necesario adjuntar una relación de los mismos. Aportaciones que se hacen más escasas cuando de lo que se trata es de analizar el fenómeno concursal en un sentido más estricto, algo que a buen seguro paliará la nueva norma a causa de su marcada intención de dar respuesta a todos los intereses implicados por la crisis en la empresa.

² Configurando una normativa de las más restrictivas del entorno, según DURÉNDEZ SÁEZ, I., «El despido objetivo por crisis», de AA.VV. *Estudios sobre el despido*, Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, Madrid, 1995, p. 166.

³ Según indica VALDÉS DAL-RE, F., «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica», RL, 1994-I, p. 22, Las Administraciones se preocupan más de indemnizar que de analizar la racionalidad de las decisiones, desplegando una cierta «cultura indemnizatoria o asistencial» *ibidem*, p. 23.

⁴ Lo que enfrenta un *método de mercado* con un *método gubernativo*, tal y como anota ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, CES, Madrid, 2001, p. 35.

permitir la remoción de iniciativas empresariales tan frustradas como nocivas para la seguridad del tráfico mercantil, abundando en el ya clásico concepto de la *destrucción creativa*. Ahora bien, la intervención del poder público sobre ese escenario ha ido debilitándose de la mano de un discurso que denuncia su carácter de intruso en el problema. Sin duda resulta complicado defender una u otra postura sin recurrir a planteamientos metajurídicos, y por tanto no es esta una cuestión que nos haya de interesar aquí, dejando a cada cual con su opinión y reservando la propia para otros foros menos exigentes que los del discurso científico. Pero lo cierto es que el legislador, sensibilizado progresivamente por aquella crítica al modelo concursal, parece decidido a desplazar el centro de gravedad del problema hacia una consideración estrictamente mercantilista, tal y como demuestra esa anunciada reforma concursal⁵, en la que, además del tratamiento de esas cuestiones que tan poco nos han interesado a los laboristas, se concede un importante espacio a aspectos tradicionalmente abordados por normas estrictamente laborales. De entre ellas me propongo destacar el art. 63 del citado proyecto, que si bien no es más que una muestra del importante impacto que sobre el Derecho del Trabajo va a tener esta Ley, merece un trato singular por su influencia sobre ese modelo bipolar hasta ahora empleado para enfrentar las consecuencias sociales de la crisis en la empresa.

2. La crisis en la empresa. Precisiones conceptuales

La primera y principal consecuencia que determina el Proyecto de Ley Concursal (PLC) es la instalación de una norma de excepción sobre esa sección del Derecho del Trabajo que se ha denominado de la crisis, caracterizada por abrirse a la presencia de la Administración y, por tanto, orientada a la conservación de la empresa aún a costa, en su caso, de la destrucción de algunos puestos de trabajo. Hasta ese momento en el que el citado PLC entre en vigor, las situaciones de crisis en la empresa habrán de seguirse acometiendo desde diversos frentes en función de los sujetos afectados, y por lo que se refiere a los contratos laborales, desde los arts. 52 c) y 51 del ET. Con el actual régimen, la situación de crisis no se distingue en función de que la misma sea definitiva o transitoria, por mucho que las diferencias entre un escenario u otro decanten distintas terapias en relación con los contratos suscritos por la empresa.

A partir de la entrada en vigor del PLC, una crisis concursal decantará una triple consecuencia. En primer lugar, se producirá una acumulación de todos los procedimientos en una única sede jurisdiccional, el Juez de lo mercantil, que habrá de entender de todas las reclamaciones entabladas contra el deudor, paralizándose con

⁵ BOCCGG, 101-1, 23 de julio de 2002.

ello toda posibilidad de ejecución singular de créditos. En segundo lugar, se hace desaparecer a la Administración como instancia vigilante del proceso y se obliga a las representaciones obreras a enfrentarse con el Juez de lo mercantil⁶, quien será el encargado de tomar decisiones sobre la continuidad o extinción de los contratos. Y en tercer lugar, los márgenes para la adopción de decisiones sobre el patrimonio y actividad del deudor, ya sean conservativas o extintivas, se ensancharán en comparación con las referencias tenidas en cuenta por el ET.

Claro está, la normativa de excepción se somete a la declaración de una situación concursal, que si no se desencadena formalmente no alterará la inercia marcada por el ET para los escenarios de crisis. En efecto, la delimitación de cada una de aquellas situaciones no depende directamente de presupuestos objetivos, sino más bien de la promoción del expediente concursal, para el que, ciertamente, sí que se reclaman determinados requisitos a los que el PLC hace referencia en su art. 2. Por lo que no resultará extraño que situaciones en apariencia idénticas se aborden desde diferentes regulaciones, en función de que los legitimados para la promoción del concurso decidan desencadenarlo o no.

Al margen de esta importante matización, la incorporación de la normativa de excepción concursal habría de provocar un desplazamiento sobre el fundamento y causalidad de los expedientes de crisis laborales que regulan el art. 52 c) y 51 ET, en tanto en cuanto éstos ya no asisten a escenarios terminales sino a otras situaciones, posiblemente previas a aquéllos, y que, en teoría, habrían de dirigirse a evitar la crisis definitiva, ya se produzca ésta en forma de insolvencia definitiva o de simple iliquidez.

En efecto, si el legislador incorpora un trámite específico para enfrentar escenarios concursales sin derogar ni alterar los preceptos que desde el ET determinan los pasos que dar con relación a los contratos laborales suscritos por el deudor, resulta lógico que los requisitos exigidos para autorizar decisiones críticas en contextos no concursales se acaben moderando, precisamente de acuerdo con la vocación terapéutica que se ha venido imputando al Derecho del Trabajo de la crisis, teóricamente orientado a prevenir escenarios terminales como los que se reserva la normativa en ciernes. Por tanto, el conjunto de las posibilidades novatorias y extintivas que al empresario se reconocen desde el Derecho del Trabajo no necesariamente habrían de tener como antecedente un escenario de crisis con reflejos objetivos en las cuentas de la empresa, sino que la causalidad requerida debería moderarse para contemplar situaciones menos acuciantes, dejando espacio suficiente para la normativa de excepción, encargada de enfrentarse a escenarios de desbalance o de iliquidez crónica.

⁶ Lo que preserva el sistema de doble intervención a que se refirió VALDÉS DAL-RE, F, en op. Cit., «Intervención administrativa...», p. 21, si bien en este caso se sustituye a la Administración por el Juez de lo mercantil.

No obstante, el contenido de la presente colaboración se habrá de limitar a anticipar, con el PLC como referencia, algunos aspectos del régimen que se reserva para los contratos laborales suscritos entre el deudor concursal y los trabajadores afectados por el procedimiento, poniendo de manifiesto las principales características de este modelo de excepción, así como sus desviaciones sobre la referencia actual.

3. El art. 63 del PLC. La gestión de la crisis de empresa desde la jurisdicción mercantil

El art. 63 del PLC remata en poco más de tres párrafos una cuestión a la que la norma laboral dedica varios preceptos, entre ellos el extenso art. 51 ET. Aquel precepto del PLC concede al Juez la posibilidad de extinguir, modificar o suspender los contratos de trabajo suscritos con el concursado, siempre tras solicitud, que podrá ser instada tanto por el propio deudor o por la administración judicial⁷. La propia norma (63.1 PLC) excepciona expresamente la posibilidad de integrar las evidentes lagunas del precepto con apoyo en la legislación laboral. Ahora bien, el precepto exige que las decisiones que hayan de adoptarse se ajusten a una cierta causalidad y guarden proporcionalidad con el diagnóstico propuesto, sin perder de vista incluso la posibilidad de que los solicitantes propongan la continuación de la actividad⁸.

Esto es, el aceptar como hipótesis a las soluciones no extintivas, e incluso las que pasan por la continuidad de la explotación, impide asumir conclusiones simplistas destinadas a limitar en lo posible ese espacio en el que la nueva normativa concursal y el viejo art. 51 ET habrían de coincidir, y que tanto por razones de especialidad como de mera sucesión normativa corresponderá ocupar en exclusiva a la norma posterior. Descartando una de estas soluciones destinadas a moderar el impacto del PLC sobre el Derecho del Trabajo, no parece posible *reducir* el *efecto de desplazamiento* a ese apartado que el art. 51 ET dedica al cierre de la empresa tras decisión de los síndicos (51.10 ET), ya que las posibilidades que reconoce el art. 63 PLC contemplan soluciones menos traumáticas.

⁷ Compuesta, en condiciones normales, y a tenor del art. 26 del PLC, por un abogado con experiencia profesional de, al menos, 10 años de ejercicio efectivo, un auditor de cuentas —o economista o profesor mercantil colegiado— con una experiencia profesional de, al menos, 10 años de ejercicio efectivo y un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado.

⁸ «La solicitud dirigida al juez del concurso deberá exponer las causas motivadoras de la medida y las posibilidades de evitar o reducir sus efectos, atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y, en su caso, asegurar la viabilidad futura de la actividad del concursado y del empleo en la misma» (Art. 63.1 in fine PLC).

Por ello, dada una situación crítica cualquiera, la promoción del expediente concursal forzará la aplicación de la normativa de excepción que contempla el PLC, mientras que de no darse el caso, el problema habrá de reorientarse hacia la normativa laboral ordinaria. Ciertamente, la implantación de dos cauces para atender situaciones que se diferencian en un plano meramente adjetivo habrá de tener algún tipo de trascendencia, ya que, de lo contrario, no se comprende la decisión del legislador. Este diseño sugiere al observador el preguntarse si la oportunidad de promover el expediente concursal en supuestos de crisis no definitiva habría de suponer para el concursado algún tipo de ventaja comparativa con relación al régimen ordinario; pero por otra parte, esta conclusión parece desmentirse cuando se comprueba cómo, tanto en un caso como en otro, quien haya de controlar las decisiones novatorias o extintivas habrá de tener en cuenta alternativas menos dramáticas y, en todo caso, la racionalidad de las medidas⁹. Si las referencias que deberán manejarse por el Juez del concurso o, en su caso, por la Administración Laboral¹⁰ o el de lo Social resultan pretendidamente paralelas, no parece haber espacio para tratamientos diferenciales.

Reside ahí uno de los mayores problemas que anticipa esta norma concursal. Esto es, el de precisar si el entendimiento que de los requisitos causales consolide esa naciente jurisdicción mercantil habrá de ser distinto de los que manejaría en escenario no concursal la autoridad competente, sea ésta el Juez de lo Social o la Administración, ya se trate de suspensiones, modificaciones o decisiones extintivas. Ciertamente, la solución parece reclamarla la lógica, ya que, a no ser que se pretenda estimular a los comerciantes a promover expedientes concursales, animados por la circunstancia de que en tal caso sus propuestas novatorias o extintivas tendrán una mayor posibilidad de prosperar, lo razonable es responder que tanto jurisdicción mercantil, como Administración, como la propia jurisdicción social, deberían compartir idénticos puntos de vista ante supuestos similares, en los que la única diferencia radica en la decisión de formalizar un escenario concursal y no tanto en la manifestación de supuestos distintos y, como tales, destinatarios de diferente trato.

A este punto no cabe olvidar que el contexto que tradicionalmente ha inspirado al escenario concursal, dada su vocación universalista, ha sido el de satisfacer el crédito de todos los acreedores en la medida de las posibilidades del fallido. Y por mucho que el PLC se abra a soluciones conservativas en perjuicio de las inercias liquidatorias, no cabe esperar que las fuerzas motrices del expediente concursal aboguen en todo caso por la continuidad de la explotación, tal y como

⁹ Sobre estas cuestiones, ver el reciente trabajo de ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *AL* n.º 32, 2002, pp. 679-682.

¹⁰ Como ha indicado LUQUE PARRA, M., «El control judicial del despido colectivo: una fragmentación discutible», de AA.VV. *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, *Ibidem*, Madrid, 1998, p. 40, la intervención de la administración en los despidos económicos ha proporcionado elementos de referencia útiles a los jueces.

sucede con el expediente de crisis tutelado por la Administración. No obstante este dato, sí que cabe proponer alguna fórmula de coexistencia e incluso de coordinación entre el PLC y el expediente de crisis laboral, si bien hecha con ciertas reservas. El art. 63 PLC, cuando excepciona la aplicación de la normativa laboral, reduce expresamente los efectos de tal rechazo a los *trámites establecidos al efecto en la legislación laboral* (apartado 1), sin que tal acotamiento hubiere de afectar a la causalidad que reclama cada una de aquellas decisiones. Ello no impide que el PLC aporte su propia contribución al problema de la causalidad y proporcionalidad de las decisiones críticas, cuando exige a la solicitud desenca-denante el exponer sus motivos y analizar alternativas menos traumáticas.

La fórmula presenta similitudes con las empleadas por el ET, pero los términos de comparación precisos para evaluar el coste de oportunidad pueden resultar divergentes. En efecto, a primera vista, el citado art. 63 PLC conserva cierta identidad con los arts. 41.4 y 51.4 del ET, alusivos al contenido de las consultas que la empresa habrá de mantener con las representaciones de los trabajadores en los escenarios extintivos o novatorios, sin embargo, la obligación de adoptar una decisión bajo la condición de contemplar alternativas menos traumáticas se hace depender de un objetivo final predefinido. Esto es, la opción conservativa o liquidatoria es la que mediatiza de plano las decisiones en el periodo de consultas y la que, en definitiva, habrá de acompañarse de medidas paliativas o proporcionadas. Si el objetivo final es el de evitar la liquidación, cualquier porcentaje de posibilidades pequeño —aunque razonable— de mantener vivo el negocio podría decantar soluciones conservativas y, por el contrario, si de lo que se trata es de proteger el crédito de los acreedores, el más mínimo riesgo de descapitalización habría de llevar a la liquidación de la empresa, salvando en lo posible el derecho de aquéllos a mantener su derecho. En ambos casos, quien adopta la medida puede tomar precauciones en aras a asegurar una gestión socialmente responsable de la crisis, en la que las opciones liquidatorias no tienen por qué ser menos favorables para el interés del trabajador que las conservativas, si es que las primeras se acompañan, además de las correspondientes indemnizaciones, de un plan de acompañamiento de suficiente entidad; resultado éste claramente preferible al mantenimiento artificial de una iniciativa que, poco después, acabará por fracasar sin posibilidad de indemnización —a salvo de la intervención del Estado— ni de plan social.

Los encargados de administrar el concurso han de tener claro, en la medida de lo posible, qué es lo que quieren conseguir, si la liquidación y posterior satisfacción aproximada de los créditos concurrentes o, por el contrario, la continuidad de la empresa. Una vez tomada esta decisión, algo que no depende de otra cosa que de factores sometidos al análisis estratégico y en modo alguno condicionables desde el derecho, la norma puede plantearse, como así hace, el exigir moderación, responsabilidad o proporcionalidad; pero tales aditivos no pueden condicionar la decisión de fondo. Asimismo, cualquiera de las opciones entraña un riesgo, en el primer caso el haber cerrado una empresa refloatable y, en el segundo, siempre que

la opción conservativa se revelare errónea, el de haber frustrado las posibilidades de compensar siquiera parcialmente a los afectados. La diferencia entre ambos casos favorece la adopción del primer riesgo, ya que la liquidación de la empresa evitará conocer a ciencia cierta qué habría sucedido si aquella era conservada, más allá de especulaciones más o menos fundadas. Por el contrario, el mantenimiento de una empresa que más tarde acabará por fracasar permite a los acreedores comparar su situación en los dos momentos, antes de la decisión conservativa y después, tras el fracaso de aquella. Esta circunstancia no invita a pensar que quien administre la decisión tenga mucho interés por las opciones conservativas. En fin, el que tanto PLC como ET presenten una cierta identidad al basarse en referencias como la de atenuar los efectos de la crisis, así como no descartar la continuidad del negocio, no lleva a ningún tipo de orientación definida en quienes han de administrar el momento concursal a la hora de tomar la decisión principal.

Por contraste con estas consideraciones, no cabe duda que el modelo administrativo de gestión de la crisis de empresa asume como misión principal la de intentar evitar el resultado liquidatorio. La Administración laboral tiene un cierto interés en protegerse de las consecuencias del cierre de la empresa, aun y en el caso de que contra la misma ostente créditos y, por otro lado, en nada se ha de preocupar del interés de terceros acreedores, cuya protección, en su caso, es asumida por la norma concursal bajo la fórmula del concurso necesario. Bajo esta perspectiva, tanto el art. 51 ET como el resto de los preceptos que la norma laboral dedica a los supuestos de crisis se caracterizan en oposición a las reglas concursales, dado que los primeros se dedican a proteger un colectivo de acreedores concreto, mientras que la ley concursal se habría de encargar de todos ellos.

La orientación de la norma laboral se encomienda a garantizar la continuación de la empresa y de ahí que favorezca la extensión en el tiempo del expediente¹¹, así como su posterior judicialización, tras completarse su tramitación administrativa. El PLC no amplía la duración del expediente de crisis concursal¹² y asimismo evita la doble jurisdicción, al escenificarlo en el propio proceso concursal y no en un trámite ajeno, que posteriormente integrar en el conjunto de las actuaciones. Las prisas del PLC hacen pensar en su interés por asegurar cuanto antes la recuperación del crédito por parte de los acreedores. Asimismo, no puede despreciarse la posibilidad de que un expediente concursal haya sido precedido de intentos de reconversión ajustados al ET y sometidos a su peculiar lógica conservativa. Tras el fracaso de los mismos, no parece lógico que el proceso concursal acabe sustentándose en los mismos puntos de apoyo que anteriormente hubiere manejado la Administración a la hora de aprobar la regulación de empleo.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, Madrid, 1994, p. 76.

¹² Empleando para su art. 63.2 la referencia contenida en el art. 51.4 ET.

4. La posición de las representaciones obreras ante la promoción del trámite concursal

Al margen de las anteriores consideraciones y a pesar de que el planteamiento del escenario concursal exija ciertos presupuestos objetivos, su promoción depende en definitiva de la actividad de los sujetos interesados. La concursalidad como escenario anómalo en el tráfico económico no propicia de suyo el expediente si nadie lo desencadena. Ciertamente es que la normativa pretende estimular la formalización de aquél al imponer peores condiciones al fallido necesario que al voluntario, pero también lo es que, en determinados casos, ciertos factores pueden dificultar la formalización del expediente al disuadir a los acreedores legitimados para su promoción. En efecto, el propio fallido puede configurar una aparente *comunidad de intereses* con algunos de sus principales acreedores, cuyo resultado sea el de propiciar la continuación de la actividad, aún a pesar de que ésta se desarrolle en condiciones que dificulten el cumplimiento correcto y puntual de las obligaciones concertadas.

Las líneas maestras del expediente concursal que regula el PLC dependen de ese tradicional diseño que ha distinguido entre el concurso voluntario, desencadenado por el fallido una vez que se detecta una situación de insolvencia o iliquidez, y el necesario, en el que la iniciativa corresponde a los acreedores (arts. 4 y 6 PLC). En buena lógica, la amenaza de someterse a una intervención (art. 39 PLC), a lo que pudiera añadirse finalmente la fatal consecuencia de que la deuda fuera imputada no únicamente al haber de la sociedad sino incluso al patrimonio personal de sus rectores (arts. 164, 165 y 172 PLC), habría de compeler a éstos a proponer el expediente antes de que esta iniciativa fuera desencadenada por sus antagonistas. Sin embargo, y como se ha adelantado, ciertas inercias han ido decantando un panorama distinto, caracterizado por hacer extraña la formalización de los escenarios concursales, al menos por lo que se refiere a iniciativas empresariales de pequeña entidad, cuya extinción se produce de forma informal sin garantías de ningún tipo para los acreedores afectados.

Se ha atribuido tal efecto a las dificultades que el manejo de la normativa concursal ha representado para el pequeño operador. Asimismo, muchos escenarios de crisis, objetivamente capaces de propiciar el expediente concursal han sido amortiguados haciendo presión sobre acreedores escasamente motivados para desencadenar la promoción del concurso, satisfaciendo cumplidamente, por el contrario, los créditos de quienes pudieran resultar más proclives a su inicio. Estas estrategias dilatorias propiciaban una descapitalización progresiva del negocio y de su mano reducían las posibilidades de recuperación de aquél, a lo que se añadía, en no pocos casos, el dispendio de importantes recursos públicos, ya tuvieran forma de aplazamientos o incluso de transferencias directas, cuando por tales deben considerarse las prestaciones por desempleo en supuestos de suspensión del contrato por causas económicas. Al fin y al cabo, esas prestaciones no sir-

ven para otra cosa que para configurar una fórmula de corresponsabilidad parcial del empresario y la Administración con relación a la empresa en crisis.

Además, la conjunción de intereses estratégicos aparentemente dispuesta entre empresa y Administración no se articula en torno a un fin compartido ya que cada uno de los dos polos presenta diferentes puntos de vista ante la crisis. La conservación artificial de un negocio seleccionado por el mercado para su desaparición no pasa de ser, en la mayoría de los casos, una decisión especulativa del empresario, que insiste en el desarrollo de su proyecto beneficiado por factores como el temor de la Administración a tener que afrontar un incremento en las listas del desempleo, así como otros que se añaden a aquél, propiciados por iniciativas públicas de desarrollo, promoción o regeneración. A lo largo de estos periodos terminales, los acreedores más agresivos imponen condiciones extraordinarias que dificultan la recuperación, conscientes quizá de que la misma no llegará pese al aparente término extendido que la empresa parece concederse a sí misma. Las facilidades crediticias así como los medios de pago que emplear en las relaciones con estos acreedores naturalmente privilegiados se limitan hasta un punto de ebullición que llega cuando estos últimos proponen sustituir las garantías sostenidas en el patrimonio de la empresa por avales personales que impliquen a sus rectores. La capacidad del futuro fallido para conseguir que esta propuesta sea soportada por la Administración o los trabajadores facilitará una nueva fase en la crisis, a la que no todos llegan, y cuyo desenlace no suele depender de esos periodos extendidos sino, más bien, de decisiones estratégicas ya imposibles de tomar.

En efecto, el empresario fallido asume el momento crítico con la mirada puesta en su capacidad para mantener a salvo su patrimonio, considerada esta referencia como la que en ningún caso habría de superarse. La posición de las representaciones obreras, así como la de la Administración, a pesar de esta aparente convergencia conservativa, difiere sustancialmente de la del empresario, en tanto en cuanto su objetivo no se orienta a asegurar la continuidad a la vez que la intangibilidad del patrimonio personal del aquél. Esta obviedad, no obstante, pretende poner de manifiesto que la convergencia estratégica de objetivos no revela una identidad de intereses, cosa no menos obvia si se repara en que, en definitiva, el empresario en crisis no deja de ser un moroso para el trabajador, tanto como para el resto de acreedores interesados en el proceso. La continuidad de la empresa, en definitiva y, más en concreto, su recuperación en condiciones de seguir operando en el mercado sí que facilita la consecución de los objetivos concurrentes tanto del empresario como de aquellos sobre los que repercute su actividad; sin embargo, el mantenimiento de aquélla en condiciones de excepción genera, además de daños colaterales de importancia sobre el mercado bajo la lógica de la libre competencia, un distanciamiento en los intereses últimos de los sujetos implicados en el proceso, que no son tres (empresario, trabajadores y acreedores) sino únicamente dos (fallido y acreedores).

No cabe deducirse de lo anterior que el mantenimiento de la empresa en crisis asegure la percepción de beneficios de explotación directos para el empresario, ya que, evidentemente, la situación no va a permitir semejante resultado; a pesar de ello, aquél bien puede conformarse con procurar una expectativa de reactivación de su proyecto. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la continuación en estas condiciones, además de generar esos daños colaterales a los que se ha hecho ya referencia, no propician otra cosa que una descapitalización progresiva de la empresa, a la vez que pone el juego su potencial recuperación, imposibilitando una compensación razonable de los créditos pendientes, algo que, en definitiva, sufre el trabajador, tanto el directamente implicado como el contribuyente.

En fin, la escasa utilización del procedimiento concursal muchas veces puede imputarse a estrategias orientadas a hacer descansar sobre un acreedor poco interesado en la promoción del expediente los peores efectos de la crisis. El problema radica en contemplar si las perspectivas de quienes representan los intereses de los trabajadores se orientan a una lógica conservativa en términos absolutos o, por el contrario, aceptan considerar el fenómeno de la crisis como una manifestación ordinaria dentro del contexto marcado por la economía de mercado, que coloca a cada iniciativa en su sitio en función de la demanda.

Parece poco probable, por todas estas consideraciones, que las representaciones de los trabajadores se planteen la posibilidad de asumir eventualmente la posición de acreedor-promotor del concurso, máxime cuando incluso determinadas normas que acompañan de facto a esta reforma¹³ exigen de determinadas obligaciones al empresario gracias al contexto concursal. No obstante, ello no impide a aquéllas el plantearse el empleo de todos los recursos que la norma laboral les proporciona para asegurar una gestión anticipada de la crisis —de la mano de preceptos como el art. 51.9 ET— cuando el contexto aún no fuerza la presencia obligada del conjunto de los acreedores, escenario éste en el que las tradicionales contemplaciones que la norma laboral dispensaba al trabajador —en el plano procesal y sustantivo— decaen.

5. La intervención del Juez en el proceso de extinción del art. 63 PLC

Ya sobre el texto del PLC y, en concreto, de los apartados 2 y 3 del art. 63 PLC, surgen ciertas dudas en relación con el procedimiento adecuado para resolver, en su caso, los contratos de los trabajadores adscritos a la empresa en crisis. La primera de ellas cabe atribuirla al peso específico que haya de tener el expediente previo que celebrar entre la administración judicial y trabajadores a la hora de que el Juez tome su decisión. Según el PLC, una vez celebrado el periodo de consultas, el Juez, a la

¹³ Art. 51.15 ET.

vista de su resultado, resolverá lo que proceda (art. 63.3 PLC). Este régimen se plantea de forma diferente al que podríamos considerar como su antecedente más inmediato, regulado en el art. 51 ET, primordialmente en sus subepígrafes 5.º y 6.º.

El ET, por contraste con el PLC, prevé tanto el desacuerdo como el acuerdo, aunque ello no lleve a negar toda la libertad al órgano administrativo a la hora de decidir. Ni el acuerdo propicia la extinción si aquél resulta viciado o fraudulento, ni el desacuerdo el mantenimiento del *statu quo*, silencio positivo incluido. El PLC, por el contrario, y como se ha visto, encomienda al Juez la obligación de contemplar previamente el periodo de consultas, sin precisar en qué medida habría de condicionarle su resultado, aunque resulta difícil no interpretar este precepto de la mano de la referencia homóloga que proporciona el art. 51 ET.

Parece complicado sostener, tanto a la vista del régimen estatutario como de la mano de otros indicios que brinda el mismo PLC, que el Juez haya de condicionar absolutamente su decisión al contenido del acuerdo. No obstante, existirían ciertas dudas cuando el procedimiento concluye con un acuerdo entre la administración judicial y los trabajadores¹⁴ que contemple soluciones intermedias —ya basadas en la continuación del negocio, o, como mucho, en extinciones sobrevaloradas—; en tales casos podría dudarse si el Juez estaría o no obligado a sellar tal pacto. La duda se propicia al no considerar el texto del PLC la posibilidad de una resolución judicial frente al acuerdo, tal y como hace expresamente el art. 51.5 ET. Ahora bien, este precepto establece como posibles elementos para justificar una resolución discordante la existencia de fraudes o vicios en el consentimiento, límites que operan con carácter general sobre cualquier contratante, por lo que deben sobreentenderse y no precisan ser citados expresamente por el PLC. Sin embargo, algunos elementos materiales pueden llevar a que, de hecho, la resolución judicial acabe por decantarse en función del acuerdo adoptado por los implicados en el citado art. 63 PLC.

En efecto, la decisión de la administración judicial que se dirige a alcanzar un acuerdo con las representaciones obreras puede someterse a controles de oportunidad y de legalidad, los que, a su vez, habrán de contrastarse por el Juez en el momento de tomar su decisión final. Por lo que hace al control de oportunidad, éste se orienta a asegurar el fundamento del proceso concursal desde su propia lógica, procurando que el fallido alcance una cierta capacidad de reembolso. En este contexto, el juez habría de valorar el pacto en función de su aptitud para propiciar un convenio suficiente. No obstante, las referencias que aquél habrá de manejar para tomar su decisión dentro de estos parámetros presuponen conocimientos ajenos al *iura novit curia*, por lo que lo más razonable es que el juzgador se deje llevar por el informe de la administración judicial, máxime cuando en ésta

¹⁴ En caso de desacuerdo parece más bien obvio que el juzgador habría de proceder a tomar una decisión en función del informe que acompaña a la solicitud (art. 73 PLC).

se dan cita expertos acreditados, sin perder de vista la presencia de un acreedor sin crédito privilegiado. No cabe duda que el juzgador poco podrá oponer desde sus conocimientos a las conclusiones que, orientadas a la conservación de la empresa y fruto de un análisis estrictamente económico, puedan plantear los expertos de la administración judicial.

Tal circunstancia no obsta a que el resto de los implicados en el proceso pueda contra-argumentar frente al citado informe, si bien de la mano de pronósticos contrafactuales y no tanto de pruebas periciales, en tanto en cuanto el objeto de análisis no se presta a tales posibilidades por referirse a especulaciones a futuro. En cualquier caso, insisto en que la solvencia profesional de los elegidos para ejercer la administración judicial propicia una inercia a la que el Juez difícilmente podrá resistirse (si alguien tiene que errar en el pronóstico mejor que sean los administradores judiciales antes que los peritos que pudiere proponer cualquiera de los legitimados).

Algo parecido ocurre con el control de legalidad. Este ha proyectarse sobre diversos planos. En primer lugar, el periodo de consultas ha de cumplir los requisitos de validez que impone con carácter especial el PLC, tanto los que aseguran la legitimación de los representantes obreros como los que con posterioridad se requieren para asegurar la eficacia general del pacto. En segundo lugar, y sin salir del ámbito de los responsables del pacto, éste ha de ajustarse a los objetivos que reconoce el propio PLC en su art. 63.1, tercer párrafo, tendentes a paliar los efectos de las medidas que adoptar. Por último, siendo esto inevitable, el juez habrá de prestar atención a los efectos que el pacto haya de tener sobre el derecho de los restantes interesados, al modo de lo que establece el art. 51.5 ET. A salvo de los inconvenientes formales de que pudiere adolecer el acuerdo, perfectamente visibles para el Juez, el ajuste de aquél a una cierta lógica paliativa y, eventualmente, su repercusión sobre los terceros implicados, sólo admite contraste de la mano de análisis económicos, por lo que, nuevamente, la decisión del Juez difícilmente podrá apartarse de las consideraciones contenidas en el acuerdo trabado por la administración judicial y los trabajadores.

6. El contexto concursal y la lógica liquidatoria

Al margen de lo anterior, si por algo cabe caracterizar a esta reforma concursal es por su capacidad para generar un espacio de excepción en el que la posición de los trabajadores como acreedores privilegiados decae por comparación a otros estadios necesariamente previos. Pese a que un primer análisis nos pudiera llevar a pensar que la sustitución de la Administración por el Juez de lo Mercantil no produce una transformación importante del escenario tradicional, ya que la decisión extintiva subsiguiente sigue haciéndose depender de una autorización

previa¹⁵, lo cierto es que el contexto en el que el segundo va a tomar la decisión no es el mismo. Mientras que en el caso tradicional la orientación de la Administración parte de un cierto interés por asegurar la conservación de la empresa como centro generador de empleo, en el modelo que se impone desde el PLC, la posición del Juez de lo mercantil no puede perder de vista las posibilidades de satisfacción del crédito del resto de acreedores implicados, cuya presencia en el proceso resulta urgida por el carácter universal del mismo. La lógica conservativa decae en beneficio de una lógica liquidatoria, algo que se manifiesta con suma claridad cuando el PLC establece condiciones importantes a la propuesta de convenio en la secuencia de sus arts. 98 a 101¹⁶.

Estas dificultades exigen a las representaciones obreras a aprovechar los contextos en los que la norma asegura una mayor capacidad de intervención y que, actualmente, cabe hacer residir en el art. 51 ET. Este expediente asegura una gestión *social* de la crisis, auxiliada por la ausencia de acreedores naturalmente privilegiados y entregada de lleno a la lógica conservativa. Por ello, el expediente del art. 51 ET no actuaría como última estación del proceso, sino más bien como medio para evitar el momento concursal.

Incluso, y pese a que de la lectura del art. 63 PLC pudiera deducirse que el contexto concursal también puede ordenarse a la continuidad del negocio, las circunstancias propias del escenario concursal condicionan esta posibilidad de forma importante. Ciertamente el citado precepto establece un *iter* bastante similar al que cabe localizar en el art. 51 del ET, del que incluso reproduce plazos como el establecido para el periodo de consultas, que distingue también en función del tamaño de la empresa (art. 63.2 PLC). No obstante, y por mucho que en tal trámite insista la norma en que la decisión modificativa o extintiva habrá de atender a cierta sensibilidad social, quien la administra también deberá procurar por que el patrimonio social pueda hacer frente a las deudas contraídas. En efecto, la preocupación del juzgador no puede limitarse a considerar si el proyecto de viabilidad propuesto tiene alguna posibilidad de éxito, sino que tal análisis se ha de complementar con otro, en términos de coste de oportunidad, orientado exclusivamente a comprobar si el fallido dispone de medios para atender las responsabilidades contraídas, máxime cuando el concurso ha sido instado por sus acreedores.

No en vano y de acuerdo con la lógica liquidatoria, el precepto señalado permite a la administración judicial solicitar la medida extintiva. A este punto no queda más que hacer un análisis abstracto de las razones que pudieran llevar a

¹⁵ En lo que se conoce como «*despido propuesta*», MONEREO PÉREZ, J.L., op. Cit. *Los despidos colectivos...*, p. 50.

¹⁶ Sobre esta cuestión, por todos, ver PULGAR EZQUERRA, J., «Insolvencia: Conservación versus liquidación», de AA.VV. *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002, pp. 99-102.

aquella a proceder en un sentido u otro. La principal consecuencia que tiene el mantenimiento de los contratos de trabajo declarado el expediente concursal es la de que los salarios que devenguen los trabajadores una vez iniciado el concurso acaben teniendo la consideración de créditos prededucibles¹⁷, o créditos contra la masa y, por tanto, ajenos a la concursabilidad. En efecto, el art. 83.2 PLC, números 5.º, 6.º y 7.º, excluye de la masa pasiva los créditos determinados por la continuación en la explotación del fallido, a los que en todo caso se añaden las indemnizaciones por extinción forzadas por la decisión del Juez a raíz del concurso. Los efectos de tal determinación pasan, sobre todo, por reducir el conjunto patrimonial al que habrá de imputarse el montante principal de la deuda, lo que deja pocos estímulos a la administración judicial para sugerir la continuidad de la explotación. Téngase en cuenta que en la citada administración judicial, además de dos asesores externos (uno de ellos abogado y otro profesor mercantil), participa necesariamente un acreedor con un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado (art. 26.1 3.º PLC), quien, por tanto, antes de ver saldada su deuda ha de esperar a liquidar esos créditos prededucibles (art. 153 PLC).

Esta razón es la que hace especialmente complicado que la administración judicial pretenda la continuidad en los contratos, a no ser que ésta sea la única posibilidad para asegurar una satisfacción de su crédito. En efecto, como quiera que la extinción de los contratos trae también consecuencias sobre la masa y tiene el carácter de crédito prededucible (art. 83.2 7.º PLC), es posible que el elevado importe acumulado de tales responsabilidades deje a la empresa sin patrimonio restante para hacer frente a la masa pasiva, lo cual podría forzar a una maniobra desesperada destinada a asegurar la continuidad de la actividad, si bien garantizando un convenio que, además de superar las exigencias mínimas subjetivas a que hace referencia el art. 104 PLC, cumpla las objetivas a que se refiere el art. 99 PLC. Incluso, si la solución a la crisis pasa por la continuidad pero las condiciones de ésta no pueden ajustarse a los requisitos de dignidad mínima que la PLC exige al convenio que ha de proponer el fallido, lo lógico es que los acreedores opten por un concurso informal, sostenido sobre acuerdos bilaterales garantizados en mejores o peores condiciones, pero fuera de la lógica universal que impone un procedimiento normalizado y, por ello, sostenidos en futuras ejecuciones singulares.

Por tanto, y tomando en consideración como premisa básica la de que el concurso sólo se promueve cuando hay patrimonio liquidable, lo normal es que la administración judicial proponga la extinción de los contratos de trabajo a costa de reducir el patrimonio imputable a la masa pasiva, una vez se ha comprobado que el resultado sigue siendo razonable en términos de coste de oportunidad. Si

¹⁷ Sobre la cuestión ver el reciente trabajo de BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 57-92.

el patrimonio resulta insuficiente deducidos los créditos de los trabajadores, la decisión de promover el concurso resulta inconveniente¹⁸, en tanto en cuanto su única justificación pasaría por obtener un convenio capaz de asegurar una satisfacción parcial del crédito, aunque, como ya hemos visto, esta solución sólo se admite si el fallido, además de cumplir ciertos requisitos (art. 104.1 1.º PLC), puede ofrecer determinadas garantías (art. 99 PLC).

7. Conclusión. Por una reorientación en la acción sindical en contextos de crisis de empresa

La instalación de una última estación en el itinerario que recorre la empresa desde que entra en crisis hasta su eventual desaparición del mercado, sobre todo, ha de condicionar las estrategias que cada uno de los sujetos interesados debe trazar en relación con el problema. Hasta el momento, y con las condiciones que genera una normativa concursal ineficiente, el art. 51 ET asegura a los sindicatos un mecanismo de participación en las decisiones críticas que en última instancia adopta y propone el empresario, ya se dirijan éstas a proseguir con la explotación o a poner fin a la misma. A lo que sin duda se añade la ventaja de no tener que tomar en consideración el interés directo del resto de acreedores, cuyas posibilidades de intervención sobre las decisiones del fallido no surgen hasta el desenlace concursal.

Lo anterior no pasa por alto el que la operativa de la empresa, con anterioridad incluso a la llegada de las lógicas liquidatorias de la mano del concurso, entregue sus márgenes de maniobra a los acreedores naturalmente privilegiados, en forma de garantías que pueden ir desde la mera constitución de limitaciones a la propiedad a cesiones directas de créditos o pignoraciones sobre las principales fuentes de ingresos de la empresa. Las actuaciones que la empresa asume en esta dirección evitan por un tiempo el contexto concursal, al apaciguar al acreedor más dispuesto a su promoción, pero no superan la crisis y, antes bien, aceleran a la vez que agravan sus consecuencias.

Ello obliga a que las representaciones obreras formalicen el escenario pre-concursal, con recursos como los que les proporciona el art. 51.9 ET, y de su mano procuren una intervención sobre la operativa de la empresa en crisis, destinada, si aún es posible, a evitar que la misma se produzca en sus peores manifestaciones desembocando en concursalidad; y, si ello no es posible, su actuación ha orientarse

¹⁸ Al margen de presionar al fallido con una declaración de quiebra fraudulenta que arrostrara consecuencias sobre su patrimonio personal; escenario que a la vista de la duración media de los procesos concursales no resulta demasiado estimulante.

al menos a evitar la concertación de determinados negocios jurídicos que, si bien aseguran la continuidad precaria de la empresa, propenden a mejorar la posición de los acreedores concurrentes en la carrera por la satisfacción de su crédito, a costa de los privilegiados o pre-deducibles. Precisamente, uno de los instrumentos de que puede disponer la representación obrera para evitar la concertación de este tipo de negocios jurídicos terminales podría ser incluso el de la promoción del concurso cuando aún el patrimonio empresarial no comprometido está a la altura de poder satisfacer las indemnizaciones de los trabajadores.