

CONCURSO Y CONTRATO DE TRABAJO, DEMASIADAS PREGUNTAS...

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. ¿Tutela del interés de los acreedores o conservación de la empresa?, un debate con claros tintes laborales. 2. ¿Es bueno que la legislación concursal sea un espejo de la laboral? O de los perversos efectos que produce la simetría entre la legislación laboral y la concursal. 3. Más asimetrías...ahora informativas: la posición de los altos cargos en el concurso: ¿son también trabajadores? 4. ¿Tienen sitio los representantes de los trabajadores en el concurso? 5. ¿Deben tutelarse los créditos laborales a través de instituciones de garantía? ¿Es suficiente la garantía crediticia en relación con determinados colectivos? 6. ¿Son eficaces las reglas sobre la transmisión de empresa en el concurso? Nota bibliográfica

1. ¿TUTELA DEL INTERÉS DE LOS ACREEDORES O CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA?, UN DEBATE CON CLAROS TINTES LABORALES

La crisis económica por la que atraviesa nuestro país posee un alcance y una magnitud difícilmente apreciable desde la perspectiva actual pero la misma trasciende la de una mera coyuntura superable a corto plazo. La singularidad de la economía española hace, sin duda, que la etapa en la que ahora nos encontramos sea una de las más duras y con más incertidumbres que se han abierto en nuestro país a lo largo de su historia y sólo encuentra paralelismo con la devastadora de 1929. No es posible, por tanto, efectuar ningún análisis ni extraer conclusión alguna sin tener en cuenta nuestra cruel realidad económica.

Los tres primeros meses de 2012 registraron un nuevo récord histórico en el número de empresas en concurso. Las insolvencias de compañías en España, entre enero y marzo de este año, alcanzaron los 1.665 concursos. El número de concursos publicados se ha incrementado un 21%, si se compara con los 1.379 registrados en los tres primeros meses de 2011, según el Baremo Concursal correspondiente al primer trimestre de 2012, elaborado por PwC, a partir de la información publicada en el Boletín Oficial del Estado. Si se atiende a la evolución histórica desde 2004 hasta el primer trimestre de 2012, se observa una tendencia claramente creciente. Las cifras absolutas de empleados afectados por concursos representan una pequeña parte del total de trabajadores en desempleo. Aun así, ha aumentado el número de profesionales que ha perdido su empleo por encontrarse en empresas en concurso. La ma-

yor parte de las empresas entran en concurso tras haber agotado otras vías para resolver su situación de insolvencia; en muchos casos, estos procesos incluyen despidos, suspensiones y reducciones de plantilla, por lo que al llegar al concurso las plantillas se encuentran ya seriamente debilitadas.

De este modo, si existe un terreno sensible para lo laboral y un ámbito en el que se pone a prueba de forma evidente el conjunto de principios tuitivos que informan esta rama del ordenamiento jurídico es, precisamente, en materia concursal. El conflicto de intereses que se produce en esta situación extrema en la que se cuestiona la propia supervivencia de la empresa y, por tanto, la de los contratos de trabajo existentes es evidente. Surge, así, frente al interés de los trabajadores en dar prioridad a cualquier solución que dé respuesta a la situación de insolvencia en términos de conservación y continuidad de la misma, el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos. Hasta qué punto y hasta dónde deba llegar la conservación de la empresa y la estabilidad del empleo como criterio preferente para salvar la citada ponderación es una cuestión en la que se integran factores económicos, jurídicos e, incluso, ideológicos.

Las instituciones relacionadas con las crisis de empresas suelen tener dos finalidades: la satisfacción ordenada de los acreedores del concursado y la conservación de la empresa. En la primera, de lo que se trata es de lograr el pago de los créditos, bien mediante un acuerdo entre el deudor y sus acreedores o mediante la liquidación del patrimonio de aquél y la distribución de los ingresos obtenidos, de acuerdo con unos criterios de ordenación que ponderan el principio de igualdad de trato entre los acreedores y las excepciones al mismo que derivan del régimen de garantías y de privilegios legales. La segunda función presta, desde distintas valoraciones, una atención prioritaria a las medidas tendentes al mantenimiento de la estructura productiva de la empresa y, en la medida de lo posible, del empleo, sea a través de la reorganización de la empresa o de su transmisión a un tercero, y con independencia

igualmente de que la conservación se alcance a través de convenio o por medio de su liquidación.

Pero, siendo ello así, desde una perspectiva económica, el concurso se concibe como un procedimiento que permite que los acreedores decidan sobre el modo más óptimo de maximizar la utilidad del patrimonio del deudor, y resulta instrumental a dicha finalidad cuáles sean los medios conservativos de la empresa y el empleo que ella proporciona. La citada idea encuentra un enfoque paradigmático en la legislación alemana que nuestro país adoptó en su momento como modelo. En ella se destaca que la finalidad principal del concurso no es la recuperación y conservación de la empresa en crisis, sino la satisfacción de los acreedores de manera que el saneamiento y conservación es tomado en consideración tan solo en la medida en que ello contribuya a la satisfacción más eficiente de los deudores. La Ley Concursal lo reconoce con claridad en su exposición de motivos donde, de forma inequívoca, dice que “la satisfacción de los acreedores” es “la finalidad esencial del concurso”. Más adelante afirma de manera más matizada que “la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio a cuya propuesta se acompaña un plan de viabilidad”. Pero esta afirmación se acompaña de una corroboración de que “la finalidad del concurso” no es “el saneamiento de las empresas”. Desde esta perspectiva, un convenio de continuación podrá “ser un instrumento para salvar las (empresas) que se consideren total o parcialmente viables”, pero siempre que ello redunde “en beneficio de los acreedores” y no sólo “del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses”, por ejemplo, los de la economía nacional.

La propia Ley ha sido testigo de esta tensión dialéctica y, pese a que ha tratado de intervenir situando el centro de gravedad en la solución conservativa del concurso, es consciente de que ha fracasado en dicho intento. Así se extrae de la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en

la que se afirma con rotundidad que “(...) el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la Ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios”.

La anterior realidad pone sobre la mesa la difícil compatibilidad entre la conservación de la empresa y su necesidad de liquidación para dar satisfacción a los créditos de los acreedores. Nuevamente, la necesidad de alcanzar la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial, lleva a priorizar la liquidación de empresas antes que su conservación. Esta prioridad por la que opta la Ley no deja de tener sus consecuencias prácticas. Como muestran las estadísticas, más de un noventa y cinco por ciento de las empresas que entran en concurso terminan en liquidación. La cuestión que debe plantearse no es otra que la de la real efectividad del sistema concursal a los fines de la conservación de la empresa.

La conservación de empresas difícilmente puede conciliarse con el largo y costoso procedimiento judicial que el concurso representa y, salvo en los contados casos vinculados con ciertas entidades deportivas, el resultado de la solución por la conservación de la empresa no encuentra satisfactorios resultados. Pese a que, con sólidos argumentos, desde la doctrina laboralista se ha afirmado cómo la opción por la conservación constituye una regla asentada en la responsabilidad social de la empresa, la realidad es tozuda y soluciones como el convenio en pocas ocasiones resulta satisfactoria al

llegar al mismo la empresa agonizante, tras un largo proceso judicial, con poquísimas posibilidades de salvamento. Cabe plantear, por ello, si quizá pudiera resultar más operativo dejar el concurso para lo que realmente nació: liquidar ordenada y colectivamente el patrimonio del deudor común para dar satisfacción a los créditos de los acreedores cuando la actividad no resulte viable, siempre que dicho remedio no olvide las cuestiones sociales latentes y opere una mejora razonable de la protección de los trabajadores afectados.

En este contexto, cobra especial importancia por ello el llamado derecho preconcursal, integrado, según su clásica definición, por todas aquellas normas o instituciones no concursales referidas a situaciones anteriores a la crisis empresarial y cuya finalidad es su prevención. Se trataría, en definitiva, de poner a disposición de los empresarios un elenco de herramientas de reestructuración que sirvan para atacar las situaciones de crisis empresarial en el terreno de la preinsolvencia, cuando los derechos de los acreedores no están tan seriamente amenazados y el principio de conservación de empresas puede tomar prevalencia sobre el de la satisfacción de los acreedores.

En el plano laboral, las actuaciones preconcursales adquieren un especial protagonismo. La reforma laboral recientemente aprobada pudiera convertirse en un eficaz instrumento que sirviera para reforzar el conjunto de actuaciones previas a los estados declarados de insolvencia. El desarrollo de medidas que favorezcan la flexibilidad interna constituye una garantía de conservación de empleo y un instrumento que favorece la empleabilidad. La finalidad de la reforma es clara y el propio rótulo del título de medidas concibe la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la “destrucción” de empleo. En estos momentos anteriores a la insolvencia empresarial es donde los órganos de representación de los trabajadores pueden jugar un papel relevante. Un buen ejemplo lo ofrece la normativa francesa que quizás es la que, en el ámbito europeo, más ampliamente ha desarrollado mecanismos de prevención de las dificultades empresariales

y ha dado participación en los mismos a los órganos de representación de los trabajadores. Así, se reconocen al Comité de Empresa importantes derechos de acceso a información económica empresarial y la posibilidad de iniciar el mecanismo de alerta, cuya finalidad es sensibilizar a los dirigentes empresariales de los riesgos económicos que amenazan a la empresa. El procedimiento de alerta permite que el Comité de Empresa, cuando tenga conocimiento de hechos que puedan afectar negativamente a la situación económica de la empresa, solicite información específica al empresario y, en caso de que ésta sea insuficiente o confirme las previsiones negativas, elabore un informe económico que deberá ser analizado y valorado en el Consejo de Administración de la empresa al efecto de adoptar las medidas que se considere oportunas para prevenir la crisis.

2. ¿ES BUENO QUE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL SEA UN ESPEJO DE LA LABORAL? O DE LOS PERVERSOS EFECTOS QUE PRODUCE LA SIMETRÍA ENTRE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y LA CONCURSAL

La vida, cualquier forma de vida, se asienta en simetrías, expresa o no simetrías. Tradicionalmente, en Derecho español, las normas concursales no han recogido referencia alguna al destino de las relaciones laborales en situación de insolvencia, sino que sus efectos sobre los contratos de trabajo se han regulado, de forma dispersa y asistemática, en normas laborales sustantivas y procesales. No puede decirse que haya existido un *Derecho Concursal laboral* o un derecho regulador de las relaciones laborales en situación de insolvencia. Existían, eso sí, referencias normativas no específicamente dirigidas a supuestos concursales, pero aplicables también a ellos (vicisitudes contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción —modificaciones, suspensio-

nes y despidos—) y alguna referencia aislada a la extinción de los contratos de trabajo en supuestos de declaración de quiebra cuando los síndicos hubieran decidido no continuar la actividad de la empresa.

La ordenación normativa expuesta, que contemplaba de forma parcelada (no integrada) en una norma laboral el interés social en la empresa concursada, generaba una profunda inseguridad jurídica y exigió una permanente tarea de interpretación doctrinal y judicial. La Ley Concursal optó por una línea de integración y regulación conjunta de intereses de empresarios y trabajadores en una única norma. En esta línea, la Ley ha regulado los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivos de contratos de trabajo siguiendo el esquema básico del Estatuto de los Trabajadores. Esta previsión no se contenía ni en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001 ni en el Proyecto de Ley de 2002 que establecían, por el contrario, que el juez del concurso, en la tramitación de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivos de los contratos de trabajo en la empresa concursada, operaría conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal “sin necesidad de seguir los trámites establecidos al efecto en la legislación laboral”.

El procedimiento diseñado por la Ley Concursal posee un neto carácter judicial sometido, por tanto, a los principios que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional. El procedimiento se pone en marcha por la iniciativa de la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, que son los sujetos legitimados para solicitar al Juez de lo Mercantil la adopción de medidas colectivas. Son estos quienes aportan al procedimiento la documentación necesaria para justificar las medidas que se solicitan. A partir de ese momento, es el Juez Mercantil quien impulsa el desarrollo del procedimiento, convocando al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas durante el cual pueden llegar a un acuerdo o compromiso sobre la propuesta ini-

cial, solicitando de la Administración laboral la emisión del informe pertinente y, finalmente, resolviendo mediante Auto sobre la petición planteada.

En su redacción inicial, la Ley Concursal vino a diseñar un procedimiento que mostraba evidentes simetrías en muchos aspectos con el previsto en la normativa laboral para los, ahora desaparecidos, expedientes de regulación de empleo. Tal regulación permitía afirmar que la norma concursal había venido a modular la legislación laboral para adaptarla al procedimiento concursal, incorporando novedades de carácter más adjetivo que sustantivo. Que esto era así se comprobaba cuando se advertía que se habían trasladado al marco concursal buena parte de las garantías causales y procedimentales previstas en la normativa laboral para estos supuestos. De hecho, la cláusula de cierre del sistema contenida en el art. 64.11 LC, venía a establecer que “en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral”, remitiendo expresamente a la normativa laboral como criterio interpretativo del procedimiento regulado en este precepto.

La citada remisión, que continúa conservando la vigente regulación, reclama, en numerosos aspectos, el recurso a los conceptos, criterios y pautas de actuación diseñadas en la normativa laboral y por la doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado en la materia. La operación no resultaba, sin embargo, sencilla porque esa remisión no se efectuaba, salvo contadas excepciones, de forma expresa. Ello imponía la tarea de determinar cuándo y en qué términos debía acudir a la normativa laboral para complementar y dotar de contenido a buena parte de las previsiones contenidas en el art. 64 LC. La tarea se complicaba, además, porque la norma concursal diseñaba un procedimiento común para las modificaciones, suspensiones y extinciones de los contratos de trabajo, en tanto que la norma laboral diversifica el régimen aplicable a cada una de estas vicisitudes. De este modo, la traslación de conceptos laborales al procedimiento concursal, cuando procede, requiere su adaptación a un procedimiento diseñado con un carácter más

amplio y omnicompreensivo que los contemplados en las normas laborales.

Con todo, la citada decisión establecía así una ligazón clara, en materia de extinción colectiva (también, suspensión y modificación), entre el derecho concursal y el derecho laboral, hasta el punto de que las normas del primero (concursal) sólo eran comprensibles a la luz de las reglas del segundo (laboral). Esta simetría de fondo y de forma entre lo concursal y lo extraconcursal había venido estrechándose en las últimas reformas concursales. No obstante, de una fuerte coincidencia inicial se ha pasado a un reciente y sensible desencuentro tras la última reforma laboral. Las asimetrías se han vuelto múltiples hasta el punto de que, paradójicamente, el modelo concursal ha devenido más rígido y menos flexible que el diseñado en el ámbito extraconcursal. Varios ejemplos podemos encontrar.

La modificación del régimen de la causalidad del despido de carácter económico constituye una de las novedades más significativas de la reforma. Se entiende que concurren causas económicas “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. La reforma del art. 51 ET ha suprimido la obligación de que la empresa deba justificar que de sus resultados económicos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. El objetivo de la norma es permitir que las empresas puedan vincular de forma directa y automática su volumen de plantilla a la evolución de sus ingresos o ventas. Se pretende, en fin, limitar el alcance del control judicial al no requerir que el mismo valore si la medida es idónea o proporcionada en relación con la situación de la empresa y si es adecuada a una posible finalidad de supervivencia de la

misma o de mejora de su competitividad o su posición en el mercado.

El fundamento de dicha definición legal es claro a tenor de lo expuesto por la propia *Exposición de Motivos*: “La ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor legal incorporado por diversas reformas desde la Ley 11/1994, (...), tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”.

Sin embargo, el art. 64 LC sigue reposando en la concepción finalista de las medidas que el juez podía acordar. De este modo, la solicitud de concurso deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación (art. 64.4 I). Es más, si la medida afecta a empresas con más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.5 LC). La diferencia de lógica es sustancial.

Una segunda modificación de alcance incorporada por la reciente reforma del mercado de trabajo es la supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos. La reforma rompe con una larga tradición que hasta el momento venía ofreciendo aceptables resultados que se plasmaba en un elevado número de expedientes que concluían por acuerdo entre las partes, si bien a costa de una elevación del coste indemnizatorio a lo que no

era ajena la intervención de la propia Administración, que estimulaba la consecución de tales acuerdos. Desaparecida la autorización, la decisión sobre el despido colectivo resulta ser exclusivamente empresarial, con acuerdo previo o sin él (art. 51.2 *in fine* ET). La rigidez causal que presenta el modelo concursal en relación con el extraconcursal tras la reforma laboral abre la posibilidad de que el empresario, amparado en la nueva regulación legal, inicie los trámites de un despido colectivo anticipándose a una futura situación de concurso como mecanismo estratégico que sirva para huir de la causalidad reforzada que conserva ahora la legislación concursal. La flexibilidad del modelo laboral común puede convertirse en un mecanismo de más rápido tránsito para aquellas empresas que se encuentren abocadas a un proceso concursal.

La asimétrica regulación entre lo concursal y lo extraconcursal conforma una situación con evidentes consecuencias prácticas. Otro ejemplo puede encontrarse en el hecho de que, a diferencia de la regulación concursal, la reforma laboral ha hecho desaparecer toda capacidad de impulso del procedimiento de despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores, desaparición que ha arrastrado la legitimación de los representantes de los trabajadores para iniciar el despido colectivo.

Pero las simetrías entre el sistema laboral y el concursal muestra significativos problemas en otros planos. Un ejemplo evidente es la posibilidad que se abre de sustituir el período de consultas por un procedimiento de mediación y arbitraje. La Ley establece a estos efectos que: “El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”. Se trata de una posibilidad que también está a disposición de las partes en el procedimiento de despido colectivo extraconcursal del art. 51 ET. El sometimiento de la medida laboral a

la mediación o al arbitraje en ese ámbito no presenta mayores problemas en tanto en cuanto las partes negociadoras, por definición, siguen reteniendo el poder último de acordar o no acordar acerca de la medida y porque son ellas, en definitiva, quienes deciden sustituir su decisión por la intervención de un árbitro. Sin embargo, en el ámbito del concurso, remitir la controversia a un arbitraje puede suscitar numerosos problemas. Como agudamente se ha señalado, “al introducirse en la Ley el mecanismo del arbitraje por decisión judicial, lo que hace el propio juez es situar en una parte de su posición al árbitro” (GÓMEZ ABELLEIRA). Con ello se plantean numerosas dudas: ¿Puede decirse entonces que el laudo equivale al auto a que se refiere el art. 64.7 LC?; ¿o más bien habría que asimilar el laudo al acuerdo en el periodo de consultas?; ¿qué habrá de hacer el juez del concurso con el laudo arbitral cuando no esté de acuerdo con él?; ¿podría decidir en el laudo otra cosa al amparo del art. 64 7 LC?; ¿deberá impugnarlo ante la jurisdicción social?; ¿qué podrá hacer aquella parte que esté en desacuerdo con el laudo?; ¿deberá plantear su desacuerdo ante el juez del concurso para que éste se aparte del laudo o deberá impugnarlo? En suma, demasiadas preguntas...

Más simetrías asimétricas. La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los convenios colectivos, que se mantendrán en vigor pese a la situación de insolvencia. Ello no obstante, el art. 66 LC establece que: “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”.

La reforma laboral ha configurado un desdoblamiento prácticamente integral de las condiciones de trabajo frente al monográfico hasta el momento existente. La inaplicación requiere que exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET, previo desa-

rollo de un período de consultas en los términos del art. 41.4 ET. Finalmente, para su viabilidad habrán de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Estas causas se definen en el art. 82.3 ET en los mismos términos que se establecen para el caso de despido colectivo del art. 51 ET y de despido objetivo del art. 52 c) ET. Es decir, sin perjuicio de que la primera es una medida de flexibilidad interna, que es la que se quiere potenciar, y la segunda, de flexibilidad externa. Esta identidad solo se rompe en el caso de la acreditación de las causas económicas. En este último caso, concretando en “dos trimestres consecutivos” el marco temporal para que se considere “persistente” la disminución del nivel de ingresos o ventas definidor de la causa.

Especialmente polémica se ha mostrado la vía articulada para desbloquear en última instancia una posible falta de acuerdo. Para los casos en los que la inaplicación de las condiciones afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, cualquiera de las partes podrá someter, en última instancia, la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, acudiéndose, en los demás supuestos, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas. La citada solución legal contrasta abiertamente con la previsión contenida en la LC a tenor de la cual: “en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores”. La cuestión surge de inmediato: ¿puede considerarse esta decisión adoptada por la Comisión consultiva u órgano similar equivalente al acuerdo de los representantes de los trabajadores? La respuesta debe ser claramente negativa, con lo que de nuevo la asimetría entre la regulación laboral y la concursal convierte a esta última en un reducto de tutela reforzada de los intereses laborales.

Las citadas asimetrías poseen una especial significación. La ausencia de un régimen autónomo y separado entre ambos modelos tiene como consecuencia un vivir gemelar que hace del concursal un correlato natural del laboral con las complejas consecuencias que se acaban

de señalar. La respuesta en el corto plazo será, probablemente, una reforma adaptativa de la legislación concursal al nuevo modelo continuando ese camino de espejos que han venido siguiendo lo concursal y lo extraconcursal a lo largo de los últimos años y del que es buena muestra la Ley 38/2011. No obstante, no sería éste mal momento para reflexionar sobre la necesidad de diseñar un modelo concursal que, adaptado a las nuevas necesidades, se independice de su modelo reflejo para construir un modelo propio y diferenciado del extraconcursal.

3. MÁS ASIMETRÍAS...AHORA INFORMATIVAS: LA POSICIÓN DE LOS ALTOS CARGOS EN EL CONCURSO: ¿SON TAMBIÉN TRABAJADORES?

En general, puede decirse que la regulación que al respecto contiene la Ley concursal parte de una actitud recelosa ante el personal de alta dirección. Estas reticencias del legislador se explican por la especial situación que los altos cargos ocupan en relación con la gestión de la empresa que determina que estos pueden ser responsables, o al menos, conocedores directos, de la situación de insolvencia de la misma. Además, su especial posición les permite acceder a información que no está al alcance de los demás trabajadores y ello les coloca en una situación especialmente ventajosa. Es por ello que la Ley Concursal les califica como personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.2.2º LC); lo que tiene importantes consecuencias a efectos de sus responsabilidades y en el tratamiento de sus créditos.

Esa situación del personal de alta dirección les permite actuaciones estratégicas que persiguen blindar su posición frente a la futura situación concursal que pueda atravesar la empresa. La Ley Concursal articula instrumentos que permiten anular este tipo de acuerdos. En este sentido, según lo dispuesto en el art. 71 LC, una vez declarado el concurso serán res-

cindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, con la ventaja de que la rescisión es posible incluso aunque no haya existido intención fraudulenta. El perjuicio se presume cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Pero también se presume cuando se trata de actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, supuesto en el que pueden quedar comprendidos los acuerdos indemnizatorios pactados con los altos cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La Ley Concursal establece algunas normas específicas sobre los efectos de la declaración del concurso en los contratos del personal de alta dirección. En principio, y al igual que ocurre con el resto de los contratos de trabajo, a las relaciones laborales especiales de alta dirección se les aplica la regla general conforme a la cual la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos de trabajo. Sin embargo, y siguiendo el paralelismo con las relaciones laborales de carácter ordinario, también la relación laboral de los altos cargos puede sufrir alteraciones durante el concurso. En este sentido, la norma concursal prevé reglas específicas que afectan a la continuidad de estas relaciones laborales de carácter especial.

La cuestión aquí es si tiene sentido que se mantenga este régimen asimilado al de los trabajadores. Ciertamente, la regulación normativa del alto cargo se configura como un régimen semilaboral, en el sentido de que la voluntad tuitiva consustancial al Derecho del Trabajo retrocede ante el principio de la autonomía de la voluntad propio del régimen iusprivatista que caracteriza el régimen de los altos cargos. Si esto fuera así, convendría replantearse esta nueva simetría que incorpora la legislación concursal.

4. ¿TIENEN SITIO LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO?

Determinar cuál es el lugar en el concurso de los representantes de los trabajadores no es tarea sencilla pero sí lo es, sin duda, que la representación de los trabajadores debe ocupar un lugar relevante en la gestión del mismo. Un examen de la Ley Concursal muestra que en la misma no se ha previsto un papel destacado para los representantes de los trabajadores en las instituciones centrales del concurso, ni en el momento inicial de éste, ni a lo largo de su desarrollo y tampoco en las operaciones fundamentales del convenio y la liquidación. Esta falta de atención a la representación de los trabajadores en la Ley Concursal se deriva de la propia configuración del concurso en esta Ley (DESDENTADO/DE LA PUEBLA).

En el sistema de la Ley Concursal predomina claramente la satisfacción de los acreedores y ello aunque la regulación del convenio permita asumir fines de conservación. Pero la función de conservación opera de una manera subalterna, es decir, no por sí misma, sino como medio de satisfacción de los acreedores, cuando los intereses de éstos pueden lograrse mejor a través de la continuidad de la explotación. No es raro, por tanto, que no se preste gran atención a la intervención de los representantes de los trabajadores en el régimen jurídico de la Ley Concursal. En el concurso predomina la relación deudor y acreedores y la lógica de la satisfacción de éstos, lo que se ha denominado sistema de mercado, que refleja en realidad una consideración más individualista de la institución concursal, centrada en el interés del acreedor. Por el contrario, en las reestructuraciones de empresas predomina la relación más compleja entre empresario, trabajadores e interés público, el denominado sistema gubernativo. El interés de los acreedores puede estar presente, pero esa presencia suele ser más instrumental y se orienta precisamente a prevenir la aparición de soluciones concursales.

La LC no ha otorgado precisamente un papel relevante a los representantes de los trabajadores en las distintas fases del concurso de acreedores: ni en la denominada fase común, destinada a la determinación de la masa activa y de la masa pasiva, ni en la fase convenio o en la fase de liquidación. En el procedimiento concursal prima, en suma, el interés de la colectividad crediticia en detrimento de la intervención de los representantes de los trabajadores. Como ha señalado la doctrina laboralista, para potenciar la presencia institucional de los representantes de los trabajadores se debió, al menos incorporar a una representación de los trabajadores en la administración concursal, atendiendo a la condición de trabajadores como un grupo especial de acreedores. La reciente reforma concursal ha ido en esta línea.

Como regla general, sólo se nombrará a un administrador concursal (un abogado, un auditor o un economista) en vez de tres, como se prevenía anteriormente. Pero la Ley ha previsto la posibilidad de que se nombre a un administrador concursal adicional (que será un acreedor ordinario o privilegiado general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe) cuando el concurso sea considerado de especial trascendencia. El Juez que conozca del caso determinará si el concurso tiene una especial trascendencia en función de determinadas circunstancias (por ejemplo, si hay más de mil acreedores o si el importe de la masa pasiva declarado supera los cien millones de euros, entre otros). Si el conjunto de los créditos de los trabajadores se encontrara dentro del primer tercio de mayor importe, el Juez podrá nombrar un representante de los trabajadores como administrador concursal adicional. Esta vía puede ser adecuada, e incluso recomendable, para permitir una participación activa de los representantes de los trabajadores en la gestión de las situaciones concursales. Si la liquidación puede ser el ineludible futuro, una posición reforzada de los trabajadores en el seguimiento y control de estas decisiones puede devenir imprescindible.

5. ¿DEBEN TUTELARSE LOS CRÉDITOS LABORALES A TRAVÉS DE INSTITUCIONES DE GARANTÍA? ¿ES SUFICIENTE LA GARANTÍA CREDITICIA EN RELACIÓN CON DETERMINADOS COLECTIVOS?

La actual situación de crisis económica sigue abocando a gran número de empresas a la presentación de los correspondientes expedientes concursales que crecen mes a mes desde los últimos años. Lo cierto es que la mayor parte de las empresas entra en concurso tras haber agotado otras vías para resolver su situación de insolvencia. En muchos casos estos procesos incluyen ERES y reducciones de plantillas, por lo que al llegar al concurso las empresas se encuentran seriamente debilitadas. La financiación bancaria sigue siendo un bien muy escaso y una de las principales causas de impago e insolvencia. El resultado es un incremento progresivo del número de concursos que, tal y como se concibe actualmente el procedimiento concursal, seguirá dejando un importante reguero de cadáveres empresariales en el camino, todo ello si además tenemos en cuenta el dato de que un porcentaje exiguo de las empresas que utilizan este proceso consiguen superarlo.

En este contexto, la posición de los créditos laborales de los trabajadores se encuentra seriamente amenazada. Contundentemente se ha afirmado que: “si tenemos en cuenta que el 90% de los concursos acaban en liquidación y que, en una buena parte de los mismos, el trabajador acaba percibiendo tan solo las prestaciones del FOGASA, tendremos una imagen de conjunto fiel, en este sentido poca importancia debiera tener la clasificación de los créditos, puesto que salvo lo referido a los 30 últimos días, el resto no tiene eficacia alguna” (GARCÍA VICENTE). Todo ello aunque las actuaciones de los Jueces de lo Mercantil busquen, en muchos casos, adoptar aquellas decisiones que menos perjuicios causen al concurso

y a la masa activa y pasiva del mismo, evitando que se generen nuevos créditos contra la masa.

Con todo, lo cierto es que la posición de los créditos de los trabajadores en el concurso ha quedado severamente afectada tras la aprobación de la Ley Concursal. Pese a que el Convenio nº 173 OIT establece que “la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango superior al de la mayoría de los créditos privilegiados”, que se funda, sin duda, en la posición de debilidad y dependencia del trabajador respecto del empresario, fundamento, por otra parte, de la entera disciplina del Derecho laboral, lo cierto es que la “poda de privilegios” ha afectado de forma esencial a los laborales. Todo ello con un objetivo explícito: “evitar que el concurso se consuma con el pago de los créditos laborales”, como declaraba sin recato el Texto del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001.

Una idea permanentemente reiterada por la doctrina concursal ha sido la relativa a la desaparición del sistema de privilegios y su sustitución por la intervención del FOGASA. El apoyo a la consolidación de “mecanismos extraconcursoales” que eviten que la masa del concurso tenga que soportar los créditos de los trabajadores es, como decimos, una idea fuerza que viene sosteniéndose con insistencia. El establecimiento del denominado Fondo de capitalización pudiera resultar una alternativa razonable.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, preveía en su DA 10 la creación de un fondo de capitalización similar al existente en Austria cuyo objetivo era incrementar la estabilidad en el empleo y fomentar la movilidad laboral, así como la formación para el empleo a lo largo de toda la vida laboral. En el denominado “Fondo austriaco”, establecido por Ley Federal sobre la Previsión Empresarial de los Trabajadores (*Bundesgesetz über die betriebliche Mitarbeitervorsorge*), el trabajador cuenta con un sistema de indemnización por despido que funciona como un fondo de ahorro, que puede mantener aunque cambie de trabajo y que el Estado incentiva utilizar como complemento a la pensión pública. Esta “hucha” o “mochila”,

como la definen en Austria, se va llenando con la aportación mensual de la empresa. La cotización está fijada en el 1,53% del salario bruto (incluidas pagas extraordinarias). El trabajador que tiene derecho a percibir la indemnización/capital al extinguirse la relación laboral puede elegir entre el cobro en efectivo del capital, el mantenimiento de la cuenta en la Caja donde está depositado, la transferencia del capital a la Caja donde esté adherida su nueva empresa o la transferencia del mismo a una Caja de Pensiones o a una compañía de seguros. También se puede disponer de la indemnización o capital cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación o cuando transcurren, al menos, cinco años sin efectuar cotizaciones a una Caja de Previsión Empresarial.

El modelo austriaco a la “española” exigía de un Proyecto de Ley de “Fondo de capitalización” (DA 10ª L. 35/2010). En cuanto a las reglas básicas que la citada norma deberá contener, se establecía, en primer lugar, que el Fondo se constituirá sin incremento de las cotizaciones empresariales; en segundo lugar, la regulación reconocerá el derecho del trabajador de hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de Capitalización en los supuestos de despido, movilidad geográfica para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Y, finalmente, las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. Probablemente, convendría resucitar lo que hasta ahora no ha sido sino un proyecto frustrado y convertir este sistema en un modelo de referencia alternativo al actualmente existente.

En la práctica, este sistema presenta ventajas en aquellos casos en los que la empresa se encuentre en dificultades económicas. Con el sistema vigente en Austria, la indemnización por despido se sustituye por una cuota que se abona mensualmente con los salarios, de forma que en el momento de la extinción no se sufre un gasto adicional, sin que por ello se desproteja al trabajador. En un contexto de

pérdida progresiva de posición de los créditos laborales, soluciones como la austriaca podrían marcar nuevos caminos.

Cuestión que merece también cierta reflexión es la relativa a la tutela que obtienen los créditos de los trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes en el concurso. La LETA proclama un privilegio crediticio para las cantidades que perciben los trabajadores autónomos como pago de su actividad profesional y se remite a la regla de preferencia crediticia contemplada en el art. 91.3 LC. Esta norma se refiere en exclusiva a los supuestos en los que se haya entablado un proceso concursal y mantiene una protección reforzada para los asalariados, situando el privilegio destinado a los créditos adeudados por el concepto de “trabajo personal no dependiente” en un nivel inferior. Es un privilegio sin límite cuantitativo, determinado por la condición subjetiva del acreedor, que deriva del carácter personal del crédito, y limitado temporalmente a lo devengado en el semestre inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

Nuestro ordenamiento jurídico no puede esquivar una sencilla realidad: los ingresos profesionales del trabajador autónomo constituyen, en la generalidad de las ocasiones, su medio primordial de subsistencia económica. Las consecuencias negativas del impago de la contraprestación pueden tener, así pues, una notable entidad en términos comparativos, con relación a los efectos que se pueden provocar a otros acreedores, particularmente cuando la cantidad debida es de cierta relevancia cuantitativa o se trata del impago de clientes que aportan un porcentaje elevado del trabajo del autónomo. Otros acreedores de mayor envergadura por su posición en el mercado o por sus dimensiones, por añadidura, suelen disponer de instrumentos legales más efectivos para el cobro de sus créditos; lo que, como efecto derivado, repercute igualmente de forma negativa sobre los trabajadores autónomos. La trascendencia del cobro de los créditos por parte de los autónomos por vía directa judicial es más relevante, incluso comparativamente,

con la situación de los trabajadores asalariados; éstos, al menos, gozan de la red de seguridad que ofrece el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), de modo que las reglas relativas a las preferencias en el cobro de sus créditos de trabajo pasan a desempeñar una función de segundo orden en lo procedimental, respecto de las cuantías no satisfechas a través de este Fondo. Por el contrario, para los trabajadores autónomos, las reglas de preferencia crediticia se convierten en el instrumento procedimental por excelencia de satisfacción de sus remuneraciones en caso de impago del deudor. Conveniría, probablemente, reflexionar sobre las anteriores cuestiones y valorar la posibilidad de una reforma en esta materia que otorgue una posición más relevante a este tipo de créditos dentro del concurso.

Otro problema es aquel que se pone de manifiesto en relación con la tutela de los créditos de los deportistas profesionales. La estructura salarial de los deportistas profesionales se compone, con carácter esencial, del salario, las primas de contratación o fichaje y la prima de partido, aparte de las cantidades percibidas en concepto de derechos de imagen en el plano mercantil. Así las cosas, la aplicación de la legislación concursal determinaría que el privilegio del que gozan los salarios afecte únicamente a una parte no muy significativa de sus ingresos y que el tope de los salarios garantizados como privilegiados con carácter general; esto es, el tope del triple del salario mínimo interprofesional, resulte muy reducido respecto a la referida estructura salarial. Como ha señalado GARCÍA DUARTE, “esto tiene como consecuencia que el resto de componentes de la masa salarial tengan la consideración de créditos sin privilegio, muy difíciles de cobrar por su posición en la prelación y por la preponderancia de créditos públicos que, junto con los salariales, forman la mayor parte de la deuda de los clubes y SAD”. La anterior situación requeriría, como la anterior, de instrumentos que permitieran subvenir al déficit de tutela crediticia que se produce en estos casos.

6. ¿SON EFICACES LAS REGLAS SOBRE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO?

Una de las posibilidades que ofrece el concurso, como forma de favorecer la continuidad de la actividad empresarial, es que el plan de liquidación disponga la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones o unidades productivas. También el convenio, la otra forma de terminación del concurso, puede incluir proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado, bien de unidades productivas autónomas. Conforme al art. 100.2 LC, estas proposiciones de enajenación incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial del concursado. Aunque el precepto no se remite expresamente al art. 44 ET, se ha señalado que el convenio puede disponer de las deudas del concursado, por la vía de excluir la responsabilidad solidaria del adquirente, pero no de la subrogación en los contratos de trabajo.

La situación es distinta en el caso de la liquidación. En este caso, si como consecuencia de la enajenación, la entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, “se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa” (art. 149.2 LC). Se añade que, “para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo” (art. 149.2 LC). Sea como fuere, en caso de concurso, a los supuestos de “sucesión de empresa” *ex* art. 44 ET “se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.

La referida solución tiene como finalidad la de estimular o, al menos, no desincentivar la adquisición de empresas en fase de liquidación ofreciendo al adquirente un alivio de las cargas económicas que debe asumir al trasladar parte de las mismas al FOGASA. Es, además, una solución que sintoniza con el espíritu de

la Directiva 2001/23/CE y de la propia Ley Concursal, cuya Exposición de Motivos menciona expresamente la finalidad de “conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”. Sin embargo, esta interpretación quedaría comprometida si se atiende a los términos del art. 33.4 ET en el que se dispone que “para el reembolso de las cantidades satisfechas, el FOGASA se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores”. La eliminación de esta subrogación obligatoria, que es la finalidad perseguida por la norma, debe considerarse implícitamente realizada a través de la incorporación del nuevo art. 57 bis ET, que remite a las especialidades previstas en la Ley Concursal en supuestos de sucesión de empresa en caso de concurso. Parece pues que la ventaja reconocida al adquirente de la empresa en fase de liquidación queda expresamente materializada sin que pueda quedar reducida a un aplazamiento temporal de las deudas salariales e indemnizatorias pendientes de pago anteriores a la enajenación.

Esta especialidad no es automáticamente aplicable, sin embargo, a todos los supuestos de transmisión de empresa producida durante la fase liquidatoria del concurso. Es el juez del concurso el que tiene la potestad de decidir su aplicación. Podría decirse, por tanto, que se habilita legalmente al juez para que excluya la aplicación del art. 33.4 ET y limite las obligaciones asumidas por el adquirente de la empresa. Pero, si es así, no parece que fuera de este supuesto las partes implicadas en el concurso puedan decidir, en el marco del convenio de concurso o de liquidación, una medida similar con lo cual, de nuevo, la eficacia de estas medidas queda sensiblemente limitada. Así ocurre con el art. 148 LC, también referido a la fase liquidatoria, que prevé que el plan de liquidación que la administración concursal debe presentar al juez del concurso para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso debe contemplar, siempre que sea posible, la enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas. Bien es cierto que, en este caso, aunque no se prevé expresamente ninguna particularidad aplica-

ble al régimen sucesorio, podría justificarse la adopción de las medidas recogidas en el art. 149.2 LC en virtud del carácter supletorio que dichas reglas presentan.

Más allá de esta peculiaridad, y por lo que se refiere a las deudas laborales, la regla general seguirá siendo la aplicación del régimen sucesorio recogido en el art. 44 ET para las transmisiones de empresa producidas en el marco de un proceso concursal y en particular, la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión en los términos contemplados en el art. 44.3 ET. A diferencia del convenio, en la fase de liquidación no están permitidas las quitas y esperas, de manera que en estos casos, tras la enajenación, subsisten los créditos no satisfechos con lo obtenido por la enajenación y estos, cuando son créditos laborales, son exigibles al nuevo titular en los términos del art. 44.3 ET.

Se ha planteado algún problema, sin embargo, en relación con los créditos de la Seguridad Social. Al respecto, algunos planes de liquidación prevén la exclusión de la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas con la Seguridad Social del deudor concursado. La cuestión ha llegado incluso hasta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aunque éste rechazó la cuestión prejudicial planteada al respecto (STJCE de 16 de octubre de 2008, (Asunto Kirtruna, C-313/2007)). En alguna ocasión se ha convalidado judicialmente este tipo de previsiones incluidas en los planes de liquidación, argumentando que, frente a la regla general de responsabilidad solidaria del nuevo titular por las deudas de la Seguridad Social (arts. 44.3 ET y 104 y 127.2 LGSS), la LC incorpora reglas especiales dirigidas a favorecer la transmisión de la empresa y sobre todo, a garantizar su continuidad. Con ello, se ahorran los costes derivados de la extinción de los contratos de trabajo a la vez que se genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado. Esas reglas especiales suponen que la enajenación de la empresa se hace libre de deudas (salvo garantías reales) y que solo constituye sucesión de empresa en los términos previstos en la propia LC, esto es “a efectos

laborales”. Desde este punto de vista, la Seguridad Social no forma parte de los efectos laborales, de modo que no le afecta esa remisión al Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, la enajenación en fase de liquidación podría excluir la transmisión de responsabilidad por las deudas con la Seguridad Social; la Tesorería General de la Seguridad Social cobrará sus créditos con cargo a lo obtenido por la realización del activo por el orden derivado de la clasificación de sus créditos pero sin posibilidad de dirigirse al nuevo titular empresarial.

Sin embargo, no parece que haya razones suficientes para excluir la subrogación del adquirente respecto de las deudas de la Seguridad Social. A diferencia de las deudas tributarias, cuya transmisión expresamente se excluye en la 42.1.c de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; ni el art. 149.2 LC ni ningún otro de la normativa concursal contiene una previsión semejante para las deudas de la Seguridad Social. La regla general es, pues, la prevista en el ET que constituye un imperativo legal que no puede alterarse por la voluntad de las partes que resuelven la liquidación.

Las anteriores reflexiones nos llevan a una pregunta final: ¿Debe mantenerse el régimen laboral de la transmisión de empresas en el concurso o debería exceptuarse? En el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE, el legislador comunitario permite a los Estados miembros que prevean la no aplicación de los arts. 3 (transferencia o subrogación del nuevo empresario en los derechos del anterior) y 4 (el traspaso no es en sí mismo motivo de despido) en el supuesto de que el empresario cedente sea objeto de un procedimiento de liquidación de su bienes. La Directiva legitima al legislador para

modalizar el régimen jurídico aplicable a una eventual sucesión de empresa en el marco de un procedimiento concursal y ello permitiría excepcionar en estos casos la aplicación del régimen jurídico contemplado en el art. 44 ET.

Ciertamente, como ha expresado DESDENTADO, “el ET no se limita a mantener las relaciones laborales vigentes, vinculándolas a un nuevo empresario. Establece además una responsabilidad solidaria entre los empresarios sucesivos respecto a las obligaciones laborales anteriores y posteriores a la sucesión, aunque en menor medida para estas últimas”. Es una responsabilidad excepcional creada por la ley, con la finalidad de establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales y, sin duda, también para prevenir posibles fraudes pero, dada su amplitud para las obligaciones anteriores a la transmisión, “el funcionamiento del sistema presenta inconvenientes importantes para el tráfico jurídico y puede llevar a consecuencias contraproducentes especialmente en el caso de empresas en crisis. En cualquier caso la compra o arrendamiento de empresa se ha convertido en una operación de alto riesgo”. Por ello, en la Directiva esta garantía está más matizada que puede ser excepcionada, precisamente, en contextos de crisis. A veces, como recuerda DESDENTADO, puede ocurrir que “como en la parábola del ogro filantrópico, también se puede morir de exceso de protección”. ¿Tiene, por todo ello, sentido en el contexto concursal mantener la regla del art. 44 ET o, por el contrario, es una pesada carga que puede conseguir justo el efecto contrario del pretendido?

En suma, el binomio contrato de trabajo y concurso deja demasiadas preguntas sin resolver...

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DESDENTADO BONETE, A., *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia*, RMTAS, 2002, nº 38.

DESDENTADO BONETE, A., PUEBLA PINILLA, A. de la, *La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal*, TS, 2004, nº 166, pp. 9 a 17.

DESDENTADO BONETE, A., y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Albacete, Bomarzo, 2007.

- GARCÍA DUARTE, M., *La especificidad del deporte en el concurso de acreedores*, en XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, en www.mjusticia.gob.es/
- GARCÍA VICENTE, J., *La protección de los créditos laborales y de la Seguridad Social en las empresas en concurso*, Barcelona, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Aspectos laborales de la reforma concursal*, Madrid, Francis y Taylor, 2011.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Los créditos por trabajo personal no dependiente*, en A. ROJO, E. BELTRÁN (Dir.), *Los acreedores concursales. II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 331 a 353.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M., *Comentario a los artículos 64, 65 y 66*, en A. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004.
- MERCADER UGUINA, J.R., PUEBLA PINILLA, A. de la, "La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso", en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El contrato de trabajo, Volumen IV, la Extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi/Thomson, 2011, pp. 1025-1096.
- MERCADER UGUINA, J.R., PUEBLA PINILLA, A. de la, "Los efectos de la liquidación de la sociedad sobre los trabajadores", en A. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *La liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 2ª ed., pp. 373 a 406.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Las indemnizaciones en los despidos por causa de insolvencia y sus límites en la nueva reforma concursal: entre "tenso dualismos" y "razonables divergencias"*, RL, 2012, nº 12, pp. 10 a 47.
- MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA, "Economía social y salvamento de empresas. La Ley concursal como telón de fondo", *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, IUSTEL, 2003, nº 4.
- RÍOS SALMERÓN, B., "Reforma laboral de 2012 y Ley de reforma concursal de 2011: reflexiones sobre un desencuentro legal", AL, 2012, nº 10 (LA LEY 5678/2012).