

Artículos

IMPLICACIONES LABORALES DE LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE: AVANCES E INCONSISTENCIAS QUE ANUNCIAN NUEVAS REFORMAS

Pablo de la Morena Corrales y Borja de la Macorra Pérez
Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

Implicaciones laborales de la ley 16/2022, de 5 de septiembre: avances e inconsistencias que anuncian nuevas reformas

Las modificaciones en materia laboral introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, son ciertamente relevantes tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Muchos son los cambios que se han producido en materia de competencia de juez del concurso, sucesión de empresas, relaciones laborales especiales o representación legal de los trabajadores y que, con mayor o menor fortuna, han venido a zanjar viejos debates o, en su caso, a abrir nuevos.

Este comentario, sin ánimo de lograr la exhaustividad analítica que la reforma exige, proporcionará unas pinceladas sobre las principales modificaciones acontecidas y que se prevén de utilidad para quien las lea.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, SUCESIÓN DE EMPRESA, COMPETENCIA, ALTOS DIRECTIVOS, CONSEJEROS EJECUTIVOS.

Employment-related implications of the insolvency law reform

The Insolvency Law Reform introduces both quantitative and qualitative changes to employment-related matters, including the jurisdiction of the insolvency judge, transfers of undertakings, senior-executive employment contracts and employee representatives. To varying degrees of success, the changes have settled old debates as well as opened up new ones.

While this article is not an exhaustive analysis of the reform, it provides a brief outline of the key changes.

KEYWORDS:

INSOLVENCY LAW REFORM, TRANSFER OF UNDERTAKINGS, JURISDICTION, SENIOR EXECUTIVE EMPLOYEES, EXECUTIVE DIRECTORS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022**

De la Morena Corrales, Pablo; de la Macorra Pérez, Borja (2022). Implicaciones laborales de la ley 16/2022, de 5 de septiembre: avances e inconsistencias que anuncian nuevas reformas". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 297-311 (ISSN: 1578-956x).

1. Introducción

En este foro, analizaremos sintéticamente las principales modificaciones con implicaciones laborales introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (la "**Ley 16/2022**"). Dada la extensión del mismo, no podemos analizar todas y cada una de las distintas medidas que han resultado de la reforma en el plano laboral, sin perjuicio de que todas ellas requerirían de un análisis exhaustivo e individualizado. Precisamente por ello, ponderando la necesidad de ofrecer un análisis útil con evitar incurrir en un excesivo esquematismo, hemos preferido centrarnos en aquellas modificaciones que, a nuestro juicio, presentan una mayor trascendencia cualitativa. Estas son las que enunciamos a continuación.

2. La adquisición de unidades productivas en concurso

2.1. Competencia objetiva

La atracción al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para conocer y pronunciarse sobre la existencia de una sucesión de empresas laboral en el concurso ha sido una materia siempre discutida y repleta de disfraces legales o interpretativos que la reciente reforma ha venido a desvelar y corregir con la modificación, principalmente, de los artículos 52 y 221 LC. Recordemos la historia de este largo desencuentro entre la óptica mercantil o concursalista y la estrictamente laboral¹.

Casi desde su origen se suscitó un importante debate doctrinal y jurisprudencial acerca de si el pronunciamiento que, en materia de sucesión de empresa, podía realizar el juez del concurso con ocasión de la adjudicación o la autorización de la enajenación de una empresa o unidad productiva en concurso limitaba sus efectos a los estrictos límites del concurso o si, por el contrario, tenía carácter vinculante fuera de este. Aunque los jueces de lo mercantil eran claramente partidarios de extender sus pronunciamientos prejudiciales fuera del ámbito del concurso, a fin de dotar de seguridad jurídica al adquirente de una unidad productiva en el marco de este; la Sala de lo So-

¹ BARROS GARCÍA, Mario (2021): Comentario al artículo 221 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1259 a 1266.

cial y la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo resolvieron el debate sorteando el primer intento de atracción competencial en favor de la jurisdicción social. A tal fin, declararon que la competencia para pronunciarse sobre la existencia y alcance de la sucesión de empresa correspondía única y exclusivamente al orden social (entre muchas otras, STS Social de 27-7-2020, R. 3488/2017).

Sin embargo, pronto se inició un segundo intento de ficción legal más elaborado. A través del artículo 221.2 LC aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (el “**RDL 1/2020**”), se pasó a establecer que “[e]l juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa”. Pese a que la reforma operada en este punto fue avalada por el Consejo de Estado y por el Consejo General del Poder Judicial en sendos informes preceptivos, se cuestionó si la atribución competencial llevada a cabo por el Gobierno en forma de real decreto legislativo suponía una extralimitación del mandato recibido por el legislador en la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal donde se habilitaba al Gobierno únicamente para “consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

En este sentido, diversos autores y pronunciamientos judiciales entendieron que el RDL 1/2020 no había incurrido en *ultra vires* normativo al regular *ex novo* la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para pronunciarse sobre la sucesión de empresa, sino que la concreción competencial llevada a cabo en el nuevo texto legal aprobado por el Gobierno se había limitado a aclarar un debate jurisprudencial sobre la controversia jurídica. La labor clarificadora, propia de toda refundición, se vería amparada en: (i) la falta de una norma expresa y clara que residenciara la competencia en esta materia en el orden social o civil de la jurisdicción; y en (ii) la falta de afectación o vulneración de regulación anterior en la materia; en la que solo existía una determinada interpretación jurisprudencial basada en una normativa distinta al RDL 1/2020. En fin, se afirmaba también que la labor técnica de refundición no solo amparaba la armonización o consolidación formal de textos legales diversos, sino que también podía entrañar una labor de integración o inclusión de contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa (en este sentido, STC 122/1992 de 28 de septiembre y 166/2007, de 4 de febrero). Con todo, estos argumentos de convicción no generaron el efecto deseado y, no sin también poderosos argumentos, diversos autores y pronunciamientos judiciales entendieron que había existido un manifiesto exceso del refundidor al alterar un régimen competencial claramente residenciado en el orden social de la jurisdicción.

La nueva reforma legal ha solventado (definitivamente) este debate con dos poderosas medidas. A saber:

- i. En primer lugar, el artículo 52.1.5^a LC ha pasado a establecer que la competencia relativa a “[l]a declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran” es exclusiva y excluyente del juez del concurso, lo que se reitera en similares términos en el artículo 221.2 LC. La voluntad del legislador a fin de evitar toda duda interpretativa sobre la privatización por el juez del concurso de esta materia se evidencia con atender a la ubicación sistemática del régimen competencial prevista en el artículo 52 LC, titulado “[c]arácter exclusivo y exclu-

yente de la jurisdicción”, en lugar de en el artículo 53 LC, bajo el título de “[j]urisdicción del juez del concurso en materia laboral”.

- ii. En segundo lugar, de manera paralela y coherente con la regulación concursal, la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio (“**Ley 7/2022**”) ha modificado el artículo 86 ter LOPJ, que pasa a establecer que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en relación con la “declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social”.

La definitiva aclaración del panorama competencial tras la entrada en vigor de la Ley 16/2022 responde al estimable propósito de dotar de seguridad jurídica, en forma de previsibilidad sobre el verdadero coste de la operación, en favor de los interesados en adquirir una unidad productiva en concurso. Consideramos que la certidumbre contribuirá muy positivamente a alcanzar los fines de la reforma concursal, esto es, la sustancial minoración del porcentaje de concursos que finalizan en liquidación y cierre de empresa; con los graves efectos que ello tiene sobre la estabilidad del empleo y del sistema de Seguridad Social.

Pese lo anterior, hemos de advertir que se seguirán planteando dudas jurídicas en relación con las adquisiciones concursales que se hayan llevado a cabo en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del RDL 1/2020 y la Ley 16/2022, esto es, entre el 1 de septiembre de 2020 y el 26 de septiembre de 2022. La interesante controversia sobre el alcance de la delegación normativa, su potencial *ultra vires* y los efectos sobre la competencia del juez del concurso en materia de adquisiciones de unidades productivas en concurso será seguramente decidida por el Tribunal Supremo, dado que ya existen en este momento pronunciamientos de suplicación discordantes.

2.2. Delimitación del alcance de la sucesión de empresa

La reforma concursal ha aclarado también que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso alcanza a la declaración de existencia de sucesión de empresas a efectos laborales y de seguridad social pero también a la “*determinación en esos casos de los elementos que las integran*” (artículo 52.1.4^a LC), esto es, a la concreción de “*los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*” (artículo 221.2 LC).

Esta matización es coherente con la relevante facultad atribuida al juez del concurso de limitar el alcance de la sucesión de empresa a los “*créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente*” (artículo 224.1.3^o LC).

Como es sabido, esta relevante medida introducida por el RDL 1/2020 (y afectada, de mismo modo que la competencia en materia de sucesión de empresa en concurso, por reproches de *ultra vires*) se ha reiterado por la Ley 16/2022 y supone una potenciación esencial para la adquisición de unidades productivas en concurso desde el momento en que el adquirente solo queda subrogado en los contratos, deudas laborales y de Seguridad Social y demás pasivos vinculados al per-

sonal adscrito a la unidad productiva en el momento de la adquisición. Excepcionando el régimen general del artículo 44 ET, se evita hacer responder al adquirente concursal de deudas pasadas vinculadas a trabajadores que ya no forman parte de la unidad productiva objeto de adquisición, por ejemplo, respecto de reclamaciones de daños latentes interpuestas por trabajadores que formaron parte de la unidad productiva mucho antes de ser vendida en concurso (e.g. reclamaciones de daños por enfermedad profesional).

Como novedad, debe destacarse la potenciación de la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia con el fin de dotar de seguridad jurídica a los trabajadores y a la Seguridad Social. En concreto, el artículo 221.3 LC ha pasado a establecer que el juez del concurso, en su labor de análisis sobre la existencia de una sucesión de empresas y sus efectos, tendrá la facultad de *"recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores"*.

Esta previsión, ciertamente necesaria y garantista para los trabajadores e incluso para el procedimiento concursal –pues supone facilitar la tarea del juez del concurso en una materia especializada como es la laboral–, se configura únicamente como una potestad o facultad discrecional del juez del concurso. *De lege ferenda* hubiera resultado conveniente que esta medida se hubiera configurado como preceptiva. Por otro lado, aunque el precepto exige que el informe de la Inspección se emita en el plazo improrrogable de diez días –brevedad coherente con la necesaria agilidad que quiere dotarse al proceso de venta de unidades productivas en el concurso– no debería resultar desatendido por el juez del concurso si se emitiera con posterioridad, en tanto no se haya decidido aún sobre la existencia y alcance de la sucesión de empresa.

3. La competencia del juez del concurso en la adopción de medidas de reestructuración laboral de alcance colectivo

La reforma concursal no ha alterado la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo (artículo 53.1 LC). En concreto, la determinación del alcance colectivo de algunas de estas medidas debe realizarse atendiendo a la normativa en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que es la norma de referencia a este respecto (artículo 53.2 LC).

Debe destacarse, sin embargo, que la concreción del alcance colectivo de estas medidas por remisión a la normativa laboral en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha acompasado con la nueva previsión del artículo 86 ter.5 LOPJ introducida por la Ley 7/2022, solventando así el riesgo de *ultra vires* que había sido apreciado, también en esta materia, por diversos autores.

Resulta llamativo en todo caso que la reforma concursal no haya aprovechado la oportunidad para extender la competencia del juez del concurso a la adopción de medidas de flexibilidad interna o externa de alcance colectivo cuando vienen motivadas por causa de fuerza mayor, en especial, tras la trascendencia alcanzada por dicha causa con la irrupción de la pandemia de la COVID-19. En efecto, a diferencia de lo ocurrido en la normativa laboral, en donde se han regulado recientemente y de manera exhaustiva las medidas de suspensión del contrato de trabajo motivadas por causa de fuerza mayor —introduciendo incluso una subespecie de fuerza mayor “*por impedimento o limitación de actividad normalizada*” (artículo 47.6 ET)—, la normativa concursal guarda silencio a este respecto; lo que provoca la llamativa e inconveniente retención de esta competencia en el orden jurisdiccional social.

4. Planes de reestructuración y extinción del contrato de alta dirección y consejero ejecutivo

Sin lugar a dudas, una de las reformas de mayor calado en el ámbito laboral-concursal introducidas por la Ley 16/2022 tiene que ver con la posibilidad de anticipar la extinción o suspensión de contratos de alta dirección y de consejeros ejecutivos a un momento previo al inicio del concurso, por medio de los planes de reestructuración, de conformidad con lo previsto en el artículo 621 LC.

En esencia y de manera mimética a lo dispuesto en los artículos 186 y 187 LC para los altos directivos en el marco del concurso², el artículo 621 LC —bajo el impreciso título de “*contratos de alta dirección*”— prevé la posibilidad de que el plan de reestructuración regulado en los artículos 614 y ss. LC contemple la suspensión o extinción de los contratos del personal de alta dirección y, de manera novedosa, la de los contratos de consejeros ejecutivos. La equiparación del tratamiento de dos figuras claramente heterogéneas tanto en su naturaleza jurídica como en sus fuentes reguladoras plantea numerosas disfuncionalidades a las que haremos referencia seguidamente y que, seguramente, justifiquen una regulación y tratamiento diferenciado para corregirlas.

De manera sistemática, conviene tener en cuenta las siguientes condiciones, requisitos y cuestiones que plantea el nuevo artículo 621 LC:

- i. *Elemento causal común*: el artículo 621.1 LC introduce una novedosa causa de suspensión y otra de extinción de los contratos de consejero ejecutivo y alta dirección.

En el caso del personal de alta dirección estaríamos en presencia: (i) de una causa suspensiva que se añadiría a las propias de estos contratos reguladas en los artículos 15.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (“**RD 1382/1985**”) y 45 ET; y (ii) de una causa extintiva que se adiciónaría al régimen previsto en los artículos 10, 11 y 12 RD 1382/1985. En el caso de los consejeros ejecutivos, se estaría introduciendo un elemento causal *a priori*

² DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentarios a los artículos 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

innecesario dado que dichos contratos pueden ser extinguidos por decisión de la junta de socios o del consejo de administración *ad nutum*, con sometimiento al régimen contractual pactado o acordado.

Con todo, en ambos casos, la medida de suspensión o extinción ha de fundamentarse en *"el buen fin de la reestructuración"*. Hemos de entender que dicha necesidad puede generarse cuando, atendidas las circunstancias, el ahorro de costes que puede obtenerse con la suspensión o extinción del contrato resulta conveniente para el buen fin del concurso y la protección de la masa activa. También cuando la escasa actividad de la empresa no justifique el mantenimiento de estas posiciones, generalmente dotadas de remuneraciones elevadas.

En todo caso, se trata de una circunstancia que habrá de ser analizada caso por caso y, a nuestro juicio, ser justificada en el plan de reestructuración pues no siempre se tratará de una medida que genere un efecto beneficioso para este. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la extinción del contrato de este tipo de ejecutivos (ya sean laborales o mercantiles) puede desatar el devengo anticipado (e.g. *acceleration clauses*) de planes de incentivos a largo plazo cuya cuantía suele ser sustancialmente superior a la derivada de la propia indemnización por terminación del contrato.

- ii. *Elemento personal*: al margen de las dudas habituales sobre la prevalencia de la relación laboral o mercantil en supuestos de simultaneidad de vínculos, en el caso de los administradores, la redacción del precepto parece alcanzar únicamente a aquellas sociedades cuyo órgano de administración estuviera organizado en forma de consejo de administración y que hayan suscrito un contrato con el consejero ejecutivo al amparo del artículo 249 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("**LSC**"). Entendemos que este régimen jurídico también debería habilitar la extinción de la relación jurídica de consejeros que, en incumplimiento de lo establecido en el artículo 249 LSC, no hubieran formalizado un contrato; en la medida en que ello contribuya al buen fin de la reestructuración.
- iii. *Efectos de la extinción*: el artículo 621.2 LC, de manera similar a lo previsto en el artículo 186 LC para la extinción del contrato de alta dirección en concurso (aunque con alguna diferencia), prevé que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre los efectos y condiciones de la extinción (e.g. plazo de preaviso, importe de la indemnización). Solo en defecto de este acuerdo, el juez del concurso podría moderar, a instancia de cualquiera de las partes interesadas, la indemnización por extinción pactada en el contrato, fijando como suelo o límite mínimo para dicha moderación *"la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos"*. Son muchas las dudas que plantea este inciso del precepto.
 - A. En primer lugar, aunque no se explicita, *"la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo"* hemos de entender que es la contemplada en la legislación laboral común para el despido objetivo procedente *ex* artículo 53.1.b) del ET dado que, siendo puristas, en el marco de un despido colectivo puede acordarse por las partes cualquier indemnización con el límite mínimo necesario de la establecida para el despido objetivo procedente (en este sentido, se ha pronunciado la sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2016, autos 500/2016).

- B. En segundo lugar, entendemos que si la indemnización fijada en el contrato es inferior a la *“la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo”* no tendría sentido que el juez moderara la indemnización y, en consecuencia, debería estarse a la contemplada en el contrato siempre que fuera equivalente a la establecida como mínimo de derecho necesario por el RD 1382/1985.
- C. En tercer lugar, se genera la duda de si dicha indemnización mínima debe resultar aplicable cuando el contrato no prevé ningún régimen indemnizatorio.

En el caso del personal de alta dirección, en defecto de pacto debe resultar de aplicación lo previsto en el RD 1382/1985 que fija una indemnización mínima necesaria para estos casos. Ahora bien, cabe plantearse si la extinción acordada al amparo del artículo 621.2 LC es equivalente al desistimiento empresarial del artículo 11.1 del RD 1382/1985 (i.e. 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades) o a la del despido objetivo, también aplicable al personal de alta dirección de conformidad con lo previsto en el artículo 12 RD 1382/1985. Por razones teleológicas entendemos que, en defecto de pacto en el contrato, procedería aplicar la indemnización por desistimiento dado su menor importe y consiguiente impacto para el concurso (en este sentido, resulta relevante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 26 de julio de 2010, autos 190/2010).

En el caso de los consejeros ejecutivos, entendemos que, en defecto de previsión expresa en el contrato de un régimen indemnizatorio, no debería aplicarse en todo caso la indemnización por despido objetivo pues carecería de justificación que procediera el abono de una indemnización cuando se acuerda la extinción del contrato en un escenario de crisis y no en un escenario de normalidad. Además, conceder al consejero ejecutivo sin derecho a indemnización en condiciones de normalidad, la indemnización propia del despido colectivo en el marco de un plan de reestructuración supondría un claro trato de desfavor respecto del alto directivo que, en dicho supuesto, percibiría una indemnización sustancialmente inferior y regulada en el RD 1382/1985 (i.e. 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades).

Por consiguiente, aunque no es una cuestión clara y una técnica legislativa más depurada hubiera sido deseable, todo parece indicar que el consejero ejecutivo no tendrá derecho a indemnización alguna en caso de: (i) extinción de su contrato al amparo del artículo 621 LC; y (ii) cuando ningún pacto indemnizatorio se hubiera acordado al amparo del contrato suscrito *ex* artículo 249 LSC.

De la misma manera, en caso de que en el contrato de consejero ejecutivo se hubiera pactado una indemnización pero esta fuera inferior a la propia del *“despido colectivo”*, razones interpretativas deben llevar a la conclusión de que dicho blindaje no podría ser objeto de moderación.

- D. En cuarto lugar, la disociación del régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato respecto de la naturaleza del contrato de consejero ejecutivo va a plantear numerosas dudas sobre cómo aplicar el módulo indemnizatorio fijado por la normativa laboral cuando proceda acordar una moderación salarial, tanto en lo que respecta al salario (e.g. ¿qué partidas retributivas percibidas por el consejero ejecutivo deben incluirse en el cálculo? ¿debe resultar de aplicación la jurisprudencia laboral sobre la diferenciación entre partidas salariales y extrasalariales a los efectos del cálculo de la indemnización por despido? ¿debe incluirse de manera prorrateada en el salario regulador por despido la retribución pendiente de devengo en planes de retribución variable, *phantom shares* o *stock option*?) como en lo que respecta a la antigüedad (e.g. ¿debería aplicarse una suerte de "unidad esencial del vínculo" para determinar la antigüedad del consejero ejecutivo a efectos indemnizatorios si este ha prestado servicios para la sociedad antes de ser designado o si el contrato de consejero limita la antigüedad al periodo de desempeño del cargo societario?).

El hecho de que, como veremos, las más que probables discrepancias a la determinación del módulo indemnizatorio en caso de moderación se diluciden a través de recurso de suplicación por órganos de la jurisdicción social *ex* artículo 621.5 LC puede provocar la tentativa, seguramente no pretendida por el legislador, de aplicar la lógica laboral a una relación jurídica por completo ajena a ella.

- E. En quinto lugar, el artículo 621.2 LC no menciona la posibilidad del juez del concurso de moderar elementos retributivos ajenos a la extinción pero que se devengan o generan con esta y que son especialmente frecuentes en el caso del personal ejecutivo. Entre otros, cabe hacer referencia a: (i) los preavisos pactados en contrato para el caso de desistimiento empresarial del contrato o despido, que suelen tener también una finalidad compensatoria (en este sentido, no es infrecuente pactar preavisos elevados como forma de garantizar una retribución mínima al alto directivo o consejero en caso de extinción de su contrato); (ii) la retribución por obligaciones de no competencia post-contractual; o (iii) los planes de incentivos a largo plazo con cláusulas de devengo acelerado en caso de extinción del contrato. La ponderación de estas circunstancias seguramente deba ser realizada en el caso de incluir la extinción o suspensión de este tipo de contratos en el plan de reestructuración puesto que, si no se contemplan, será discutible que dicha medida pueda valorarse como favorecedora del buen fin de la reestructuración.
- iv. *Efectos de la suspensión*: de acuerdo con el 621.2 LC, si se decidiera la suspensión del contrato de consejero ejecutivo o del alto directivo "*este se podrá extinguir por voluntad del consejero ejecutivo o del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado anterior*".

De manera contraria a lo dispuesto en los artículos 186 y 187 LC, que no causalizan esa posible extinción, resulta llamativo que, en aras del buen fin de la reestructuración, el artículo 621 LC haya contemplado la posibilidad del alto directivo o del consejero ejecutivo de extinguir de manera indemnizada su contrato en el marco del contexto del plan de reestructuración y ello porque, lo que *prima facie* puede resultar favorable al buen fin de

la reestructuración, puede acabar torpedeando y frustrando su objetivo; no solo desde el plano indemnizatorio, sino en atención al resto del paquete retributivo concedido al ejecutivo que puede devengarse tras la extinción (por ejemplo, incentivos a largo plazo que puedan ser exigibles con su salida).

Adicionalmente, y al igual que sucede con los artículos 186 y 187 de la LDC, también resulta criticable que se imponga al ejecutivo la obligación de dar un “*preaviso de un mes*” en un contexto de suspensión del contrato, en especial, cuando dicho preaviso no es exigible en caso de extinción del contrato por el empresario *ex* artículo 621.2 LC. Es decir, la falta de reciprocidad de obligaciones en el supuesto de despido a instancias del empresario —que no requiere conceder preaviso— respecto de la terminación del contrato a instancias del alto directivo o consejero delegado —que le exige conceder un preaviso de un mes— rompe un equilibrio que viene considerándose necesario por la doctrina judicial en estos casos.

- v. *Régimen de impugnación*: en fin, el artículo 621 LC, en sus apartados 4 y 5, regula el régimen de impugnaciones de estas medidas por las partes legitimadas para ello. En concreto, se establece un régimen común para altos directivos y consejeros ejecutivos consistente en remitirse al “*incidente concursal ante el juez competente para la homologación*” y, respecto de la sentencia que recaiga, al recurso de suplicación.

De nuevo, no es difícil apreciar que tratar igual a lo que es desigual, genera graves disfunciones en tanto que es extravagante atribuir a los órganos de la jurisdicción social el conocimiento del recurso frente a sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos por quienes no tienen relación laboral. En efecto, las acciones que suscitan consejeros ejecutivos en el marco de su relación contractual competen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales civiles, tal y como se ha declarado por la jurisprudencia de manera reiterada.

Seguramente, en este punto, hubiera resultado necesario contemplar dos regímenes separados. Altos directivos deberían poder acogerse al incidente concursal laboral y al recurso de suplicación. Por su parte, los consejeros ejecutivos deberían quedar sometidos al incidente laboral común, como cualquier otro acreedor distinto del trabajador, y al recurso de apelación. Lo contrario supone una extravagancia que encuentra difícil encaje en el sistema jurisdiccional existente y una clara intrusión no justificada en el orden social de controversias que, por su naturaleza, no pueden pertenecer a esa rama.

5. Potenciación de los derechos de participación de la representación legal de los trabajadores

A través de la modificación de varios preceptos de la LC se han fomentado los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores (“**RLT**”) en el procedimiento concursal, pudiendo destacarse las siguientes medidas dirigidas a este fin.

En primer lugar, y a través de una técnica tendente a adaptar el tenor legislativo a las nuevas medidas tecnológicas (como las que vienen a dotar de agilidad, por ejemplo, al denominado concurso

expres), la Ley 16/2022 ha venido a modificar el artículo 7.4 LC para exigir que, con la solicitud de concurso, no solamente se proporcione la identidad de los integrantes de la RLT sino que también se facilite su dirección de correo electrónico.

Adicionalmente, se ha establecido que la RLT debe ser notificada de todas las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento concursal. En concreto, se viene a exigir que el auto de declaración de concurso se notifique a la RLT incluso aunque esta no se hubiera personado ni hubiera comparecido como parte en el procedimiento (artículo 28.4 LC). La obligación de notificación también se prevé en los casos de concursos sin masa *ex. artículo 37.ter LC*.

Por otro lado, y para el caso del procedimiento especial para microempresas, también se prevén ciertas especificidades de participación de la RLT (entre otras, las previstas en el artículo 697 *quáter LC*), si bien estas resultarán de escasa utilidad en la práctica en la medida en que la mayoría de microempresas, en atención a su número de empleados (artículo 685 LC), rara vez tendrán representación de los trabajadores³.

Finalmente y en el marco de la regulación de los planes de reestructuración, cabe destacar el nuevo artículo 628 bis de la LC cuando dispone que “[c]ualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable incluyendo, en particular, las normas de información y consulta de las personas trabajadoras”. A este respecto, resulta ciertamente dudoso si al amparo del artículo 621.1 LC se han de notificar a la RLT las medidas de suspensión o extinción de contratos de alta dirección (*vid. apartado 4*). En este sentido, la doctrina ha venido entendiendo, en línea con el artículo 16 del RD 1382/1985, que “*ni el comité de empresa ni cualquier otro órgano de representación unitaria resulta ser representativo de los altos directivos*”⁴ por lo que los derechos de información y consulta del artículo 628 bis LC en principio no deberían desplegarse respecto de los contratos de alta dirección. Ahora bien, quizá la reforma de la LC hubiera sido un buen momento para replantear esta situación en la medida en que la extinción o suspensión de un contrato de alta dirección en el marco de un concurso de acreedores puede constituir una información relevante para la RLT, y ello por cuanto la figura del alto directivo, por su cercanía con la del empresario, choca con la línea de flotación del capital humano de toda empresa, siendo una información de extraordinaria relevancia para el ejercicio de la labor representativa; más si cabe en el contexto de la LC.

3 DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa (2017): La representación de los trabajadores en la micro y pequeña empresa. En VV.AA. (Coord. CRUZ VILLALÓN, Jesús, MENÉNDEZ CALVO, María Remedios y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena): *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, pp. 377 a 393.

4 MOLERO MANGLANO, Carlos (2011): *El contrato de alta dirección*, Navarra, Thomson Reuters, p. 671.

6. Medidas de protección del crédito laboral

Otra de las medidas relevantes introducidas por la Ley 16/2022 tiene que ver con la protección del crédito laboral.

En concreto, la reforma del artículo 242.1.1ª de la LC ha venido expresamente a incluir como créditos contra la masa los *“anteriores o posteriores a la declaración del concurso por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare”*.

A este respecto, reviste especial relevancia que se reconozca la posibilidad de que estos créditos surjan con anterioridad a la declaración del concurso y que, pese a ello, tengan la consideración de créditos contra la masa. En cambio, no se ha dotado del mismo tratamiento a *“los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso”* que siguen manteniendo su naturaleza de créditos de privilegio general (artículo 280 de la LC). Esta diferencia puede tener su origen en la naturaleza mixta sancionatoria e indemnizatoria del recargo (entre otras, STS Social de 8-7-2009, R. 4582/2006) que, en consecuencia, le puede hacer merecedor de un tratamiento menos protector que las indemnizaciones *“puras”*, actualmente reguladas en el artículo 242.1.1ª LC.

Por otro lado, también merece prestar atención a las modificaciones experimentadas por el artículo 250 LC, en el que se ha modificado el régimen de pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa. En concreto, se ha estructurado un sistema de créditos imprescindibles o prescindibles para la liquidación de la masa activa en el que se le ha dado especial protagonismo a los créditos laborales. En concreto, entre otros y dentro del primer grupo, quedan los créditos por salarios posteriores a la apertura de la fase de liquidación, continuando, en caso de seguir quedando masa, con el orden del artículo 242.1 LC, a salvo de la especialidad que se recoge para los créditos por salarios e indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo generados tras la declaración del concurso (art. 250.3 y 4 LC).

Adicionalmente y en el ámbito de los planes de reestructuración, reviste especial importancia el nuevo artículo 616 LC cuando dispone que cualquier crédito puede resultar afectado por el plan de reestructuración a excepción de, entre otros, los derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección. Ello supone una clara protección de las personas trabajadoras en el ámbito de los planes de reestructuración y delimita con claridad su régimen diferenciado del de los altos directivos a los que, como ya se ha visto, se les da un trato específico en el artículo 621 LC.

Por último y en relación con la regulación del convenio, también se introducen modificaciones tales como la del artículo 318 LC, que pone de manifiesto que, con las condiciones establecidas en este, la propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos laborales, entre otros, un cambio de ley aplicable, de deudor, de modificación o extinción de garantías, o de conversión de créditos.

7. Medidas pendientes en relación con el ejercicio de acciones extravagantes de “huida del concurso”

Finalizamos el presente foro realizando un apunte final sobre lo que en la doctrina ius-laboralista se ha venido en calificar como fenómeno de huida del concurso⁵, entendido como la estrategia del trabajador de retener la competencia del juez laboral en detrimento del juez mercantil. Este fenómeno se concreta en el ejercicio por parte de los trabajadores de acciones estratégicas de extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 del ET antes de ser afectados por un procedimiento de extinción colectiva por parte del juez del concurso⁶.

Resumiendo mucho las múltiples reformas habidas sobre esta concreta cuestión, recordaremos que el vigente artículo 185 LC ordena la paralización de los procedimientos individuales de extinción del contrato de trabajo iniciados ante los órganos de la jurisdicción social por parte de trabajadores cuando los mismos vinieran motivados por la situación económica o de insolvencia del concursado (e.g. retraso continuado en el pago de salarios). *De lege lata*, dicha suspensión opera únicamente respecto de los “procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme”⁷.

Pese al histórico esfuerzo del legislador en adelantar el comienzo de la lógica concursal antes de su iniciación formal (pensemos en los planes de reestructuración, la incorporación de la categoría de “probabilidad de insolvencia”, o la reciente institución del *pre-pack*), no se ha aprovechado la reciente reforma para adelantar la suspensión de los procedimientos individuales de extinción del contrato de trabajo a instancias del empleado a momentos previos a la solicitud formal del concurso, haciendo viables formalmente situaciones de oportunismo o inequidad. Estas situaciones, carentes de regulación expresa, han tenido que corregirse jurisprudencialmente, extendiendo los efectos suspensivos a momentos previos a la solicitud del concurso mediante el discutible recurso a la técnica de la analogía (entre otros, autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo 6/2020 y 7/2020, de 13-2-2020).

Tampoco se ha aprovechado la reforma para extender la lógica del artículo 185 LC a las acciones extintivas que, por identidad de razón con las instadas al amparo del artículo 50 ET, deberían también resultar afectadas por el concurso. Pensamos en concreto en las acciones por despido tácito⁸ motivadas en situaciones de insolvencia cuya afectación por la suspensión concursal también ha sido aceptada jurisprudencialmente, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de

5 Concepto acuñado por RIOS SALMERÓN, Bartolomé (2003): La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003, *Actualidad Laboral*, nº 2, pp. 353 a 386.

6 Sobre la lógica del artículo 185 LC y el despido colectivo en concurso *vid.* RIOS MESTRE, José María (2012): *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Navarra, Civitas, y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y DE LA MORENA CORRALES, Pablo (2016): Capítulo XXVIII: El despido colectivo en concurso. En GODINO REYES, Martín (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 887 a 932.

7 DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentario al artículo 185 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

8 DESDENTADO BONETE, A. (2012): Concurso y extinción del contrato de trabajo. Las competencias del juez del concurso y las reglas sustantivas. Exposición breve y apunte crítico. En VV.AA. (Dir.: ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora): *El concurso laboral*, Madrid, La Ley, pp. 71 y ss.

lo Social, de 13-4-2016 (R. 2874/2014) o 29-6-2017 (R. 2306/2016). En fin, mención aparte merecen los supuestos de acumulación de acción de despido y acciones resolutorias *ex* artículo 50 ET cuyo tratamiento equiparable y necesidad de atención en función del resultado de cada acción ha sido recientemente analizado con detalle por la doctrina más autorizada⁹.

De nuevo, como se puede apreciar, evidenciamos que la historia de la LC es la historia de un viaje que nunca llega a su destino. Pese a ello, esta reforma nos aproxima más a los objetivos de salvación de empresas pretendidos con ella aunque anticipa, ya desde su misma aprobación, futuras reformas que están aún por llegar.

9 ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora (2022): El despido cautelar como solución a la problemática de las extinciones 'extravagantes' en el concurso. En VV.AA.: *Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 429 a 455.

Bibliografía

BARROS GARCÍA, Mario (2021): Comentario al artículo 221 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1259 a 1266.

DE LA MORENA CORRALES, Pablo y DE LA MACORRA PÉREZ, Borja (2021): Comentarios a los artículos 185, 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En VV.AA. (Dir.: VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel): Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal, Navarra, Thomson Reuters, vol. I, pp. 1067 a 1093.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa (2017): La representación de los trabajadores en la micro y pequeña empresa. En VV.AA. (Coord. CRUZ VILLALÓN, Jesús, MENÉNDEZ CALVO, María Remedios y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena): Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Albacete, Bomarzo, pp. 377 a 393.

DESDENTADO BONETE, A. (2012): Concurso y extinción del contrato de trabajo. Las competencias del juez del concurso y las reglas sustantivas. Exposición breve y apunte crítico. En VV.AA. (Dir.: ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora): El concurso laboral, Madrid, La Ley, pp. 71 y ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y DE LA MORENA CORRALES, Pablo (2016): Capítulo XXVIII: El despido colectivo en concurso. En VV.AA. (Dir.: GODINO REYES, Martín): Tratado de despido colectivo, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 887 a 932.

MERCADER UGUINA, Jesús y ALAMEDA CASTILLO, María Teresa (2015): Comentario al artículo 65 de la Ley Concursal. En VV.AA. (Coord. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M., CAMPUZANO LANGUILLO, Ana Belén, ALAMEDA CASTILLO, Teresa y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José): Comentario de la Ley Concursal, Madrid, Aranzadi, p. 4 de la versión electrónica.

MOLERO MANGLANO, Carlos (2011): El contrato de alta dirección, Navarra, Thomson Reuters, p. 671.

ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora (2022): El despido cautelar como solución a la problemática de las extinciones 'extravagantes' en el concurso. En VV.AA.: Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 429 a 455.

RIOS MESTRE, José María (2012): Despido colectivo y concurso de acreedores, Navarra, Civitas, pp. 696 y ss.

RIOS SALMERÓN, Bartolomé: La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003 (2003), Actualidad Laboral, nº 2, pp. 353 a 386.