

Los ERTes de las empresas concursadas

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Como consecuencia de la nueva legislación por COVID-19, las empresas concursadas podrán tramitar los ERTes por fuerza mayor como el resto de empresas. La norma laboral retoma protagonismo frente a la norma concursal, permaneciendo presente en juez del concurso únicamente para determinadas impugnaciones.

1. El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, BOE, 1 de abril, confiesa ser sensible al «obstáculo adicional» que supone la coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 a la viabilidad de las empresas en concurso de acreedores. Especialmente por lo que respecta a la dificultad para suscribir o cumplir un convenio, lo que las conduciría o a su liquidación o a encontrar serias dificultades para transmitir una unidad productiva que pueda resultar viable. Para paliar estos efectos, el legislador permite que dichas empresas se beneficien de las medidas recogidas en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, BOE, 18, para los ERTes lo que, en definitiva, posibilita vincular su situación a la derivada de la crisis, conseguir una tramitación más ágil «prácticamente inmediata en caso de fuerza mayor», la reposición de la prestación por desempleo y la exoneración (parcial o total, según el número de trabajadores) en caso de ERTE por causa de fuerza mayor. Pero, para garantizar que sólo aquellas empresas concursadas que resulten viables puedan acogerse a estas medidas, deberán asumir, como ocurre con el resto de empresas, el compromiso de mantenimiento de empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.

Para conseguir este objetivo, se introduce una nueva Disposición adicional 10ª en el Real Decreto-ley 8/2020 que recoge las especialidades de aplicación de dicha norma a las empresas concursadas. Se trata de permitir que las medidas laborales especiales puedan ser asimismo

aplicadas a las empresas en concurso, siempre que se compruebe que cumplen con las situaciones previstas en los artículos 22 y 23 del citado Real Decreto-ley 8/2020. La novedad reside, sin embargo, en que, a estos efectos, dejará de aplicarse el artículo 64 de la Ley Concursal (en adelante, LC) para volver a la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, eso sí con las especificidades propias de las nuevas medidas recogidas en los artículos 22 a 28 del citado Real Decreto-ley 8/2020 (medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos) y Disposición adicional 6ª de la citada norma (compromiso sobre mantenimiento de empleo), fundamentalmente.

Con todo, existe una serie de requisitos que, de acuerdo con esta nueva Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 8/2020, deberán ser cumplidos y en los que intervendrá la administración concursal. En primer lugar, las solicitudes o comunicaciones de los expedientes deberán ser formuladas por la empresa concursada con la autorización de la administración concursal, o por la administración concursal directamente, según el régimen de intervención o suspensión de facultades patrimoniales. En segundo término, la administración concursal será parte en el período de consultas previsto en el artículo 23, esto es, para aquellos ERTes que no se deriven de fuerza mayor sino por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Si no se alcanzara un acuerdo en este período de consultas, la decisión sobre la aplicación de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada deberá contar con la autorización de la administración concursal o ser adoptada por ésta, según el régimen de intervención o suspensión de facultades patrimoniales. En tercer lugar, será necesario informar de forma inmediata de la solicitud, resolución y medidas aplicadas al juez del concurso, por medios telemáticos, siendo el juez del concurso el que conozca de las impugnaciones reconocidas en el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) y en el artículo 33 del Real Decreto 1483/2012, 29 de octubre, BOE, 30, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

2. El juez del concurso intervendrá en las impugnaciones que se produzcan en el transcurso de este procedimiento, al menos en algunas de ellas. Así, el artículo 47.1 LET prevé que, cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas, pudiendo ser impugnado únicamente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión y, en este caso, la impugnación que, con carácter general, sería ante la jurisdicción social se hará aquí ante el juez del concurso. También conocerá este último de la impugnación que, en su caso, efectúe la autoridad laboral, a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Asimismo, será el juez del concurso el que deberá conocer de las reclamaciones que, en su caso, realice el trabajador sobre la justificación o no de las medidas adoptadas por el empresario que, de afectar a un número igual o superior al previsto en los umbrales establecidos para el despido colectivo, podrá reclamarse en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual que se paralizará hasta la resolución de aquél. Finalmente, también conocerá el juez del concurso sobre la reclamación que interpongan los trabajadores sobre los acuerdos o decisiones adoptados en materia de suspensión de contratos y de reducción de jornada.

En todos estos casos, las impugnaciones *«se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación»*, ex Disposición adicional 10.3.e) del Real Decreto-ley 8/2020. Procede recordar que, siguiendo lo

previsto en el artículo 192.1 LC, se reserva el incidente concursal a todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada «en esta ley» otra tramitación. Sin embargo, en materia laboral, la regulación del incidente concursal se encuentra en el artículo 195 LC, existiendo un régimen «común» y otro «laboral» sobre dicho incidente. Será el específico, por tanto, el que deba aplicarse. En ese caso, si la demanda fuera admitida por el juez, el secretario judicial señalará dentro de los diez días siguientes día y hora para el acto del juicio, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio. De no lograrse avenencia, se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Un procedimiento, el descrito para el incidente, que no parece ajustarse plenamente a la mayor celeridad, impresa ahora, en la tramitación y resolución de los ERTes por fuerza mayor.

Tal vez por esta razón, el legislador exceptúa de esta intervención del juez del concurso y del incidente concursal a aquella resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor y que podrá ser impugnada directamente por el empresario ante la jurisdicción social. Así lo reconoce el artículo 33.5 del Real Decreto 1483/2012 y ésta es la excepción que también recoge esta nueva Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 8/2020.

3. En relación a esta nueva regulación cabe destacar, entre otras, las siguientes circunstancias. La primera, que el juez del concurso, presente antes en toda la tramitación, una vez declarado el concurso, incluso aunque el procedimiento de suspensión de contratos se hubiera tramitado con anterioridad, desaparece del procedimiento, estando sólo presente en caso de impugnación. En segundo lugar, que las reglas sustantivas y procesales —se deja sin efecto el artículo 64 LC— ya no son las reconocidas por la Ley Concursal sino las derivadas del Estatuto de los Trabajadores y de sus normas reglamentarias. En tercer término, que, en la legislación concursal se permitía que fuera la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales quienes pudieran solicitar del juez del concurso la suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que fuera empleador el concursado, recayendo ahora dicha competencia en el empresario o en la administración concursal.

Con todo, se pone de manifiesto cómo el equilibrio que la Ley Concursal intentó diseñar para centralizar en el juez de lo mercantil tanto la regulación sustantiva como procesal se rompe ahora. Y, así, como consecuencia de los efectos de la pandemia se intenta «beneficiar» al concursado, en su patrimonio y en la viabilidad futura de su empresa. Se desvirtúan, al menos por lo que respecta a la institución de la suspensión contractual laboral, lo dispuesto en el artículo 8 LC, en virtud del cual el juez de concurso conocerá de todas aquellas *«acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores»*. Ni tampoco se mantiene íntegramente lo dispuesto en el artículo 9 LC, en el que se prescribe cómo *«la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal»*.

Por otra parte, procede subrayar que el artículo 64 LC había establecido un expediente judicial cuando ya en el derecho sustantivo laboral había desaparecido el expediente administrativo. Ahora, se retoma la fórmula ordinaria y se volverá al expediente administrativo para los ERTes por fuerza mayor y al procedimiento ordinario —sin autorización laboral— para los que se deriven de otras causas —la referencia a los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 así lo impone—, aunque se trate de empresas concursadas, y siempre que el telón de fondo de las medidas a adoptar sea la situación económica derivada de la crisis sanitaria.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com o dirijase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com