



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de
la Magistratura

NURIA A. ORELLANA CANO

ANDALUCÍA OCCIDENTAL

LA AFECTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA TRAS LA LEY 16/2022

SUMARIO: I. La afectación de los contratos de trabajo en la reestructuración. 1.1. Una primera aproximación a la nueva regulación de la reestructuración preventiva. 1.2. La afectación de los contratos en la reestructuración: generalidades. 1.3. Los contratos de trabajo distintos del personal de alta dirección. 1.4. La relación laboral especial de alta dirección y la equiparación de los consejeros ejecutivos. 1.4.1. El objeto de esta afectación. 1.4.2. La finalidad de esta afectación. 1.4.3. La notificación al afectado 1.4.4. La tramitación de las medidas. 1.4.5. ¿Es necesaria la homologación del plan que contenga estas medidas? 1.4.6. La moderación de la indemnización en caso de extinción del contrato 1.4.7. La judicialización de la controversia 1.4.8. La equiparación de los consejeros ejecutivos y el debate sobre la superación de la teoría del vínculo. II. Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los planes de reestructuración. III. La afectación de los créditos laborales en la reestructuración. IV. Conclusiones.

RESUMEN

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), introduce importantes modificaciones en la legislación concursal, entre las que destaca la nueva regulación de la reestructuración preventiva en su Libro II. El objeto de este artículo es analizar cómo quedan afectados los contratos de trabajo y los créditos laborales en la regulación de los planes de reestructuración, teniendo en cuenta que no encontramos una regulación unitaria, sino escasos artículos dispersos. Se parte en este análisis de distinguir entre las relaciones laborales comunes, por un lado, y la relación laboral especial del personal de alta dirección, por otro, ya que la regulación sí que dedica especial atención a los altos

directivos, permitiendo que el plan de reestructuración prevea la extinción o suspensión de su relación laboral, con la singularidad de equiparar, a estos efectos, a los consejeros ejecutivos, pese a la diferente naturaleza de su relación.

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores, insolvencia, plan de reestructuración, trabajadores, alta dirección, consejero ejecutivo, despido, extinción de contrato, suspensión de contrato, indemnización, derechos de información y consulta de los trabajadores, créditos laborales.

ABSTRACT

Law 16/2022 of 5 September, which transposes Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 (Restructuring and Insolvency Directive) into Spanish law, introduces important amendments to insolvency law, including the new regulation of preventive restructuring in Book II. The purpose of this article is to analyse how employment contracts and labour claims are affected by the regulation of restructuring plans, taking into account that there is no unitary regulation, but only a few scattered articles. The starting point for this analysis is to distinguish between common employment relationships, on the one hand, and the special employment relationship of senior management personnel, on the other, since the regulation does devote special attention to senior management, allowing the restructuring plan to provide for the termination or suspension of their employment relationship, with the singularity of putting executive directors on an equal footing for these purposes, despite the different nature of their relationship.

Keywords: bankruptcy, insolvency, restructuring plan, employees, senior management, executive director, dismissal, termination of contract, suspension of contract, severance, information and consultation rights of employees, labor credits.

I. LA AFECTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA REESTRUCTURACIÓN

1.1. Una primera aproximación a la nueva regulación de la reestructuración preventiva

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), contiene una regulación *ex novo* de la reestructuración en su Libro II, que comprende, tanto la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de

reestructuración (antiguo art. 5 bis de la Ley 22/2003, Concursal), como los propios planes de reestructuración, que constituyen la piedra angular de este Derecho Preconcurso, que vienen a derogar y sustituir a los acuerdos de refinanciación -y, al acuerdo extrajudicial de pagos-.

Son planes de reestructuración aquellos que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos (art. 614 del TRLC)

El régimen aplicable pivota sobre un principio de intervención judicial mínima y *a posteriori*. La negociación y votación del plan es informal y, al margen de cualquier proceso reglado o de la intervención de ninguna autoridad judicial, sin perjuicio de la posible designación de un experto en la reestructuración, cuando proceda imperativamente o a instancia de las partes. El juez solo interviene al final del proceso, para homologar el plan.

Se acoge la opción, permitida por la Directiva 2019/1023, de homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, esto es, los llamados planes liquidativos.

El recurso a esta regulación es necesaria cuando: (i) se pretenda extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes; (ii) se pretenda extender sus efectos a los socios; o, (iii) se quiera proteger el plan y las garantías, actos o negocios previstos en él de las reglas generales sobre acciones rescisorias concursales o, conceder determinados privilegios a la financiación otorgada o comprometida en el contexto de un plan de reestructuración, en el caso de posterior concurso (arts. 665 a 670 TRLC).

Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto. Los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración votarán agrupados por clases de créditos. La propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados (art. 627 TRLC).

El plan de reestructuración se considerará aprobado por una clase de créditos afectados (intra-class cramdown) si hubiera votado a favor más de los dos tercios del importe del pasivo correspondiente a esa clase. En el caso de que la clase estuviera formada por créditos con garantía real, el plan de reestructuración se considerará aprobado si hubieran votado a favor tres cuartos del importe del pasivo correspondiente a esta clase.

El plan puede haber sido aprobado por todas las clases de créditos -en cuyo caso los requisitos para la homologación se recogen en el art. 638 TRLC- o, sólo por algunas clases de créditos, en cuyo caso se produce el arrastre de las demás (cross-class cramdown), en

los términos del art. 639 TRLC, que recoge los requisitos para su homologación.

Cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora (aumento de capital, operación acordeón, modificación estructural, transmisión de activos esenciales), se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda. Se prevén especialidades para las sociedades de capital en el art. 631 TRLC. El plan, en estos casos, puede afectar a los socios pese a no haber sido aprobado, si el deudor se encuentra en insolvencia inminente o actual, pero no si está en probabilidad de insolvencia.

La homologación judicial del plan de reestructuración será necesaria en cualquiera de los siguientes casos (art. 635 TRLC):

1.º Cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica;

2.º Cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración;

3.º Cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente a acciones rescisorias en los términos previstos en este título, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero.

En esta regulación de los planes de reestructuración, cuyo contenido se detalla en el art. 633 TRLC, podemos cuestionarnos si es posible afectar a las relaciones laborales, esto es, ¿puede acordarse una reestructuración de plantilla? A este interrogante dedicamos este apartado, distinguiendo según estemos ante relaciones laborales comunes o, ante relaciones laborales del personal de alta dirección, si bien, previamente se exponen unas breves notas relativas a la afectación de contratos en general.

1.2. La afectación de los contratos en la reestructuración: generalidades.

El artículo 618 TRLC recoge el principio general de vigencia de los contratos, al prever su apartado 1 que la homologación de un plan de reestructuración, por sí sola, no afecta a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Y, el apartado 2 de dicho precepto prevé para los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, que no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente, por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor. El artículo 619 TRLC regula las especialidades para determinados acuerdos de compensación contractual y, el artículo 620 TRLC, la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración. Conforme a este último precepto, se permite que

mientras se está negociando un plan de reestructuración, el deudor solicite a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, en los casos en los que esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y para prevenir el concurso. Si las partes no llegan un acuerdo sobre los términos de la modificación o las consecuencias de la resolución, el plan de reestructuración podrá prever la resolución de esos contratos. El crédito por la indemnización derivado de la resolución también puede quedar afectado por el plan. Las controversias sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor, se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan.

Y, para completar esta regulación de la afectación de créditos y contratos por el plan de reestructuración, el artículo 621 TRLC prevé la posibilidad de que en el plan de reestructuración se contemple la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección, cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración. Pero, para las relaciones laborales comunes, no se contiene un precepto similar.

1.3. Los contratos de trabajo distintos del personal de alta dirección

En la regulación de la reestructuración del Libro II TRLC que introduce la Ley 16/2022, como se ha expuesto, no se contempla especialidad para acordar reestructuraciones de plantilla en el seno del plan de reestructuración, ni se contempla de forma expresa como posible contenido del mismo -a diferencia de lo que ocurre con los altos directivos a los que dedica el art. 621 TRLC-.

Para poder entender cómo pueden quedar afectadas las relaciones laborales comunes en la reestructuración, hemos de acudir al Preámbulo de la Ley 16/2022 y a dos preceptos aislados: los arts. 628 bis y 650.3 TRLC.

Partiendo de entender que se trata de una medida de reestructuración operativa, el Preámbulo se expresa en los siguiente términos:

«La ley introduce otra novedad tomada del procedimiento concursal y de otros sistemas de nuestro entorno: la posibilidad de resolver contratos en interés de la reestructuración, incluidos, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección. Esta novedad es una de las pocas reglas especiales que se establecen en relación con la reestructuración del activo. En efecto, la ley establece un régimen general para la reestructuración del pasivo por lo que, tanto la reestructuración del activo como las medidas operativas que pudieran acordarse, quedan sujetas a su legislación específica atendiendo a su naturaleza (laboral, tributaria o administrativa) en modo tal que las controversias que respecto de ellas pudieran suscitarse se sustanciarán ante el juez competente y no ante el juez del concurso, que no tiene vis atractiva respecto de las mismas.»

En el articulado, bajo la rúbrica "Actos de ejecución del plan" el art. 650 en su apartado 3, desarrolla lo establecido en el Preámbulo, al señalar: *«Cuando el plan contuviera medidas de reestructuración operativa, éstas deberán llevarse a cabo de acuerdo con las normas que les sean aplicables. Las controversias que se susciten en relación con las mismas se sustanciarán ante la jurisdicción competente.»*.

Y, el art. 628 bis, cuya rúbrica es "Derechos de información y consulta de las personas trabajadoras", se refiere, en concreto, a las medidas modificativas y extintivas de los contratos de trabajo. Establece este precepto en su inciso inicial: *«Cualquier 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 (...)»*.

De esta regulación podemos colegir que en el Libro II no se contienen especialidades para las medidas colectivas laborales que puedan adoptarse en el contexto del plan de reestructuración, lo que no impide que puedan adoptarse medidas tales como, modificaciones sustanciales de las relaciones laborales del art. 41 ET y despidos colectivos del art. 51 ET. De igual modo, aunque no se mencionen en el art. 628 bis TRLC, cabría pensar en otras medidas, tales como la suspensión de contratos (art. 47.1 ET), la reducción de jornada (art. 47.2 ET) o el traslado colectivo -esta última, podría entenderse comprendida en el propio art. 628 bis en tanto que se trata de una modalidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque la regulación laboral le dedique un precepto distinto, el art. 40 ET-. En todos estos casos, dichas medidas habrán de estar basadas en causas económicas técnicas, organizativas o de producción -causas ETOP.

Por tanto, pueden adoptarse medidas colectivas que afecten a los trabajadores -con relación laboral común- de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Las controversias que se susciten se sustanciarán ante la jurisdicción social.

La duda que se suscita, que no aparece resuelta, es si esas medidas pueden incluirse como contenido del plan de reestructuración, esto es, si pueden ser objeto de negociación y votación por los acreedores. En todo caso, solo podrán adoptarse de acuerdo con la normativa laboral y, aun en el supuesto de haber sido incluidas en el plan de reestructuración y aprobadas, podrían quedar sin efecto de prosperar su impugnación ante la jurisdicción social.

En la regulación del contenido del plan de reestructuración, aunque no se recogen las reestructuraciones de plantilla en cuanto tales, nos da una pista la mención 9ª del art. 633 TRLC, al incluir, como contenido mínimo del plan de reestructuración, *«las medidas de reestructuración operativa propuestas, la duración, en su caso, de esas medidas (...) y, en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre reducción de jornada o medidas similares»*. Y, en la mención 11ª del citado art. 633, se recogen *«(l)as medidas de información y consulta con los trabajadores que, de*

conformidad con la legislación laboral aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar, incluida la información de contenido económico relativa al plan de reestructuración, así como las previstas en los casos de adopción de las medidas de reestructuración operativas».

En todo caso, aun cuando se incluyan como contenido del plan de reestructuración, estimo que no cabría una impugnación por los trabajadores de la homologación, sino sólo ante la jurisdicción social.

Ello nos lleva, de igual manera, a la duda del momento para su adopción. Esto es, si hay que esperar a que se aprueba el plan de reestructuración o, si pueden ser tramitadas a la vez y, adoptadas, en su caso, antes de aquella aprobación. No podemos dar una respuesta uniforme. Entiendo que dependerá de cada caso, de los términos de la negociación del plan de reestructuración y de su resultado.

1.4. La relación laboral especial de alta dirección y la equiparación de los consejeros ejecutivos.

Así como es muy escasa la regulación de la afectación de las relaciones laborales comunes, con remisión a la normativa laboral y a la jurisdicción social, sí que se contienen especialidades en la Ley 16/2022 para la relación especial del personal de alta dirección¹, en concreto, en el art. 621 TRLC², habiéndose introducido, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, una controvertida equiparación de los consejeros ejecutivos.

El citado precepto establece:

Artículo 621. Contratos de alta dirección.

1. Cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, el plan de reestructuración podrá prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección.

2. En caso de extinción, en defecto de acuerdo, el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará

¹ La relación laboral del personal de alta dirección se regula en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que lo define en el art. 1.2, en los siguientes términos: «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.»

² Para un comentario más detallado de este precepto, me remito a mi trabajo «Contratos de alta dirección, consejeros ejecutivos y reestructuración», en CAMPUZANO, A. y SANJUAN, E. (dir.) *Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 166-234.

También, sobre el art. 621 TRLC, muy ilustrativo el trabajo de FERNÁNDEZ LARREA, I.: "Las novedades "laborales" en la reforma concursal", en *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. Extra 58, 2023, págs. 447-474.

igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos.

3. En caso de suspensión del contrato, 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.

4. Las controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación.

5. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Llama la atención que, a pesar de que el precepto lleva por rúbrica "Contratos de alta dirección", equipara el consejero ejecutivo al alto directivo, aplicando a ambos una misma regulación netamente laboral, inspirada en la regulación que el propio texto refundido de la Ley Concursal dedica a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de alta dirección en los arts. 186 a 188, en los que en modo alguno se contiene semejante equiparación, como tampoco se recogía en el artículo 65 de la Ley 22/2003, Concursal.

La diferencia con la regulación prevista para los altos directivos en caso de declaración de concurso, radica en que en ésta, se atribuye la facultad de decisión para extinguir o suspender los contratos a la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado (artículo 186 TRLC), mientras que el artículo 621 TRLC lo establece como contenido posible del plan de reestructuración.

Igual que el artículo 186.2 TRLC contempla para el alto directivo en el concurso, se prevé en el artículo 621.2 TRLC para el caso de extinción, que el juez modere la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando sin efecto en ese caso la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, conforme al art. 53.1 ET, al que remite el art. 51.4 ET), previsión que este precepto extiende y declara aplicable a los consejeros ejecutivos.

Y, de igual modo que en el artículo 187 TRLC, contempla el artículo 621.3 TRLC la posibilidad de que el alto directivo -y el consejero ejecutivo-, en caso de suspensión de su contrato, pueda optar por la extinción del contrato por su voluntad, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los mismos términos previstos para la extinción en el apartado 2 -con posibilidad de que sea moderada-.³

El art. 621 TRLC suscita a mi juicio importantes interrogantes a los que intentaré ir dando respuesta, aunque sucinta, por la

³ En cambio, no se establece en el artículo 621 igual previsión a la contenida en el artículo 188 TRLC, relativa al aplazamiento de pago del crédito relativo a la indemnización que corresponda al alto directivo, que puede acordar el juez del concurso a instancia de la administración concursal, hasta que sea firme la sentencia de calificación. Esta ausencia de previsión similar en el artículo 621 TRLC se justifica porque dicho precepto está previsto para los planes de reestructuración, en situación preconcursal, mientras que el artículo 188 TRLC parte del presupuesto de la declaración de concurso y, de la posible calificación culpable del concurso y afectación del alto directivo.

limitación del objeto de este trabajo. Así, podemos plantearnos, quién los incluye en el plan de reestructuración; si se ha de notificar al alto directivo, cuándo y por quién; en qué plazo puede impugnar el alto directivo y el consejero ejecutivo la suspensión o extinción del contrato, qué plazo tiene para interponer la demanda de incidente concursal, a quién corresponde la legitimación; cómo se articula la moderación de la indemnización o la pretensión del alto directivo y del consejero ejecutivo de extinguir el contrato y, cómo se computa el plazo de preaviso de un mes. De igual forma, podemos cuestionarnos, en el caso de que se prevea en el plan de reestructuración la suspensión o extinción del contrato del alto directivo o del consejero ejecutivo, si es necesaria la homologación. Y, en cuanto al incidente concursal para resolver las controversias, cuál sea su objeto y, cuál haya de ser el contenido de la sentencia estimatoria. Y, por último, una reflexión: la suspensión o extinción del contrato con el consejero ejecutivo, ¿va a implicar en la práctica la superación de la teoría del vínculo o, al menos, ha sido esa la intención del legislador reformista?

1.4.1. El objeto de esta afectación

El nuevo art. 621 TRLC permite que el plan de reestructuración afecte al contrato suscrito con el alto directivo y, en caso de persona jurídica que cuente con consejo de administración, al contrato suscrito con el consejero ejecutivo; de forma tal, que el plan podrá prever, cuando ello resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, la suspensión o extinción de dichos contratos. Es objeto, por tanto, de esta afectación, de una parte, el contrato con el personal de alta dirección, que se regula en el RD 1382/1985, de 1 de agosto y, de otra, el contrato al que se refiere el art. 249.3 LSC.

Frente a lo dispuesto en el art. 186 TRC, en la regulación del Derecho Preconcursal, lo que prevé el art. 621 es que esas medidas de suspensión o extinción de los contratos, no sólo con el personal de alta dirección, sino también con consejeros ejecutivos, se incluyan como contenido del plan de reestructuración, permitiendo que afecte entre otros, a dichos contratos, en la forma y con los efectos que establece el indicado precepto, completado en lo no previsto que resulte compatible, con el RD 1382/1985, de 1 de agosto, y con el art. 249 LSC.

Dada la flexibilidad con la que se conforma el contenido del plan, dichas medidas podrán ser incluidas a propuesta del deudor⁴ o de los acreedores.

1.4.2. La finalidad de esta afectación

El plan de reestructuración puede prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y con el personal de alta dirección, conforme al art. 621 TRLC, cuando resulte *necesario para el buen fin de la reestructuración*. Por tanto, el presupuesto

⁴ Pudiera servir para que el deudor incluya como contenido del plan la extinción del contrato con el alto directivo "molesto" y, conseguir, de esta forma, una rebaja de la indemnización patada en la cláusula de blindaje. Y, por otro lado, los acreedores podrían imponer como contenido del plan, la extinción del contrato de gestión con el consejero ejecutivo, con rebaja de la indemnización por cese.

para que puedan adoptarse dichas medidas es su "necesidad" para el buen fin de la reestructuración.

A mi juicio, se justifican estas medidas en el "interés" de la reestructuración, en los objetivos del art. 614 TRLC, en la prevención del concurso, en el ahorro de altas retribuciones -debiendo valorarse que si se extingue el contrato hay que pagar una indemnización- y, en su caso, en la designación de un experto en reestructuración⁵.

1.4.3. La notificación al afectado

No se regula la comunicación al alto directivo o al consejero ejecutivo de la inclusión en el plan de reestructuración de una medida que le afecta. Hemos de presumir que la relación de confianza que rige ambas relaciones pasa por una comunicación previa. No siendo ello así, aunque no se prevea, desde mi punto de vista ha de notificársele.

Sí se prevé la notificación a los acreedores que resulten afectados. Así, el art. 627.1 TRLC establece que la propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados, regulando en su apartado 2, la forma de esta comunicación.

Nada se dice sobre el alto directivo o el consejero ejecutivo cuyos contratos van a quedar afectados de forma importante. Respecto de los trabajadores, contamos con el art. 628 bis TRLC, relativo a los "Derechos de información y consulta de las personas trabajadoras", que establece: «Cualquier 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.». Sin embargo, estas normas de información y consulta no resultan aplicables al personal de alta dirección, dada la regulación de su relación especial, pero estimo que la inclusión en el plan de reestructuración de medidas que afecten al contrato de trabajo del alto directivo deben ser comunicadas tanto a éste, como a los representantes de los trabajadores, por aplicación, en cuanto a éstos, del derecho de información y consulta.

En cualquier caso, aunque no sean titulares de créditos, en la medida en que la extinción de sus contratos pueda implicar una indemnización y, que la suspensión del contrato podría acabar en extinción a su instancia, podemos entender que procedería la notificación al amparo del art. 627.1 TRLC⁶.

1.4.4. La tramitación de las medidas

La tramitación de estas medidas, en tanto que formen parte del contenido del plan de reestructuración, no es otra que la del propio plan. Así, éste se ha de someter a la aprobación de los acreedores, por cada clase de créditos (art. 629 TRLC). Tienen derecho de voto,

⁵ Con más detalle, *vid.* la justificación de esta conclusión en mi obra citada "Contratos de alta dirección ...", pp. 203-209.

⁶ El otro precepto que contempla la notificación a los acreedores es el art. 638 TRLC, pero se refiere sólo al supuesto de homologación del plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores.

todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan (art. 628.1). Considero que el mero hecho de poder quedar afectados los contratos del alto directivo y del consejero ejecutivo por el plan de reestructuración no los convierte en acreedores.

También se ha de someter a la aprobación de los socios el plan de reestructuración, cuando contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora. Si el consejero ejecutivo tiene la condición de socio podrá votar en la junta general, pero siempre que se incluyan medidas que requieran dicho acuerdo, como por ejemplo, una modificación estructural.

1.4.5. ¿Es necesaria la homologación del plan que contenga estas medidas?

Es esta una cuestión polémica a la que la regulación no da una respuesta expresa. El art. 635 TRLC regula los supuestos en los que es necesaria la homologación judicial del plan de reestructuración y, en concreto, en su ordinal 2º, cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración. Si entendemos que el contrato de alta dirección o con el consejero ejecutivo se resuelve ("extingue") en interés de la reestructuración ("para el buen fin de la reestructuración"), pudiera entenderse que está comprendido en este precepto, pero no pienso que haya sido esa la intención del legislador reformista, que más bien entiendo que se refiere a los supuestos del art. 620 TRLC, referido específicamente a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración. Ello estimo que viene corroborado por el art. 657 TRLC que, en sede de la impugnación del auto de homologación, regula la impugnación de la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento acordada en el auto de homologación del plan de reestructuración, permitiendo a la parte afectada impugnar esa resolución por cualquiera de los siguientes motivos:

1.º Que esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso.

2.º Que no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato.

Aun cuando son motivos que podrían alegarse por el alto directivo o el consejero ejecutivo, dado que el art. 621 TRLC contiene su propio mecanismo resolutorio de las controversias, considero que no resulta aplicable y, por tanto, este precepto no sirve para argumentar que es necesaria la homologación del plan de reestructuración cuando se contemple la extinción del contrato con el alto directivo o con el consejero ejecutivo, porque, además, ello supondría dejar fuera de la homologación los supuestos de mera suspensión de la relación contractual y, no parece que se haya pretendido dar por el legislador reformista un tratamiento diverso a la suspensión y a la extinción de esos contratos.

Por todo ello, entiendo que la inclusión en el plan de reestructuración de la suspensión o extinción de contratos del personal de alta dirección o de consejeros ejecutivos no implica que necesariamente se haya de someter a la homologación judicial, sin

perjuicio de que proceda por concurrir cualquiera de los supuestos que prevé el art. 635 TRLC.

1.4.6. La moderación de la indemnización en caso de extinción del contrato

En ambos casos de extinción del contrato, ya sea como contenido del plan de reestructuración, ya como reacción del alto directivo o del consejero ejecutivo frente a la decisión suspensiva, ambos conservan el derecho a la indemnización pactada, que podrá ser moderada por el juez competente para la homologación del plan de reestructuración. Se trata de la misma previsión contemplada en el art. 186.2 TRLC para el alto directivo en el concurso.

Suele ser frecuente que el contrato de alta dirección contenga la denominada cláusula (o pacto) de blindaje⁷, definido en la doctrina como el pacto mediante el que las partes contratantes acuerdan una indemnización superior a la mínima legal, bien para todos los supuestos de extinción del contrato o, sólo para algunos⁸.

A) La moderación de la indemnización del alto directivo

Por tanto, la indemnización del alto directivo será, en primer lugar, la pactada, salvo que sea moderada por el juez competente para homologar el plan de reestructuración y, si no se hubiese pactado, procederá la del art. 11.1 RD 1382/1985. No considero que en defecto de pacto la indemnización procedente sea la del despido colectivo. Esa indemnización opera como límite mínimo sólo en caso de haberse pactado expresamente una indemnización en el contrato con el alto directivo para el supuesto de extinción. Además, no habrá necesidad de moderar judicialmente la indemnización si las partes llegan a un acuerdo sobre los términos de la extinción y sobre la indemnización, como se desprende de la dicción literal del art. 621.2 TRLC.

B) La moderación de la indemnización del consejero ejecutivo

Más problemática resulta la aplicación del art. 621.2 TRLC al consejero ejecutivo. En concreto, el citado precepto, tras reconocer que en caso de extinción cabe moderar en defecto de acuerdo la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo -y al alto directivo-, aclara que queda sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, declarando en su último inciso que "resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos". Hemos de interpretar que se está refiriendo al límite mínimo de la indemnización tras la moderación.

⁷ Como señala en la doctrina ORELLANA CANO, A. («La problemática laboral en el concurso de acreedores», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 175-176), la justificación de la cláusula de blindaje puede radicar, tanto en un efecto disuasorio, dado que el contrato puede extinguirse por desistimiento del empresario sin causa, como operar como una indemnización de daños y perjuicios frente a la decisión empresarial de desistimiento, o bien, para garantizar indemnizaciones superiores a las del despido o, incluso, puede servir de garantía para la continuidad de la carrera profesional del alto directivo, moderando el riesgo que asume el alto directivo que es "fichado" por una empresa, ante la espada de Damocles de un desistimiento empresarial.

⁸ DE LA VILLA, L.E.: «Los llamados "pactos de blindaje" en la relación especial de alta dirección», Revista del Poder Judicial, nº 46, 2º trimestre, 1997.

Varios son los interrogantes que la aplicación de este precepto me suscita en relación con los consejeros ejecutivos.

En primer lugar, se le aplica una extinción del contrato con una regulación netamente laboral, ya que no sólo se permite extinguir su contrato en sede de reestructuración, como al alto directivo, sino que, además, de igual modo, se le permite resolver anticipadamente su contrato con la sociedad, basado solo en la decisión de suspensión del mismo y, además, se le acaba reconociendo una indemnización laboral, como si de un despido se tratase.

En segundo lugar, hemos de presuponer, para que se pueda moderar la indemnización, que se haya pactado expresamente una indemnización por cese, supuesto previsto en el art. 249.4 LSC, como contenido facultativo del contrato de gestión social que se introduce en el art. 249.3 LSC por la Ley 31/2014. Por tanto, lo que puede moderarse por el juez competente para la homologación del plan de reestructuración es la indemnización por cese prevista en el contrato con el consejero ejecutivo, lo que sólo procederá si se ha pactado dicha indemnización. Además, es necesario que la indemnización pactada supere la prevista para el despido colectivo, porque en otro caso no cabe moderarla.

En tercer lugar, cabe plantearse si dicha indemnización es la que resultaría procedente de no haberse pactado indemnización, ya que a diferencia del alto directivo, en el que la propia regulación prevé una indemnización en defecto de pacto, no acontece así con el consejero ejecutivo y, lo que sí parece desprenderse de este precepto, es el derecho del consejero ejecutivo a una indemnización, tanto si su contrato se extingue, como si se suspende y opta por la extinción. Por ello, considero que el último inciso previsto en el art. 621.2 podría interpretarse en el sentido de que en defecto de pacto corresponderá al consejero ejecutivo la indemnización del despido colectivo.

En cuarto lugar, sea cual sea la interpretación que se adopte, si procede la indemnización, las dudas se centran en cómo calcularla, porque el Estatuto de los Trabajadores lo que prevé es una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateados por meses los periodos inferiores a un año, con una máximo de 12 mensualidades (art. 53.1 ET, al que remite el art. 51.4 ET) y, el consejero ejecutivo -salvo la cuestión de las dudas sobre la superación de la teoría del vínculo a la que me referiré en otro epígrafe- no es trabajador, ni siquiera alto directivo y no percibe salario. Habrá que entender que salario equivale a las retribuciones del consejero que, deberán prorratearse entre 360, para calcular la retribución diaria, multiplicarla por 20 y, luego, multiplicar el resultado por el número de anualidades en que haya permanecido en el cargo percibiendo la retribución, prorrateando por meses los periodos inferiores a un año y, con el límite del importe de la retribución correspondiente a doce meses.

1.4.7. La judicialización de la controversia

El art. 621 TRLC en su apartado 4 se limita a señalar que «(1)as controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación».

Suscitada controversia en cuanto a la medida incluida en el plan de reestructuración, de suspensión o extinción de los contratos con el personal de alta dirección y con consejeros ejecutivos, vamos a

analizar la competencia, la legitimación, la tramitación y la impugnación, a la luz de lo dispuesto en el art. 621 TRLC.

Pudiera parecer, en primer lugar, que dichas controversias son las que pueda plantear el consejero ejecutivo o el alto directivo al que se le "suspende" o "extingue" su relación contractual, pero también podría plantearse si el deudor que ha propuesto dicha medida en el plan de reestructuración puede suscitar la controversia mediante la interposición de la demanda incidental. Aunque lo frecuente es que sea el consejero ejecutivo o el personal de alta dirección cuyo contrato queda afectado por el plan de reestructuración el que suscite la controversia e interponga la demanda, al no precisar ni distinguir el indicado precepto, hemos de admitir que pueda ser suscitada por el deudor.

De la redacción del art 621 TRLC podemos deducir las siguientes "controversias" que pueden suscitarse:

1) Impugnación por el alto directivo y/o el consejero ejecutivo de la medida adoptada de suspensión del contrato.

2) Impugnación por el alto directivo y/o el consejero ejecutivo de la medida adoptada de extinción de su contrato.

3) Solicitud del alto directivo y/o consejero ejecutivo de extinción del contrato, cuando se haya acordado la suspensión del mismo.

4) Las divergencias en torno a la indemnización procedente (motivo previsto en el art. 657.2º TRLC).

5) En caso de que se pretenda la moderación de la indemnización pactada, en defecto de acuerdo.

La competencia para conocer de las controversias a través del incidente concursal se atribuye al juez competente para la homologación (art. 621.4 TRLC).

Y, conforme al art. 641 TRLC, la competencia para conocer de la homologación de un plan de reestructuración corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso del deudor. Si el deudor o deudores hubieran efectuado la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, esta competencia corresponde "al juez titular actual" del juzgado que hubiera tenido por efectuada esa comunicación.

El cauce procedimental que prevé el art. 621.4 TRLC es el incidente concursal común. Llama la atención que el legislador reformista, entre las diversas alternativas que se plantearon en la tramitación parlamentaria, haya optado por un sistema mixto de tramitación incidental ordinaria y recurso de suplicación frente a la sentencia.

Así, en el Anteproyecto y en la versión originaria del Proyecto, sólo se contemplaba la suspensión o extinción de los contratos del personal de alta dirección, a través del incidente concursal laboral.

En la Enmienda 156 del Grupo Parlamentario Plural, que es en la que se propone que se incluyan a los consejeros ejecutivos con la misma regulación, se preveía en el apartado 4 del art. 621, que las controversias se tramitaran "por el incidente concursal ordinario o, en su caso, laboral" ante el juez competente para la homologación. Es

decir, se distingue entre el incidente concursal laboral para el alto directivo, y el incidente concursal común ordinario para el consejero ejecutivo. Finalmente, en la Enmienda Transaccional n° 16 a la anterior Enmienda 156, se recoge simplemente la expresión "incidente concursal", habiendo pasado así al texto definitivo de la Ley 16/2022, por lo que hemos de entender que al no precisarse que el incidente concursal sea el laboral, el cauce será el del incidente concursal común previsto en los arts. 532 y ss⁹.

La legitimación activa para presentar la demanda de incidente concursal suscitando una controversia al amparo del art. 621 TRLC, corresponderá en la mayoría de los casos, a la parte afectada, esto es, el consejero ejecutivo o el alto directivo. No obstante, ya hemos comentado que pueden existir casos en los que el incidente principie por demanda del propio deudor, por ejemplo cuando no haya acuerdo sobre la moderación de la indemnización por la extinción del contrato (art. 621.3 TRLC).

No considero que el experto en reestructuración, dadas las funciones atribuidas en el art. 679 TRLC, esté legitimado para instar el procedimiento, ni tampoco estimo que haya de ser emplazado.

El art. 621 TRLC omite toda referencia al momento en que puede interponerse la demanda de incidente concursal. Tan sólo, en su apartado 3, en los casos en los que se acuerde la suspensión del contrato y, el alto directivo o el consejero ejecutivo, opten por la extinción, se prevé un plazo de preaviso de un mes, pero ni siquiera en este caso se establece un límite temporal o se determina el momento en el que se ha de presentar la demanda.

En los casos en los que proceda la homologación, a partir de dicho trámite, habremos de entender que surte efecto la medida o medidas adoptadas al amparo del art. 621 TRLC, surgiendo en dicho momento la posibilidad de accionar impugnándola. Pero también cabría anticiparse a un momento anterior, en el caso en el que no se esté de acuerdo, por ejemplo, con que las medidas resulten necesarias para el buen fin de la reestructuración, aunque ello es más discutible.

No estimamos que resulten aplicables los arts. 662 y 663 TRLC, por lo que tan pronto surja la controversia, ha de ser interpuesta la demanda. Hubiera sido deseable que se hubiera fijado un plazo para la impugnación de la decisión, tanto en lo relativo a la adopción de la medida como en cuanto a la impugnación de la indemnización. Y, de igual forma, que se hubiese fijado un plazo para que el consejero ejecutivo o el alto directivo puedan ejercer la opción de la extinción de su contrato. En todo caso, considero que el límite máximo es el del tiempo que dure la suspensión, debiendo comunicarlo al menos un mes

⁹ Hay diferencias importantes con la resolución de otros contratos. Así, para la resolución de contratos con obligaciones recíprocas entre las partes pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración, el art. 620 TRLC prevé que las controversias que se susciten sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor, se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan, lo que remite, respectivamente, a los arts. 657 TRLC, para la impugnación del auto de homologación en lo relativo a la resolución de estos contratos y, a los arts. 662 y 663 TRLC, para la contradicción previa a la homologación judicial del plan.

Dichos preceptos, en definitiva, también prevén el cauce del incidente concursal (arts. 658.1 y 663 TRLC). Pero, si bien la competencia para formular la oposición corresponde al juez que está conociendo de la homologación, en el caso de la impugnación del auto de homologación del art. 657, conforme al precepto que el sigue, el art. 658, en su apartado 2, la competencia para conocer del incidente concursal corresponde a la Audiencia Provincial.

antes de que finalice, para así poder cumplir con el plazo de preaviso.

La tramitación es la prevista para el incidente concursal en los arts. 532 a 540, 542 y 543 TRLC. El incidente se tramitará conforme a las normas del juicio verbal de la LEC arts. 437 a 447 con las especialidades del TRLC.

La sentencia habrá de resolver sobre la cuestión controvertida planteada en la demanda.

Conforme al apartado 5, la sentencia que recaiga en el incidente concursal común, resolviendo las controversias que se susciten al amparo del art. 621 TRLC, será recurrible en suplicación, por lo que ha de contener una relación de hechos probados.

Resulta muy cuestionable que se adopte para la sustanciación de la controversia el trámite del incidente concursal común, en lugar del incidente concursal laboral, como inicialmente se preveía en el Anteproyecto y en la versión originaria del Proyecto de reforma y, sin embargo, se establezca la impugnación de la sentencia a través del recurso de suplicación, del que conocen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Igualmente discutible resulta que de la impugnación de la sentencia que se dicte relativa al consejero ejecutivo, al que la jurisprudencia de la Sala IV ha venido negando el carácter laboral de la relación con la sociedad (STS 9 de marzo de 2022), se atribuya a la jurisdicción social.

Sin entrar a analizar la procedencia de incluir a los consejeros ejecutivos en este precepto, que estimo sumamente criticable¹⁰, me parecía más correcta procesalmente, la propuesta de la Enmienda 156 del Grupo Parlamentario Plural, que establecía el cauce del incidente concursal laboral y la impugnación a través del recurso de suplicación para el personal de alta dirección y, el incidente concursal "ordinario" y el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, para el consejero ejecutivo.

1.4.8. La equiparación de los consejeros ejecutivos y el debate sobre la superación de la teoría del vínculo

En un principio, la jurisprudencia social aceptó la denominada teoría funcional, que delimitaba una y otra figura, atendiendo a las funciones desempeñadas, de forma tal que, cuando concurría en una persona la condición de personal de alta dirección y de administrador social, había de estarse a las funciones que más primaban, para calificar su relación.

La STS (Sala 4ª) de 29 de septiembre de 1988 cambió el criterio delimitador por la teoría del vínculo, según la cual, es imposible acumular en una misma persona y respecto de la misma empresa, la doble condición de administrador social y, la de alto directivo con una relación laboral especial. Esta doctrina distingue el consejero, -incluido el consejero delegado o ejecutivo-, del alto directivo, fundándose en la naturaleza del vínculo, mercantil o laboral,

¹⁰ Vid. con más detalle las críticas en mi obra citada "Contratos de alta dirección ...", pp. 165-234.

respectivamente, que le une con la sociedad y no en la naturaleza de sus funciones.

La nueva redacción del art. 249 LSC dada por la Ley 31/2014, de 3 diciembre, vino a plantear la posible superación de la teoría del vínculo, abriendo un debate doctrinal sobre la pervivencia de dicha teoría en los términos en que había sido formulada por la jurisprudencia laboral, al establece el apartado 3 del citado art. 249.3, "cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título" y, en concreto si dicho otro título puede ser un contrato de alta dirección regulado en el RD 1382/1985.

Por mi parte, no considero que la celebración del contrato -cuya naturaleza no precisa el legislador societario- entre la sociedad y el consejero con funciones ejecutivas, por el hecho de que el precepto mencione a otro título, suponga que este título deba ser un contrato de alta dirección y, que ello suponga una superación de la doctrina del vínculo, que sigue siendo de aplicación y, que deberá ventilarse, en su caso, en la jurisdicción social. Me inclino además por la naturaleza mercantil del contrato del art. 249.3 LSC.

Además, con posterioridad a la Ley 31/3014, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en la Sentencia 206/2022, de 9 de marzo (Rcud. 742/2019), ha seguido manteniendo la pervivencia de la teoría del vínculo. Según esta Sentencia, dicha relación no será laboral si el consejero no desempeña «trabajos que podrían considerarse comunes u ordinarios», precisando que no será laboral si la actividad del consejero en la compañía es para «desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director general, etc.), dado que en tales supuestos, el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección».

Y, aun cuando tras la STS (Sala 4ª) 206/2022, de 9 de marzo, pudiéramos entender zanjada la polémica, estimo que la inclusión de los consejeros ejecutivos en el art. 621 TRLC va a reabrir el debate, porque al unificarse su tratamiento en la reestructuración con los altos directivos y, al otorgarle la competencia a la jurisdicción social para la impugnación de la decisión judicial, pudiera parecer que el legislador reformista ha pretendido superar dicha teoría, aun cuando no fuera esa la justificación inicial de la Enmienda 156 del Grupo Parlamentario Plural -que precisamente señalaba que la relación era mercantil y proponía que conociera del recurso frente a la resolución del juez, en el caso del consejero ejecutivo, a la Audiencia Provincial, mientras que en el texto definitivo se otorga la impugnación a la jurisdicción social-, que constituye la génesis de la posterior redacción de la Enmienda transaccional número 16, que ha pasado al citado art. 621 TRLC.

II. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

La Ley 16/2022 introduce en el TRLC, en la regulación de la

reestructuración del Libro II, el artículo 628 bis que, bajo la rúbrica "Derechos de información y consulta de las personas trabajadoras", establece: *«Cualquier 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».*

El art. 628 bis TRLC procede de las Enmiendas número 238 y 342 del Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, respectivamente, que proponían la siguiente redacción:

«Artículo 628 bis. Derechos de información y consulta de los representantes legales de las personas trabajadoras.

En los supuestos en los que el deudor sea empleador, los representantes legales de las personas trabajadoras, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la legislación laboral, con carácter previo a la aprobación de los planes de reestructuración, tendrá derecho a ser informados y consultados sobre el contenido de dichos planes.»

En el Informe de la Ponencia a la Comisión de Justicia se propuso la Enmienda transaccional número 30 a las enmiendas anteriores, quedando redactado el art. 628 bis TRLConc, en los mismos términos que en la Ley 16/2022.

Este art. 628 bis se completa con el art. 633, relativo al contenido del plan de reestructuración, que exige que contenga la siguiente mención: *«11.ª Las medidas de información y consulta con los trabajadores que, de conformidad con la legislación laboral aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar, incluida la información de contenido económico relativa al plan de reestructuración, así como las previstas en los casos de adopción de las medidas de reestructuración operativas.»*

El Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común propusieron también las Enmiendas 239 y 344, respectivamente, que no prosperaron, para adicionar un nuevo art. 646 bis, para el que la primera de las Enmiendas proponía la siguiente redacción:

«Artículo 646 bis. Derechos de información y consulta de los representantes legales de las personas trabajadoras.

En los supuestos en los que el deudor sea empleador, los representantes legales de las personas trabajadoras, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la legislación laboral, con carácter previo a la homologación judicial, tendrán derecho a ser informados y consultados sobre el contenido del plan de reestructuración que va a someterse a dicha homologación.»

La Enmienda 344 preveía, además, que en defecto de representantes legales de las personas trabajadoras, correspondería el derecho a las

personas trabajadoras.

Este artículo 628 bis TRLC responde a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que se remite a las Directivas que regulan estos derechos de información y consulta de los trabajadores. En este sentido, se recoge en los párrafos 60 y 61 de su Preámbulo:

«(60) A lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral. En particular, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los trabajadores garantizados por las Directivas 98/59/CE (12) y 2001/23/CE (13) del Consejo, y por las Directivas 2002/14/CE (14), 2008/94/CE (15) y 2009/38/CE (16) del Parlamento Europeo y del Consejo. Las obligaciones relativas a la información y consulta a los trabajadores con arreglo a la normativa nacional de transposición de dichas Directivas siguen plenamente vigentes. Esto incluye las obligaciones de informar y consultar a los representantes de los trabajadores sobre la decisión de recurrir a un marco de reestructuración preventiva de conformidad con la Directiva 2002/14/CE.

(61) Se debe proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información referente a la propuesta de plan de reestructuración en la medida en que lo disponga el Derecho de la Unión, a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades. Además, los trabajadores y sus representantes deben participar en la medida que sea necesaria para satisfacer los requisitos de consulta previstos por el Derecho de la Unión. (...)»

El art. 8 de la citada Directiva, regulador del contenido de los planes de reestructuración, prevé en el apartado 1.g) relativo a las condiciones del plan de reestructuración, que deberá incluir las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional.

El artículo 13 de la Directiva, desarrollando lo anterior, baja la rúbrica "Trabajadores", establece:

«1. Los Estados miembros garantizarán que no se vean afectados por el marco de reestructuración preventiva los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, tales como:

a) el derecho de negociación colectiva y de acción sindical, y

b) el derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE, en particular:

i) información a los representantes de los trabajadores sobre la evolución reciente y probable de la empresa o la creación de actividades y la situación económica, que les permita comunicar al

deudor preocupación por la situación de la empresa y por lo que respecta a la necesidad de estudiar mecanismos de reestructuración,

ii) información a los representantes de los trabajadores sobre cualquier procedimiento de reestructuración preventiva que pueda repercutir en el empleo, como en la capacidad de los trabajadores de cobrar sus salarios y cualquier pago futuro, incluidas pensiones de jubilación,

iii) información y consulta a los representantes de los trabajadores sobre planes de reestructuración antes de que se presenten para su adopción de conformidad con el artículo 9, o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el artículo 10;

c) los derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE, 2001/23/CE y 2008/94/CE.

2. Cuando el plan de reestructuración incluya medidas que conduzcan a modificar la organización del trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores, tales medidas serán aprobadas por dichos trabajadores, cuando la normativa nacional o los convenios colectivos prevean tal aprobación en esos casos.»

En la normativa laboral española, el art. 4.1.g) ET reconoce el derecho básico de los trabajadores a la información, consulta y participación en la empresa. Este derecho se desarrolla en el artículo 64 ET, que regula los derechos de información y consulta y las competencias de los órganos de representación legal de los trabajadores -comité de empresa y delegados de personal-. Conforme al apartado 1, párrafo 2º, «(s)e entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo».

Si tenemos en cuenta la regulación expuesta sobre los derechos de información, participación y consulta de los trabajadores en la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, las posibilidades del legislador reformista en su labor de transposición del art. 13, eran dos. O bien, modificar el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, el art. 64, o bien, incluir un precepto en el propio TRLC habiéndose decantado por esta segunda opción. Y, una tercera opción, comprendería la modificación de ambos textos legales.

De haber optado por la primera, a mi juicio, se pudo incluir un apartado "g)" en el artículo 64.5 ET sobre información y, un párrafo en el apartado 6 del artículo 64 ET, sobre consulta, ya que conforme a la Directiva, debe cumplirse con la información y consulta de la representación de los trabajadores, en los términos que resultan del art. 13.1.b), que ha sido expuesto, sin que ello pueda entenderse incluido en el informe del artículo 64.2 apartados a y b) del Estatuto de los Trabajadores, precisamente porque ellos responden a la transposición de la Directiva anterior 2002/14.

No habiéndose verificado de dicha forma, el artículo 628 bis TRLC, pese a su rúbrica, se refiere específicamente a cualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, en cuyo caso, no se establece una regulación especial, como sí acontece en el concurso de acreedores, mediante la atribución de competencias laborales al juez del concurso, sino que se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable. La única referencia que se contiene al derecho de información y consulta es en el último inciso que lo incluye en esa legislación laboral a la que se remite, en particular, a las normas de información y consulta de las personas trabajadoras. No obstante, desde mi punto de vista, la redacción literal del precepto, pese a su rúbrica, al limitar la referencia a esta normativa en su inclusión en la legislación laboral aplicable a cualquier modificación o extinción de la relación laboral en el contexto del plan de reestructuración, me parece que quizás, aborde de una forma demasiado parcial la información y consulta a la representación de los trabajadores en el contexto de una reestructuración empresarial preventiva, por lo que hubiera sido más conveniente, a mi juicio, acompañar este art. 628 bis de una modificación del art. 64 en los apartados comentados.

Cabría plantearse si cabe entender comprendida la transposición del art. 13 de la Directiva en el articulado del art. 64 ET, por lo que bastaría esa remisión normativa del art. 628 bis TRLC. Examinado el contenido del art. 64 ET, quizás cabría entenderlo comprendido en la cláusula general del apartado 1, cuando dice que el comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, si bien, se dice que en los términos del mismo artículo 64, que desarrolla ese primer apartado con detalle en los que le siguen. Más apropiado parece para aplicarlo a los planes de reestructuración, el apartado 5 del mismo precepto, cuando prevé que el comité de empresa tiene derecho a *«ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto»* y, sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa.

En tanto en cuanto se prevea que el plan de reestructuración puede producir efectos en el empleo y en los contratos de trabajo en la empresa, deberá darse cumplimiento a ese derecho, según lo que preceptúa el art. 64 ET.

Por otra parte, al regular el contenido del plan de reestructuración, el art. 633.11^a contiene la siguiente mención, que ha de figurar: *"Las medidas de información y consulta con los trabajadores que, de conformidad con la legislación laboral aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar, incluida la información de contenido económico relativa al plan de reestructuración, así como las previstas en los casos de adopción de las medidas de reestructuración operativas"*.

Este precepto lo único nuevo a lo que se refiere es a la necesidad de aportar a los trabajadores la información económica relativa al plan de reestructuración.

En todo caso, me parece que se hubiera dado mejor cumplimiento a la transposición en nuestro ordenamiento de lo dispuesto en el art. 13.1.b) de la Directiva de 2019/1023, si se hubiera recogido expresamente, en orden con la propuesta de redacción del precepto de las Enmienda 238 y 343 del Grupo Parlamentario Republicano y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, respectivamente, que con carácter previo a la aprobación de los planes de reestructuración, el órgano de representación legal de los trabajadores tendrá derecho a ser informado y consultado sobre el contenido del plan de reestructuración.

III. LA AFECTACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN LA REESTRUCTURACIÓN.

Por créditos afectados por la reestructuración hay que entender, conforme al art. 616 TRLC, aquellos créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular:

- la modificación de la fecha de vencimiento;
- la modificación del principal o los intereses;
- la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales o, en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario;
- la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito;
- el cambio en la persona del deudor; o,
- la modificación de la ley aplicable al crédito.

Rige el principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación, salvo: (i) los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio; (ii) los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual; y, (iii) los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección.

El plan de reestructuración, por tanto, no puede afectar a los créditos laborales, salvo que se trate de créditos del personal de alta dirección. Ello significa que los trabajadores titulares de créditos no pueden votar el plan de reestructuración y que no puede formar una clase de acreedores -lo que no se aplica a los altos directivos-, sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores.

De igual modo, en la regulación de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, el art. 606 TRLC se refiere a los acreedores no afectados. Conforme a dicho precepto, la prohibición del inicio de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas en ningún caso serán de aplicación a las reclamaciones de créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración -lo que remite a art. 616 y 616 bis TRLC-, es decir, la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración no implica la suspensión de las ejecuciones que se sigan para reclamar créditos laborales derivados de relaciones laborales comunes.

Como los créditos laborales -excepto del personal de alta dirección- no pueden quedar afectados por el plan de reestructuración, no se aplica la regulación de los arts. 600 a 604 a las ejecuciones laborales. Sí les resulta de aplicación, en cambio, a los créditos de que sea titular el personal de alta dirección definido en el RD 1382/1985.

IV. CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones, podemos extraer las siguientes apreciaciones y valoración relativas a la afectación de los trabajadores por los planes de reestructuración:

1.- Las medidas de reestructuración de plantilla que puedan adoptarse en el contexto de un plan de reestructuración se rigen por la normativa laboral. La competencia para su impugnación corresponde a la jurisdicción social. No se establecen especialidades en la regulación concursal (arts. 650.3 y 628 bis TRLC), salvo su constancia en el plan de reestructuración y el respeto de los derechos de información y consulta de los trabajadores (art. 628 bis TRLC).

2.- La relación laboral especial del personal de alta dirección -regulada en el RD 1382/1985- puede ser extinguida o suspendida cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración. En caso de suspensión, el alto directivo puede optar por la extinción de su contrato, siempre que medie el preaviso de un mes. La indemnización que corresponda al alto directivo, en defecto de acuerdo, puede ser moderada con el límite de la prevista para el despido colectivo, de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

3.- La regulación establecida para el alto directivo es aplicable al contrato de gestión con el consejero ejecutivo previsto en el art. 249.3 LSC, que podrá ser extinguido (hemos de entender resuelto) o suspendido, cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración, previéndose igual opción en caso de suspensión, de solicitar la extinción, así como, la moderación de la indemnización por cese, en su caso, acordada, con el mismo límite de la indemnización prevista para el despido colectivo; lo que provoca notables dificultades para su cálculo, pues la indemnización por despido colectivo utiliza los parámetros de salario diario y

antigüedad.

4.- Las controversias que se susciten por la suspensión o extinción de los contratos de altos directivos y consejeros ejecutivos se sustancian ante el juez competente para la homologación, por los cauces del incidente concursal común, siendo la sentencia recurrible en suplicación.

5.- No se regula la notificación a los altos directivos y consejeros ejecutivos de la inclusión en el plan de reestructuración ni de la decisión adoptada, en caso de ser aprobado. Tampoco se regula el plazo para la interposición de la demanda.

6. La atribución del recurso frente a la sentencia dictada en el incidente concursal a la jurisdicción social, también para el consejero ejecutivo, podría reabrir el debate de la posible superación de la teoría del vínculo.

7.- La transposición de la Directiva para reconocer el derecho de información y consulta de los trabajadores se limita a incluir dicho derecho de los trabajadores en el art. 628 bis con una mera remisión a la legislación laboral, y, a la inclusión, como mención en el contenido del plan de reestructuración en el art. 633.11^a, de las medidas de información y consulta con los trabajadores que, de conformidad con la legislación laboral aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar, incluida la información de contenido económico relativa al plan de reestructuración. Desde mi punto de vista, hubiera sido deseable una regulación con mayor detalle para llevar a cabo la transposición del art. 13 de la Directiva.

8.- Los créditos laborales procedente de relaciones laborales comunes no se ven afectados por la reestructuración. Ello implica que los trabajadores -salvo los altos directivos- no tienen derecho de voto ni se integran en clase alguna dichos créditos, sin perjuicio de los derechos de información y consulta de sus representantes legales.

9.- La suspensión de ejecuciones como consecuencia de la comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración (arts. 600 a 604 TRLC) no se aplica a las relaciones laborales comunes.

10.- Los créditos del personal de alta dirección sí se ven afectados por el plan de reestructuración y por la suspensión de ejecuciones consecuencia de la comunicación de apertura de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración.

