

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Programa de Doctorado en Derecho, Empresa y Justicia



TESIS DOCTORAL

CONTRATO DE TRABAJO Y CONCURSO DE ACREEDORES

Presentada por:

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Dirigida por:

Dr. Ángel Blasco Pellicer

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Valencia, 2016

SUMARIO

LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	I
CAPÍTULO I. LA INSTITUCIÓN CONCURSAL.....	1
I. LA LEY 22/2003, DE 9 JULIO, CONCURSAL COMO NORMA DE REFERENCIA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL. 1	
1. El principio de unidad legal.....	10
2. El principio de unidad de disciplina.	14
3. El principio de unidad de procedimiento.	16
II. LAS FASES EN LAS QUE SE DIVIDE EL CONCURSO.	19
1. La fase común del concurso.....	21
2. La fase de convenio.....	25
3. La fase de liquidación.....	30
III. LAS MÚLTIPLES REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL.	37
CAPÍTULO II. EL CONCURSO LABORAL: EL TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES EN EL SISTEMA CONCURSAL.	49
I. LAS REGLAS DE REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO CONCURSAL.	54
1. Consideraciones previas.....	54
<i>1.1. Tramitación y evolución normativa del precepto en cuestión.</i>	<i>57</i>
<i>1.2. Contenido del precepto. Aplicación de las normas de representación y defensa en el concurso según razione personae.</i>	<i>62</i>
2. Contenido de la representación y defensa en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y su virtualidad en el concurso.	67
<i>2.1. No obligatoriedad de representación en primera instancia. 67</i>	

2.2. <i>Representación unitaria en caso de existir pluralidad de actores</i>	70
2.3. <i>La representación sindical</i>	73
2.4. <i>La defensa</i>	79
II. ARTÍCULO 2 D) DE LA LEY 1/1996 DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: EXTENSIÓN DEL BENEFICIO EN EL PROCESO CONCURSAL.....	85
1. Aspectos introductorios.	85
2. La Disposición Final Cuarta de la Ley Concursal.	88
2.1. <i>Antecedentes</i>	88
2.2. <i>Contenido</i>	90
2.3. <i>El beneficio de asistencia jurídica gratuita en los sindicatos y en la figura del deudor</i>	104
CAPÍTULO III. LA COMPETENCIA DEL JUEZ MERCANTIL EN MATERIA LABORAL.....	111
I. TUTELA DECLARATIVA.....	111
1. Introducción y antecedentes.....	111
2. Competencia objetiva, territorial y funcional.....	116
3. Competencias del Juez del Concurso en materia laboral.....	126
3.1. <i>Acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo</i>	128
3.2. <i>El necesario carácter colectivo de las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones</i>	146
3.2.1. <i>Inclusión de la reducción temporal de jornada ordinaria diaria de trabajo dentro de las competencias del Juez del Concurso</i>	159

Sumario

3.2.2. <i>Inclusión de los traslados colectivos dentro de las competencias del Juez del Concurso.</i>	162
4. Competencia del Juez del Concurso para conocer sobre las impugnaciones individuales del auto que resuelve las modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas.	163
5. La competencia para conocer sobre los juicios declarativos pendientes en el momento de la declaración del concurso.	169
II. TUTELAS EJECUTIVA Y CAUTELAR.	192
1. La competencia en materia de ejecución de sentencia.	192
1.1. Competencias en ejecución de sentencia.	192
1.1.1. <i>La regla general: prohibición de realizar ejecuciones singulares por parte del Juzgado de lo Social.</i>	196
1.1.2. <i>La excepción: la continuación de la ejecución laboral ya iniciada.</i>	221
2. La tutela cautelar	231
2.1. <i>Medidas cautelares llevadas a cabo con anterioridad a la declaración del concurso.</i>	234
2.2. <i>Medidas cautelares destinadas a preservar el propio concurso.</i>	236
2.3. <i>Medias cautelares tras la declaración del concurso.</i>	237
2.4. <i>Recursos frente a la medida cautelar.</i>	239
CAPÍTULO IV. LAS MEDIDAS LABORALES EN EL CONCURSO	241
I. LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES, SUSPENSIONES Y EXTINCIONES COLECTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO.	241
1. Medidas de ajuste laboral en el concurso de acreedores: el expediente judicial de regulación de empleo.	241

2. El factor temporal en la competencia del juez del concurso en materia laboral: el momento oportuno para solicitar medidas de ajuste de plantilla.....	245
<i>2.1. El cambio producido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo... ..</i>	<i>245</i>
<i>2.2. La declaración de concurso como momento a partir del cual el Juez del Concurso asume las competencias que tiene atribuidas en materia laboral y entra en juego el procedimiento del artículo 64 LC.....</i>	<i>248</i>
3. Sujetos legitimados para solicitar el ERE Concursal.	259
<i>3.1. Consideraciones previas.....</i>	<i>259</i>
<i>3.2. La legitimación para solicitar la extinción, suspensión o modificación sustancial del contrato de trabajo: un supuesto especial dentro del proceso concursal.</i>	<i>269</i>
<i>3.3. Pluralidad de solicitudes interpuestas por varios legitimados.....</i>	<i>275</i>
4. El requisito material de la solicitud: la concurrencia de la causa que motive las medidas que se pretenden llevar a cabo.	278
5. La presentación de documentos junto con la solicitud de inicio del expediente judicial de regulación de empleo: el principio de plenitud informativa.	302
<i>5.1. El plan social de acompañamiento.....</i>	<i>310</i>
6. El periodo de consultas con los representantes de los trabajadores	316
<i>6.1. Sujetos legitimados para negociar durante las consultas..</i>	<i>323</i>
<i>6.2. Duración del periodo de consultas</i>	<i>344</i>
<i>6.3. El contenido de las consultas.....</i>	<i>354</i>

Sumario

6.4. <i>La negociación de buena fe.</i>	363
6.5. <i>La parte final de las consultas: las mayorías pertinentes y otras formas de conclusión.</i>	375
7. Sustitución de las consultas por arbitraje	382
8. El informe no vinculante emitido por parte la Autoridad Laboral	386
9. El auto del Juez del Concurso: asimetrías y otra serie de problemas.	393
9.1. <i>El plazo legal para resolver: interpretación del “silencio judicial”.</i>	393
9.2. <i>Forma del auto del Juez del Concurso: invalidez por la ausencia de hechos probados.</i>	400
9.3. <i>Aspectos materiales del auto del juez del concurso</i>	405
9.3.1. <i>Resolución del Juez del Concurso en caso de que haya existido acuerdo en el periodo de consultas.</i>	405
9.3.2. <i>Resolución del Juez del Concurso en caso de que no haya existido acuerdo en el periodo de consultas.</i>	414
9.4. <i>Efectos del auto</i>	424
9.4.1. <i>¿Autorización o ejecutividad?</i>	424
9.4.2. <i>El factor temporal de efectividad del auto.</i>	429
10. La suspensión de la posibilidad de rescisión indemnizada en caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada según el procedimiento del artículo 64 LC	433
II. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER DE LAS EXTINCIONES DEL ARTÍCULO 50 ET.	440
III. EL TRATAMIENTO DEL PERSONAL LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN	466
1. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 65 LC.	468

2. Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: una modalidad del cese <i>ad nutum</i>.	483
3. La suspensión del contrato del alto directivo y la posterior extinción por su propia voluntad.	496
3.1. La suspensión <i>ad nutum</i> del contrato	496
3.2. Rescisión indemnizada por voluntad del alto directivo en caso de acordarse la suspensión de su contrato.	500
4. El tratamiento de la indemnización por extinción del contrato del alto directivo	507
4.1. La facultad moderadora de la indemnización por parte del Juez del Concurso	510
4.2. La facultad de aplazamiento de la indemnización por parte del Juez del Concurso	519
CAPÍTULO V. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO QUE RESUELVE EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO.	525
I. LA COMPETENCIA COLECTIVA: EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN CONTRA EL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO.	533
1. El fundamento legal de la singular atribución competencial en materia de recursos	533
2. La materia laboral como base de la atribución de competencial al orden social	536
3. La competencia de la Audiencia Provincial	544
4. El recurso de suplicación: algunas consideraciones de interés suscitadas en el seno del concurso.	546
4.1. Legitimación para impugnar en suplicación el auto del Juez del Concurso	554

Sumario

4.2. <i>La concurrencia de gravamen para poder recurrir el auto en suplicación.</i>	559
4.3. <i>La inexistencia de efecto suspensivo de la interposición de recurso de suplicación.</i>	562
II. EL INCIDENTE CONCURSAL EN MATERIA LABORAL.	567
1. Introducción.	567
2. El procedimiento especial diseñado en el artículo 195 LC: un <i>tertium genus</i> a medio camino entre el proceso civil y el laboral.	569
2.1. <i>Las Costas: remisión a la normativa procesal laboral.</i>	581
2.2. <i>Supuestos materiales en los que cabe el incidente laboral concursal.</i>	584
CAPÍTULO VI. LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL CONCURSO.	595
I. INTRODUCCIÓN.	595
II. LOS CRÉDITOS CONCURSALES.	604
1. Su comunicación y reconocimiento.	604
2. Créditos concursales laborales privilegiados.	615
2.1. <i>La calificación del privilegio especial.</i>	615
2.2. <i>Créditos refaccionarios de los trabajadores</i>	617
2.2.1. <i>Elemento subjetivo: que los destinatarios del crédito sean trabajadores.</i>	619
2.2.2. <i>Elemento objetivo: que el trabajo haya sido realizado sobre unos concretos bienes.</i>	624
2.2.3. <i>Elemento locativo: que pertenezcan o estén en posesión del empresario.</i>	626
2.3. <i>Reflexiones sobre la institución del crédito refaccionario de los trabajadores en el concurso: una posible entelequia.</i>	629

2.4. Los créditos laborales con privilegio general.....	632
2.4.1. Créditos por salarios.....	636
2.4.2. Créditos por indemnizaciones.....	646
2.4.3. Indemnizaciones derivadas por accidente de trabajo y enfermedad profesional.....	652
2.4.4. Recargos de prestaciones por incumplimientos en materia de salud laboral.....	655
2.5. Créditos Ordinarios.....	657
2.6. Créditos Subordinados.....	660
3. Créditos contra la masa.....	678
3.1. Los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso: el denominado superprivilegio salarial.....	685
3.1.1. Referencia exclusiva a salarios.....	688
3.1.2. Límite temporal de referencia: 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso.....	690
3.1.3. En la cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.....	694
3.2. Créditos laborales devengados con posterioridad a la declaración del concurso.....	695
3.2.1. Créditos laborales: créditos salariales.....	697
3.2.2. Créditos por indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo.....	699
3.2.3. Créditos por recargos en materia de salud laboral.....	701
3.3. El criterio temporal: el devengo de las indemnizaciones por extinción del contrato.....	704

Sumario

<i>3.4. Las reglas de pago a sus respectivos vencimientos de los créditos laborales</i>	724
III. ORDENACIÓN CREDITICIA LABORAL CUANDO EL CONCURSO CONCLUYE POR INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA (LOS DENOMINADOS CONCURSOS SIN MASA)	731
IV. LA INTERVENCIÓN COMO PARTE DEL FOGASA	743
<i>1.1. El FOGASA y la garantía salarial</i>	743
<i>1.2. El FOGASA como parte procesal</i>	753
CONCLUSIONES	771
BIBLIOGRAFÍA	793

LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV. Autores Varios.

ALC: Anteproyecto de Ley Concursal.

AJM: Auto del Juzgado de lo Mercantil.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

COORD: Coordinador.

COORDS: Coordinadores.

DIR: Director.

DOL: Diario Oficial de la Unión Europea, serie L (“Legislación”).

EM: Exposición de Motivos.

ERE: Expediente de Regulación de Empleo.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

FJ: Fundamento Jurídico

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGP: Ley General Presupuestaria.

LJCA: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPL: Ley de Procedimiento Laboral.

LC: Ley Concursal.

LOC: Ley Orgánica para la reforma Concursal.

LSC: Ley de Sociedades de Capital.

NÚM: Número.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

OP. CIT: *Opus Citatum*.

RAE: Real Academia de la Lengua.

RD: Real Decreto.

LISTA DE ABREVIATURAS

RDAD: Real Decreto de Alta Dirección.

RDL: Real Decreto-Ley.

REC. Recurso.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

SS.: Siguietes.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC. Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

VID: *Vide*.

CAPÍTULO I. LA INSTITUCIÓN CONCURSAL

I. La Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal como norma de referencia del Sistema Español de insolvencia empresarial.

En el Boletín Oficial del Estado del día 10 de julio de 2003¹ se publicó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal cuya entrada en vigor se prorrogó hasta el día 1 de septiembre del año 2004. Paralelamente, en esa misma fecha, vio la luz la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial². Ambas normas vinieron a colmar las exigencias reformatorias que se venían exigiendo desde distintos campos de la ciencia jurídica sobre una tradicional legislación concursal que adolecía de importantes deficiencias, un patente arcaísmo y una compleja dispersión normativa³. Por lo que no es de extrañar que desde la doctrina se llegara a considerar esta reforma concursal como “*urgente, necesaria e inaplazable*”⁴. En este sentido, la presencia de normas anticuadas, unida a

¹ BOE-A-2003-13813.

² BOE-A-2003-13812.

³RÍOS SALMERÓN la calificó como una “*vetusta y obsoleta regulación*”. Vid. RÍOS SALMERÓN, B. “El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el art. 32 de su Estatuto? En *Revista de Derecho Social*, núm. 14. 2001. Página 58. Según expresó FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA este arcaísmo y dispersión estaban directamente anudados a la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la dualidad de códigos de Derecho privado y una regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 15.

⁴CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 18. 2001. Página 3 (BIB 2001/1613).

una manifiesta dispersión legal provocaba dos situaciones: inseguridad y desconcierto en los operadores jurídicos⁵. Por ende, la referida Ley Concursal nació con el afán de intentar modernizar y racionalizar la obsoleta regulación concursal preexistente en nuestro país y adaptarla así a las manifestaciones contemporáneas⁶.

La reforma sobre el derecho de la insolvencia habría sido una cuestión intentada en varias ocasiones y la debemos remontar al ya lejano Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 preconcebido por el Instituto de Estudios Políticos, que por vez primera presentó una regulación conjunta, sustantiva y procesal de las instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes. Le sucedieron posteriormente una serie de borradores de Anteproyectos elaborados por la Comisión General de Codificación, en concreto, en los años 1976, 1983 y 1996⁷. Finalmente, se logró en nuestro país la esperada reforma sobre el sistema normativo concursal a través de las anteriormente referenciadas: Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio y Ley 22/2003, de 9 de julio⁸. Tal y como se apresura en precisar la Exposición de Motivos de esta última norma: “*se aborda, así, la tan esperada como necesaria reforma global del derecho concursal español, sin duda una de*

⁵ MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. “Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable”. En *Actualidad Laboral*, núm. 3. 2001. Página 755.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C. “Introducción General: el modelo de regulación de la Ley Concursal y sus aporías”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y MORENO VIDA: Dirs.). Ed. Comares. 2006. Página 1; CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”...*Op. Cit.* Página 2 (BIB 2001/1613).

⁷ PULGAR EZQUERRA, J. “Algunas consideraciones en torno a los aspectos jurídico-mercantiles del concurso de acreedores”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A.V: Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 26.

⁸ Estas normas fueron precedidas, naturalmente, de un Anteproyecto de Ley Concursal elaborado por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, fechado en octubre del año 2000 y de un Proyecto de Ley Concursal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en fecha de 23 de julio de 2002.

Capítulo I. La Institución Concursal

las más importantes tareas legislativas pendientes en la modernización de nuestro ordenamiento jurídico". El arduo proceso de elaboración de la Ley Concursal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades de la reforma puesto que, como señalara FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, la cuestión concursal no fue un proceso de perfeccionamiento mayor o menor del sistema normativo vigente en aquel momento, ni pretendió remodelar simples detalles problemáticos, sino que *"se trataba lisa y llanamente de repensar radicalmente el concepto y función de la institución concursal y de sus principales manifestaciones en el Derecho español a la luz de la experiencia histórica y de la que ofrece el Derecho comparado para de esa suerte poner fin a la dispersión de normas especiales y excepcionales así como a la introducción de privilegios y alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia"*⁹. Nuestro sistema jurídico concursal no precisaba una mera revisión formal, ni tampoco la incorporación de ciertos criterios de mejora de la institución, sino un replanteamiento global sobre todo el régimen jurídico y demás principios informadores de la legislación concursal, cuestión que llegó, tal y como se está aseverando en este *excursus* previo, a través de la pretendida Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La consecuencia más importante de esta importantísima reforma fue la de instituir en un único texto legal todos los aspectos procesales y materiales relacionados con la situación en la que se encuentra el deudor común, es decir, aquella persona física o jurídica que mantiene deudas con una pluralidad de acreedores a los que no puede satisfacer. En este sentido, la Ley Concursal optó por configurar como núcleo del sistema concursal los

⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. "Marco y fin de la reforma de la legislación concursal"...*Op. Cit.* Página 17.

principios de unidad legal, de disciplina y de sistema (sobre los que referiré algunas consideraciones más adelante). El hecho de que pasaran a regularse en un mismo texto tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales del concurso, dotó de una mayor coherencia sistemática a la disciplina, que no era posible bajo la regulación precedente, puesto que, su dispersión en multitud de textos descoordinados entre sí no lograba servir a ningún fin de política jurídica¹⁰. La anterior regulación del derecho de quiebras fue sintetizada por MENÉNDEZ MENÉNDEZ como el “*arcaísmo de las concepciones básicas*”, situación que ponía en entredicho la necesaria y reclamada unidad de esta rama del derecho¹¹. A ello se le unía el hecho de que el sistema de fuentes normativas se presentaba como un auténtico laberinto jurídico¹². En este sentido, tal y como aseveró CRUZ VILLALÓN, con la Ley Concursal de 2003 se trató de “*responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial*”. Por ello, se optó por dar una respuesta unitaria en esta materia, para poder atender de forma equilibrada a todos los sujetos afectados por ésta¹³, o como se expresó por parte de DESDENTADO BONETE,

¹⁰En este sentido, ALCOVER GARAU, G. “La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005. Página 45.

¹¹MENÉNDEZ, A. “Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005. Página 357.

¹²FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal”...*Op. Cit.* Página 17.

¹³CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003. Página 7 (Ref. CISS 1946/2003).

Capítulo I. La Institución Concursal

para evitar los efectos negativos de todo orden que podrían derivarse de una satisfacción individualizada de corte “hobbesiano”¹⁴.

En este orden de cosas, una de las primeras improntas sobre las que resultaba necesario pronunciarse era sobre el propio vocablo o término que debía de denominar a este nuevo procedimiento único, puesto que hasta ese momento se empleaban distintos nombres para referirse a las diferentes situaciones de crisis económica de los deudores (concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos)¹⁵. Como es sabido, el *nomen iuris* utilizado por la reforma del año 2003 fue el de “concurso”, vocablo que disponía ya de cierto arraigo en el tráfico jurídico de nuestro sistema de derecho de la insolvencia y que aparecía por vez primera en el año 1616 en el *Tractatus de Concursu* de AMADOR RODRÍGUEZ y que transitó a los pocos años hacia el más conocido *Labyrinthus creditorum concurrentium* de SALGADO DE SOMOZA de 1646, donde también se manejaba este término¹⁶. En este texto se significó el concurso con el entrecruzamiento de los diferentes derechos de los acreedores, quiénes no tenían en común nada más que su sujeto pasivo insolvente, que aunque debía de responder ilimitadamente con todo

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A. “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003 Pagina 438.

¹⁵OTERO LASTRES, J.M. “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005. Página 414; CRUZ VILLALÓN J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op.Cit.* Página 7 (Ref. CISS 1946/2003).

¹⁶ Así explica la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal el empleo del vocablo “concurso”: es una “*expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (Tractatus de concursu, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (Labyrinthus creditorum concurrentium, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones*”.

su patrimonio, no podía satisfacer a todos sus acreedores¹⁷. La cuestión relativa a la dicción que debía de emplearse para denominar a este procedimiento de insolvencia fue criticada por parte del Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Concursal emitido el día 21 de marzo de 2002. Este organismo asesor encontraba diversos inconvenientes en la utilización del término “concurso”, principalmente marcados por su carácter polisémico. En efecto, el vocablo “concurso” evoca a una serie de definiciones y locuciones variopintas que en algunos casos se aleja del concepto y tratamiento buscado, cuál es referirse al procedimiento de insolvencia del deudor común. Por ello, el Consejo de Estado propuso, con el objeto de evitar posibles confusiones, la adición del término “acreedores”. Sin embargo, la expresión que se terminó manejando fue simplemente la de “concurso”, sin mayores aditamentos, quizá para evitar la confusión esta vez con la antigua figura del concurso de acreedores que se venía utilizando únicamente para referirse a la insolvencia del deudor no comerciante¹⁸. De este modo, la voz “concursal”, contenida incluso en la denominación de la propia Ley, es una expresión genérica que comprende bajo su elocución tanto el antiguo concurso de acreedores como la quiebra, la quita y espera, así como la suspensión de pagos¹⁹.

¹⁷ Descripción extraída del estudio de OLIVENCIA RUIZ, M. “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17. 2012. Página 2 (Ref. CISS 16290/2012).

¹⁸ No deja de sorprender la definición que sigue perdurando en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que contempla la voz “acreedores” para el término genérico de “concurso” y que significa: “*Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores*”. Se da, por tanto, una falta de adaptación de la definición que perdura hasta nuestros días.

¹⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*. Ed. Iustel “colección Biblioteca Jurídica Básica”. 2006. Página 180.

Capítulo I. La Institución Concursal

Resulta paradigmático que en nuestros días todavía no se haya ofrecido una definición sobre la dicción “concursal” en nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua. En todo caso, como señaló OLIVENCIA RUIZ, el adjetivo “concursal” sirve para delimitar una materia que es objeto de regulación específica por una rama o un sector del ordenamiento jurídico (como por ejemplo son de sobra conocidas las expresiones penal, procesal, constitucional, laboral etc.)²⁰. Por lo tanto, por la Ley Concursal se va a regular, bajo los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, la vicisitud por la cual una persona física o jurídica se ve incapaz de costear de manera ordenada sus créditos. Así, entre las definiciones que se han ido aportando por parte de la doctrina científica acerca del concepto de concurso, resulta interesante destacar, por su claridad, la ofrecida en su momento por PULGAR EZQUERRA. Según esta autora, *“el concurso es un proceso judicial en el que confluyen una pluralidad de intereses afectados por la crisis económica de un deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, se encuentra inmerso en una situación económica de insuficiencia patrimonial que no le permite cumplir sus obligaciones frente a todos los acreedores, manifestándose en esta definición misma la interdisciplinariedad consustancial del Derecho Concursal”*.²¹ También es interesante, por su simplicidad, la definición a la que convida PEINADO

²⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *La terminología jurídica de la Reforma Concursal... Op. Cit.* Página 188.

²¹ PULGAR EZQUERRA, J. “Algunas consideraciones en torno a los aspectos jurídico-mercantiles del concurso de acreedores”... *Op. Cit.* Página 30. También resulta interesante y esclarecedora la definición brindada por Díez-PICAZO que caracteriza el concurso como *“un procedimiento judicial que tiene por objeto la ejecución universal o colectiva de los bienes del deudor y la agrupación de todos los acreedores, de acuerdo con el principio de igualdad de condición y trato de los mismos y, en su caso, con los privilegios o preferencias que les puedan corresponder”*. En Díez-PICAZO, L, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Ed. Thompson Reuters-Civitas. 2006. Página 941.

GRACIA, para quien el procedimiento concursal no es más que “*un sistema de ejecución colectiva ante una situación en la que el patrimonio del deudor se ha manifestado insuficiente para satisfacer a los deudores*”²². En este sentido, su razón de ser es la de evitar la desorganización patrimonial que se derivaría de una multiplicidad de ejecuciones singulares²³, viniendo así a instaurar un Derecho Especial de las Crisis Concursales²⁴. Con base a estas premisas, debemos añadir que dos son las notas o funciones que primordialmente pretende cumplir la institución concursal.

La primera de ellas es la de satisfacer el cobro de los créditos debidos, que en suma, configuran la noción de insolvencia por la que puede declararse el concurso de una empresa persona física o jurídica. Esta solución puede alcanzarse bien con un convenio, mediante el cual se consigan reducir o aplazar los pagos (las tradicionales “quita” y “espera”), o bien a través de la liquidación de los bienes y derechos del deudor y posterior satisfacción de los créditos en función de la prelación que la propia norma concursal establece. Por este motivo, una de las actuaciones principales cuando se declara el concurso consiste en la ordenación de los créditos que hasta esa fecha se adeudan y que han terminado por desencadenar esta situación peculiar. Por ello, la Ley Concursal va a dedicar una gran atención a la sistematización del pasivo de la entidad concursada, tanto para las deudas vencidas con anterioridad a la declaración del

²² PEINADO GRACIA, J.I. “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal: principios, fines e intereses”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, J.L. MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N. Dirs.). Ed. Comares. 2006. Página 460.

²³ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Concursal Laboral*. Ed. Thomson Reuters-Civitas. 2013. Página 23; DESDENTADO BONETE, A. “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003 Pagina 438.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”. En *Relaciones Laborales*, núm. 2. 2005. Página 546.

Capítulo I. La Institución Concursal

concurso, como para las iniciadas una vez declarado éste. En el presente estudio dedicaré un capítulo especial destinado a comentar el sistema de ordenación crediticia de las deudas mantenidas con los empleados y todos los problemas y vicisitudes que se derivan de esta circunstancia.

La segunda de ellas consiste en el denominado como principio de conservación de la empresa. En este sentido, también es función del concurso y de la Ley que regula esta institución la de perseguir la supervivencia de la empresa e intentar evitar que termine por desaparecer del mercado. Precisamente la solución que pasa por ajustar la deuda a través de un convenio era la opción que primordialmente contenía la Ley Concursal en su primigenia redacción (año 2003) y sus años venideros. Por ello, los comentaristas de la Ley Concursal aseveraron que el legislador otorgó prioridad a una de estas dos funciones, en concreto, a la consistente en la ordenación y satisfacción de los créditos adeudados²⁵. Consecuentemente, se echaba en falta por parte del algún autor la ausencia de una mayor atención dispensada sobre el principio conservativo de la empresa, que gozaba de menor presencia en la configuración sistemática de la normativa concursal. Por lo tanto, existía al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal cierta descompensación entre el principio conservativo y el principio solutorio, que se inclinaba a favor de este último. Sin embargo, con el paso del tiempo la apuesta por la supervivencia de la empresa fue adquiriendo protagonismo a lo largo de las sucesivas reformas legislativas que han ido afectando en mayor o menor medida al texto concursal. En este sentido, ya desde la importante Reforma Concursal llevada a cabo *por mor* de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se apostó por

²⁵ Por todos: DESDENTADO BONETE, A. “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación...*Op. Cit.* Página 438.

potenciar las medidas en pos de la viabilidad futura de la empresa. También el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal va en esta misma línea y pretende intensificar la protección de la empresa, favoreciendo soluciones para lograr su continuidad.

1. El principio de unidad legal.

Como ya ha sido esbozado, el régimen concursal se rige por tres principios: el de unidad legal, de disciplina y de sistema. Todos ellos son clave para entender nuestro actual sistema de derecho concursal y con ello la ordenación de las relaciones laborales en las empresas concursadas. Por lo tanto, para comprender las múltiples cuestiones que guardan relación con el Derecho del Trabajo resulta forzoso tener en cuenta la inteligencia de estos tres principios sobre los que se asienta nuestro actual sistema de Derecho Concursal, puesto que de éstos depende en gran medida la configuración de las distintas vicisitudes laborales.

El primero de ellos es el principio de unidad legal, que viene a representar o significar que el régimen jurídico aplicable cuando un deudor se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente se contiene en una única Ley, es decir, que es en un sólo texto donde se regulan los diversos aspectos materiales y procesales de la situación de concurso. Esta decisión contrasta con la realidad concursal precedente a la Ley 22/2003, de 9 de julio, donde las soluciones a los problemas sobre la insolvencia del deudor tropezaban con una pluralidad de textos legales (en esencia: los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la Ley

Capítulo I. La Institución Concursal

de Suspensión de Pagos de 1922)²⁶. Por ello, RODRÍGUEZ-PIÑERO reconoció a la Ley Concursal como una norma formalmente “descodificadora”, por cuanto apartó de la disciplina de los Códigos la dispersa y numerosa legislación concursal. Pero que, a su vez, se formuló como una norma materialmente “codificadora” puesto que ordenó y sistematizó en un único cuerpo legal toda la regulación concursal²⁷. Por lo tanto, a partir del año 2003 todo el régimen concursal se concentra en un único texto legal que se ocupa de regular todos los aspectos vinculados con la situación de concurso, sean de carácter objetivo o sustantivo, así como pertenecientes a cualquier rama jurídica (civil, mercantil, tributario, internacional o en lo que aquí interesa, laboral)²⁸. De este modo, con la pretendida unidad legal, además de clarificarse y simplificarse nuestro sistema jurídico-concursal, se vinieron a superar los viejos debates sobre cuestiones interdisciplinarias y fronterizas ocasionados por la dispersión anterior²⁹, poniéndose fin al laberinto normativo preexistente y que era contrario a la más elemental seguridad jurídica³⁰.

La opción por diseñar una única normativa que englobe todas las cuestiones relativas a la situación de insolvencia de una persona física o

²⁶ La dispersión normativa que existía sobre la materia concursal ya aparecía reflejada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1959 que criticaba este sistema y ya pretendía instaurar una unidad legal. Decía textualmente un pasaje de este Anteproyecto de 1959 que “*La dispersión de las normas legales en este punto, también evidente, produce una falta de sistema y una imprecisión que hace, en ocasiones, extraordinariamente complicada y dudosa la aplicación de la norma jurídica al caso concreto*”.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”. En *Relaciones Laborales*, núms. 22-23. 2003. Página 3 (Ref. CISS 1943/2003).

²⁸ PULGAR EZQUERRA, J. “Algunas consideraciones en torno a los aspectos jurídico-mercantiles del concurso de acreedores”... *Op. Cit.* Página 30.

²⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”. En *La Ley*, núm. 4. 2003. Página 3.

³⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”... *Op. Cit.* Página 365.

jurídica no es impronta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, sino que ya venía siendo tomada por parte de los anteriores intentos fallidos de regulación concursal. Así, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1959 se podía leer lo siguiente: “*tan copiosa legislación, considerada en su conjunto, adolece de dos defectos fundamentales: su antigüedad y su dispersión*”. La pretendida unidad legal también se hizo notar en la Disposición Final Decimonovena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que dispuso que en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de la misma, el Gobierno debía de remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal³¹. Actualmente, también se reconoce en otra serie de Leyes y, en concreto, según la rama jurídica que aquí interesa, en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores³², que expresa que se le aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa.

Estamos, por tanto, ante una decisión clara de política jurídica que ha escogido concentrar en un único texto normativo toda la problemática derivada de la declaración de concurso, tanto de una persona física como

³¹ Como precisó CAVAS MARTÍNEZ, “*dicho plazo expiró el pasado 8 de julio de 2001 sin que, como viene siendo habitual en supuestos similares, tal remisión haya tenido lugar. No obstante, ya fuera de plazo, el Consejo de Ministros del día 7 de septiembre de 2001 aprobó un Anteproyecto de Ley Concursal, el cual contiene una regulación conjunta de los aspectos sustantivos y procesales de la materia concursal, con previsión de un único procedimiento que admite diversas soluciones (liquidación o convenio)*”. En CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”... *Op. Cit.* Página 2 (BIB 2001/1613).

³² Anteriormente era el artículo 57 *bis*, pero tras el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que lo ha dispuesto sistemáticamente en el artículo 57, desapareciendo la referencia *bis*. La razón estriba en que el anterior artículo 57 (referido al pago por el Estado de los salarios de tramitación, ha pasado a incardinarse dentro del artículo 56 (despido improcedente), quedando por ello en el artículo 57 el envío hacía la normativa concursal.

Capítulo I. La Institución Concursal

jurídica³³. Por este motivo, ante cualquier problema que se suscite en relación con esta materia, el operador jurídico deberá acudir en primer lugar y ante todo a las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ello no obsta a que, tal y como consta en la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley Concursal, en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplique su regulación especial. También deben seguir su regulación especial las situaciones de insolvencia de las entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, tal y como se indica en la Disposición Adicional Segunda *bis* de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³⁴. En este sentido, como ha puesto de manifiesto OTERO LASTRES, la Ley Concursal no ha llevado el principio de unidad en este ámbito a sus últimas consecuencias y posee un alcance limitado, ya que ha dejado algunos aspectos de tal materia fuera de la misma³⁵. En todo caso, salvo contadas excepciones, la Ley Concursal abriga todos los escenarios de sobreseimiento general de un deudor. No empece esta situación la aplicación general supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo no previsto por la Ley Concursal, tal y como se expone en la Disposición Final Quinta de esta norma; ni por ejemplo, por lo que respecta a la rama del Derecho del Trabajo, el envío que realiza el artículo 64.11 LC

³³ La Ley Concursal también regula estadios anteriores, como acuerdos de refinanciación para evitar la situación de concurso o la propia documentación y requisitos para la solicitud de concurso.

³⁴ BOE. núm. 245 de 11 octubre (BOE-A-2011-15938). Vigencia: 1 enero 2012.

³⁵ OTERO LASTRES, J.M. “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 419.

hacia la legislación laboral para todo aquello que no esté previsto de manera especial el citado artículo 64 LC.

2. El principio de unidad de disciplina.

El segundo de los principios de nuestro sistema concursal corresponde con el de la unidad de disciplina, que presupone la existencia de una única institución (el concurso) prevista para resolver la insolvencia de cualquier clase de deudor, sea éste persona física o jurídica, sea comerciante o no lo sea³⁶. Con anterioridad a la Reforma Concursal del año 2003 existía una diversidad de instituciones mercantiles dependiendo de si el sobreseimiento general de los pagos se producía en la figura de un comerciante o no. Pero ya en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 se consideraba que *“no hay ninguna razón de peso que justifique el diverso tratamiento de la insolvencia según el deudor sea o no comerciante”*. La Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, justificó la superación de esta diversidad de tratamiento tanto por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, como por la tendencia a simplificar el procedimiento. De este modo, la pretendida unidad de disciplina rompió con la bifurcación de las instituciones concursarles según la condición mercantil del deudor y por lo tanto, vino a superar la división entre concurso de acreedores y quiebra, ahora ya pertenecientes a una misma disciplina³⁷.

³⁶OTERO LASTRES, J.M. “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 420.

³⁷OLIVENCIA RUIZ, M. *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*...*Op.Cit.* Página 151.

Capítulo I. La Institución Concursal

El principio de unidad de disciplina supone uno de los aforismos que ha ido contribuyendo a un constante y paulatino proceso de unificación entre el Derecho Civil y Mercantil. Por lo que se refiere a los aspectos sociolaborales, este principio supone que las reglas sobre reestructuraciones empresariales contenidas en el artículo 64 LC y las previsiones referidas al personal de alta dirección (art. 65 LC) son de aplicación a todos los empleadores, con independencia de cuál sea su configuración jurídica, en concreto, operan por igual al margen de que éstos tengan o no carácter mercantil o comercial y sean o no personas jurídicas³⁸.

Este principio de unidad de disciplina puede identificarse con facilidad ya desde el tenor del primero de los artículos que componen la Ley Concursal. Éste dispone que: “*la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*”. Ahora bien, el hecho de que bajo una misma institución (el concurso) se atienda a toda situación de insolvencia no significa que la Ley Concursal convenga en regular por igual a todos los deudores, sin realizar ningún tipo de distinción a lo largo de su articulado³⁹. En este sentido, no quebraría este principio de unidad de disciplina el hecho de que para los empresarios se dispongan una serie de reglas o estatutos especiales, tales como la llevanza de una contabilidad determinada, inscripción en el Registro Mercantil etc. Las diferentes especialidades contenidas en la Ley Concursal sobre la figura de los empresarios, en especial, sobre las sociedades, no distorsionaría en

³⁸CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1946/2003).

³⁹Señala OTERO LASTRES que al deudor civil y al deudor mercantil “*se les somete a una única y misma institución, pero el concurso no borra las diferencias existentes entre ambos*”. OTERO LASTRES, J.M. “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 420.

ningún caso la unidad de disciplina pretendida por la reforma de 2003. Consiguientemente, en la Ley Concursal se albergan normas específicas que procuran adecuarse a la naturaleza y condición de cada deudor, también para aquellos que, además, sean empleadores y tengan trabajadores a su cargo, y todo ello sin llegar a frustrar el referido principio de unidad de disciplina.

3. El principio de unidad de procedimiento.

El tercero de los principios configuradores que ayuda a comprender nuestro actual Sistema de Derecho Concursal y con ello la situación jurídica de los contratos de trabajo cuando el empleador está en concurso, es el de la unidad de procedimiento. Significa que la insolvencia de aquel deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones se ha de canalizar a través de un procedimiento único, si bien con la presencia de ciertas medidas que flexibilizan la anterior afirmación. Así, la existencia de un procedimiento único viene matizado por la presencia de distintas vías procedimentales según se trate de un concurso voluntario (solicitado por el propio deudor) o necesario (solicitado por un tercero acreedor). La Ley también asigna ciertas peculiaridades y especialidades cuando se dan algunas circunstancias y diseña así un procedimiento abreviado más liviano y expedito. En este sentido, el legislador fue consciente de que para los concursos de escasa entidad económica no era adecuado utilizar las mismas normas procedimentales que para el resto de concursos. Por lo tanto, se admite que dentro del concurso se suceda esta dualidad de procedimientos. En todo caso, ninguna de estas variantes: procedimiento abreviado *versus* ordinario o las especialidades según se

Capítulo I. La Institución Concursal

hubiera presentado concurso voluntario o necesario, desnaturaliza la existencia de un único procedimiento concursal, que se llevará a cabo ante el Juez del Concurso, encargado de ordenar las diferentes fases y secciones de la tramitación del concurso.

Lo que indudablemente va a poner de relieve esta unidad de procedimiento va a ser la existencia de una unidad de jurisdicción sobre la que ostentan competencia los Jueces de lo Mercantil (creados por la referida Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio). De este modo, el hecho de imponer un único fuero para conocer sobre todos los asuntos relacionados con el concurso ha llevado, a su vez, a establecer esta función jurisdiccional a los Jueces de lo Mercantil. La creación de estos nuevos Juzgados, respecto a los jueces civiles, tiene un marcado sentido de especialización técnica⁴⁰. Consiste en la atribución de una competencia, en principio omnicompreensiva, a favor del Juez del Concurso,⁴¹ concentrándose así en un solo órgano jurisdiccional el conocimiento de todas las cuestiones relativas al concurso⁴². La jurisdicción del Juez del Concurso en esta materia es, según rezan el artículo 86 *ter* de la LO 8/2003 y el artículo 8 LC, respectivamente, “exclusiva y excluyente”. En este sentido, para CARRERAS LLANSANA es preciso que la jurisdicción sea exclusiva para que sólo al Juez del Concurso le incumba la toma de decisiones sobre el procedimiento concursal y pueda así actuar sobre el patrimonio del concursado. Pero además, ésta debe de ser excluyente para que ningún otro órgano pueda

⁴⁰RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”...*Op. Cit.* Página 4 (Ref. CISS 1943/2003).

⁴¹CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op.Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1946/2003).

⁴²CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”...*Op. Cit.* Página 4 (BIB 2001/1613).

proceder sobre el patrimonio del concursado, siendo nula en caso contrario⁴³. Sin embargo, para otros autores el empleo de ambas acepciones sería reiterativa⁴⁴.

En definitiva, lo que se codifica en la legislación concursal es el denominado fuero de atracción, en virtud del cual, todo proceso universal atrae aquello vinculado a su materialidad⁴⁵. Especialmente importante es la *vis attractiva* a favor del Juez del Concurso en materia laboral que supone el conocimiento de algunas cuestiones sociales por parte de un orden jurisdiccional tradicionalmente desconocido para los trabajadores. Tal y como se tendrá ocasión de ver con amplitud, existen unas concretas materias sociales que recaen bajo el conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil, mientras que otras continuarán ventilándose ante su juez natural, es decir, el Social. Todo ello, aderezado con un enrevesado sistema de recursos que devuelve la competencia al orden jurisdiccional social para resolver sobre algunas cuestiones laborales.

⁴³CARRERAS LLANSANA, J. “Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Ed. Marcial Pons. 2004. Página 1.285.

⁴⁴HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 115; o GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. “Comentario al artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004. Página 131. Pergeña este último autor que “con el carácter “exclusivo” y “excluyente” de la jurisdicción para conocer de determinadas materias se está haciendo referencia, únicamente, a la prohibición de que pueda conocer de ellas un órgano jurisdiccional distinto de aquel que las tiene atribuidas. No se hace referencia, en nuestro criterio, como pudiera llegar a pensarse, a la imposibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil conozca de otros litigios distintos del procedimiento concursal (el propio artículo 86 ter LOPJ le atribuye competencia en materias no concursales) ni, como veremos, de otras concretas materias distintas de las que se señalan, también en su faceta como Juez del concurso. Es por ello que consideramos que la referencia a su jurisdicción “exclusiva y excluyente” supone una innecesaria reiteración, una figura retórica que consigue la rotundidad de una idea con la repetición de dos términos que aquí guardan el mismo significado.”

⁴⁵VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios*. Ed. Dijusa. 2003. Página 225.

II. Las fases en las que se divide el concurso.

Después de llevar a cabo una breve exposición sobre los principios que marcaron la configuración de la Ley Concursal, lo que indudablemente determina el papel que juega el Derecho del Trabajo dentro del concurso, debemos adentrarnos siquiera de forma breve en las distintas fases que ocupan el procedimiento. Para comprender muchas de las cuestiones que se abordarán a lo largo de este estudio es inevitable conocer globalmente las partes en las que se divide el procedimiento concursal. De este modo, interesa saber de antemano cuáles son las fases del concurso porque cada una de ellas afecta de diferente forma al contrato de trabajo.

La primera fase se denomina “común” porque es coincidente para todos los deudores. Consiste en la propia declaración de concurso y todos aquellos efectos que se derivan de esta situación. Durante este periodo la actividad de empresarial no se detiene, salvo en los casos de los denominados concursos sin masa, donde se solicita que el juez abra la fase de liquidación de la empresa ya desde la propia declaración de concurso, aunque en estos supuestos no existiría propiamente ninguna fase común. Precisamente, la continuidad de la actividad empresarial durante esta última nos lleva a plantear las repercusiones que tiene esta situación sobre las relaciones laborales. Sobre el particular contamos con los artículos 64 LC y 65 LC que previenen una serie de especialidades sobre los contratos de trabajo cuando la empresa está en concurso y que se circunscriben al desarrollo de esta primera fase. También corresponden con este periodo todos los aspectos relativos al reconocimiento y valoración de los créditos laborales. Concluida esta primera fase, el concurso puede derivar, bien hacía una solución negociada sobre el pago de los créditos, o bien directamente a

la liquidación de los bienes y derechos de la empresa. Durante la tramitación de la fase de convenio seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común (art. 112 LC), mientras que una vez aprobado el convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42 LC (art. 133 LC). Por consiguiente, tendremos que dilucidar si tras la aprobación del convenio siguen siendo aplicables las especialidades procesales y materiales sobre las relaciones de trabajo, en especial, si la competencia del Juez del Concurso se extiende en los casos en los que se apruebe un convenio. Por su parte, la fase de liquidación reabre dos vías distintas con repercusiones laborales: en caso de venta unitaria o compraventa de empresa habrá que tener en cuenta las normas sobre cesión de trabajadores; la liquidación de la empresa por partes obligará previamente a extinguir todas las relaciones de trabajo que persistan hasta ese momento. En este último supuesto habrá que estar también a la clasificación y pago de los créditos laborales. Cuando la liquidación se anticipe por no existir bienes suficientes para cubrir las deudas contra la masa, los créditos a favor de los trabajadores jugaran un papel esencial.

Como vemos, para poder comprender muchas de las cuestiones que serán analizadas con detalle a lo largo de este estudio, es necesario tener una ligera idea sobre las fases que integran el procedimiento concursal, puesto que en cada una de ellas las repercusiones sobre los contratos de trabajo serán disímiles. Pasaré a continuación a ofrecer unas breves notas sobre las tres fases principales en las que se divide el concurso.

1. La fase común del concurso.

La primera fase en la que se divide el concurso es aquella que, tal y como rubrica MONTROYA MELGAR, persigue determinar la situación patrimonial del concursado⁴⁶. Así, el primer período o etapa dentro del procedimiento concursal recibe el nombre de fase común precisamente porque supone un lance por el que ha de pasar todo concursado con independencia de que sea empresario o no, de que haya solicitado él mismo la declaración de concurso o lo haya hecho un acreedor, que el concurso concluya mediante convenio o liquidación, o incluso de que el mismo sea o no declarado culpable. Por esta razón, el legislador destina la mayor parte del articulado de la Ley Concursal a regular el régimen jurídico de este primer intervalo (en concreto, la regulación de la fase común se prolonga hasta el artículo 97 *ter* LC⁴⁷).

La fase común podríamos deslindarla en dos etapas distintas. La primera de ellas ocuparía todas aquellas actuaciones que irían desde la solicitud del concurso -bien sea voluntario o necesario- hasta la propia declaración del concurso, puesto que puede que éste finalmente no llegue a declararse⁴⁸. De este modo, el episodio incipiente lo ocupa la demanda de solicitud de concurso. El concurso no existe hasta que el Juez de lo Mercantil competente en virtud del territorio dicte un auto declarando esta nueva situación legal para la empresa deudora. En este sentido, la resolución

⁴⁶ MONTROYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal... Op. Cit.* Página 26.

⁴⁷ Artículo 97 *ter* introducido por el número setenta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE. núm. 245 de 11 octubre). (BOE-A-2011-15938). Vigencia: 1 enero 2012.

⁴⁸ En este sentido, DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO convienen en denominar a este primer momento dentro del concurso como “*etapa inicial de carácter declarativo*”. Vid. DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*. Ed. Bomarzo. 2007. Página 22.

judicial contiene efectos *ex nunc*, puesto que abre una serie de efectos jurídicos de una gran repercusión sobre el patrimonio y el tráfico comercial de la actividad del deudor, incluyendo como no, sobre la plantilla de trabajadores que en ese momento estuvieran prestando servicios en régimen de dependencia y ajenidad. De esta forma, el procedimiento requerirá de una demanda previa que puede formularse bien por el propio deudor, en cuyo caso si se declara el concurso pasaría calificarse como “voluntario”, o bien por algún acreedor, pasándose en estos supuestos a denominarse “necesario”. El contenido de la demanda se encuentra cumplidamente tasado cuando estamos en presencia de la solicitud realizada por el propio deudor y si adoleciera de algún defecto procesal o material el juez mandará su subsanación, mientras que si estuviera completa se pronunciará sobre su admisión o no. Por su parte, cuando la demanda sea interpuesta por un acreedor y el deudor se oponga se llevará a cabo la celebración de una vista (salvo cuando el acreedor funde su demanda en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, en cuyo caso el juez valorará directamente si existe causa suficiente para declarar el concurso). Esta primera etapa inicial también puede contar con una comunicación judicial relativa al inicio de negociaciones de refinanciación, para la consecución de las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o para intentar un acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 5 *bis* LC)⁴⁹. De esta forma, dependiendo de si se inician

⁴⁹ El artículo 5 *bis* LC fue introducido por la Ley 38/2011 de 10 de octubre (Ref. BOE-A-2011-15938) y ha sido objeto de continuas reformas posteriores (Ley 14/2013, de 27 de septiembre BOE-A-2013-10074, Ley 17/2014, de 30 de septiembre BOE-A-2014-9896 y Ley 9/2015, de 25 de mayo BOE-A-2015-5744). En el año 2011 se permitió la posibilidad de alcanzar acuerdos de refinanciación de la deuda para evitar de este modo la situación de

Capítulo I. La Institución Concursal

o no algunas de estas soluciones extrajudiciales y del resultado de las mismas, la fase inicial durará más o menos tiempo. Como sabemos, la terminación de este episodio se producirá con la resolución del Juez de lo Mercantil declarando o no el concurso, coincidiendo en caso afirmativo con el inicio de una nueva situación jurídica para la empresa, distinta y muy particular, que va a alterar en gran medida sus relaciones institucionales tanto externas como internas. La declaración de concurso impregna toda la existencia empresarial de unas reglas jurídicas especiales, incluido el tratamiento de las relaciones laborales.

La segunda etapa dentro de esta fase común correspondería con las tareas inmediatas que preceden la declaración del concurso. A partir de este momento tiene lugar en la empresa la entrada de un tercero, la administración concursal, único órgano necesario del concurso junto con el juez que lo ordena. Es tarea de la administración concursal confeccionar un informe jurídico y económico completo sobre la situación de la concursada en el que, además, se determinen y clasifiquen todos los créditos que ésta mantiene. Para llevar a cabo este cometido, la normativa abre un período destinado a la insinuación de créditos y otro una vez confeccionada la lista de acreedores precisamente para combatir cualquier desavenencia con la misma. Durante todo este periodo, en principio, salvo que se solicite liquidación anticipada o no existan bienes suficientes para satisfacer las deudas contra la masa, persistirá la actividad empresarial, siendo que, durante esta continuidad se van a producir una serie de efectos sobre el deudor, sobre los procesos judiciales que le afecten y sobre los contratos

concurso y posteriormente se creó la posibilidad de desarrollar un acuerdo extrajudicial de pagos, llevado a cabo por un mediador concursal y cuya regulación sustantiva se dispuso al final del articulado de la Ley Concursal, en un Título X que contiene los artículos 231 a 242 *bis*.

que éste celebre o mantenga en vigor. No son ajenos a este periodo los efectos sobre los contratos de trabajo, donde se derivan importantes consecuencias a la hora de acometer medidas colectivas de ajuste de plantilla. También sobre el personal directivo se proyectan probadas implicaciones durante esta fase. Naturalmente, las reivindicaciones de los créditos persistentes contra el empresario también reciben un tratamiento especial, distinto al que se origina en situaciones alejadas del concurso y concurrentes con lo que sucede con los restantes acreedores. Por su parte, las tareas de gestión laboral ordinaria, identificadas con el día a día de la actividad empresarial seguirán rigiéndose por las reglas propias de la disciplina laboral, con la particularidad de la intervención más o menos intensa que pueda realizar sobre estas decisiones la administración concursal.

En síntesis, en la fase común de concurso se incluyen: desde la demanda de solicitud de concurso y los intentos de conciliación y refinanciación de la deuda, pasando por la declaración judicial del concurso, de carácter constitutivo, el nombramiento y grado de intervención de la administración concursal, la emisión de un informe de situación y determinación de las masas activa y pasiva (en especial y dentro de esta última se encuentra la tarea de reconocer y clasificar los créditos debidos). La duración de esta primera fase es relativamente dilatada en el tiempo. Por este motivo, la Ley conviene en regular los efectos que se derivan de la declaración del concurso tanto sobre el propio deudor, como sobre los acreedores, los contratos vigentes, así como otra serie de actos perjudiciales contra la masa activa.

2. La fase de convenio.

Una vez concluida la fase común del concurso el procedimiento se abre a dos posibles fases alternativas, la de convenio o la de liquidación. La primera de las opciones, la del convenio es, según reza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, “*la solución normal del concurso*” y, por ende, la apertura de la fase de convenio va a ser la solución aplicable con carácter general⁵⁰, o como también se ha llegado a denominar: “la regla por defecto”⁵¹. De este modo, tal y como señala el artículo 111.1 LC cuando el concursado no hubiera solicitado la liquidación y no hubiese sido aprobada ninguna propuesta anticipada de convenio el juez dictará auto abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta. En principio, la apertura de la fase de convenio proviene de la voluntad indirecta del deudor, en tanto en cuanto no se hubiera solicitado la aprobación de un convenio anticipado o éste no hubiera pretendido abrir la fase de liquidación.

Pese a la importancia de esta instancia dentro del procedimiento no contamos en el texto de la Ley Concursal con ninguna definición legal de convenio, si bien, por su claridad y simplicidad considero que resultaría ilustrativo acoger la definición que sobre el particular ofrecieron DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO. Estos autores conceptualizan el convenio como “*una vía de terminación del concurso mediante un acuerdo entre los acreedores y el deudor común aprobado judicialmente, por el cual*

⁵⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 111”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs). 2004. Página 2001.

⁵¹DÍAZ MORENO, A. “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8. 2006. Página 6 (BIB 2006/283).

se establece una quita o espera en el pago de los créditos o una acumulación de ambas”⁵². En concreto, el convenio, y de forma similar a lo que ocurría con la suspensión de pagos, está dirigido a que el deudor y sus acreedores acuerden medidas de quita y/o espera⁵³, es decir, de reducción y/o aplazamiento de la deuda⁵⁴. De esta forma, la Ley Concursal superó el tradicional paradigma liquidador de la quiebra y trata de lograr soluciones aceptables que permitan satisfacer los créditos debidos, mientras que al mismo tiempo procura la pervivencia y salvamento de la empresa⁵⁵. Así, podríamos afirmar que la naturaleza jurídica del convenio coincidiría con el de un negocio jurídico de “autorreglamentación” de los intereses del deudor y los acreedores, el cual una vez aprobado vincularía a las partes⁵⁶. En esencia, el convenio no es más que una solución negociada⁵⁷. Con todo, también podemos notar la presencia de cierto interés público sobre el contenido del convenio, pues en este sentido, el legislador ha restringido los supuestos de quitas y esperas y limita de esta forma la autonomía de la voluntad en defensa del interés del concurso y encomienda al juez el control

⁵² DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO convienen que estamos en este punto ante una primera “*etapa inicial de carácter declarativo*”...*Op. Cit.* Página 80.

⁵³ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal*...*Op. Cit.* Página 26.

⁵⁴ Ahora bien, tal y como se dispone en el artículo 100.1 LC las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de los créditos ordinarios, ni la espera superar 5 años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Si bien, de manera excepcional, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte autorizar la superación de estos límites cuando la actividad de la empresa en concurso pueda tener especial trascendencia para la economía.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”...*Op. Cit.* Página 11 (Ref. CISS 1943/2003).

⁵⁶ SARAZÁ JIMENA, R. “El Convenio del concurso, una visión judicial”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2. 2005. Página 10 (Ref. CISS 1167/2005).

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”...*Op. Cit.* Página 578.

Capítulo I. La Institución Concursal

de la protección de los diversos intereses económicos⁵⁸. Por ello, estamos ante un contrato *sui generis*, puesto que existe un acuerdo de voluntades sobre la composición de sus intereses que se alcanza en el ámbito de un procedimiento seguido ante los tribunales de justicia, lo que lo impregna con tintes jurídico-públicos⁵⁹.

Especialmente importante, en lo que aquí interesa, es la previsión contenida en el artículo 112 LC que expresa de manera textual que: “*declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta ley*”. Esta disposición tiene importantes repercusiones en el ámbito laboral puesto que dentro del Título III, que disciplina los efectos sobre los contratos, se inserta la regulación del denominado expediente judicial de regulación de empleo –que es uno de los ejes centrales de este estudio–, así como otra serie de particularidades sobre la suspensión y extinción de los contratos de alta dirección. De esta suerte, durante la fase de aprobación del convenio podrían perfectamente adoptarse medidas modificativas, suspensivas y extintivas de carácter colectivo sobre los contratos de trabajo. Por lo tanto, las opciones sobre las decisiones que deban de tomarse sobre los empleados permanecen intactas y serían idénticas a las que se pueden desarrollar a lo largo de la referida fase común del concurso.

⁵⁸ VAQUER, F.J. “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24. 2011. Página 3 (BIB 2011/903).

⁵⁹ De igual forma, LÓPEZ ORTEGA, R. “El incumplimiento del convenio concursal (Comentario de la Sentencia núm. 449/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 4 de septiembre de 2014). En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36. 2015. Página 2 (en su versión online).

La Ley Concursal consigna una serie de formalidades para lograr la aprobación judicial del convenio, a saber: su formulación por escrito, la firma del deudor o de todos los acreedores proponentes (o por sus respectivos representantes) y el compromiso de pago con la respectiva quita o espera, que se someten a ciertos límites. En este sentido, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios y las esperas no podrán durar más allá de 5 años a contar desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio⁶⁰. La razón de imposición de estos límites, la explica SARAZÁ JIMENA como un intento del legislador de “*evitar convenios leoninos, habituales bajo la legislación anterior, en los que se conseguían quitas draconianas o esperas interminables, estableciendo este doble límite del 50%-5 años*”⁶¹. La/s propuesta/s de convenio deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con el detalle de los recursos previstos para su cumplimiento. Podrán incluirse también una propuesta de enajenación, lográndose de este modo una conservación traslativa de la empresa. En estos casos, en tanto en cuanto persistan trabajadores en la empresa deberán de oírse obligatoriamente a sus representantes. Asimismo, a la propuesta de convenio podrán adherirse de forma pura y simple, es decir, sin introducir ningún tipo de modificación o condicionamiento, aquellos acreedores que no hubieran participado en la junta de acreedores⁶². Lo que en ningún caso va a ser admisible en un

⁶⁰ Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites (artículo 100.1 LC)

⁶¹ SARAZÁ JIMENA, R. “El Convenio del concurso, una visión judicial”...*Op. Cit.* Página 13 (Ref. CISS 1167/2005).

⁶² Sobre las vicisitudes de la Junta de Acreedores que deberá negociar un Convenio puede consultarse, entre otros tantos, los estudios: QUIJANO GONZÁLEZ, J. “La junta de acreedores en la nueva legislación concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*,

Capítulo I. La Institución Concursal

convenio será la presencia de soluciones liquidatorias (para ello ya está destinada la fase de liquidación), así como alterar la clasificación de créditos establecida por Ley o modificar su cuantía (para ello ya están las quitas). Se permite, no obstante, el trato singular hacia algunos acreedores, si bien exigiéndose para ello una doble mayoría en la votación. Una vez aprobado el convenio por parte del Juez del Concurso su eficacia se extenderá desde la fecha de esta sentencia de aprobación, salvo los casos en que ésta fuera recurrida y se acuerde motivadamente la suspensión de su eficacia⁶³. Entre las resultas más importantes de la aprobación del convenio se deriva la de la cesación de todos los efectos de la declaración del concurso, es decir, todas las previsiones contenidas en los artículos 40 y ss., excepto en lo que se refiere a los deberes de información y colaboración del deudor (artículo 42 LC). Esta situación plantea una serie de interrogantes de gran envergadura acerca de la virtualidad y eficacia de los artículos 64 y 65 LC y la competencia del Juez del Concurso para aprobar en este contexto medidas de ajuste sobre los contratos de trabajo así como, en su caso, la participación o no de la administración concursal en estos procedimientos, puesto que este órgano cesará en sus funciones concursales tras la aprobación del convenio. La existencia de un acuerdo también afectará a los créditos concursales laborales, que se verán reducidos en la concreta quita y/o espera acordada.

núm. 3. 2005. Páginas 65-87; PETIT LAVALL, M^a. V. “La Junta de acreedores”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. 2005. Páginas 1473-1498; PORFIRIO CARPIO, L.J. *La Junta de Acreedores: (su especial consideración como órgano del concurso)*. Ed. Thompson-Cívitas. 2008; SARAZÁ JIMENA, R. “El Convenio del concurso, una visión judicial”...*Op. Cit.* Páginas 16-19 (Ref. CISS 1167/2005).

⁶³ También, cuando se admita a trámite la oposición del convenio, cuando el juez acuerde como el cumplimiento parcial del convenio como medida cautelar.

Cabe la posibilidad, igualmente, de que se negocie una propuesta anticipada de convenio. Ésta podría presentarse ante el Juez del Concurso incluso ya desde la propia solicitud de concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario y hasta que concluya el plazo para la comunicación de créditos. Se favorecería de esta manera la búsqueda de un acuerdo o de una solución negociada que pueda alcanzarse ya desde los momentos iniciales del concurso y no dilatar con ello todo el proceso concursal. No obstante, el artículo 105 LC no permite la presentación de propuesta anticipada de Convenio al deudor que: a) haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores; b) así como al que hubiera incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

3. La fase de liquidación.

Como aseveró DÍAZ MORENO, “*la unidad de sistema* -sobre la que se han ofrecido unas pinceladas al inicio de este capítulo- *requiere como compañera de viaje y para asegurar el feliz fin del mismo una amplia dosis de flexibilidad*”. Esto quiere decir que la solución del concurso no puede ser única⁶⁴. En este sentido, la segunda posibilidad de conclusión normal del concurso coincide con la liquidación de los bienes y derechos del deudor. Podrá tener lugar cuando tras la finalización de la fase común no se haya

⁶⁴DÍAZ MORENO, A. “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 4 (BIB 2006/283).

Capítulo I. La Institución Concursal

optado por la fase de convenio –por la patente inviabilidad de la empresa-, o cuando ésta se hubiera frustrado⁶⁵, por lo que bajo mi punto de vista estaríamos ante una solución legalmente subsidiaria, aunque en la práctica se ha venido sucediendo como la opción más habitual o común. En cualquier caso, cabe recordar que convenio y liquidación son dos soluciones alternativas y excluyentes⁶⁶. Por lo demás, el concursado podrá solicitar en cualquier momento la apertura de la fase de liquidación cuando considere que la empresa es inviable (artículo 142.1 LC). Ahora bien, con anterioridad a la Reforma Concursal operada en el año 2011, la solicitud de liquidación podía realizarse en cualquier momento, también en momentos iniciales de la tramitación del concurso, si bien la apertura de la misma por parte del Juez del Concurso debía de esperar a la conclusión de la fase común.

En la actualidad, la fase de liquidación puede abrirse en cualquier instante. La Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal nos revela que *“la anticipación de la liquidación representa una importante novedad: se estructura de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que hace innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos”*. La razón de ser de esta medida podría encontrarse en que ante una insolvencia insuperable la solución concursal no sea demorada en el

⁶⁵Expresa MONTOYA MELGAR que la fase de liquidación procederá cuando *“no se ha intentado, o, intentada, se ha frustrado la fase de Convenio”*. En MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal. Op. Cit.* Página 26.

⁶⁶BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *“El nuevo Derecho concursal español”*. Conferencia pronunciada en la Academia Maritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003. Página 15. (cita obtenida en MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal. Op. Cit.* Página 26, cita número 13).

tiempo y de este modo aquellas empresas que entraban en situación de concurso sin apenas solución de continuidad y con una clara predestinación extintiva (denominados tradicionalmente concursos sin masa⁶⁷) no tuvieran que esperar a la conclusión de la fase común, cuestión que no haría más que perjudicar al concursado y damnificar a sus acreedores. Por lo tanto, hoy en día, la fase de liquidación podrá solicitarse y abrirse en cualquier momento procedimental del concurso.

La otra forma de llevar a cabo la liquidación deriva de lo establecido en el artículo 142.3 LC, donde se compele al deudor a que solicite la liquidación durante el tiempo de aplicación de un convenio cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos y obligaciones contraídas en dicho acuerdo. Se habla entonces de “liquidación necesaria” que deberá abrirse por el juez siempre que fracase la opción negociada, ya sea por la inexistencia de propuestas de convenio, porque no se hayan admitido a trámite las presentadas, porque no llegaran a aceptarse por la mayoría de acreedores, no sean aprobadas por el juez o porque se declare la nulidad o incumplimiento del convenio⁶⁸. Parece claro que, la mera apertura de la fase de convenio no va a garantizar que el acuerdo alcanzado vaya a ser siempre y en todo caso la solución definitiva del concurso, puesto que ésta solamente acontecerá cuando se cumplan todos los extremos negociados en el convenio. Más bien, en mi opinión, el convenio sería una “oportunidad” que la Ley brinda a los interesados para

⁶⁷ Puede verse algún interesante estudio acerca del concurso sin masa en: BLASCO GASCÓ, F. “Inexistencia e insuficiencia de activo: el llamado concurso sin masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18. 2009; o en ALCOVER GARAU, G. “Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28. 2013.

⁶⁸ *Vid.* LÓPEZ ORTEGA, R. “El incumplimiento del convenio concursal (Comentario de la Sentencia núm. 449/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 4 de septiembre de 2014)... *Op. Cit.* Página 1 (en su versión online).

Capítulo I. La Institución Concursal

alcanzar un acuerdo que evite la liquidación, o cuanto menos, lo intente⁶⁹. La liquidación que sigue al convenio participaría de una naturaleza jurídica mixta, si se observa desde el prisma de que se situaría a caballo entre una liquidación voluntaria y otra necesaria⁷⁰. El carácter forzoso de la petición de la liquidación deviene de la culpabilidad del concurso para aquel administrador social que conociendo el incumplimiento del convenio no solicite la liquidación de la empresa. Como se sabe, una de las finalidades primordiales del concurso es la satisfacción de los acreedores, por ello si ésta no se termina alcanzando mediante la solución negociada deberá conseguirse a través de la liquidación de la empresa, sin que en ningún caso quepan *ex lege* convenios de liquidación. Con la previsión contemplada por el artículo 142.3 LC se va conseguir un tránsito más o menos rápido entre el periodo de despliegue de efectos del convenio hacia la fase de liquidación. Para que llegue a darse esta traslación entre fases del concurso debe surgir una imposibilidad de cumplir con el convenio, la cual puede provenir bien por el incumplimiento de los pagos comprometidos en el convenio o bien por el de las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación judicial. Por consiguiente, puede devenir tanto por la cesación de las obligaciones contraídas con anterioridad a la autorización judicial del convenio (contenidas en este mismo acuerdo) como por otras posteriores. Esta contingencia podría tildarse de insolvencia sobrevenida o de “reinsolvencia”, expresión propuesta por los autores BELTRÁN SÁNCHEZ Y

⁶⁹ De igual forma, DÍAZ MORENO, A. “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”... *Op. Cit.* Página 25 (BIB 2006/283).

⁷⁰ En idéntico sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Y CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. “A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26. 2012. Página 5 (BIB 2012/213).

CAMPUZANO LAGUILLO⁷¹. Recientemente, el Tribunal Supremo ha considerado que el impago de un solo crédito exigible es suficiente para legitimar la resolución del convenio, previa declaración de incumplimiento. Por lo tanto, el contenido del convenio tendría que cumplirse de forma íntegra. Ahora bien, matiza que para la declaración de incumplimiento, la ausencia de pago debe de persistir al tiempo de ejercitarse la acción, por lo que si se efectúa éste con anterioridad tendríamos que hablar de un “mero retraso” y no de “incumplimiento”⁷². Con todo, será preciso contar con la resolución judicial de incumplimiento, sin la cual, no podrá derivarse la entrada en liquidación.

La fase de liquidación presupone una tramitación cuya finalidad es eminentemente solutoria, es decir, que va destinada al pago de los acreedores, puesto que llegados a este punto de insolvencia carecerían ya de sentido otros propósitos propios de la ordenación concursal, como sería

⁷¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Y CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. “A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011)”...*Op. Cit.* Página 10 (BIB 2012/213).

⁷² STS (Sala de lo Civil) de 4 de septiembre de 2014, rec. 3327/2012. Señala de forma patente el TS que: “*El art. 140 LC legitima a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte para solicitar del juez la declaración de incumplimiento. En este caso, fueron tres acreedores los que interesaron la resolución del convenio porque vencido el primer aplazamiento de pago, no se les había pagado la parte de sus créditos que resultaba exigible.*

En principio, conforme al art. 140 LC basta el impago de un crédito ya exigible para legitimar la resolución del convenio, previa declaración de incumplimiento, sin perjuicio de que el incumplimiento debe persistir al tiempo de ejercitarse la resolución, porque si lo que existió fue un mero retraso, pero se cumplió antes de interponerse la demanda, el demandante carecería de legitimación para pedir la resolución.

Si partimos de los hechos probados, los créditos de los tres acreedores instantes del concurso estaban pendientes de pago en la parte correspondiente al primer aplazamiento ya vencido, cuando se ejercitó la acción de resolución. El pago posterior por sí sólo no enerva la acción, ni convierte el incumplimiento en mero retraso, máxime cuando han vencido ya otros aplazamientos que no constan pagados, como es el caso”.

Capítulo I. La Institución Concursal

el caso del principio de conservación de la empresa. Así, el objeto de la liquidación va a consistir, como es sabido, en la realización del patrimonio del deudor insolvente y el reparto de los recursos obtenidos entre los acreedores⁷³. De este modo, la tarea principal de la administración concursal durante esta fase consistirá en convertir en dinero líquido el patrimonio de la empresa concursada, bien sea mediante la venta de alguna unidad productiva o la enajenación de las distintas propiedades por separado. Las operaciones previsibles de enajenación deberán contenerse en el denominado plan de liquidación, que habrá de confeccionarlo el propio administrador concursal y contar posteriormente con el visto bueno del Juez del Concurso. El artículo 148.1 LC parece ordenar una cierta primacía acerca de la enajenación unitaria de la explotación como técnica de reducción del impacto sobre la productividad empresarial y el nivel de empleo. En este sentido, la opción deseable para el legislador sería que la actividad económica de la concursada tuviera cierta continuidad y pueda ser desarrollada por otra empresa más competitiva. La Ley Concursal hace referencia a una serie de especificaciones y particularidades sobre la sucesión de empresa en términos laborales, que son de sumo interés a los efectos de este estudio. Sin embargo, debido a la dificultad que entraña la venta unitaria de una empresa, en la mayoría de los casos la solución de la fase de liquidación pasa por el cierre de los locales y la venta paulatina o “por goteo” del patrimonio de la empresa. En estos casos, de existir todavía trabajadores a cargo de la empresa, resulta necesario proceder a la extinción de los contratos de trabajo vigentes hasta esa fecha, siguiéndose para ello el procedimiento previsto en el artículo 64 LC.

⁷³MONEREO PÉREZ, J.L. “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”... *Op. Cit.* Página 587.

Como podrá apreciarse con facilidad, la liquidación de la empresa tiene importantes repercusiones para el devenir de los trabajadores puesto que éstos verán extinguido su contrato de trabajo o, en el mejor de los casos pasarán a formar parte de otra firma bajo las órdenes de un nuevo empresario, situaciones que, debido a las dificultades de engarce entre las normativas laboral y concursal-laboral dará lugar a una multitud de cuestiones que tratarán de resolverse a los largo de los capítulos centrales de este estudio. Consciente de las significativas consecuencias laborales que pueden suscitarse en la fase de liquidación, se prevé por el artículo 148.3 LC que el plan de liquidación de la empresa se someterá a informe por parte de los representantes de los trabajadores a efectos de que puedan formular algunas observaciones o propuestas de modificación sobre el mismo. Para ello, los representantes de los trabajadores contarán, tal y como se dispone expresamente por el artículo 148.2 LC, con quince días desde la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación para manifestar sus observaciones y posibles propuestas de alteración. Pasados estos quince días sin que nada hubieran definido, el juez resolverá sobre el referido plan y para ello podrá: aprobarlo sin más, introducir modificaciones *ex officio* o aplicar las reglas legales supletorias contenidas en el artículo 149 LC.

Como se acaba de poner de manifiesto, el plan de liquidación se deberá someter a informe de los representantes de los trabajadores, debiendo entender por éstos a los representantes legales unitarios. En este sentido, cabe la posibilidad de que la empresa en concurso no cuente con representación legal de los trabajadores, surgiendo de este modo las posibles dudas sobre la obligatoriedad o no de dar cumplimiento con este trámite legal. Al respecto cabe decir que del tenor legal no se desprende

Capítulo I. La Institución Concursal

ninguna solución sobre esta falta de representación en la empresa. Tampoco parece que pueda aplicarse de manera analógica la constitución de una representación *ad hoc* compuesta por un máximo de tres trabajadores, tal y como sí que se establece para negociar las medidas colectivas de modificación sustancial, suspensión o extinción de los contratos de trabajo –también cuando la empresa está en concurso-. En la situación contemplada por el artículo 148.3 LC no se trata de negociar ninguna reestructuración empresarial, sino de emitir un dictamen sobre un plan de liquidación, interpellando al Juez del Concurso para que tenga en cuenta las consideraciones planteadas. En este sentido, bajo mi punto de vista, en caso de que la empresa concursada no cuente con representantes legales de los trabajadores este trámite quedaría amortizado.

III. Las múltiples reformas de la Ley Concursal.

Desde la promulgación de la Ley Concursal en el año 2003 han sido ya varias las normas jurídicas que han afectado a este texto, unas con mayor intensidad que otras. De todas ellas, dos se han dedicado en exclusiva a la materia concursal, mientras que el resto han afectado a varios preceptos de la Ley 22/2003 y también han incidido a otras instituciones o disciplinas del derecho distintas. Una Ley que en pocos años ha sido alterada varias veces nos demuestra varias cosas: complejidad de la institución; viveza, en el sentido de que es una ley práctica y muy aplicada; y problemática. En el concreto caso del concurso de acreedores la acusada crisis económica también ha auspiciado muchas de las reformas. Bajo mi punto de vista, el legislador pensaba en el año 2003 en el concurso como una situación residual en el cual lo normal era que las empresas entraran en esta situación

con capacidad de supervivencia. Pero la evidencia empírica durante los años de crisis sacó a la luz algunas de las vergüenzas de la primigenia Ley Concursal, así como el optimismo del legislador en el año 2003. En estos últimos años la institución concursal ha sufrido bastantes reformas y aquellos preceptos que se refieren a los trabajadores no han sido ajenos a todos estos cambios.

La primera norma significativa en esta materia fue el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El citado texto legal no significó una reforma omnicompreensiva sobre la legislación concursal, sino más bien consistió en una norma transversal que afectó a varias materias, entre ellas, la relativa al concurso. Auspiciada por la crisis financiera internacional que dio comienzo alrededor del año 2007 con las famosas hipotecas *subprime* y la caída de la multinacional de la banca de inversión Lehman Brothers, aumentó el número de empresas que presentaron serios problemas de liquidez. Razón por la cual, la experiencia práctica ocasionada por un número más elevado de procedimientos concursales iniciados durante este periodo pudieron advertirse algunos de los fallos o incoherencias más significativos que acusaba la Ley Concursal. El RDL 3/2009 representó la primera gran reforma acometida sobre el texto concursal, mediante la cual se subsanaron diversos aspectos que fueron decantándose como más problemáticos e insuficientes durante los años iniciales de la aplicación de la norma concursal⁷⁴. En cualquier caso, la reforma operada en el año 2009 no fue todo lo profunda que podría llegar a ser, puesto que solamente se ocupó de aquellos aspectos cuya urgencia o

⁷⁴ PRENDES CARRIL, P. Y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. “Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)”. En *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I. (PRENDES CARRIL, P. Dir.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. 2009. Página 23.

Capítulo I. La Institución Concursal

relevancia así lo parecían indicar. La propia Exposición de Motivos del RDL 3/2009 advirtió que solamente se reformaban aquellas cuestiones cuyo *“tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente”* y todo ello sin desconocerse que era pertinente realizar una reforma de mayor calado y que se relegó a otro momento posterior: *“sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal”* (expresó también su Exposición de Motivos). Por lo tanto, no fue una transformación legislativa intensa, pero sí se convirtió en la primera experiencia reformadora de singular importancia llevada a cabo sobre el texto concursal redactado en el año 2003.

Desde la vertiente laboral han sido bastante notorias las modificaciones realizadas por mor de este RDL 3/2009. Sin lugar a dudas, una de las más acertadas fue la de establecer que la fecha a partir de la cual se puedan plantear medidas laborales ante el Juez del Concurso sea la de la propia declaración del concurso y no la de su solitud, tal y como se desprendía de la redacción originaria del texto concursal. Asimismo, se dispuso como regla general que las medidas laborales que recaigan bajo las competencias del Juez del Concurso se soliciten una vez emitido el informe de situación empresarial realizado por parte del administrador concursal, pudiendo hacerse con anterioridad a éste sólo en casos excepcionales. También se acometieron otra serie de reformas que afectaron de forma indirecta a las relaciones laborales, tales como algunas modificaciones en materia de liquidación anticipada, de propuesta anticipada de convenio o sobre el tratamiento de los créditos adheridos al convenio. Particularmente relevante fue la incorporación de la solución convenida previa a la declaración del concurso, que persiguió apostar por la solución pactada del concurso con mantenimiento de la actividad y la facilitación del acuerdo

entre los acreedores y que buscaba contribuir a la superación de la delicada situación de la empresa, cuestión que, por lo demás, podría terminar por favorecer el mantenimiento de los contratos de trabajo⁷⁵.

Mucho más profunda fue la reforma concursal llevada a cabo en el año 2011 por mor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dictada el mismo día que otra reforma capital dentro de la disciplina laboral (la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)⁷⁶. Esta fue la primera reforma de la Ley Concursal que se concentró en único texto normativo referido en exclusiva al derecho de la insolvencia, de ahí que estemos ante la revisión más importante realizada en materia concursal hasta el momento. La razón principal por la que se dictó la Ley 38/2011 fue, nuevamente, el deterioro económico sufrido en España, que dejó entrever algunas disfuncionalidades de la Ley Concursal⁷⁷. Una de las consecuencias más importantes, si nos situamos en un nivel conceptual, fue el cambio perpetrado sobre el objetivo perseguido por el concurso. La mayoría de los comentaristas de la Ley 22/2003 coincidían en que el objetivo primordial o fin último del concurso era el principio solutorio, es decir, la satisfacción de los créditos debidos. Esta situación cambió radicalmente a raíz de la referida Ley 38/2011 donde se elevó a la categoría de principio rector del procedimiento concursal la conservación de la empresa (o de la actividad profesional del deudor). Para

⁷⁵ FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003”. En *Aranzadi Social*, núm. 11. 2009. Página 2 (BIB 2009/1421).

⁷⁶ También ese mismo día y con una numeración que cayó entre medias de la reforma concursal y la procesal laboral se dictó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Como vemos, tres importantes reformas vieron la luz en el mismo día.

⁷⁷ La alegación de una brutal crisis económica como razón principal fue criticada por OLIVENCIA RUIZ, M. “Los motivos de la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 5 (Ref. CISS 16290/2012). Expresó el citado autor lo siguiente: “*malo es referirse a una situación de crisis económica, excepcional, al dictar normas para el futuro, duraderas*”.

Capítulo I. La Institución Concursal

lograr este objetivo, se llevaron a cabo una serie de medidas encaminadas a su consecución, que se proyectaron principalmente bien a través de la ordenación y mejora de las instituciones “preconcursoales” y la consecuente preferencia crediticia o bien a través de la optimización del convenio. No obstante, la Ley 38/2011 no supuso ningún cambio radical sobre nuestro Sistema de Derecho Concursal, que sigue rigiéndose por las máximas que se instituyeron en el año 2003 y que a día de hoy persisten: los conocidos principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Si bien, aquella vieja concepción que se quedaba corta de miras y que suponía que el concurso se debía de centrar en la satisfacción de los acreedores, sin importar tanto la figura del deudor, cambió a raíz de la citada Ley 38/2011. La apuesta por la conservación de la empresa presenta indudables ventajas sobre las variables macroeconómicas y sociales de nuestro entorno, lo que en última instancia redundaría en unas mayores posibilidades de cobro por parte de los acreedores. Ahora bien, la apuesta por la conservación de la empresa no empece la apuesta por otra de las novedades más señaladas que, en términos generales, incorporó la Reforma Concursal de 2011, como fue el caso de que la solución a la insolvencia no se demorara tanto en el tiempo, perjudicando de este modo tanto a los acreedores como al propio concursado. En este sentido, se brindó la posibilidad al concursado de liquidar anticipadamente y desde los momentos iniciales del proceso concursal, y ello a través de un procedimiento abreviado más rápido y económico. La idea era que aquellas empresas que entraran en concurso sin ninguna solución de continuidad y sin bienes suficientes para hacer cargo a las deudas contra la masa pudieran liquidarse desde la declaración del concurso, sin esperar a la conclusión de la fase común, situación que podría generar más deudas y hacer peligrar los intereses generales del concurso y,

en concreto, perjudicar más a los acreedores. En fin, la regulación de los conocidos como los concursos sin masa, incorporaron importantes novedades sobre las favorables expectativas de cobro de los créditos derivados de los contratos de trabajo.

En materia social también se introdujeron importantes mejoras, en especial, sobre varios aspectos dentro del artículo 64 LC, que se encarga de regular principalmente el expediente judicial de regulación de empleo. Lo que, en esencia, se pretendió llevar a cabo mediante la Reforma Concursal de 2011, fue acompasar la redacción del artículo 64 LC a la última Reforma Laboral vigente en aquél momento, que se llevó a cabo por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El legislador fue consciente de que los principios inspiradores de la rama social del derecho impregnan a las empresas en concurso, puesto que el propio artículo 64.11 LC enuncia la aplicación supletoria de la normativa laboral para colmar las lagunas existentes dentro del procedimiento del propio artículo 64 LC. De esta suerte, la homogeneización entre las disposiciones de la Ley Concursal y del Estatuto de los Trabajadores debe de ser lo suficientemente elevada como para proyectar interpretaciones jurídicas lo más certeras posibles y coadyuvar a una mayor seguridad jurídica. Junto con ello, otra de las innovaciones más destacadas en materia laboral se originó respecto a las cuestiones competenciales de los procedimientos de extinción, suspensión o modificación de contratos de trabajo en curso en la fecha de declaración del concurso, así como, sobre todo, en el tratamiento de las extinciones *ex* artículo 50 ET cuyo régimen jurídico dio un vuelco de trescientos sesenta grados. La citada Ley 38/2011 también afectó a los aspectos sociales de forma indirecta, es decir, no actuando directamente sobre la legislación concursal, sino a través de las

Capítulo I. La Institución Concursal

disposiciones adicionales o finales. Las más destacadas fueron la modificación de la Disposición final decimocuarta de la Ley 22/2003 que vino a reforzar la posición del FOGASA en la realización de los créditos laborales afectados por la declaración del concurso, así como la Disposición final decimoquinta que retocó el artículo 24 LGSS -relativo a los créditos de Seguridad Social- y el artículo 208.3 LGSS, donde se agregó la reducción temporal de jornada adoptada en el seno de una empresa en concurso como situación legal de desempleo⁷⁸.

Más tarde, tuvo lugar otra importantísima reforma legislativa que, pese a que no vino a modificar ningún precepto de la Ley Concursal, afectó indirectamente al procedimiento del artículo 64 LC, en concreto, añadiendo un plus de complejidad sobre la concreta disciplina laboral-concursal. Esta fue, sin duda, la conocida Reforma Laboral llevada a cabo en el año 2012, a través del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, primero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, con el mismo nombre. Para acusar las repercusiones concursales que podrían deducirse de esta Reforma Laboral de 2012 debemos de tener en cuenta que ya en el año 2003 el legislador optó por regular en una única norma, la Ley Concursal, algunos aspectos íntimamente relacionados con la disciplina laboral⁷⁹. En este sentido, como se ha señalado por MERCARDER UGUINA, la redacción inicial de la Ley Concursal vino a diseñar un procedimiento que mostraba “*evidentes simetrías*” en muchos aspectos con

⁷⁸ Vid. GARCÍA MURCIA, J. “Aspecto laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011”. En *Derecho de los Negocios*, núm. 256. 2012. Página 2 (Ref. CISS 22039/2011).

⁷⁹ Cuestión que no era así en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, ni en el posterior Proyecto de 2002, donde no se acudía a la legislación laboral y la competencia entera en materia laboral quedaba en manos del Juez del Concurso.

los desaparecidos expedientes de regulación de empleo⁸⁰. Con ello, continúa aseverando el anterior autor, que las novedades incorporadas por la Ley Concursal eran más de carácter adjetivo que sustantivo, es decir, que suponían una cierta modulación de los antiguos ERE para adaptarlos a la situación de concurso. Posteriormente, como se ha indicado en el párrafo anterior, la Ley Concursal fue reformada en el año 2011 y por lo que respecta a la concreta materia laboral se hizo al albur de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (Reforma Laboral de 2010). Al poco tiempo, se proyectó la aludida Reforma Laboral de 2012 con una clara afectación sobre los procedimientos de regulación, produciéndose lo que SEMPERE NAVARRO denominó como una “*sucesión de desencuentros*”, en el sentido de que, cuando la norma especial (laboral concursal) quiere ponerse a la altura de la común (laboral) ésta última varía su contenido y se vuelve a la disfunciones originarias⁸¹. Por lo tanto, las “evidentes simetrías” se han convertido en axiomáticas asimetrías que dejan abiertas toda una serie de complicados problemas interpretativos y que, a la postre, parecen haber configurado un procedimiento “extraconcursal” más flexible que el concursal, que ha quedado decididamente mucho más rígido. Uno de los cometidos principales de este estudio consistirá en dar cuenta de todas estas incoherencias y ofrecer cabales soluciones para su mejor resolución, así como intentar aportar propuestas de mejora en los casos en los que sea conveniente. Consecuentemente, aunque la Ley 3/2012 es una normativa de modificación del ordenamiento laboral y no ha rectificado ni reformado

⁸⁰ MERCADER UGUINA, J.R. “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31. 2014. Página 5 (del pdf).

⁸¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. “La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2012. Página 2 (BIB 2012/2920). MERCADER UGUINA, en el estudio citado en la nota al pie anterior expresó que tras la reforma laboral de 2012 se pasó a “un sensible desencuentro” entre ambas normativas.

Capítulo I. La Institución Concursal

ningún precepto concursal, *de facto*, ha supuesto en algunos casos la alteración del artículo 64 LC, por lo que indirectamente podemos considerarla dentro de las reformas de nuestro Sistema Concursal-Laboral, pues no cabe desconocer que el artículo 64.11 LC dispone que: *“en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma”*.

Ya en los años más recientes al cierre de este estudio se han sucedido importantes modificaciones en materia concursal, las cuales se han sucedido en un corto espacio de tiempo. Debemos citar en este punto las siguientes normas: RDL 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que cristalizó en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre con el mismo nombre; el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes de materia concursal, más específica que la anterior, en el sentido que su objeto se centró en la disciplina concursal, y que se formalizó posteriormente por las Cortes Generales en Ley 9/2015, de 25 de mayo, con el mismo nombre; o el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas del orden social, que resultó aprobado como Ley 25/2015, de 28 de julio, también bajo la misma denominación. Como vemos, en un periodo de un año aproximadamente se sucedieron en el tiempo tres disposiciones legislativas que han afectado con mayor o menor intensidad al ordenamiento jurídico concursal. Dos de ellas son normas generales referidas a varias cuestiones y donde se retocaron algunos preceptos de la Ley Concursal, mientras que la otra, que vio la luz definitivamente como Ley 9/2015, de 25 de mayo, ocupó exclusivamente la parcela concursal. Entre toda esta maraña de leyes podemos extraer

importantes novedades sobre el procedimiento concursal. Cabe destacar la regulación de un procedimiento extrajudicial de pagos, una auténtica alternativa formal de resolución de conflictos a través de una mediación llevada a cabo por un sujeto, cuyo estatuto jurídico fue creado *ex novo*, puesto que esta figura era desconocida en la Ley Concursal. El fracaso de la mediación concursal dará lugar a lo que se conoce a partir de entonces, como “concurso sucesivo”, es decir, la apertura del procedimiento concursal tal y como lo conocemos. Las soluciones extrajudiciales también se han dejado notar en nuevos cambios producidos sobre el artículo 5 *bis* LC, en concreto, en lo que se refiere a los acuerdos de refinanciación de la deuda. También se llevaron a cabo importantes modificaciones en la constitución y desarrollo de la junta de acreedores encargada de negociar un convenio. Especialmente interesante en relación con los trabajadores se encuentra el hecho de que por primera vez los acreedores que titulen créditos privilegiados pueden participar en distintas fases de la junta, también en la votación, así como quedar arrastrados por la decisión de la mayoría de créditos privilegiados de su misma clase, entre los que se encuentran los laborales⁸². Además, se rompió con la tradicional sanción de subordinación sobre los créditos contra la masa adquiridos mediante

⁸² El artículo 94.2 LC establece las siguientes clases de acreedores con privilegio general o especial:

“1º Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.º A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1.º

2º Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público.

3º Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera.

4º Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores”.

Capítulo I. La Institución Concursal

transacción durante el concurso, manteniendo ahora su privilegio, y favoreciéndose con ello un mercado de créditos dentro del proceso concursal. La fase de liquidación también fue objeto de importantes reformas, en especial, en lo que se refiere a la trasmisión de la unidad productiva de la empresa. Se introdujeron una serie de referencias expresas sobre las cuestiones laborales entre las funciones de la administración concursal, que se incluyeron en un reformado y novedoso artículo 33 LC, que pasó a desglosar con bastante minuciosidad las labores de este órgano necesario del procedimiento⁸³. Del mismo modo, se modificaron algunas cuestiones de detalle dentro del artículo 64 LC, remplazando las referencias sobre expedientes de regulación de empleo por la de despidos colectivos y la decisión de la autoridad laboral por la del empresario, así como algún retoque más notable sobre el artículo 64.1 LC que regula el devenir de los ajustes de plantilla en curso en el momento de declararse el concurso.

Las reseñadas reformas no han sido las únicas que han afectado de algún u otro modo al articulado de la Ley Concursal, aunque sí las que han

⁸³ El apartado C) se encarga de sintetizar las funciones –las más relevantes– en materia laboral, que son las siguientes:

“1º Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que hubieran recaído a la fecha de la declaración de concurso en procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

2º Solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

3º Intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores.

4º Extinguir o suspender los contratos del concursado con el personal de alta dirección.

5º Solicitar del juez que el pago de las indemnizaciones derivadas de los contratos de alta dirección, se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación”.

incidido de una forma más acusada en la esfera de las relaciones de trabajo. De la misma manera, podríamos mencionar otras serie de leyes que también han afectado limitadamente a algunos de los preceptos concursales, por ejemplo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que modificó 49 preceptos de la Ley Concursal o la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

CAPÍTULO II. EL CONCURSO LABORAL: EL TRATAMIENTO DE LOS TRABAJADORES EN EL SISTEMA CONCURSAL.

Los comentados principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento suponen, como se sabe, que en un único texto –la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal- se albergan todas las cuestiones relacionadas con la institución concursal. Por este motivo, nos enfrentamos en este estudio ante una Ley de carácter pluridisciplinar, en el sentido de que congrega en su seno ingredientes de las diferentes ramas del Derecho, entre las que ocupa un espacio más o menos intenso la ciencia del Derecho del Trabajo. Para esta última disciplina, la relación jurídica que une al empresario concursado con el trabajador está embebida por un gran dinamismo y no se interrumpe, como se verá, por la mera declaración judicial de concurso. En este sentido, la relación laboral sigue siendo durante el procedimiento concursal una fuente generadora de derechos y obligaciones⁸⁴. De este modo, si con la declaración de concurso subsisten las obligaciones laborales, van a tener que aplicarse necesariamente las normas propias del Derecho del Trabajo que, no obstante, se enlazan en algunos puntos concretos con otras previsiones de carácter especial contenidas en el interior de la propia Ley Concursal. De tal forma, son varios los preceptos concursales los que se refieren de forma expresa a los trabajadores que prestan servicios para el deudor. Quizá lo primero que nos

⁸⁴ ALTÉS TÁRREGA, J.A. *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral. Privilegios salariales y aspectos procesales (Doctrina y jurisprudencia)*. Ed. Tirant lo Blanch “colección Tratados”. 1998. Página 31. Aunque se refiera a un Sistema de Insolvencia anterior a la promulgación de la Ley Concursal, la concepción defendida sigue estando vigente en nuestro actual sistema.

vendría a la mente serían todos aquellos mandatos referidos a la ordenación crediticia donde, naturalmente, los trabajadores ocuparán la posición de acreedores por la insinuación de créditos que han sido derivados precisamente de la prestación de servicios en situación de ajenidad y dependencia, es decir, de la existencia de un contrato de trabajo. De hecho, en el efectivo desempeño de su trabajo los empleados normalmente mantienen créditos a su favor, ya sea por salarios, por indemnizaciones o por cualquier otra vicisitud derivada del contrato de trabajo. Por esta razón, no es de extrañar que la Ley Concursal dedique varios preceptos a fijar el rango de los créditos laborales dentro de la prelación de los pagos. Ahora bien, las referencias al contrato de trabajo dentro de la ordenación concursal no se agotan simplemente con la regulación de la preferencia en el crédito, sino que alcanzan también a otra serie acontecimientos. Especialmente relevante en esta sede es la presencia de un artículo como el 64 LC que se ocupa del procedimiento a seguir cuando una vez declarado el concurso se han de llevar a cabo medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo. En concreto, el citado precepto establece cuales son las reglas para tramitar modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo, suspensiones, así como extinciones colectivas. Junto con ello, el artículo 64 LC también reserva en su apartado décimo ciertas cautelas que dentro del concurso se deben de proyectar sobre la extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET, es decir, por incumplimiento del empresario.

El tratamiento de los altos directivos, como relación laboral de carácter especial, también sufre algunas matizaciones dentro de la ordenación concursal, siendo el artículo 65 LC el que se encarga de recoger estas particularidades. El siguiente número, el 66 LC, establece la necesidad de que las modificaciones de condiciones establecidas en convenio

Capítulo II. El Concurso Laboral

colectivo requieran previamente un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Junto con ello, aparecen otra serie de referencias sociales cuando se normaliza la venta de la unidad productiva dentro de la fase de liquidación, donde se prevén algunas salvedades sobre la asunción de deudas laborales por parte del adquirente (art. 149.2 LC). Por lo demás, las normas procesales sobre el reparto de competencias a favor del Juez del Concurso reservan una serie de reglas especiales en materia social. En este sentido, el artículo 8 LC, destinado a ordenar la competencia exclusiva y excluyente de los jueces de lo mercantil en materia concursal, se refiere en su apartado segundo a la materia laboral. También su apartado tercero, aunque no cite exclusivamente a las acciones sociales dentro del concurso, altera sobremanera el esquema competencial en materia de ejecución de sentencia, asumiendo casi por entero esta tarea los juzgados de lo mercantil, también cuando el demandante sea un trabajador. Este último precepto se complementa con los artículos 51 y 55 LC que también contienen una serie de normas procesales de aplicación a los juicios llevados a cabo por los jueces de lo social. Relacionado también con los aspectos procesales, el texto concursal alberga un incidente especial para todas aquellas controversias en las que intervengan trabajadores, contemplado en el artículo 195 LC y que responde al nombre de “incidente concursal en materia laboral”. Tampoco podemos perder de vista llegados a este punto el sistema de recursos procesales diseñado por el legislador concursal. Por último, la presencia de trabajadores ante un orden jurisdiccional que les es desconocido llevó a que dentro del procedimiento concursal se acogieran algunas prerrogativas procesales propias del proceso social, que se encuentran reguladas en el artículo 184.6 LC y la Disposición adicional 4ª de esta misma norma.

Toda esta relación de referencias laborales dentro del procedimiento de concurso ha supuesto el florecimiento de algo que podemos considerar como una verdadera rama dentro del conocimiento del derecho. En este sentido, el ecosistema social instalado dentro de la Ley 22/2003 podríamos denominarlo bajo las siglas: “Derecho Concursal-Laboral”⁸⁵. La presencia de una serie de preceptos dentro de la Ley Concursal referidos a los trabajadores dependientes y por cuenta ajena, obliga en numerosas ocasiones a que tengamos en cuenta las disposiciones propias de la normativa laboral para poder entender muchas de las cuestiones que se suscitan alrededor de este colectivo. De esta forma, podríamos incluso hablar de cierta *laborización* (o *laboralización*) del Derecho Concursal cuando participan del mismo trabajadores por cuenta ajena y en régimen de dependencia, es decir, que los principios rectores del Derecho Social del trabajo se transmutan al contenido de sus normas y las socializan⁸⁶. No en vano, si lo observamos desde el prisma contrario, también podemos observar que otra serie de aspectos relacionados con los trabajadores quedan impregnados por los principios propios de la ordenación concursal y, de este modo, vienen a modular su régimen jurídico al socaire de esta institución (un caso paradigmático sería el de los créditos laborales). Por tanto, poniendo la atención en cualquiera de las ramas jurídicas que abrigan las relaciones laborales dentro del concurso de

⁸⁵ Los títulos de algunas obras publicadas en la materia sugieren también nombres similares. Así, por ejemplo, el estudio del Prof. MONTROYA MELGAR publicado en 2013 en la editorial Thompson-Cívitas lleva por título “Derecho Laboral Concursal”; o la obra colectiva dirigida por la Magistrada NURIA ORELLANA para la editorial La Ley se titula “El Concurso Laboral”.

⁸⁶ Definición de “laborización” ofrecida con carácter general por el Prof. BORRAJO. En BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho del Trabajo* (11ª edición). Ed. Tecnos. 2001. Página 49.

Capítulo II. El Concurso Laboral

acreedores, pronto deparamos que resulta necesaria una constante interrelación entre ambas y que en muy pocos casos vendrían a actuar por separado. Así, a la hora de abordar los derechos de los trabajadores en el concurso hay que hacer confluir principios y reglas de la normativa social y concursal. Abriríamos paso con ello a una nueva disciplina jurídica dentro del Derecho del Trabajo y a un sistema jurídico dentro del Derecho Concursal, que daría lugar a una nueva rama de conocimiento dentro de nuestra ciencia.

La nueva especialidad jurídica que desde estas líneas se está referenciando se encargaría del estudio sistemático de las relaciones laborales en el seno de las empresas en concurso. Su análisis abarcaría tanto el tratamiento que reciben los créditos laborales mantenidos por parte del deudor, así como el análisis de las diferentes vicisitudes que pueden ocasionarse a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo, y que irían desde su celebración hasta su extinción. Durante todo este periodo pueden suceder varios acontecimientos que afecten a la vida del contrato de trabajo. También, y muy especialmente, cuando la empresa se encuentra en concurso, pues en este contexto la ejecución de ajustes dentro de la plantilla suele ser casi siempre una necesidad. Este va a ser el objetivo que se pretenderá llevar a cabo en las sucesivas líneas, donde se pretende sistematizar el tratamiento que reciben los trabajadores por cuenta ajena dentro del procedimiento concursal.

De este modo, la atención se centrará en primer lugar en el análisis de las especialidades que reviste el proceso llevado a cabo ante el Juez del Concurso cuando uno de los litigantes sea un trabajador. En esencia, tales prerrogativas consistirán en la aplicación de las reglas sobre representación y defensa contenidas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la

Jurisdicción Social, así como la extensión a estos supuestos del beneficio de asistencia jurídica gratuita a favor de los trabajadores, cuestiones sobre las que sin solución de continuidad intentaré arrojar algo de luz.

I. Las reglas de representación y defensa de los trabajadores en el proceso concursal.

1. Consideraciones previas.

El precepto encargado de regular las cuestiones relativas a la representación y defensa procesales en la esfera del concurso es el artículo 184 LC. Éste se incardina dentro del Título VIII de la Ley Concursal, lugar donde se albergan las disposiciones referidas a las normas procesales generales, al procedimiento abreviado, así como al sistema de recursos. Situado en este contexto, el citado artículo 184 LC se encarga de determinar las reglas aplicables sobre la representación y defensa procesales dentro del concurso, así como los diversos aspectos relacionados con la legitimación y otra serie de especialidades acerca del emplazamiento y averiguación del domicilio de deudor.

Son los apartados segundo, quinto y sexto del citado precepto los que se refieren a las reglas sobre representación y defensa de las partes procesales cuando la materia litigiosa está relacionada con el contrato de trabajo. El primero dispone de forma lacónica que *“el deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de letrado sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 de este artículo”*. También se proscribe esta misma condición, aunque acotada solamente a los incidentes concursales y recursos, para la actuación en juicio del administrador concursal (artículo 184.5 LC). En este sentido, tanto el deudor concursado (persona física o

Capítulo II. El Concurso Laboral

jurídica), como la administración concursal, pasando por las demás partes legitimadas, en particular, los acreedores que no sean trabajadores, deberán de comparecer en juicio representados a través de procurador y asistidos por letrado⁸⁷. El legislador viene a configurar, bajo mi punto de vista, una regla general consistente en la necesidad ordinaria de postulación por medio de procurador y abogado en los incidentes planteados ante los Juzgados de lo Mercantil. De esta forma, el legislador concursal no estaría haciendo otra cosa sino extrapolar al procedimiento concursal las reglas generales de actuación en juicio propias de los procesos civiles o comunes contenidas en los artículos 23 y 31 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

No podemos deducir esta misma consecuencia cuando el sujeto litigante dentro del concurso es un trabajador, puesto que, para éstos se excepciona la regla general de comparecencia en juicio, remitiéndose en este punto a las reglas recogidas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social. En concreto, es el artículo 184.6 LC el que nos previene de lo siguiente: *“lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones*

⁸⁷ El artículo 184.3 indica textualmente: *“Para solicitar la declaración del concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos por letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en la junta”*.

*públicas en la normativa procesal específica*⁸⁸. Sin lugar a dudas, lo que se busca con la inclusión de este apartado sexto es intentar respetar dentro del proceso concursal las peculiaridades que sobre representación y defensa se conciben para los trabajadores en la norma procesal laboral. Lo extravagante en este punto proviene del hecho de que dentro de la jurisdicción civil se lleguen a aplicar unas reglas sobre postulación judicial desconocidas y que son específicas del proceso social. Llama también la atención que esta la regla especial juegue únicamente para el caso de los trabajadores, no siguiéndose este mismo criterio para el empresario, quien no va a gozar cuando esté inmerso en un proceso concursal de las ventajas que fuera del mismo disfruta a la hora de litigar dentro del orden jurisdiccional social. De esta suerte, para el deudor no se van a inquirir aquellas reglas contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Resumidamente, podríamos llegar a aseverar que la Ley Concursal configura una primera regla general y de uso uniforme para cualquier intervención procesal ante el Juez del Concurso que consiste en la obligación de contar con representación a través de procurador y recibir la asistencia técnica letrada. Por su parte, respecto de los trabajadores juega una regla especial por la que se excepciona el anterior criterio y se va a permitir que éstos se rijan, también ante el Juez del Concurso, por los postulados propios de su normativa procesal especial extractados en los artículos 18 a 21 LRJS. Esta circunstancia conlleva a que desde la doctrina científica se haya hablado al tratar este punto de cierta “laborización” del

⁸⁸ No deja de sorprender el hecho de que tras la Reforma Concursal realizada con fecha de 10 de octubre de 2011 este precepto se siga refiriendo a la Ley de Procedimiento Laboral, sobre todo, por el hecho de que de esa misma fecha data la reforma sobre proceso laboral que dio paso a la Ley de la Jurisdicción Social, lo que denota un error de coordinación por parte del legislador.

Capítulo II. El Concurso Laboral

proceso concursal, en tanto en cuanto éste ha recogido garantías específicas del proceso laboral⁸⁹.

1.1. Tramitación y evolución normativa del precepto en cuestión.

No podríamos llegar a entender con nitidez el sentido que adquiere dentro del proceso concursal la incursión de esta regla especial sin antes deslizarnos someramente por el debate parlamentario suscitado en esta sede. Durante la tramitación de la Ley Concursal tuvieron lugar una serie enmiendas presentadas por varios grupos parlamentarios que buscaron que, ante el Juez de lo Mercantil se pudieran aplicar las normas sobre representación y defensa contenidas por aquel entonces en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para los incidentes concursales en materia laboral. En algunas de ellas se pretendió incluir dentro de esta excepción tanto a trabajadores como a empresarios⁹⁰. Finalmente, el resultado no fue exactamente el propuesto, puesto que, si por un lado se consiguió extrapolar las reglas procesales del orden social sobre representación y defensa a otro tipo de procedimientos –y no solamente al incidente concursal-, por otro, esta excepción resultó limitada únicamente para los trabajadores.

⁸⁹ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op.Cit.* Página 113.

⁹⁰ Sobre el particular: MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.). Ed. Lex Nova. 2004. Página 99.

Así, en un primer momento, el Anteproyecto de Ley Concursal del año 2001 establecía en su artículo 184.3 que, “*para solicitar la declaración del concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado, con la excepción de los establecido en los artículos 18 y 21 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*”. Como vemos, una primera conclusión perceptible simple vista acerca de la regla especial sobre representación y defensa de los trabajadores dentro del procedimiento concursal era que ésta se contenía en el mismo apartado destinado a los restantes acreedores y legitimados. Como sabemos, la redacción final del texto concursal confió la excepción relativa a los trabajadores en un apartado distinto y completamente aislado de la dicción referida a otra serie de legitimados. Esta sistemática se mantiene en la actualidad y se encuentra contemplada en el artículo 184.6 LC. Junto con ello, cabe denotar que en el Anteproyecto de Ley Concursal se reflejaba como excepción para los trabajadores únicamente las prerrogativas contenidas en los artículos 18 y 21 de la extinta LPL, por lo que quedaron fuera aquellas especialidades del proceso social relacionadas con la representación común en caso de actuación conjunta de diez o más trabajadores, así como la facultad de representación por parte de los sindicatos, ambas admitidas por los artículos 19 y 20 LPL respectivamente⁹¹.

Esta primigenia redacción inicial cambió y, ya con fecha de 9 de julio del año 2003, la Ley Concursal se promulgó acogiendo un régimen jurídico más favorable que el previsto inicialmente. Por un lado, se

⁹¹ *Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”...*Op. Cit.* Página 8.

Capítulo II. El Concurso Laboral

separaron las reglas referidas al concursado, que pasaron a ocupar el apartado segundo del artículo 184 LC y, por otro lado, los acreedores y demás legitimados se insertaron en el número tercero del antedicho precepto. Por su parte, se destinó al apartado sexto para regir las reglas procesales sobre representación y defensa de los trabajadores ante el Juez del Concurso que, por ventura, pasó a remitirse a la normativa procesal laboral incluyendo los artículos 19 y 20 LRJS, que en un primer momento quedaron en el olvido. De esta manera, el precepto en cuestión quedó formalmente mucho más organizado y favoreciendo así a una mejor distinción entre lo que bajo mi punto de vista sería la regla general sobre postulación ante el Juez del Concurso, de aquella otra regla “especial” establecida únicamente a favor de los trabajadores. Junto con ello, quedó aclarada una remisión *in extenso* hacia la normativa procesal laboral que comprende las reglas que transitan desde el artículo 18 LRJS hasta el 21 LRJS.

En cualquier caso, la hermenéutica de este precepto, en su redacción del año 2003, dio lugar a una serie de controversias y razonamientos distintos que oscilaban entre una tesis restrictiva y otra extensiva. Para los defensores de la primera, la aplicación de las reglas sobre representación y defensa de los trabajadores dentro del concurso estaría limitada simplemente para los incidentes concursales laborales⁹². La consecuencia práctica que se derivaba del sostenimiento de esta primera tesis suponía que las reglas contenidas en la LRJS no se aplicaban cuando los trabajadores litigaban por la vía del incidente concursal común (civil) o

⁹² *Vid.* En este sentido, el AJM de 1era Instancia de Vitoria-Gasteiz de 14 de diciembre de 2005, o el AJM nº 5 de Madrid de 4 de junio de 2009, ambos a favor de esta tesis restrictiva.

cuando lo hacían ante la Audiencia Provincial⁹³. En consecuencia, para estos supuestos los trabajadores precisarían estar representados por medio procurador y asistidos por un abogado. La tesis contraria, que se alzó como mayoritaria⁹⁴, razonaba justamente lo contrario, es decir, que las reglas sobre representación y defensa de los trabajadores dentro del proceso concursal no se provocaban según *ratione materiae*, por lo que los trabajadores conservaban siempre y en todo caso aquellas especialidades propias de la normativa procesal laboral para actuar en cualquier incidente o instancia procesal. En este sentido, entiendo que si la norma hubiera querido limitar las especialidades relativas sobre las reglas de postulación y defensa de forma singular para el incidente concursal en materia laboral así lo hubiera indicado expresamente. Asimismo, una lectura sistemática llevada a cabo sobre todo el artículo 184 LC también parecía concluir el establecimiento de estas prerrogativas para cualquier incidente concursal, quedando expedita su utilización para la instancia que sea dentro del concurso, bien ante el orden jurisdiccional social, bien para el civil, así como, sobre cualquier materia.

Tal vez a causa de estas dificultades interpretativas el legislador se valió de la reforma concursal proyectada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre para modificar sensiblemente el contenido del artículo 184.6 LC. En este sentido, la redacción actual es más o menos similar a la originaria,

⁹³ Situación que sucedería cuando se impugne el crédito laboral contenido en la lista de acreedores.

⁹⁴ Puede verse el acogimiento de esta segunda tesis tanto en algunas resoluciones de Juzgados de lo Mercantil, como por ejemplo la SJM de Bilbao de 19 de mayo de 2006 (AC/2007/65), como de apelación, como por ejemplo, la SAP de Madrid de 22 de enero de 2010 (JUR/2010/136646), y también desde opiniones vertidas desde doctrina científica, como en el trabajo de RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. “Representación procesal de los trabajadores en el concurso. Crítica a una interpretación restrictiva”. En *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 13. 2006 (BIB 2006/946).

Capítulo II. El Concurso Laboral

si bien, se optó por agregar una apostilla. De esta suerte, el citado precepto expresa hoy en día lo siguiente (en negrita se resalta la novedad): “*lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica*”. Así, se matiza expresamente que las especialidades procesales de los artículos 18 a 21 LRJS son de aplicación a los trabajadores de una empresa en concurso “para la efectividad de los créditos y derechos laborales”, por lo tanto, debemos entender dentro de esta regla especial todas aquellas cuestiones laborales, así como la impugnación del informe presentado por la administración concursal en lo que se refiere al reconocimiento del crédito laboral. Por la inclusión de la dicción “cuantas acciones y recursos sean precisos” se infiere la apuesta por una regulación general y omnicompreensiva que debe de alcanzar a cualquier tipo de materia, así como a toda instancia procesal. Por lo tanto, la prerrogativa contenida en el artículo 184.6 LC a favor de los trabajadores está configurada *ratione personae* y en beneficio de los mismos cuando éstos litiguen dentro del proceso concursal extendiéndose a todas las materias en las que actúen como parte y ante todos los órdenes jurisdiccionales e instancias procesales ya iniciadas.

1.2. Contenido del precepto. Aplicación de las normas de representación y defensa en el concurso según razione personae.

De no existir un precepto como el 184.6 LC no sería posible que el Juez del Concurso pudiera aplicar las prerrogativas que se observan para los trabajadores en el proceso social. Cabe tener presente, no obstante, que la Ley Concursal únicamente remite a la normativa procesal laboral para advertir las reglas de representación y defensas procesales de los trabajadores y a otros sujetos, en especial, el deudor. Podríamos llegar a plantearnos si esta circunstancia daría lugar o no a la desigualdad de trato del empresario, en el sentido de que al actuar ante la jurisdicción social éste disfrutaría las especialidades sobre representación y defensa propias, que como nos es conocido están pensadas para ambas partes procesales –tanto trabajadores como empresarios-. Esta posible diferencia de trato dentro del concurso se deduce con base a dos evidencias: a) la primera porque el artículo 184.2 LC dispone que el deudor (empresario) tiene siempre que actuar en el proceso representado por procurador y asistido mediante letrado; b) la segunda puesto que el propio artículo 184.6 LC tan sólo se refiere textualmente a los trabajadores como sujetos destinatarios de la excepción a la regla general sobre representación y defensa, lo que va a suponer que solamente van a ser éstos los que tendrían la opción de elegir –en primera instancia- si desean o no ir acompañados de procurador y asistidos técnicamente por letrado o graduado social. Ahora bien, esta aparente desigualdad de tratamiento que podría llegar a plantear algunas dudas en cuanto a la conculcación del principio de igualdad contenido en artículo 14 CE⁹⁵, es salvado por la doctrina teniendo esencialmente en

⁹⁵ Que propugna el derecho a igualdad de trato y no discriminación ante cualquier situación.

Capítulo II. El Concurso Laboral

consideración la especial situación en que se encuentran los trabajadores cuando una empresa está concursada, lo que invita a que sean éstos los únicos destinatarios de los privilegios que en estos casos reporta la normativa procesal laboral⁹⁶. Se trata de buscar una justificación basada en la peor situación en la que se encuentran los trabajadores cuando la empresa está en concurso, debido a la más que evidente posibilidad de que algunos de ellos –o en el peor de los casos la totalidad- acaben siendo despedidos o vean comprometido el cobro de su salario. Junto con ello, también habría que tener en cuenta que el empresario se encuentra envuelto en una situación jurídica muy particular, por lo demás, sustanciada principalmente ante un orden jurisdiccional como es el civil, que invita a fijar una regla general por la que siempre y en todo caso se precise la actuación a través de procurador y la asistencia por medio de abogado y ello aunque la contraparte procesal la integren uno o varios trabajadores.

Ahora bien, si la obligación de que el concursado tenga que actuar siempre representado por procurador y asistido por letrado ante el Juez de lo Mercantil es bastante evidente, no lo es tanto cuando litigue ante el Juez de lo Social (situación que, como veremos en el apartado destinado a las competencias en materia laboral, es perfectamente posible). En este sentido, una primera respuesta, en principio lógica, pero algo apresurada pasaría por considerar que cuando el deudor litiga dentro de la esfera de la jurisdicción social se deberían de aplicar las reglas contenidas entre los artículos 18 a 21 LRJS. Sin embargo, este escenario, que *a priori* parecería más o menos sensato, no sería el que deba de acogerse tras un cuidadoso análisis jurídico llevado a cabo sobre el problema en cuestión. Tras realizar una lectura

⁹⁶ En este sentido, MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 99.

sistemática de varios preceptos concursales, he llegado a la conclusión de que cuando una empresa en concurso actúa ante el Juez de lo Social no le resultarían de aplicación los artículos 18 a 21 LRJS. Las razones jurídicas por las que he llegado al anterior resultado son las siguientes:

1) En primer lugar, porque el artículo 184.2 LC es claro y contundente cuando ordena que el deudor actuará “siempre” mediante procurador y letrado, mientras que, por su parte, el artículo 184.6 LC exclusivamente cita como excepción de esta regla general a los trabajadores (*ratione personae*). La utilización del término “siempre” parece indicar que esta exigencia no estaría pensada para la actuación del deudor ante el Juez de lo Mercantil, sino ante los jueces de cualquier otro orden jurisdiccional. Estaríamos, por ende, ante un primer argumento de corte literal.

2) En segundo lugar, porque si el legislador hubiera querido preservar esta situación sólo para los procedimientos ventilados ante el Juez del Concurso así lo hubiera hecho notar expresamente. Este sería el caso del administrador concursal, a quien simplemente se le impone la asistencia letrada obligatoria cuando intervenga en incidentes concursales o recursos. De este modo, podemos ver en el propio artículo 184 LC un ejemplo donde la obligatoriedad de la defensa, en este caso para el administrador concursal, solamente se predica para unos concretos supuestos. En suma, si se hubiera dispuesto para el deudor una redacción similar a la avistada, quizá hubiera servido de asidero para defender una posible aplicación de las reglas de la LRJS cuando éste litigue dentro del orden jurisdiccional social.

3) Por último, cabría anotar que de los artículos 51 y 54 LC, que se encargan de regular, entre otras cuestiones, las actuaciones procesales para los juicios declarativos que ya estuvieran en trámite con anterioridad a la declaración del concurso, no se desprende ninguna especialidad sobre el

Capítulo II. El Concurso Laboral

tema de la representación y defensa del deudor. Más bien al contrario, a mi juicio, la dicción de los citados preceptos favorecería la interpretación jurídica aquí defendida, puesto que, cuando se refieren al concursado lo hacen siempre exigiendo su representación y defensa. Incluso cuando el empresario no tiene la obligación de asistir al juicio, por estar esta facultad sustituida por el administrador concursal, se advierte que su participación se realizará con acompañamiento de procurador y abogado, aunque en algún caso tenga que desembolsar sus propias costas, sin poderse repercutir éstos contra la masa. En fin, no parece lógico concebir, teniendo en cuenta las anteriores aseveraciones, que el legislador haya confeccionado todo el juego de intervenciones, sustituciones y actuaciones procesales para juicios declarativos en trámite pensando solamente en la materia jurisdiccional civil, puesto que, en lo que respecta a las controversias laborales, el reparto de competencias deja cabida al conocimiento de ciertas cuestiones por parte los jueces de lo social.

Como vemos, cuando el concursado litigue ante los juzgados de lo social (por ejemplo, cuando un trabajador impugne un despido disciplinario) regirá la regla general establecida en el artículo 184.2 LC, con lo que éste deberá acudir en todo momento representado por procurador y asistido técnicamente por un abogado. Alejados de consideraciones estrictamente jurídicas y ya moviéndonos en un terreno más práctico, podríamos preguntarnos por qué el legislador no ha brindado al deudor la posibilidad de optar en instancia entre actuar por sí mismo o hacerlo mediante procurador, abogado o por graduado social, figura que permanece olvidada, para asistir al empresario cuando éste se encuentra inmerso en un procedimiento concursal. Aquí, las dudas sobre la idoneidad de esta medida son más aparentes que los casos en los que la competencia reside en el

juzgado de lo mercantil, por cuanto quizás es más difícil entender la obligación de postulación del concursado también dentro del orden jurisdiccional social. La razón, quizá deba encontrarse en que lo que pudiera resolverse en un juicio laboral podría afectar de forma directa a los intereses del concurso (incluidos el de los restantes acreedores). Esta misma justificación explicaría el inconveniente de que la asistencia del deudor sea llevada por parte de un graduado social, habida cuenta de que las repercusiones de las cuestiones en liza, que en un primer momento pueden consistir únicamente en contrariedades derivadas de las relaciones de trabajo, lleguen a comprometer una serie de consecuencias mucho más amplias, por lo que el asesor jurídico tendría que tener en cuenta también las repercusiones reflejadas en el derecho concursal, motivo por el que parece que sería aconsejable la defensa por medio de un letrado, más vinculado con la rama jurídica de forma más exhaustiva.

En suma, la excepción ordenada por artículo 184.6 LC, respecto a las reglas de representación y defensa procesales ha sido configurada según *ratione personae*, en concreto, a favor de los trabajadores, sin extenderse a otros sujetos de la relación laboral. De este modo, para poder solicitar el concurso, comparecer en el procedimiento, plantear incidentes, impugnar decisiones de la administración concursal etc., los trabajadores no necesitan estar representados por procurador ni asistidos por letrado o graduado social —en la instancia—, así como se verán favorecidos por las restantes reglas procesales previstas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁹⁷. Veamos a continuación, en qué consisten estas prerrogativas y qué papel juegan dentro del sistema concursal.

⁹⁷ SAP de Madrid de 22 de enero de 2010. Rec. Apelación 352/2009 (JUR/2010/136646).

2. Contenido de la representación y defensa en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y su virtualidad en el concurso.

2.1. No obligatoriedad de representación en primera instancia.

El primer artículo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, que se refiere a la representación procesal es el número 18, que exhibe una redacción casi idéntica a la de su predecesor, el RDL 2/1995, de 7 de abril⁹⁸. La primera idea que se infiere de este precepto es que las partes procesales -trabajador y empresario- podrán comparecer por sí mismas o, en su caso, representadas mediante procurador, graduado social o cualquier persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Aplicada esta máxima en su comparecencia ante el Juez del Concurso supone que el trabajador va a tener la facultad de elegir entre actuar en el proceso representado por procurador o no hacerlo. Además, en caso de decantarse por la representación significa que podrá conferirla a una serie de sujetos, a saber: a un procurador, a un graduado social –o letrado-, así como a cualquier persona que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, lo que deja en manos del trabajador un amplio abanico de posibilidades.

La segunda idea que merece la pena extraer de este precepto coincide que la parte final del apartado primero del propio artículo 18 LRJS donde, se indica que “*la representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario Judicial o por escritura pública*”. Ninguna complicación suscita en un contexto concursal el

⁹⁸ Tan sólo presenta un pequeño cambio, pero que no afecta al fondo de este artículo. Se dice que: “*En el caso de otorgarse la representación a abogado, deberá seguirse los trámites previstos en el artículo 21.1 de esta Ley*”, en lugar del artículo 21.3 que aparecía anteriormente. Este hecho no es significativo en el propio artículo 18, si no que se refiere a un cambio producido en el número 21 LRJS.

apoderamiento realizado por medio de escritura pública. Sin embargo, históricamente se venían produciendo mayores inconvenientes respecto de la representación ante el Secretario Judicial, denominada comúnmente *apud acta*, también en sede laboral. En el orden social de la jurisdicción la representación ante el Secretario Judicial ha sido siempre un tema bastante controvertido, tanto desde el punto de vista doctrinal como judicial. La razón de ello estribaba en que el artículo 281.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía que “*la representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto*”. En similares términos se pronunciaba el artículo 24.1 LEC⁹⁹. Ello supuso la aparición de una corriente doctrinal y jurisprudencial que consideraba que debía de primar la jerarquía de la LOPJ y que una coordinación normativa lógica invitaba a concluir que la representación *apud acta* se debía de realizar ante el Secretario del juzgado competente para conocer del asunto. Por otra parte, también existía jurisprudencia y una posición casi mayoritaria en la doctrina que defendía en este punto la especialidad laboral y sostenía que ésta se podía realizar ante cualquier Secretario judicial, aunque no fuera el del juzgado o tribunal competente para enjuiciar el caso¹⁰⁰. En la aplicación de este conflicto en sede concursal debemos destacar la postura mantenida por

⁹⁹Artículo 24.1 LEC, en su versión original: “*El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto*”.

¹⁰⁰ Vid. Sobre todo este extremo y todas la posturas jurisprudenciales y doctrinales al respecto la obra de PEDRAJAS MORENO, A. “Apoderamiento *apud acta* en el proceso laboral. A propósito de la STC 285/2000, de 27 de noviembre”. En *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González* (SALA FRANCO, T. MARTÍNEZ RAMÍREZ, J. Y BORRAJO DACRUZ, E. Coords.). 2003. Páginas 615-634. Éste autor optó por defender la postura dispuesta en el artículo 18.1 LPL y sus menores exigencias.

Capítulo II. El Concurso Laboral

parte de ALBIOL MONTESINOS, que opinaba que ante el Juez de lo Mercantil debería de jugar la regla restrictiva del artículo 281.3 LOPJ y, por ende, la representación *apud acta* se tenía que conferir ante el Secretario del mismo Juzgado de lo Mercantil que debiera de conocer del asunto¹⁰¹. Sin embargo, a día de hoy estas vacilaciones doctrinales podríamos darlas por terminadas. La razón de esta aseveración estriba en que, por un lado, la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial derogó los artículos 279 a 291 LOPJ, quedando éstos sin contenido (entre ellos el referido artículo 281.3 LOPJ). Por otro lado, a raíz de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que puso en marcha en la LEC la implantación de una Nueva Oficina Judicial se cambió el sentido del artículo 24.1 de la LEC, que pasó a expresar lo siguiente: “*el poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario judicial de cualquier Oficina judicial*”. Como vemos, la normativa vigente ya no exige, siquiera desde la LEC, que el poder de representación procesal *apud acta* se realice ante “el Secretario Judicial del Tribunal que haya de conocer del asunto”, sino que ahora ésta se puede hacer ostensible ante cualquier Secretario Judicial. Este hecho, junto con la mencionada derogación del artículo 281.3 LOPJ, eliminaría el conflicto jurídico que podía debatirse durante los primeros años de vida de la Ley Concursal. En la actualidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social parecen coincidir en este punto. De esta forma, podemos sintetizar que la comparecencia de los trabajadores ante el Juez de lo Mercantil encargado

¹⁰¹ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. En Tirant lo Blanch “colección laboral”, núm. 156. 2004. Página 22.

del concurso podrá realizarse sin precisar representación. En caso de que el trabajador comparezca con representación procesal, ésta podrá acreditarse bien mediante escritura pública ante notario, o bien por la vía *apud acta*, ante el Secretario Judicial de cualquier Oficina judicial y no necesariamente el del Juzgado de lo Mercantil conocedor del asunto, aunque en la práctica suele ser en éste último donde efectivamente se suele presentar este trámite.

2.2. Representación unitaria en caso de existir pluralidad de actores.

El artículo 19 LRJS contempla una especialidad procesal para el caso de que desde la parte demandante comparezcan una pluralidad de actores, en concreto, cuando presenten demanda más de diez trabajadores. Para poder abordar esta cuestión va a ser necesario el conocimiento de los cambios que sobre el referido precepto se han introducido tras la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. La primera consideración coincide con un cambio de naturaleza netamente formal, que consistió en incrementar el número de párrafos en los que se dividía el citado precepto, pasando así de tener tres a cinco apartados. El primer número intenta esclarecer un hecho que ya parecía asentado y que consiste en rubricar textualmente la posibilidad de que la demanda se pueda presentar de forma individual o conjunta, bien sea mediante un solo escrito o a través de varios. Lo que se pretende con esta previsión es dejar abierta la posibilidad de actuación individual o conjunta para el caso de que el número de actores esté comprendido en un número inferior a diez actores, posibilidad que deviene en deber para el caso de que los demandantes sean más del referido umbral. Se alude a que esta medida

Capítulo II. El Concurso Laboral

ha sido pensada para lograr la perseguida economía procesal en el supuesto de que actúen conjuntamente más de diez trabajadores, debiendo éstos asignar un representante común. Con ello se pretende dar cumplimiento a uno de los principios básicos del proceso laboral, como es el de la celeridad del procedimiento¹⁰². Por lo tanto, en estos casos se deberá designar un representante común, ya sea cuando se presente un escrito de demanda con más de diez pretensiones, o bien cuando se presenten en conjunto más de diez escritos individuales cada uno de ellos con la misma pretensión. En el procedimiento concursal podría darse esta circunstancia, por ejemplo, en el caso de que la solicitud de concurso necesario sea realizada por parte de los trabajadores y sean varios los que como acreedores de la empresa lo interpongan¹⁰³. También podría darse en cualquier otra situación que dentro del concurso suponga la competencia de los jueces de lo social. Este representante común deberá de ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o incluso un sindicato, aunque en opinión de DESDENTADO BONETE Y DE LA PUEBLA PINILLA los trabajadores también podrían designar un representante colectivo que fuera miembro de un órgano de representación de los trabajadores¹⁰⁴. Apuntar no

¹⁰² MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 104.

¹⁰³ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 20.

¹⁰⁴ DESDENTADO BONETE, A Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal”. En *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 166. 2004. Página 14. Para estos autores la única vía por la que cabe la participación de los representantes de los trabajadores (representantes unitarios, comités de empresa, delegados de personal y sindicatos) es por el artículo 184.6 de la Ley Concursal. Consideran que los apartados 2 y 3 de este artículo no dan lugar a la participación de éstos en el proceso concursal, ni quiera por la vía del interés legítimo. No existiría un interés colectivo ni mucho menos una situación litisconsorcial. En este sentido, junto a su debida participación en el periodo de consultas en el seno de un expediente de regulación, su entrada en la actuación en el proceso concursal tiene cabida en la remisión

obstante que la representación sindical que aquí se está barajando no es idéntica, ni se ejercerá en los mismos términos, que la contemplada por el artículo 20 LRJS, puesto que el representante al que se refiere el artículo 19 LRJS lo será en nombre de todos los trabajadores para ese proceso y no sólo de sus afiliados. En el supuesto del artículo 20 LRJS no estamos ante una representación legal, sino más bien ante una representación sindical voluntaria, en el sentido de que son los propios trabajadores los que voluntariamente van a elegir la representación común de un sindicato, primando a éste sobre la elección de un abogado, graduado social etc.¹⁰⁵ En cualquier caso, puede surgir la duda de si para hacer efectiva esta representación sindical se requiere que al menos uno de los trabajadores demandante esté afiliado al sindicato en cuestión. En este sentido, por la propia operatividad de este tipo representación procesal, que puede extenderse a un amplio abanico de representantes, y por su conceptualización que es diferente a la dispuesta por el artículo 20 LRJS, coincido con ALBIOL MONTESINOS en que lo más oportuno sería entender que en estos casos cabría una representación común por parte de cualquier sindicato, con independencia de la afiliación de los trabajadores¹⁰⁶.

En el apartado tercero del artículo 19 LRJS se contempla la posibilidad de que los demandantes –también más de diez- puedan nombrar un representante común cuando se produzca una acumulación de autos. Para estos supuestos también se prescribe la concurrencia de un número

que la propia Ley Concursal realiza a la Ley procesal laboral, sólo para trabajadores. Esta permite que los representantes de los trabajadores tengan cabida en el concurso de acreedores, suponiendo según éstos, una “auténtica laboralización del concurso”.

¹⁰⁵ RENTERO JOVER, J. “La intervención del sindicato en el proceso laboral”. En *Derecho Colectivo*, (FALGUERA BARÓ, M.A. Coord.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2003. Páginas 248-249.

¹⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 22.

Capítulo II. El Concurso Laboral

compuesto por más de diez trabajadores, así como, que las personas que van a poder resultar designadas como representante común de todos ellos serán las mismas que las contempladas para el supuesto de acumulación inicial de acciones. En este apartado, además de contemplarse el caso de más de diez actores que comparecen contra un demandado (en nuestro caso el deudor), se añade la posibilidad de acumular en la situación contraria, es decir, cuando la demanda sea interpuesta por un sujeto en contra más de diez demandados, siempre que no haya contraposición de intereses entre ellos, situación que, por lo demás será bastante menos común. En todo caso, tanto para demandas iniciales como para supuestos de acumulación de procesos cualquiera de los demandantes podrá expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo o de designar un representante propio diferente del elegido de forma conjunta por los restantes actores. Además, si una pretensión no afecta de forma directa e individual a trabajadores determinados se entenderá conferida esta representación a los órganos representativos unitarios o sindicales, sin perjuicio de la posible comparecencia por sí mismos y por representación propia de trabajadores que indirectamente pudieran resultar afectados (introducido por la citada Ley 36/2011).

2.3. La representación sindical.

Por lo que se refiere a la representación sindical cabe anticipar que la misma se encuentra regulada en el artículo 20 LRJS. Este último precepto no configura una representación plural y voluntaria como la que se concibe en el artículo 19 LRJS sino que lo hace de forma unitaria y sometida al requisito de afiliación por parte del representado. Se incorporó por mor de

la Ley 36/2011, de 10 de octubre, un apartado cuarto que aclara que los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones “*ante el orden social*” y que junto con ello gozarán del beneficio legal de asistencia jurídica gratuita cuando ejerzan su actividad en pos de un interés colectivo en defensa de los trabajadores y demás beneficiarios de la seguridad social. La anexión de este nuevo apartado fue el cambio más relevante que sufrió el artículo 20 LRJS tras la entrada en vigor de la citada norma. Por lo que respecta a los apartados 1 a 3 del este artículo 20 mantienen, si bien con algún cambio léxico sin importancia, la misma esencia que la preservada con anterioridad a la promulgación de la referida Ley 36/2011.

De la redacción del artículo 20 LRJS se desprende la posibilidad que ostentan los sindicatos para representar en juicio a sus afiliados, prerrogativa ésta de carácter potestativo que ya se podía colegir del artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que permite a estos organismos plantear conflictos individuales y colectivos. En este sentido, en el artículo 20 LRJS se disciplina una representación voluntaria por parte del sindicato que les va a permitir actuar en un proceso en nombre y en interés de los trabajadores afiliados al mismo (la nueva redacción también reconoce que puedan representar a los funcionarios y personal estatutario afiliados a éstos). Para poder desplegar esta forma de representación la Ley exige como requisito previo la autorización por parte del empleado, la cual no tiene por qué ser expresa, posibilitándose de esta forma la actuación del sindicato aun mediando una suerte de autorización tácita. Así se infiere del tenor literal del precepto en cuestión cuando se expresa en su apartado segundo que “*la autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado*”. Con todo, para que un sindicato pueda actuar en un proceso en nombre de un trabajador deberá de acreditar como requisito de

Capítulo II. El Concurso Laboral

participación la condición de afiliado del representado, así como la comunicación dirigida al propio trabajador de su voluntad de iniciar el proceso. En este contexto, la no disconformidad -autorización tácita- por parte del empleado servirá de resorte legal para la actuación por parte del sindicato. Junto con ello, el sindicato va a estar habilitado tanto para iniciar un proceso como para adherirse a uno previamente interpuesto por parte de su afiliado si, naturalmente, se dan las dos condiciones acabadas de exponer. En el supuesto de que el afiliado no haya recibido comunicación alguna por parte del sindicato con la intención de iniciar el proceso o que, cuando habiéndose negado esta representación el sindicato persista en su ejercicio, podrá el trabajador exigir la responsabilidad que proceda, que en todo caso no deberá de ser planteada ante el Juez del Concurso, sino que se tendría que interponer ante los órganos del orden jurisdiccional social, puesto que la acción de responsabilidad no podrá inquirirse en el mismo proceso en que actuaba el sindicato, sino que deberá realizarse en otro distinto y apartado y esta competencia no recae en los juzgados de lo mercantil¹⁰⁷.

En el Anteproyecto de Ley Concursal no se contemplaba este tipo de representación, al referirse su artículo 184.3 solamente a los preceptos número 18 y 21 de la antigua LPL. Posteriormente, el texto definitivo de la Ley Concursal se remitió *in extenso* a la ley procesal laboral en este punto, por lo que se permitió a los sindicatos actuar en nombre de sus afiliados ante el Juez del Concurso, situación que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. Dentro del procedimiento concursal esta representación sindical podrá realizarse ante cualquiera de los incidentes en los que intervienen trabajadores y sobre los que proyecta su competencia el Juez del Concurso.

¹⁰⁷ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 107.

En la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 19 de mayo de 2006, se discutió esta forma de representación cuando la materia objeto del proceso es de naturaleza civil/mercantil. De este modo, por parte de la administración concursal se alegó que no es suficiente el poder presentado por el sindicato para actuar en una materia que sea civil -como es el caso de la impugnación crediticia realizada por un trabajador-. La postura mantenida por el administrador concursal en este supuesto era que no cabía ejercitar una representación *ex artículo 20 LRJS* para actuar en un incidente concursal civil regulado por el artículo 192 LC, sino que únicamente podría producirse en los casos en los que se planteara un incidente concursal laboral (contemplado en el artículo 195 LC). El juzgador se decantó finalmente por una solución extensiva y reconoció que la representación sindical puede jugar también en el incidente civil, razonando que la remisión que la Ley Concursal realiza sobre la actuación de los trabajadores en el proceso concursal no se efectúa simplemente para el incidente en materia laboral del artículo 195 LC¹⁰⁸. De esta manera, la

¹⁰⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 19 de mayo de 2006 (AC/2007/65). Así lo expresa la sentencia: *“Hay que resaltar, acudiendo a la interpretación literal del art. 1281 del Código Civil (LEG 1889, 27)(CCv), que el art. 184.6 no se refiere al incidente concursal laboral, en general, ni al incidente laboral específicamente previsto y regulado en el art. 195 LC (RCL 2003, 1748) . Se refiere, como recoge al comienzo, a «lo dispuesto en este artículo» (...) No se dispone una regla especial para los trabajadores sólo para el incidente concursal, sino en general, es decir, para personarse en el procedimiento, recibir notificaciones en el mismo, intervenir en los incidentes sean o no laborales y, en consecuencia, para actuar exactamente de la misma forma en que cualquier acreedor personado lo haría a través de un Procurador y letrado. (...) Uno de los sistemas que ideó el legislador fue, en consecuencia, la autorización para que las favorables normas de postulación de que gozan los trabajadores en los arts. 18 y 20 de la LPL, pudieran trasladarse al procedimiento concursal, lo que propició la introducción de la norma contenida en el art. 184.6 LC, que no puede ser desconocida porque persigue, precisamente, que los trabajadores puedan actuar por sí mismos, o, si así lo prefieren, representados por Procurador, por letrado, graduado social o por su sindicato, como sucede en este incidente”(...)* *“Porque acudiendo también a un criterio de*

Capítulo II. El Concurso Laboral

sentencia citada empleó un criterio literal, hermenéutico e histórico para considerar que la remisión que lleva a cabo el artículo 184.6 LC hacia la normativa laboral no se efectúa tan sólo para los casos en los que el Juez del Concurso conoce sobre una materia estrictamente laboral a través del incidente contemplado en el artículo 195 LC, sino para todos los incidentes. En este sentido, también cuando la tramitación procesal sea sustanciada a través de los cauces del incidente en materia civil tendrán que aplicarse necesariamente las normas procesales especiales contempladas en la legislación procesal laboral, claro está, cuando la parte demandante sea ocupada por un trabajador. Con todo, esta interpretación no es pacífica dentro de la doctrina judicial, ya que otros pronunciamientos han llegado a conclusiones contrarias, como sería el caso, por ejemplo, de la sentencia de 14 de diciembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria. En esta resolución se pergeñó que la representación sindical de los trabajadores sólo se despliega cuando la materia objeto del litigio sea de índole laboral y, en consecuencia, la eventual impugnación de créditos laborales, cuya naturaleza dentro del concurso es civil/mercantil, no admitiría la postulación sindical¹⁰⁹.

interpretación lógico, sería antieconómico, y además demoraría la tramitación de los incidentes, pretender que cuando un trabajador quiere impugnar la lista de acreedores tenga que solicitar un abogado y procurador de oficio, y no quepa, como autoriza una lectura literal, sistemática, lógica e histórica del art. 184.6 LC, como la propuesta hasta aquí, que comparezca por sí, o representado por graduado social (art. 545.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)), abogado o su sindicato.

¹⁰⁹ Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria, en su sentencia de 14 de diciembre de 2005 (AC/2006/71). Alega la sentencia que “*En definitiva, la posición de LECO (se refiere con esta nomenclatura a la Ley Concursal) es que sólo se mantiene la representación legal de los trabajadores en las materias sociales «entregadas» al Juez del concurso y que afectan a los asalariados en relación contractual, junto con la consideración procesal individual de los mismos, mientras que en el resto del procedimiento de concurso, empezando por su constitución, los trabajadores se reputan acreedores individuales*”.

Existiendo posturas diversas, la interpretación que desde estas líneas considero que sería la más ajustada a derecho coincidiría con la primera de las sentencias reseñadas. Ésta compadece mejor con una interpretación literal y hermenéutica del texto concursal. Cabría, no en vano, esgrimir un argumento añadido que considero que favorecería a la interpretación aquí defendida y que consiste en que la Reforma Concursal de 2011 modificó el artículo 184.6 LC de tal forma que se coadyuva al mantenimiento de una tesis extensiva. En concreto, el enunciado que se incorporó por la Ley 38/2011 fue la siguiente: *“para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos”*. Bajo mi punto de vista, este cambio refuerza a través del inciso acabado de reproducir que la representación procesal del sindicato cabe siempre que el empresario esté en concurso, tanto para juicios ante el orden jurisdicción civil como, naturalmente, el social.

En otro orden de valores cabría también aseverar que un sindicato, por sí mismo, no podría iniciar o solicitar la declaración de concurso, cuestión lógica si tenemos en cuenta que éste no es un acreedor del empresario y esta acción queda reservada para el propio deudor o sus acreedores (artículo 3 LC). Por ello, un sindicato, en principio, no va a poder solicitar la declaración de concurso¹¹⁰. Un representante de los trabajadores tampoco podría solicitarla en su condición de representante, aunque sí que

Argumenta que *“cuando el art. 184.6 LECO excepciona las reglas de postulación lo hace fijando los sujetos para los que no juegan, a saber, los trabajadores según la LPL, y las Administraciones Públicas en la normativa procesal específica. Tales son a quienes «no perjudican» las reglas de postulación del concurso. Y los trabajadores de LPL no son los acreedores, es decir, los que aducen un crédito por su relación de trabajo, ni los trabajadores en general, aunque aduzcan créditos ajenos a la relación de trabajo, que también los puede haber, sino los trabajadores que ejercen acciones en la rama social del Derecho”*.

¹¹⁰ DESDENTADO BONETE, A Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal”...*Op. Cit.* Página 11.

Capítulo II. El Concurso Laboral

estaría legitimado en su condición de empleado y, por ende, de acreedor de la empresa. En cualquier caso, la solicitud de concurso por parte de un sindicato podría tener cabida por la vía del artículo 20 LRJS, puesto que en estos casos no estaríamos ante una voluntad o legitimación del sindicato, sino que emana del propio trabajador, siempre y cuando éste sea acreedor de la empresa. En este sentido, además de los requisitos propios inherentes a toda solicitud de declaración de concurso, dispuestos en el artículo 7 LC, se tendrían que acreditar tanto la situación de afiliado del trabajador como la comunicación del sindicato dirigida al primero anunciando su voluntad de solicitar el concurso¹¹¹. No estaríamos, por ende, ante una solicitud realizada por el sindicato, sino por cuenta del empleado que vendría a autorizar de forma expresa o tácita la actuación del órgano sindical. Por ello, en caso de que el trabajador acreditara no haber recibido la comunicación por parte de este organismo o se negara expresamente a ello, entiendo que se debería de suspender la tramitación de la declaración de concurso necesario (salvo que concurran otros acreedores solicitando el mismo).

2.4. La defensa.

Finalmente, el artículo 21 LRJS se encarga de regular los diversos aspectos referidos a la defensa o asistencia jurídica en el proceso. Formalmente, este precepto ha pasado de tener cuatro a cinco apartados tras la reforma de la legislación procesal laboral llevada a cabo, como es sabido, en 2011. El primer párrafo pretende dejar constancia de la dualidad que se determina en el proceso laboral, permitiéndose la defensa técnica tanto por

¹¹¹ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 23.

abogado como por graduado social. Mientras que en otras jurisdicciones las partes van a poder estar asistidas únicamente por abogado colegiado, dentro del proceso laboral se permite que la defensa venga realizada por otro profesional distinto -un graduado social-. Esta vicisitud debemos de extrapolarla al proceso concursal, admitiendo que en el contexto de esta institución los trabajadores puedan estar asistidos, si lo desean, por un graduado social colegiado. Ahora bien, es necesario llamar la atención sobre el carácter facultativo que tiene la asistencia legal en la instancia, dentro del proceso laboral. En este sentido, los trabajadores tienen la opción de actuar por sí mismos o mediante abogado o graduado social, siendo en estos casos por su cuenta los gastos de asistencia jurídica ocasionados (salvo las excepciones reguladas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). Esta potestad que preside la comparecencia en instancia se torna obligatoria en la segunda instancia. De este modo, la defensa por medio de abogado o graduado social va a ser preceptiva ante los Tribunales Superiores de Justicia (órganos competentes para conocer sobre el recurso de suplicación)¹¹². Con todo, la intervención, bien potestativa o bien preceptiva por parte del graduado social termina ante un eventual recurso de casación por unificación de doctrina, donde se va a requerir exclusivamente la presencia de abogado colegiado (artículo 21.1 LRJS).

La especialidad diseñada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social respecto a la defensa en juicio, también va a acomodarse durante el concurso cuando los trabajadores litiguen ante el Juez de lo Mercantil. Por ello, en estos supuestos los trabajadores van a poder comparecer ante la jurisdicción civil asistidos mediante graduado social, así como, acudir

¹¹² Este órgano, como se verá en su respectivo apartado, también va a ser el competente para conocer sobre el recurso sobre las resoluciones del juez del concurso en materia laboral.

Capítulo II. El Concurso Laboral

directamente sin defensa (naturalmente, también podrían servirse de abogado). La defensa por medio de graduado social es perfectamente posible dentro del proceso concursal, si bien, pese a que este colectivo está formado por profesionales altamente cualificados para afrontar problemas de índole social, quizá debido a la mayor complejidad que revisten las relaciones laborales en un escenario concursal, donde parece capital conocer los aspectos jurídicos de esta institución, sea desaconsejable su asistencia. Con todo, para reclamar cualquier cuestión jurídica ante los juzgados de lo mercantil, los trabajadores pueden ir acompañados por un graduado social, por un abogado, o bien actuar por sí mismos.

Existen algunas dificultades interpretativas respecto a la defensa del trabajador en el desarrollo de la apelación ante la Audiencia Provincial. Nuevamente se presupone que un abogado debe ser conocedor tanto las normas procesales laborales como civiles, si bien, *a priori*, a un graduado social sólo se le reputa conocedor de las materias relacionadas con las relaciones laborales. Por este motivo, quizás pueda resultar desaconsejable que el trabajador esté asistido por graduado social. Si bien, ha de aceptarse la posibilidad de que los graduados sociales participen dentro del concurso del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial cuando el demandante sea un trabajador, puesto que la remisión efectuada por la Ley Concursal es por *ratione personae* y por ello ha de entenderse realizada de forma amplia, extendiéndose las especialidades de la norma procesal laboral a la segunda instancia civil¹¹³. Esta interpretación fue la que acogió, por ejemplo, la SAP de Valencia de 11 de mayo de 2011 en la que un administrador concursal alegó la falta de comparecencia por procurador según las reglas del artículo

¹¹³ Vid. MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 104.

23 LEC. La Audiencia Provincial de Valencia permitió en su sede la postulación y representación del trabajador según las reglas propias contenidas en los artículos 18 y ss. LRJS¹¹⁴. La reforma de la Ley Concursal realizada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, vino a esclarecer esta cuestión al matizar que la aplicación de las reglas de representación y defensa contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social lo son “*para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales*”. Por lo tanto, el artículo 184.6 LC no las limita únicamente al recurso de suplicación, sino que utiliza el término genérico “recursos”, entre los que

¹¹⁴Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de mayo de 2011 (JUR/2011/301470). La sentencia lo acepta utilizando para su resolución lo dispuesto por el Auto de 3 de marzo de 2011 dictado por la misma Sala y utilizando la siguiente redacción: “*La cuestión, que entendemos resulta clara en cuanto afecta al Juzgado de lo mercantil - y así lo admite, incluso, la representación de la administración concursal en el supuesto analizado (destacado en negrilla, alegación previa B, párrafo final, folio 130)- no resulta tan indiscutida en el ámbito propiamente de los recursos y en la vía propiamente de aplicación de la LEC, cuál es la que nos encontramos, por cuanto en los recursos devolutorios en vía social, será preceptiva la asistencia de letrado, que será además quien ostente la representación procesal en el supuesto de que no se hubiera designado otro representante. Ahora bien, puesto que la norma no distingue ni limita tal beneficio para los trabajadores al ámbito puramente concursal -y ante el Juzgado de lo mercantil- y puesto que resulta obvio que si el mantenimiento de la cuestión, en la instancia, que afecta a los intereses de los trabajadores, goza de estos beneficios en orden a la postulación y representación, su falta de limitación ha de llevar a extender aquellos a todas las instancias, ya que si no se accede a lo pretendido por su parte, la consecuencia normal será la presentación de recurso, si la ley lo prevé así, y no resulta razonable que se exija, en este momento, una personación más gravosa de lo que se exige, en tales supuestos, en el ámbito social. Por ello, y atendido a que, incluso -según también ha destacado algún estudio doctrinal- en la elaboración parlamentaria de la norma es de apreciar que se rechazó la limitación que se pretendía (ceñir las reglas de postulación de la LPL a los incidentes concursales relativos a demandas sociales competencia del Juez del concurso) lo que aboga por su aplicación lata, máxime porque es un beneficio establecido por razón de la condición personal, que no se pierde, ni se altera, en las distintas instancias. En conclusión, la oposición deducida por la administración concursal en cuanto a la admisibilidad del recurso planteado, ha de ser rechazada, entrando, seguidamente, a conocer de los motivos planteados en esta alzada.*”

Capítulo II. El Concurso Laboral

debemos de incluir abiertamente el de apelación ante la Audiencia Provincial, así como, en su caso, el de casación para unificación de doctrina. La inclusión material referida a la “efectividad de los créditos” también refuerza esta opción interpretativa puesto que la utilización de las reglas de representación y defensa se realiza a favor de los trabajadores aunque la naturaleza jurídica de la materia impugnada no sea social, tal y como sucedería cuando se censure la lista de acreedores confeccionada por el administrador concursal, extremo que se mantiene ante las distintas instancias procesales.

Por lo que respecta al apartado tercero del artículo 21 LRJS, ambiciona que en todo momento se procure la igualdad de comparecencia en juicio entre las dos partes procesales. En este sentido, pesa sobre el Secretario Judicial una obligación que consiste en informar, tanto en la demanda como en la contestación, sobre si una de las partes va a comparecer en juicio con abogado o graduado social. De ahí, que admitamos que lo que propugna esta norma es la preservación de la igualdad entre las partes y de este modo que el hecho de acudir al proceso asistido por letrado sea una situación conocida por la contraparte. Como es sabido, ante la jurisdicción social y fuera de los casos en los que el empleador está en situación de concurso este sistema opera por igual para ambas partes. Pero, cuando el empresario se encuentra en concurso la solución a la que debemos llegar debe ser bien distinta, puesto que, si recordamos lo aseverado en el inicio de este punto, el artículo 184.2 LC ordena la obligatoriedad del deudor de actuar representado y asistido por procurador y abogado. Por lo tanto, en los supuestos concursales el trabajador ya va a saber de antemano que la contraparte va acudir al proceso representado y asistido por letrado, quedando entonces en la esfera decisoria del primero la asistencia técnica.

Por consiguiente, debemos de entender que las previsiones dispuestas en los apartados segundo y tercero del artículo 21 LRJS quedarían amortizadas cuando el empresario se encuentre inmerso en un procedimiento concursal¹¹⁵. De esta suerte, quedarían sin efecto los apartados segundo y tercero del citado precepto, tendentes como es sabido a procurar la igualdad de partes en lo que se refiere a las posibilidades de asistencia técnica dentro del proceso concursal.

Sin embargo, pese a entender que en términos generales esta tesis sería válida, deduzco que dentro del concurso cabría matizarla en un supuesto concreto. Me estoy refiriendo en el caso de que el deudor tenga suspendidas sus facultades de representación y se inicie un proceso declarativo ante el Juez de lo Social. En este contexto, si acudimos al artículo 54 LC, advertimos que la administración concursal va a estar legitimada para ejercitar las acciones de índole patrimonial (por ejemplo, un despido objetivo). En estos supuestos, resultará de aplicación a la intervención judicial del administrador concursal las reglas propias del proceso laboral, puesto que el artículo 184.5 LC sólo les impone la presencia letrada en el caso de incidentes y recursos (entendiendo estos últimos como impugnaciones en alzada). Por esta razón, considero que entraría en juego lo dispuesto por los apartados dos y tres del artículo 21 LRJS para procurar la igualdad de asistencia técnica de las partes. En cualquier caso, esto sería así siempre y cuando el deudor no intentara hacer valer sus derechos en el proceso social, ya que si así lo hiciera, ya sabemos que deberá hacerlo siempre representado y asistido técnicamente por abogado, circunstancia que supondría la amortización del trámite de

¹¹⁵ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit. Página 23.

búsqueda de la paridad procesal. Con todo, en principio, el deudor no estaría legitimado para interponer demanda, incumbiendo esta tarea al administrador concursal (artículo 54.1 LC). Esto no sucederá en caso de que sus facultades estén meramente intervenidas, puesto que el deudor sí conservaría la capacidad para actuar en juicio, aunque necesitaría la conformidad del administrador concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio (artículo 54.2 LC).

II. Artículo 2 d) de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita: extensión del beneficio en el proceso concursal.

1. Aspectos introductorios.

En el presente apartado trataré de abordar, de forma más o menos sucinta, la aplicación y extensión del beneficio de asistencia jurídica gratuita de los trabajadores dentro del procedimiento concursal. Esta medida de gracia orientada a los trabajadores por cuenta ajena se ha vislumbrado tradicionalmente para la actuación procesal de este colectivo ante el orden jurisdiccional social. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal este beneficio se proyecta también para los litigios que los trabajadores planteen ante la jurisdicción civil dentro del concurso.

La necesidad de preservar una justicia de carácter gratuito se desprende de varios preceptos de rango constitucional. Por un lado, se infiere del artículo 24.1 CE cuando expresa que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Pese a que su tenor literal no establezca este

beneficio de forma directa¹¹⁶, podemos abrigar la justicia gratuita como un derecho instrumental de la tutela judicial efectiva emanada del citado artículo 24.1 CE, con las consiguientes ventajas protectoras que de ello se derivan¹¹⁷. Su justificación provendría del argumento de que a través de este derecho fundamental se tendría que asegurar que toda persona pueda acceder a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que pueda negársele la misma a una persona por el mero hecho de carecer de recursos para litigar¹¹⁸. También nuestro Alto Tribunal ha señalado la relación existente entre el predicado derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes carecen de recursos económicos para litigar y el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁹. Este derecho podría incluso encontrar cabida en el genérico artículo 14 CE que propugna el principio de igualdad de trato y de no discriminación. Con todo, la mayor concreción constitucional sobre este beneficio la encontramos en el artículo 119 CE que estipula que “*la justicia*

¹¹⁶ Por el contrario el derecho de la asistencia jurídica gratuita sí que aparece en el tenor de otros textos europeos cuando se refieren a la tutela judicial efectiva: Así, por ejemplo, lo podemos ver en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹⁷ A nadie se le escapa la conveniencia de extraer del artículo 24.1 CE el derecho de asistencia jurídica gratuita, por razones obvias, como son su aplicabilidad directa, la posibilidad de sometimiento a un proceso especial y al acogimiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹¹⁸ En este sentido, PASCUAL SERRATS, R Y PARDO IRANZO, V. “Asistencia jurídica gratuita en asuntos civiles y mercantiles”. En *Derecho Procesal Civil Europeo. Acceso a la Justicia y auxilio judicial en la Unión Europea* (DE LA OLIVA SANTOS. Dir. CALDERÓN CUADRADO, P. Coord.). Aranzadi Thompson Reuters. 2011. Página 2 (del ejemplar mecanografiado).

¹¹⁹ Por ejemplo, la STC 117/1998, de 2 de junio; o la más reciente STC 183/2011, de 17 de septiembre. Expresa esta última que “El art. 119 CE, al establecer que –la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar–, consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, pues –su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna “persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar– (STC 138/1988)”.

Capítulo II. El Concurso Laboral

será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de medios para litigar”. De la existencia de este último precepto constitucional podemos deducir varias consideraciones. En primer término, el hecho trascendental de que el fenómeno de la justicia gratuita aparece recogido de forma expresa por nuestra Carta Magna. En segundo término, hay que tener presente que la propia constitución prevé la adopción de una Ley que regule los requisitos exigidos para acceder a dicha asistencia. No es de extrañar, que el TC haya interpretado que lo que se desprende del artículo 119 CE es un derecho a la gratuidad de la justicia supeditada a los casos y la forma que legislador determine, y no una gratuidad abstracta de la administración de justicia¹²⁰. En último término, cabe apuntar que el referido precepto cita expresamente un supuesto de reconocimiento de la referida asistencia gratuita y cuya existencia es necesaria por imperativo constitucional. Se trata de aquellos casos en los cuales un sujeto acredite insuficiencia de medios para litigar. La ausencia de rango “orgánico” de la Ley que desarrolla el beneficio de la Justicia Gratuita puede anticiparnos que no estamos ante un derecho el carácter de fundamental, sino que se encuadra dentro del Título destinado a constitucionalizar aspectos referidos al Poder Judicial. Pese a ello, como se acaba de advertir, este derecho podría reconducirse a la naturaleza de fundamental por la vía de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) cuando por causa de la insuficiencia de medios para litigar se negara a una persona el acceso a la justicia, así como, en menor medida por el principio de no discriminación (art. 14 CE).

La normativa legal que regula y amplía el contenido del mencionado artículo 119 CE es la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia

¹²⁰ Por todas, STC 185/1995, de 14 de diciembre.

Jurídica Gratuita. Ésta asume como propósito concentrar en un sólo texto todas aquellas cuestiones relacionadas con el beneficio de la justicia gratuita, viniendo de este modo a corregir la disparidad normativa que persistía con anterioridad a su promulgación y evitando asimismo la ardua tarea de acudir a leyes procesales de diferente ámbito.

El artículo 2 de la LAJG se encarga de enumerar los sujetos beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita. Por lo que aquí interesa, solamente se atenderá al auxilio otorgado a los trabajadores por cuenta ajena, los cuales, con base a una mera razón subjetiva tienen asignada, con las limitaciones que aquí se expondrán, una asistencia jurídica gratuita para la defensa en juicio de sus derechos laborales. Esta prerrogativa también se va a extender para la actuación de este colectivo en las distintas instancias procesales dentro del concurso. *A sensu contrario*, la contraparte natural de los trabajadores, es decir, el empresario –en este caso concursado–, no va a poder beneficiarse de la asistencia gratuita cuando revista la forma social de persona jurídica y ello pese a que acreditara insuficiencia de medios para litigar, situación que por lo demás es bastante común en un contexto concursal.

2. La Disposición Final Cuarta de la Ley Concursal.

2.1. Antecedentes.

El Anteproyecto de Ley Concursal no avistaba ninguna modificación sobre la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante LAJG). De persistir esta situación se hubiera tenido que acudir a la propia LAJG para buscar una posible respuesta a la participación gratuita de los trabajadores en las instancias concursales, pudiéndose llegar a la conclusión

Capítulo II. El Concurso Laboral

de que solamente se proyectaba para la intervención ante la jurisdicción social. Algún comentarista del ALC, verbigracia, CAVAS MARTÍNEZ, interpretó que bajo este escenario dispuesto por este primer texto concursal no era posible la extensión del beneficio de asistencia jurídica gratuita concedida a los trabajadores para su actuación en otros órdenes jurisdiccionales distintos del social¹²¹, y ello porque todos los asuntos de naturaleza social conocidos por parte del Juez de lo Mercantil se sometían al ordenamiento civil, también para el caso de la asistencia jurídica gratuita¹²². Afortunadamente, esta situación se corrigió durante la tramitación parlamentaria de la norma concursal. En este sentido, una enmienda en la ponencia del Congreso auspiciada por el cambio gestado sobre las competencias del Juez del Concurso en materia laboral, logró introducir en el texto concursal una Disposición Final Tercera *bis* que vino a modificar la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, acomodando de esta manera el beneficio de la justicia gratuita a favor de los trabajadores, también para su intervención dentro del procedimiento concursal. Una vez concluido el trámite parlamentario este mayor privilegio se enmarcó definitivamente en la Disposición Final Cuarta de la Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal. Esta última regla no ha sufrido modificación alguna desde su ubicación sistemática en la citada DF 4ª y mantiene su misma redacción también hasta día de hoy. De esta forma, se da continuidad a la tradición sobre un arraigado beneficio a favor de los trabajadores que ya era

¹²¹ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 18. 2001. Página 8.

¹²² SENÉS MOTILLA, C. “Disposición Final Cuarta. Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Coords). Ed. Thomson-Civitas. 2004. Página 3120.

reconocido en el año 1900 por mor del Reglamento de Accidentes de Trabajo bajo la expresión “beneficio de pobreza”¹²³.

2.2. Contenido.

La DF 4^a de la Ley Concursal alteró el sentido del artículo 2 d) de la LAJG, quedando a partir de ese momento con el siguiente tenor: tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita “*en el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales*”. En esencia, esta incorporación previno la extensión hacia el ámbito concursal del beneficio que ya era reconocido para los trabajadores en el proceso laboral¹²⁴. En el desarrollo del proceso concursal los trabajadores van a tropezar con realidades que van a ser susceptibles de impugnación ante el Juez de lo Social, junto con otras cuya competencia se afinsa en los Juzgados de lo Mercantil. Por ello, la extensión del beneficio de la justicia gratuita para las actuaciones ante este órgano judicial civil adquiere bastante relevancia.

Esta decisión legislativa vino a significar que los trabajadores no necesitan acreditar dentro del proceso concursal insuficiencia de medios para litigar para verse favorecidos por este beneficio. En este sentido, podríamos convenir que los trabajadores ostentan el derecho de asistencia

¹²³*Vid.* MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 160.

¹²⁴ CALDERÓN CUADRADO, P. “Artículo 8”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I (ROJO, A y BELTRÁN, E. Coords.). Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 307.

Capítulo II. El Concurso Laboral

jurídica gratuita por ministerio de la ley y sin necesidad de previa solicitud ni de justificación de la carencia o insuficiencia de recursos para litigar¹²⁵. Quiere con ello decirse que por el simple hecho de ser trabajador se puede acceder al beneficio de la asistencia jurídica gratuita sin necesidad de dar cumplimiento con los requisitos sobre insuficiencia de medios para litigar contemplados por la propia LAJG. Con todo, el Tribunal Supremo ha precisado que este beneficio, al menos en el orden social, “*no lo disfruta quien real y actualmente tenga la condición de trabajador, sino también aquel que la postule, o la haya perdido*”¹²⁶. De esta manera, lo verdaderamente relevante va a ser que el sujeto litigue por su condición de trabajador incluyéndose aquellos conflictos en los que se discute dicha condición o cuando el trabajador ya no pertenezca a la empresa, puesto que en caso contrario no cabría acoger todos aquellos supuestos en los que se impugne la extinción del contrato. No en vano, el hecho de que en el tenor literal del precepto aparezca la expresión “*para la defensa en juicio*” debe significar, como ha puesto de relieve algún autor, un derecho limitado precisamente para este momento procesal, lo que supondría que para el resto de actuaciones, el trabajador deberá de acreditar los requisitos establecidos en los artículos 3 y 4 de la LAGJ, es decir, la insuficiencia de medios para litigar¹²⁷, salvo aquellas actuaciones específicamente contempladas en la LRJS, entre las que encontramos la exención de efectuar depósitos y consignaciones para recurrir en suplicación o casación¹²⁸.

¹²⁵ Vid. En este sentido, la STSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2014, rec. de Suplicación 27/2014 (AS/2014/1165).

¹²⁶ STS de 4 de diciembre de 2013, rec. de Casación 2673/2012 (RJ/2013/7756).

¹²⁷ MONTEBLANCO MONTESINOS, S. “Aspectos de la llamada justicia gratuita en la jurisdicción social: justicia gratuita, semigratuita u onerosa”. En *Información laboral – jurisprudencia*, núm. 3. 1999. Página 8 (del pdf).

¹²⁸ ATSJ de Galicia de 18 de julio de 2013, rec. de Queja 565/2013 (AS/2013/2865).

Existía cierta discusión doctrinal acerca de si la asistencia gratuita se contempla para todos los supuestos o si, por el contrario, solamente se extiende para los casos en los que la intervención letrada sea preceptiva. Se ha visto en apartados precedentes como en la instancia la defensa por abogado o por graduado social tiene carácter facultativo. *A sensu contrario*, cuando se interpone recurso de suplicación ante el respectivo Tribunal Superior de Justicia, la presencia de letrado deviene preceptiva – cuestión que también sucede en casación-. Ello ha dado lugar a ciertas posturas que entienden trasladable el beneficio de la justicia gratuita a todas las instancias, mientras que otras lo circunscriben únicamente para los supuestos en los que la intervención letrada sea preceptiva. En este orden de valores, por ejemplo, LÓPEZ SÁNCHEZ se ha mostrado partidario de esta segunda opción, pues considera que la gratuidad de la asistencia letrada no está condicionada a su carácter preceptivo, de modo que los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social tienen derecho a ésta en todo caso, según resulta de la previsión del anterior artículo 21.1 LPL¹²⁹. En sentido contrario, MONTOYA MELGAR o MOLINER TAMBORERO parecen decantarse por la preferencia de que la justicia gratuita sólo se disfrute en los casos en los que la asistencia por parte de letrado o graduado social resulte preceptiva, es decir, únicamente cuando estemos ante un recurso o cuando ésta sea exigida por parte del Secretario Judicial para garantizar la igualdad de partes¹³⁰.

¹²⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Disposición final 4^ª”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. II. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 2292. Este autor también se basa para apoyar su opinión en la obra de BACHMAIER. *La asistencia jurídica gratuita*. Ed. Comares. 1997. Página 119.

¹³⁰ MONTOYA MELGAR, A y otros. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Ed. Aranzadi. 2000. Página 101; MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”... *Op. Cit.* Página 162.

Capítulo II. El Concurso Laboral

Para la correcta resolución de esta cuestión debemos prestar atención a dos normas diferentes. Por un lado, al actual artículo 21.1 LRJS y, por otro lado, al artículo 6.3 LAGJ. El primero de ellos establece que *“cuando la defensa sea facultativa, con excepción de lo previsto en el artículo siguiente, podrá utilizarla sin embargo cualquiera de los litigantes, en cuyo caso será de su cuenta el pago de los honorarios o derechos respectivos con las excepciones contempladas en la legislación sobre asistencia jurídica gratuita”*. Se modificó así lo dispuesto por la anterior redacción de la Ley de Procedimiento Laboral que apostillaba: *“con las excepciones fijadas en el artículo 2.d de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”*. Con ello, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, amplió la remisión realizada a favor de la LAJG, ya que por mandato expreso del artículo 21.1 LRJS ya no se remite tan sólo al apartado 2 d), sino que se refiere de forma extensa a *“la legislación sobre asistencia jurídica gratuita”*. El segundo de los preceptos mencionados, es decir, el artículo 6.3 LAGJ enuncia que entre los auxilios que abarca la asistencia jurídica gratuita se encuentra la relativa a la *“defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”*. Este precepto parece dejar constancia de que para que la representación y defensa resulten gratuitas la participación por medio de abogado (o graduado social) debe de ser preceptiva. Así las cosas, de la confluencia de ambos preceptos debemos de extraer que cuando la intervención del abogado o graduado social sea obligatoria para los trabajadores, éstos tendrían derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin tener que, por lo demás, acreditar ninguna carencia de

medios para litigar, es decir, que la misma se concede *ratione personae* por la mera condición de empleado por cuenta ajena. Por el contrario, cuando la defensa sea de carácter facultativo la interpretación más acertada pasaría por considerar que si el trabajador opta por no prescindir de la misma, debería de correr con los gastos ocasionados fruto de su decisión. Estas mismas consideraciones pueden alcanzarse *mutatis mutandi* cuando el empresario esté en concurso, puesto que como sabemos el artículo 184.6 LC optó por aplicar en el proceso concursal las mismas reglas sobre representación y defensa laborales cuando quien litigue ante el Juez del Concurso sea un trabajador.

Otro de los interrogantes que plantea el beneficio de la justicia gratuita a favor de los trabajadores dentro del concurso es el sentido que debemos otorgar al artículo 2 d) LAGJ *in fine*, que literalmente asevera: “*para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales*”. En este orden de cosas, el empleo por parte del legislador de los términos “acciones” y “derechos laborales” puede crear confusión. Por “acciones” entiendo que el legislador ha pretendido incluir dentro de este beneficio tanto los recursos como los incidentes concursales, así como otra serie de actuaciones que pudieran ventilarse ante el Juez del Concurso. Mayores complicaciones podría ocasionar la locución “*derechos laborales*”, que bien podría evocar a dos posibles situaciones: a) que este beneficio de gratuidad se haya querido extender a todos los incidentes y recursos concursales en materia laboral; b) que se haya querido extrapolar a todas las acciones o recursos en las cuales intervenga un trabajador, con independencia de la “laboralidad” de la materia. Estamos, por consiguiente, ante un precepto un tanto oscuro que dificulta la labor

Capítulo II. El Concurso Laboral

interpretativa del mismo¹³¹. Podemos advertir sobre el particular ejemplos judiciales de ambas interpretaciones. En este sentido, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha de 7 de septiembre de 2006 acogió una tesis restrictiva¹³². En la misma se puede leer lo siguiente: *“el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita a que hace referencia el apartado d) del art. 2 de la LAJG, en lo relativo a la intervención de trabajadores en los procedimientos concursales, solo comprende aquellas cuestiones concernientes a la efectividad de sus derechos laborales que vengan a resultar afectados por el concurso, cuyo conocimiento en último término queda sometido a la jurisdicción social, sin extenderse al resto de pretensiones que en dichos procesos puedan aquellos ejercitar sobre la base de ostentar interés legítimo para ello, cuyo completo conocimiento corre de cargo de los Tribunales del orden jurisdiccional civil, cuál acontece en el supuesto examinado, en que la resolución recurrida es el Auto estimatorio de la solicitud de concurso, al amparo de lo preceptuado en el art. 20 de la Ley Concursal. En consecuencia, los trabajadores-impugnantes de la tasación de costas, para ostentar el derecho a asistencia jurídica gratuita en el presente recurso de apelación precisaban de la obtención del beneficio por insuficiencia de recursos económicos para litigar (apartado a) del art. 2 de la LAJG), lo que no han venido a solicitar en la forma prevenida en los arts. 12 y ss. de la LAJG”*.

Como vemos, la tesis restrictiva pasaría por otorgar el beneficio de justicia gratuita a los trabajadores que actúan dentro del concurso solamente cuando el recurso recaiga bajo la competencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, situación que solamente

¹³¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Disposición final 4ª”... *Op. Cit.* Página 2293.

¹³² SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 7 de septiembre de 2006 (JUR/2009/433922).

acontecerá cuando se lleven a cabo extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo que revistan el carácter de colectivo o, naturalmente, en aquellos otros casos en los que la competencia en instancia permanezca en los Juzgados de lo Social. En lo que aquí interesa, cabe esgrimir que la interpretación ofrecida por la citada sentencia supone dispensar una definición restrictiva sobre el tenor del artículo 2 d) LAGJ cuando habla de “*acciones para la efectividad de los derechos laborales*”. De tal suerte que, para todas aquellas cuestiones que no coincidan exactamente con la expresión “derechos laborales”, puesto que provienen de controversias cuya naturaleza jurídica es absorbida por la disciplina concursal y son objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, no se extendería el beneficio de asistencia jurídica gratuita, por lo que los trabajadores deberían de acreditar como cualquier otro sujeto la insuficiencia de recursos económicos para poder litigar. Entrarían dentro de estos presupuestos aquellas acciones llevadas a cabo por los trabajadores, tales como, la oposición al auto de declaración de concurso –supuesto analizado por el referido auto de AP de Pontevedra-, la impugnación de la lista de acreedores o cualquier otra vicisitud relativa a los créditos adeudados.

Siguiendo a DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO el beneficio de asistencia gratuita, salvando el caso del incidente laboral y las actuaciones realizadas ante el juez social, no llevará aparejada exención de costas, rigiendo así la regla contenida en el artículo 196.2 LC que proscribire la imposición de costas según la LEC en el caso de incidente en materia no laboral. Por su parte, el incidente laboral del artículo 195 LC se regirá en

Capítulo II. El Concurso Laboral

materia de costas por la Ley laboral¹³³. Por ello, una interpretación estricta llevaría a considerar extrapolable el beneficio de la asistencia jurídica gratuita en sede concursal sólo para el caso de acciones desprendidas del artículo 64 LC y del incidente concursal en materia laboral¹³⁴. Esta opción no es desconocida por la jurisprudencia, siendo aplicada, como se ha visto anteriormente, por la SAP de Pontevedra de 7 de Septiembre de 2006.

Sin embargo, contamos con otra serie de pronunciamientos judiciales mucho más convincentes que han llevado a la solución contraria, aplicando sobre este precepto una interpretación amplia o si se prefiere, extensiva. Así, por ejemplo, observamos esta postura en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao de 19 de mayo de 2006¹³⁵ que señala que la reforma en la Ley Concursal pone de manifiesto que *“el derecho a litigar gratuitamente se concede a los trabajadores en los procedimientos concursales, pero no exclusivamente para el incidente concursal laboral, sino como indica la norma, “para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”*. Se acude a un criterio hermenéutico de interpretación sistemática, teniendo especialmente en cuenta lo dispuesto por el conocido artículo 184.6 LC referido a la representación y defensa de los trabajadores cuando la empresa está en concurso y que también se predica con alcance general y no sólo para los incidentes concursales. Se le une un criterio de interpretación histórico basado en el vuelco que se dio respecto de las normas de

¹³³ DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*. Ed. Bomarzo. 2007. Página 130.

¹³⁴ Obviamente también lo sería para el caso de aquellas acciones que una vez declarado el concurso sean competencia del orden jurisdiccional social.

¹³⁵ Auto extraído en: MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F.J. “Costas procesales y derecho de asistencia gratuita de los trabajadores en supuestos de recurso de apelación contra la declaración de concurso”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9. 2008 Páginas 5 y 6 (Ref. CISS 39530/2008).

postulación de los trabajadores durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal. En último término, se sugiere también un argumento interpretativo marcado por la lógica económica y basado en que demoraría la tramitación del proceso pretender que cuando un trabajador impugna la lista de acreedores tenga que solicitar un abogado y procurador de oficio y no quepa que comparezca por sí mismo o representado por graduado social, abogado o por su sindicato. Con una recta argumentación también se pronunció más recientemente en este mismo sentido la SAP de Valencia de 11 de mayo de 2011, coincidiendo en esencia, con la dirección apuntada en estas líneas¹³⁶. Esta interpretación amplia o extensiva vendría a suponer que la impugnación de la lista de acreedores, pese a no ser materia estrictamente laboral, puede ser reconocida como una acción para salvaguardar un derecho que con anterioridad al concurso era laboral (como es el ocasionado por la falta de cobro del salario), pudiendo entrar de este modo a convivir con el tenor de la Ley¹³⁷.

¹³⁶SAP de Valencia de 11 de mayo de 2011 (JUR/2011/301470), “(...) permite concluir que la representación conforme a la ley procesal laboral no se limita a los expedientes de regulación de empleo, medidas colectivas a que se refiere el art. 64 LC e incidentes laborales (salvedad que directamente efectúa el artículo 197,1 LC) sino que se extiende a cualquier incidente de la Ley Concursal y así se ha sostenido por un sector doctrinal relevante. En los demás casos también pueden los trabajadores beneficiarse de las previsiones de la Ley de Procedimiento Laboral. Hay que tener en cuenta, además que la propia Ley Concursal en su Disp. Final 4ª ha reformado el art. 2.d RCL 1996\89 de la Ley 1/1996 (RCL 1996\89), de Asistencia Jurídica gratuita, para establecer como uno de los supuestos de reconocimiento de tal derecho: «En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales», lo que sólo puede interpretarse en el sentido más amplio posible, puesto que si la intervención del Procurador se exigiera, en el supuesto presente -puesto que se ha comparecido con representación de Letrado- podría reclamarse el reconocimiento a litigar gratuitamente con designación de tales profesionales con fundamento en la norma expresada”.

¹³⁷ Véase en este mismo sentido: LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Disposición final 4ª”... *Op. Cit.* Página 2293.

Capítulo II. El Concurso Laboral

Del lado de la doctrina científica, coincido con la interpretación mantenida en su momento por MOLINER TAMBORERO, que aseveró que la opción que ha pretendido el legislador ha sido la de atribuir este beneficio sólo a los trabajadores, tal y como ha efectuado para otros menesteres¹³⁸y, por ende, debería de arrogarse este beneficio en la persona de los trabajadores para cualquier tipo de acción –sea laboral o no-¹³⁹. El referido autor basó su argumentación en que para sistematizar las reglas sobre representación y defensa el legislador no ha establecido ningún carácter limitativo, lo que permite hacer valer esta interpretación también cuando el trabajador actúe en una materia que no sea específicamente laboral (como podría ser para la impugnación del informe de la administración concursal). Además, también se añade que la utilización de la dicción “derechos laborales” ha sido utilizada como un “*mero calificativo de las acciones ejercitadas*”. Por este motivo, vino a considerar extensible la aplicación del beneficio de la asistencia jurídica gratuita para toda reclamación interpuesta por parte de los trabajadores que vaya encaminada a la consecución de “la efectividad de los derechos laborales en los procesos concursales”. Ahora bien, en puridad, para el caso de la extensión de las reglas laborales sobre representación y defensa el artículo 184.6 LC no plasma ninguna alusión sobre “la materia laboral”, cuestión que por su parte sí que se incluye en la DF 4ª LC, por lo que esa analogía no me parecería del todo acertada (aunque, en esencia, desde estas líneas se comparta la interpretación acogida por el citado autor). Con todo, cabe poner en valor que el tenor literal del precepto en cuestión ha intentado huir de vocablos tales como “incidentes

¹³⁸ Por ejemplo, tal y como ha sido explicado en el epígrafe anterior de este estudio, para el caso de las reglas laborales sobre representación y defensa.

¹³⁹ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”... *Op. Cit.* Página 161.

laborales”, “procedimientos laborales” o “materia laboral”, circunstancia que hubiera acotado este interrogante y hubiera decantado decididamente la balanza hacía la afirmación de que el derecho de asistencia jurídica gratuita sólo abarcaría los casos en los que el Juez del Concurso decidiera sobre una materia específicamente laboral.

En cualquier caso, no podemos desconocer que en la práctica este problema no suele ser tan común, ya que en los incidentes y acciones en las que participen los trabajadores en primera instancia la representación y defensa va a ser, como ya sabemos, facultativa, lo que supondría la exclusión del beneficio y el consecuente desembolso del gasto por cuenta del trabajador. Sí que será más común que se preste esta problemática en materia de recursos -si bien es cierto que la mayoría de recursos del proceso concursal en manos de los trabajadores se realizarán, por lo general, ante la Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior de Justicia donde resultarán plenamente aplicables las reglas procesales laborales-. Así las cosas, los mayores inconvenientes los podríamos encontrar en torno al recurso civil de apelación ante la Audiencia Provincial. En estos casos, la solución jurídica más ajustada vendría a ser la de considerar la locución “*efectividad de los derechos laborales en los procesos concursales*” en su sentido amplio, relacionando esta frase contenida en el tenor del artículo 2 d) LAGJ con lo dispuesto por el artículo 184.6 LC, llevando a cabo de este modo una interpretación sistemática que vendría a configurar este derecho a favor de los trabajadores, según *ratione personae*. En consecuencia, el beneficio de la asistencia jurídica gratuita quedaría extendido también para la actuación de los trabajadores ante el orden jurisdiccional civil, puesto que pienso que este derecho se predica en función del sujeto, siendo un privilegio del que van disfrutar en este concreto caso los trabajadores por

Capítulo II. El Concurso Laboral

mera razón de serlo siempre que litiguen bajo esta condición. En este sentido, al igual que sucedía con las reglas sobre representación y defensa, donde se acudía a la normativa procesal laboral para comprender la actuación de los trabajadores en la jurisdicción civil cuando el empresario se encuentre en concurso, en el caso del beneficio de asistencia jurídica gratuita también se predica para los distintos incidentes procesales cuando los trabajadores decidan litigar, tanto ante el orden jurisdiccional social como en el civil.

Por su parte, cuando el trabajador acredite tener insuficiencia de medios para litigar, no resultaría de aplicación el comentado apartado 2 d) LAGJ, sino que entraría en juego el precepto 2 a) de este mismo cuerpo legal. En estos últimos supuestos el actor no recibiría la asistencia gratuita por el mero hecho de ser un trabajador dependiente y por cuenta ajena, sino por ser una persona con falta de medios económicos para acceder a la justicia. Por ello, en estos casos se tendrá que observar si el solicitante entra dentro de los requisitos de pobreza contemplados en la LAGJ.¹⁴⁰

En suma, el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos de los trabajadores no puede ceñirse al incidente concursal laboral del artículo 195 LC. Esta vicisitud va a suponer una extensión del derecho

¹⁴⁰ Es decir aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud. Entendiendo por unidad familiar: a) la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores con excepción de los que se hallaren emancipados; b) La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior. En este sentido para el cómputo de los recursos e ingresos económicos se tendrá en cuenta además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la asistencia jurídica gratuita si dichos signos, desmintiendo la declaración del solicitante, revelan con evidencia que éste dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la Ley. (Artículos 3 y 4 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

de los trabajadores a litigar gratuitamente, ya que de la hermenéutica de la normativa aplicable al efecto se pone de manifiesto que este derecho se concede a los trabajadores en los procedimientos concursales, pero sin apostillar que lo sea exclusivamente para el incidente concursal laboral, sino como ya ha sido reiterado, se confiere “*para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales*”¹⁴¹.

Para finalizar, abordaré un pequeño apunte sobre la necesidad de abonar las tasas judiciales instituidas por mor de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses e influidas posteriormente por el RDL 3/2013, de 20 de febrero por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el Sistema de Asistencia Jurídica Gratuita. La cuestión se plantea, naturalmente, sobre la obligación o no de pagar las tasas judiciales por parte de los trabajadores, en especial cuando el empresario está inmerso en un proceso concursal. Para ello, primero debemos despejar las dudas que pudieran existir acerca de la obligatoriedad del pago de las tasas judiciales ante el orden jurisdiccional social, donde van a ir destinadas una gran parte de demandas y recursos. Sobre esta cuestión no se puede dejar de referenciar al Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de carácter no jurisdiccional, acordado con fecha de 5 de junio de 2013. Los magistrados de la Sala 4ª del Tribunal Supremo concluyeron que para la tramitación de los recursos de suplicación y casación no son exigibles tasas al trabajador que los interponga –tampoco para los

¹⁴¹ *Vid.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 19 mayo de 2006 (AC/2007/65).

Capítulo II. El Concurso Laboral

sindicatos-. De este modo, en el citado acuerdo se argumentó que si con anterioridad al RDL 3/2013 y a la luz de la Ley 10/2012 existían dudas razonables acerca de la desaparición parcial del beneficio de asistencia jurídica gratuita a los trabajadores, tras la promulgación del mencionado RDL ya no existen dificultades en interpretar que el sistema de gratuidad de la justicia establecido en esa norma implica que los trabajadores no han de abonar ninguna tasa por la interposición de los recursos de suplicación y casación. Las conclusiones alcanzadas en el referido acuerdo han sido acogidas mayoritariamente por los tribunales inferiores, que han venido a declarar la exención total de tasas para recurrir, incluso para la modalidad de pago bonificado¹⁴². Cabe tener presente que el artículo 2 LAJG sigue prescribiendo por ministerio de la ley y de forma automática, con independencia del nivel de recursos, este beneficio para los trabajadores, por su mera razón de serlo. Por su parte, el artículo 6 LAJG, encargado de regular el contenido de dicho beneficio, sigue disponiendo en su apartado quinto que el derecho de asistencia jurídica gratuita comprende la “*exención de tasas judiciales, así como el pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos*”.

Observado este cuadro normativo, resta ahora dilucidar la posible exención de tasas cuando los trabajadores recurran ante el orden jurisdiccional civil dentro del concurso. En este punto y en coherencia con las argumentaciones dadas a lo largo del presente epígrafe respecto a la

¹⁴² ATSJ de Castilla y León de 13 de noviembre de 2013, rec. de Queja 1725/2013 (JUR/2014/27898); o STSJ de Cantabria de 21 de marzo de 2014, rec. de Suplicación 27/2014 (AS/2014/1165). Con anterioridad a la emisión del referido acuerdo alcanzado por parte del Pleno de la Sala 4ª del TS, también se llegó a la misma conclusión por la STSJ de País Vasco de 4 de junio de 2013, rec. de Suplicación 971/2013 (AS/2014/1211). No en vano, coexiste alguna sentencia en suplicación que se ha apartado de lo acordado por la Sala 4ª del TS y ha llegado a la solución contraria, no sin la presencia de votos particulares (ATSJ de Galicia de 18 de julio de 2013, rec. de Queja 565/2013 (AS/2013/2865).

extensión del beneficio para las actuaciones de los trabajadores ante el orden jurisdiccional civil concluyo que para el abono de las tasas judiciales se han de considerar aplicables las argumentaciones sobre la uniformidad de criterios para las acciones ejercitadas en el orden social. En este sentido, considero que se tendría que extrapolar *mutatis mutandi* para el recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial aquellas conclusiones alcanzadas respecto de la exacción de tasas en el orden de la jurisdicción social. Por consiguiente, cabe sintetizar que los trabajadores van a disfrutar dentro del concurso por imperio de la ley de una exoneración total de tasas tanto para plantear recursos ante la Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia como ante la Audiencia Provincial, así como incidentes planteados ante el propio Juez del Concurso.

2.3. El beneficio de asistencia jurídica gratuita en los sindicatos y en la figura del deudor.

Como ya se ha disertado en otro apartado, los sindicatos están legitimados también para actuar en el proceso concursal, pudiendo en consecuencia representar a los trabajadores e incluso plantear incidentes y recursos en los términos anteriormente analizados (*vid. Supra*). En este sentido, un sindicato va a poder entablar una acción bajo el consentimiento expreso o tácito del trabajador o trabajadores a los que representa. No obstante, por extraño que parezca, la gratuidad de la asistencia letrada no se contempla para la actuación procesal de los sindicatos. La anterior aserción es así porque de la Ley Concursal no podemos extraer ningún precepto que ampare o respalde una tesis sobre la extensión de la asistencia jurídica gratuita a favor de los sindicatos. De hecho, si por algo se caracteriza la

Capítulo II. El Concurso Laboral

exégesis de la LAGJ es por el consciente olvido del beneficio de gratuidad del proceso hacia las personas jurídicas. Así, aunque pueda resultar criticable, se ha de sostener que, por regla general, un sindicato no va a ser beneficiario de la asistencia jurídica gratuita dentro del proceso concursal. Sobre esta cuestión resulta forzoso analizar el nuevo apartado cuarto del artículo 20 LRJS, introducido por mor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. En este sentido, el citado artículo 20.4 LJS dispone que “*los sindicatos estarán exentos de efectuar depósitos y consignaciones en todas sus actuaciones ante el orden social y gozarán del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social*”. Pese a que su inserción normativa no tuvo lugar hasta la promulgación de la Ley 36/2011, la jurisprudencia ya venía aceptando con anterioridad el beneficio de la justicia gratuita a favor de los sindicatos en el orden social cuando éstos actuaban en interés colectivo¹⁴³.

Resulta bastante anecdótico que ninguna disposición adicional o final de esta Ley 36/2011 haya aprovechado para introducir la posibilidad de exención de depósitos, consignaciones y sobre justicia gratuita cuando los sindicatos ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores dentro del cuerpo normativo de la LAJG. En mi opinión, esta preterición rompe el carácter unitario que en materia de justicia gratuita auspició la creación de esta última Ley. La decisión más lógica metódicamente

¹⁴³ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de septiembre de 2002 (JUR/2002/254946), en la que se establecía: “*El Sindicato en este caso no actúa ejerciendo acciones propias y privativas de su condición de persona jurídica, sino que lo hace en función de la representación que la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) y la Ley le atribuyen de defensa de los intereses generales de los trabajadores y por tanto, al plantear un conflicto colectivo cumpliendo tal misión, asume el beneficio de justicia gratuita que ostentan los trabajadores como si ellos mismos ejercitaran la acción*”.

hablando hubiera sido la incorporación de esta nueva situación a través de una apostilla en el artículo 2 de la LAGJ, destinado a recoger el ámbito personal de aplicación de esta Ley. También podría criticarse el hecho de que en el nuevo artículo 20.4 LRJS no se haya hecho referencia a la actuación procesal del sindicato dentro del concurso, sobre todo, cuando desde la Ley Concursal no hay ninguna remisión hacia la normativa laboral en el concreto asunto de la justicia gratuita. En este orden de cosas, considero que ante el Juez de lo Mercantil un sindicato no podría servirse del beneficio de asistencia jurídica gratuita, y ello con base a los siguientes argumentos:

a) Porque en el artículo 2 LAJG no se hace mención a los sindicatos dentro del ámbito subjetivo de esta norma. En sentido contrario, sí que aparecen referencias a favor de los trabajadores. Cabe resaltar, asimismo, que la LAJG no se muestra proclive a conceder este beneficio a las personas jurídicas.

b) En la Ley Concursal tampoco se hace ninguna referencia acerca de la posibilidad de asistencia jurídica gratuita por parte de los sindicatos. En especial, no se incluyeron en la DF 4ª LC, que únicamente cita a los trabajadores. Por su parte, el artículo 184.6 LC se remite a la Ley procesal laboral, pero aludiendo nuevamente sólo a los trabajadores.

c) Por último, porque en la dicción del artículo 20.2 LRJS sólo parece contemplarse este beneficio cuando éstos actúan “ante el orden social”. De esta forma, la propia LRJS parece ordenar este beneficio simplemente para las actuaciones de los sindicatos ante el orden social de la jurisdicción.

Con ello, no se está diciendo que el beneficio sobre ausencia de depósitos y consignaciones y de gratuidad de la justicia a favor de los

Capítulo II. El Concurso Laboral

sindicatos no tenga ninguna cabida cuando el empresario se encuentra inmerso en un concurso de acreedores, puesto que la mayoría de competencias se mantienen dentro del orden social de la jurisdicción. En todos estos supuestos considero que sería plenamente aplicable el beneficio legal de justicia gratuita del artículo 20.4 LRJS. Por lo tanto, la solución predicada en el artículo 20.4 LRJS tendría cabida cuando en el proceso concursal se diera un conflicto jurídico que recayera competencialmente ante el orden jurisdiccional social. *A sensu contrario*, razono que mediante una interpretación literal no sería posible su aplicación ante situaciones jurídico-laborales cuya competencia resida en los Juzgados de lo Mercantil y posteriormente en las respectivas Audiencia Provinciales. Esta situación podría resultar criticable, puesto que exhibe una grave disfuncionalidad normativa y supone una desigual regulación carente de significado. En este sentido, no alcanzo a comprender esta diferencia de trato, por lo que sería preferible un cambio normativo que pudiera llevar a interpretar con mayor facilidad que los sindicatos puedan disfrutar del beneficio de la asistencia jurídica gratuita dentro del concurso cuando actúen ante los órganos de la jurisdicción civil. En cualquier caso, esta eventual asistencia gratuita sólo se debería contemplar cuando estos entes sindicales ejerciten acciones de carácter colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social, lo que supone que se debería descartar cuando actúen representando a un empleado en particular.

Por lo que respecta al deudor concursado, cabe apuntar que no va a poder defenderse que éste pueda ampararse en el beneficio de la asistencia jurídica gratuita (cuando éste actúe en el mercado bajo una persona jurídica). Esto es así porque la LAGJ está pensada para que las persona físicas sean quienes perciban esta asistencia o ayuda. Pese a ello, sí que se

considerarán como beneficiarias de la justicia gratuita, siempre y cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones debidamente inscritas (artículo 2 c) LAGJ). También se reconoce este derecho a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, las cuáles no precisan acreditar la citada insuficiencia de medios, siéndoles ensayado tal beneficio en todo caso (artículo 2 b) LAGJ). La LAGJ únicamente considera como beneficiarias a las personas jurídicas que expresamente aparecen referenciadas en su texto, aunque desde la Constitución ni el artículo 24.1 CE ni el 119 CE limitan la tutela judicial efectiva y la asistencia jurídica gratuita simplemente a las personas físicas. Este último precepto sólo exige que el sujeto beneficiario tenga insuficiencia de medios para litigar. Esta circunstancia ha sido considerada por MONTEBLANCO MONTESINOS¹⁴⁴ como una posible vulneración del derecho de igualdad, ya que ni el texto legal ni la exposición de motivos dan probadas razones para la aplicación de esta diferenciación respecto de las entidades mercantiles. Por ello, cabalmente podría haberse asimilado su situación a la contenida para el caso de las asociaciones y fundaciones, es decir, ordenarla cuando no se disponga de medios suficientes para litigar y la base imponible en el Impuesto de Sociedades fuese inferior al triple del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Parece que el legislador, como sucede en otros ámbitos jurídicos, no ha deparado en este punto en el tejido empresarial dominante en España, encabezado por pequeñas y medianas empresas y, especialmente, en los casos de declaración de concurso, donde efectivamente existe una insolvencia general y serias dificultades de pago. Sería perfectamente

¹⁴⁴MONTEBLANCO MONTESINOS, S. “Aspectos de la llamada justicia gratuita en la jurisdicción social: justicia gratuita, semigratuita u onerosa”...*Op. Cit.* Página 18 (del pdf).

Capítulo II. El Concurso Laboral

acorde con el artículo 119 CE que las entidades mercantiles con insuficiencia de medios pudieran litigar de forma gratuita. No cabe desconocer que, en la situación de concurso, el deudor va a requerir la presencia de abogado y procurador (artículo 184.2 LC).

Distinta es la solución si el que se encuentra inmerso en concurso es un empresario persona física, puesto que en estos casos parece que éste sí que va a poder acogerse al beneficio de la asistencia gratuita cuando acredite insuficiencia económica para litigar. El legislador podría haber optado perfectamente por considerar como sujetos de este beneficio a las personas jurídicas que no rebasaran cierto importe (por ejemplo el triple del salario mínimo interprofesional u otro distinto), pero lo cierto es que no lo ha hecho así. Bajo mi punto de vista, se debería de haber tenido en cuenta la situación de insolvencia de una sociedad mercantil, extendiendo de esta forma a las empresas concursadas la posibilidad de litigar de forma gratuita –aunque no de forma automática, sino más bien pasando algún tipo de tamiz o requisitos específicos-. Como sabemos, la situación normativa vigente nos lleva a conclusiones bien distintas. Por un lado, a las empresas concursadas se les obliga a comparecer en juicio representadas por medio procurador y asistidas técnicamente por abogado, mientras que no se les da la posibilidad de beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita, salvo en los casos de empresarios persona física. Incluso, en alguna ocasión, si deciden participar en un proceso judicial van a tener que desembolsar estos gastos por su cuenta, sin poder realizarse éstos con cargo a la masa pasiva del concurso (*vid.* artículos 51 LC y 54 LC).

CAPÍTULO III. LA COMPETENCIA DEL JUEZ MERCANTIL EN MATERIA LABORAL.

I. Tutela declarativa.

1. Introducción y antecedentes.

Con carácter previo al desarrollo de los distintos avatares del contrato de trabajo cuando el empresario está en concurso, resulta de obligada observancia la tarea de delimitar el complicado tema de las competencias del Juez del Concurso para conocer sobre los aspectos relacionados con la disciplina social. Dentro del concurso se produce un “trasvase competencial” que supone que, *de facto*, el orden jurisdiccional civil entre a conocer sobre una serie de materias que fuera del concurso son competencia del orden jurisdiccional social.

El actual reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales civil y social no pretendió ser siempre tal y como hoy lo conocemos, antes al contrario, pues fue una de las cuestiones que mayores debates propició durante la tramitación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En este sentido, en el texto del Anteproyecto de Ley Concursal se atribuyeron a los jueces de lo mercantil amplias competencias en materia laboral, con el fin de que se alcanzara con plenitud el principio de universalidad que caracteriza nuestro sistema de derecho concursal¹⁴⁵. Así, en los inicios de la tramitación parlamentaria de la norma se pretendió llevar

¹⁴⁵ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.) Ed. Lex Nova. 2004. Páginas 63 y 64.

el principio de unidad hasta sus últimas consecuencias, atrayendo hacia el conocimiento del Juez del Concurso de cualquier acción declarativa o ejecutiva de carácter patrimonial que se dirigiera contra el concursado (incluidas las sociales)¹⁴⁶. De haberse continuado con esta proposición, los Juzgados de lo Social se hubieran visto despojados, tras la declaración de concurso, de toda acción interpuesta por un trabajador que tuviera trascendencia patrimonial¹⁴⁷, con lo que una cantidad considerable de pretensiones en materia laboral hubieran sido competencia de los jueces de lo mercantil. Al poco tiempo de publicarse este Anteproyecto, la doctrina laboralista reaccionó de forma crítica frente a este desmedido designio respecto a lo que a la competencia laboral del Juez del Concurso se refiere. Dentro de esta corriente objetora se situó, decididamente, RÍOS SALMERÓN, quién calificó esta circunstancia como un nuevo grado de “deslaborización”¹⁴⁸.

Afortunadamente esta situación cambió a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal pasando su texto definitivo a transferir al Juez del Concurso únicamente ciertos aspectos de índole laboral, conservando el orden social de la jurisdicción la mayor parte de las materias sobre las que tradicionalmente viene proyectando su competencia. De esta

¹⁴⁶ RÍOS SALMERÓN, B. “El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 14. 2001. Página 61. Proclamaba el artículo 7 del Anteproyecto que la jurisdicción del Juez Mercantil es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: “1º *Todas las acciones civiles y sociales con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado*”.

¹⁴⁷ GIL FERRO, L. “La Ley Concursal y su afectación sobre el proceso laboral”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 327. Comenta esta autora que el Anteproyecto también contenía la atribución al juez del concurso de la competencia para resolver sobre los procesos de Seguridad Social en los que pudiese apreciarse la responsabilidad de empresarios.

¹⁴⁸ RÍOS SALMERÓN, B. “El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?”...*Op Cit.* Página 62.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

idea se hace eco la propia Exposición de Motivos (apartado III) de la Ley Concursal cuando establece que “*al amparo de la reforma introducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad de procedimiento no deben resolverse por separado*”. Como se podrá deducir de las anteriores líneas, la intención del legislador concursal no ha sido la de otorgar al Juez del Concurso la competencia sobre la totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el deudor, sino simplemente algunas de ellas, precisamente las que ha considerado que tienen una mayor repercusión sobre el patrimonio del concursado. Por consiguiente, en este reparto de competencias los tribunales del orden social van a conservar el conocimiento sobre una larga serie de asuntos relacionados con el Derecho del Trabajo, incluso cuando el empresario esté inmerso en un procedimiento concursal.

En definitiva, lo que preceptúan la Ley Concursal y la Ley Orgánica del Poder Judicial es el denominado fuero de atracción, en virtud del cual, todo proceso universal atrae aquello vinculado a su materialidad, en este caso, concursal¹⁴⁹. Este carácter de universalidad aparece también explicitado en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (apartado II) cuando expresa que esta norma opta por los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema. En este orden de cosas, el reparto

¹⁴⁹VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 8”. En Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios. Ed. Dijusa. 2003. Página 225.

de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social y civil cuando la empresa ha sido declarada en concurso quedaría reflejado, *grosso modo*, de la siguiente manera¹⁵⁰:

a) Con carácter general el Juez de lo Social mantiene la competencia para el conocimiento de las materias que le son propias. En este sentido, será competente para conocer sobre todas aquellas materias de índole laboral, excepto las que le son excluidas por mor del artículo 3 LRJS (entre ellas se encuentran las que estén bajo la jurisdicción *exclusiva* y *excluyente* del Juez del Concurso).

b) Se ha atribuido al Juez del Concurso la competencia para conocer sobre una lista de materias. Ésta viene recogida de forma conjunta tanto por el artículo 8 LC como en el artículo 86 *ter* LOPJ. En materia laboral, además, se completa con lo dispuesto por el artículo 64.1 LC, referido a los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo. Por su parte, la competencia del Juez del Concurso en ejecución de sentencia, incluida la materia social, es más intensa que las recogidas para el caso de la tutela declarativa.

c) Se ha diseñado un complejo y entrelazado sistema de recursos donde se vuelve a residenciar en el orden jurisdiccional social algunas de las resoluciones relacionadas con los derechos de los trabajadores dictadas por parte del Juez del Concurso.

Para llegar a comprender la problemática jurídica que se desprende del reparto de competencias entre estos dos órdenes de la jurisdicción, debemos tener presente varios preceptos legales, a saber: el artículo 86 *ter* de la LOPJ; al artículo 8 LC (que tendrá que completarse con el 64 LC); y

¹⁵⁰ Vid. MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 11. 2004. Página 55.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

los artículos 2 a) y 3 h) LRJS. De la observancia de todos ellos podremos aportar luz sobre el tema de las competencias encomendadas al Juez del Concurso y de paso conocer las que se han mantenido en el orden social¹⁵¹. En cualquier caso, es importante señalar que el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del orden lo social y civil constituyen normas de orden público que deben de acatarse fielmente, por lo que si un juez que no es competente resuelve alguna cuestión laboral concreta se determinará la nulidad de lo actuado por haberse dictado por un órgano manifiestamente incompetente.¹⁵²

Resta en este momento por apuntar que el referido panorama competencial se ha mantenido más o menos incólume desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, siendo en la actualidad esencialmente el mismo, salvo algunas aportaciones de interés realizadas por mor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, como por ejemplo, la aclaración *ex lege* de la extensión de la competencia del Juez del Concurso sobre los traslados colectivos y las reducciones temporales de la jornada ordinaria de trabajo, si bien, el cambio más profundo y trascendental fue el perpetrado sobre el artículo 64.10 LC, relativo a las extinciones causales del contrato por voluntad del trabajador.

¹⁵¹ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. “Comentario al artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004. Página 132. También ha dejado fuera del conocimiento del juez del concurso algunas pretensiones civiles y todas las correspondientes a la tutela penal y al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

¹⁵² Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de julio de 2013 (Rec. 111/2013. JUR/2013/289591).

2. Competencia objetiva, territorial y funcional.

La competencia podría definirse de un modo simple como la facultad que se encomienda a un juez para conocer de un determinado asunto que es de su jurisdicción, excluyéndose el conocimiento por otro de su mismo grado¹⁵³. Los fueros de competencia establecidos en la Ley Concursal son de carácter imperativo, lo que supone que no podrán admitirse acuerdos de sumisión expresa o tácita para alterarlos. Como suele ser habitual, también la competencia dentro del proceso concursal se conceptúa en diversos grados, a saber: objetiva, territorial y funcional.

En el primer nivel nos encontramos con la competencia objetiva, que en materia concursal la podemos extraer del artículo 10 LC, así como del artículo 8 LC *in limine*. En ambos preceptos se establece que la competencia para conocer del concurso es “de los jueces de lo mercantil” o “del juez mercantil”, respectivamente. En este sentido, tal y como ha señalado FERNÁNDEZ-BALLESTEROS estamos ante una competencia objetiva *ratione materiae*, es decir, por razón de la materia, ya que, atendiendo a lo que es objeto del proceso (el concurso) se otorga al Juez de lo Mercantil el conocimiento en primera instancia de las cuestiones derivadas de lo concursal¹⁵⁴. Esta competencia objetiva nació, como era de esperar, a raíz de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Así, aprovechándose esa misma fecha, vio la luz la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modificó la

¹⁵³VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 8” En Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios... *Op. Cit.* Página 225.

¹⁵⁴FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. “Sobre la jurisdicción y competencia del juez del concurso”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. 2004. Página 1310.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por todos es conocido que una ley ordinaria, por sí misma, como lo es la Ley Concursal, no puede modificar una Ley de carácter orgánico. Por este motivo el legislador se sirvió de la LOC para crear los Juzgados de lo Mercantil y dotarlos de este modo de carácter ordinario y revestirlos con potestad jurisdiccional. Los Juzgados de lo Mercantil se instituyeron principalmente para el conocimiento de conflictos relacionados con el concurso de acreedores, aunque también se aprovechó en dicha reforma para residenciar en ellos otra serie de cuestiones relacionadas con el Derecho Mercantil. De esta nueva normativa se deduce que los Juzgados de lo Mercantil no nacieron como órganos especializados con carácter temporal, sino como juzgados especiales dentro de la jurisdicción civil ordinaria con carácter permanente y con el mismo rango que el ostentado por los Juzgados de Primera Instancia. Por lo tanto, desde ese preciso momento cambió el tradicional panorama a través del cual los citados juzgados de Primera Instancia asumían objetivamente la totalidad de asuntos relacionados con del ámbito civil y mercantil¹⁵⁵. Son, en suma, órganos de la jurisdicción civil¹⁵⁶, pero que poseen una naturaleza híbrida en tanto en cuanto el grueso de su actividad reside en el enjuiciamiento de acciones civiles-mercantiles, aunque dentro del concurso adquieren también, como veremos más

¹⁵⁵ SÁNCHEZ LINDE, M. “La competencia territorial y objetiva de los juzgados mercantiles en el concurso de acreedores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27. 2012. Página 297.

¹⁵⁶ Vid. CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Aranzadi. 2005. Página 40; A favor, asimismo, RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores*. Ed. Cívitas. 2012. Página 108. Aunque también existe alguna voz discrepante que ha subrayado que los juzgados de lo mercantil son un nuevo orden jurisdiccional aunque formalmente pertenezcan al orden civil: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “La declaración judicial de concurso”. En *Revista Poder Judicial*, núm. 28. 2004. Página 15.

adelante, un campo de conocimiento que es propio del orden jurisdiccional social¹⁵⁷.

En segundo lugar, una vez residenciada la competencia objetiva en los Juzgados de lo Mercantil, el fuero territorial es el que va a establecer qué juzgado es el competente para incoar el concurso de una persona física o jurídica concreta (o para sustanciar un proceso “territorial” de insolvencia instruido en el extranjero). La selección del juzgado de lo mercantil encargado del proceso de concurso va a ser determinante para los intereses de los trabajadores, puesto que en algunos casos tendrán que litigar ante el referido órgano. Las respuestas en esta materia las podemos encontrar reguladas extensamente en el propio artículo 10 LC. En el referido precepto se colige que va a ser competente el Juez de lo Mercantil del lugar en cuyo territorio tenga la empresa el centro de sus intereses principales. Más adelante, la propia norma nos define como centro de los intereses principales “*el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses*”. Las anteriores definiciones legales se han llegado a tachar de “genéricas” o “imprecisas”, principalmente en los supuestos en los que el deudor tenga diversos centros de actividad¹⁵⁸. Con todo, en los casos en los que el deudor sea persona jurídica se presume que el centro de sus intereses será el que coincida con su domicilio social. En este sentido, los tribunales vienen entendiendo, de forma pacífica, que la presunción de que los intereses principales se hallan en el lugar del domicilio social es de naturaleza *iuris tantum* y con ello

¹⁵⁷ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17. 2003. Página 1 (BIB 2003/1495).

¹⁵⁸ SÁNCHEZ LINDE, M. “La competencia territorial y objetiva de los juzgados mercantiles en el concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 292.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

desvirtuarles si se prueba que los primeros se encuentran en lugar distinto¹⁵⁹. Ahora bien, la STJCE (Pleno) de 2 de mayo de 2006, referido a un caso con elemento de extranjería, pero aplicable a nuestros supuestos, consideró que *“la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario a favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”*¹⁶⁰. De esta forma, cuando el centro de los intereses principales y el domicilio social coinciden no existen demasiados problemas en admitir la citada presunción y será competente el juzgado de lo mercantil del territorio donde se encuentra el referido domicilio social¹⁶¹. No en vano, han sido varias las sentencias que han resuelto en contra del lugar donde se ubica el domicilio social del deudor y a favor de aquel otro juzgado donde efectivamente se desarrollan las actividades mercantiles con proyección hacia terceros. Así se ha defendido por el Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2010¹⁶² que cuando el centro de los intereses principales no coincide con el estatutario debe primar aquel donde el concursado realiza *“de modo habitual y reconocible por terceros las administración dichos intereses, debiendo considerarse terceros los contratantes y ahora*

¹⁵⁹ Así lo han interpretado expresamente el Auto de la AP de las Palmas de 1 de diciembre de 2005, rec. Apelación 649/2005 (AC/2006/108) o el Auto del TSJ de Andalucía, Granada, (Sala de lo Civil y Penal) de 24 de julio de 2006, cuestión de competencia 6/2006 (RJ/2007/4855).

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 2 de mayo de 2006, Asunto C-341/04, caso Eurofood.

¹⁶¹ Un ejemplo lo encontramos en el supuesto resuelto por parte Tribunal Supremo en su Auto de 18 de febrero de 2009, rec. Casación 244/2008 (RJ/2009/1475) y son aparentemente los más sencillos.

¹⁶² Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2010 (Sala de lo Civil), rec, casación 404/2009 (RJ/2010/4042).

acreedores, nunca los administradores de la sociedad solicitante del concurso". Esta regla favorecerá la personación de los acreedores y favorecerá la actuación de la administración concursal, pues no se trata de arbitrar un criterio para tratar litigios sobre unos concretos bienes, sino sobre el conjunto patrimonial de la empresa. De ahí, que deba buscarse la proximidad hacia donde efectivamente se desarrolla la actividad.

Con el fin de sortear posibles fraudes, el señalado precepto establece que será ineficaz el cambio de domicilio realizado en los 6 meses anteriores a la solicitud del concurso. Por lo tanto, el domicilio del deudor será, en este último supuesto, el que éste tenía con anterioridad al respectivo cambio. De esta forma, un cambio de domicilio social realizado dentro de los 6 meses anteriores a la solicitud de declaración del concurso es totalmente inoperante para designar el fuero territorial. Pero, incluso en los casos en los que el cambio de domicilio social se haya producido con anterioridad a los 6 meses que predica la ley, puede dejarse esa decisión sin efecto cuando la empresa haya cesado en su actividad antes de perpetrar este cambio, puesto que el centro de los intereses correspondía con el lugar donde se desarrollaba la actividad y no el fijado posteriormente. En este supuesto, consideró la Audiencia Provincial de Barcelona en un Auto dictado con fecha de 8 de mayo de 2007¹⁶³ que *"sus acreedores, terceros afectados por la insolvencia, reconocen como centro de los intereses principales de su deudor el lugar donde se desarrollaba su actividad. Es por ello que el posterior cambio de domicilio social, en un momento posterior a la disolución de la sociedad y al cese de la actividad económica, no altera el centro de los intereses principales, quedando contradicha la*

¹⁶³Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de 8 de mayo de 2007, rec. de apelación 90/2007 (AC/2007/1647).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

presunción legal que lo equipara con el domicilio social por la propia realidad.”

El problema que a efectos laborales puede plantearse respecto de la competencia territorial mediante la cual se atribuya el conocimiento al Juez Mercantil de la provincia donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales o domicilio, se daría cuando este último lugar no coincida con el que se desarrollan las actividades por parte de los trabajadores¹⁶⁴. La elección de un juzgado u otro no es baladí para los intereses de los trabajadores, puesto que estos van a tener que hacer valer algunos de sus derechos ante el Juez del Concurso. En este sentido, no cabe desconocer que en sede concursal no van a resultar de aplicación las reglas sobre competencia territorial predicadas en el artículo 10 LRJS que dejan un amplio margen de decisión a los trabajadores y, en esencia, son muy favorecedoras para sus intereses, y ello porque solamente puede existir un Juez encargado del concurso cuya elección queda, en principio, al margen de la atención de los trabajadores. De esta forma, cuando el domicilio social y el centro de los intereses coincidan en un mismo territorio, en principio no se producirán demasiados trastornos para los trabajadores, siempre y cuando los distintos centros de trabajo se ubiquen también en la misma provincia. Pero, cuando existan diferentes centros de trabajo repartidos por distintas provincias inevitablemente habrá una serie de empleados que perceptiblemente resultarán perjudicados. No existe en estos casos ninguna

¹⁶⁴ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Páginas 5 y 6 (Ref. CISS 1038/2005); MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. 1, (SAGRERA, J.M. SALA, A. Y FERRER. A. Coords). Ed. Bosch. 2004. Página 760. Opina este último autor que la atribución de competencia a un único Juez, en concreto en el domicilio del concursado, puede generar situaciones de penosa defensa para los trabajadores cuando estos presten su trabajo alejados del municipio sede del Juzgado Mercantil competente.

regla que pueda paliar este obstáculo, puesto que la competencia territorial en sede concursal gira en torno a la figura del deudor y cuando el centro de los intereses principales coincida con el lugar del domicilio será competente para conocer del mismo un concreto juzgado de lo mercantil de dicha localidad. Por ello, cuando existan centros de trabajo fuera de la provincia donde confluyan domicilio e intereses principales, el fuero favorecerá a los trabajadores de dicha región y resultará un tanto más pesado para los foráneos. Cuando el domicilio social del deudor y el centro de sus intereses principales no coinciden la solución suele inclinarse a favor de este último. Los tribunales no suelen tener en cuenta, generalmente, la situación en la cual quedarían los trabajadores dependiendo de si se aplica o no uno u otro criterio. Aunque sí que han ido estableciendo una serie de reglas que indirectamente sí que podrían llegar a beneficiar a los trabajadores por cuanto se viene considerando que hay que tener en cuenta la “sede real” de la empresa¹⁶⁵ y no un domicilio ficticio, fantasma o donde no se desarrollen las actividades empresariales, que por lo demás corresponderá donde los contratantes, acreedores, así lo reconozcan. Con todo, algunos pronunciamientos sí que han tenido en cuenta el lugar donde se desarrolla el trabajo como criterio para designar la competencia territorial (es el caso del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 24 de septiembre de 201¹⁶⁶). En este supuesto, la totalidad de los trabajadores de la compañía prestaban servicios en un mismo centro. Nuevamente, las mayores contrariedades las encontraremos cuando estemos ante empresas multicentros y, además, cuando éstos se encuentren desperdigados en varias

¹⁶⁵*Vid.* Auto del TSJ de Andalucía, Granada, (Sala de lo Civil y Penal) de 9 de septiembre de 2009, rec. de apelación 27/2009 (AC/2010/1165).

¹⁶⁶Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 24 de septiembre de 2010, rec. 727/2010 (AC/2011/1947).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

provincias, puesto que la ubicación del Juez del Concurso podrá favorecer a algunos, mientras que resultará molesto para otros.

Cuando el domicilio del deudor no coincida con el centro de sus intereses principales, se bosqueja una regla en virtud de la cual el solicitante va a poder elegir qué juzgado será el competente. El artículo 10.1 LC establece de este modo un fuero electivo, que se añade al fuero principal evidenciado en los párrafos anteriores. El Tribunal Supremo ha indicado que para que opere este fuero electivo deben concurrir dos requisitos: que el deudor tenga su domicilio en España y que esté en un lugar distinto de aquél que se predica como el centro de sus intereses principales. De esta forma, si se cumplen ambas condiciones serían competentes los Jueces de lo Mercantil de ambos lugares, elección que corresponderá, tal y como se ha esgrimido, al acreedor solicitante¹⁶⁷. Esta situación podría darse únicamente en los casos de concurso necesario, puesto que el tenor de la Ley se refiere al “acreedor solicitante” y, en este sentido, serviría para señalar la competencia territorial de concursos solicitados por parte de los acreedores. La dicción utilizada sobre el “acreedor solicitante” es salvada por algún autor que ha entendido que esta facultad decisoria también puede legarse al deudor para la solicitud del concurso voluntario, siempre y cuando éste no lo utilice con mala fe o en perjuicio de los acreedores, puesto que una interpretación contraria supondría un agravio comparativo¹⁶⁸. No obstante, el Tribunal Supremo, a través de su Auto de 25 de mayo de 2010, ha venido a negar con rotundidad que en caso de concurso voluntario pueda

¹⁶⁷ Vid. Auto del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2009, rec. de casación 93/2009 (RJ/2009/4471).

¹⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ LINDE. M. “La competencia territorial y objetiva de los juzgados mercantiles en el concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 293.

jugar la regla del fuero electivo¹⁶⁹. El argumento que maneja el TS para llegar a esta conclusión consiste en que el espíritu y finalidad de la norma competencial es facilitar a los acreedores y en general a terceros el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial de concurso. Por ello, aplicar de forma analógica esta norma competencial al caso de concurso voluntario, supondría, según el citado órgano judicial, “*que el procedimiento concursal se tramitara en lugar que pudiera no ser conocido por acreedores, en la medida en que en dicho lugar no se han centrado las operaciones mercantiles, comerciales o de otro orden entre el deudor y terceros, cuando lo que se pretende a través del conjunto de la legislación concursal es facilitar el conocimiento y acceso de acreedores al procedimiento concursal, a los efectos de garantizar la efectividad de sus créditos frente a la masa concursal*”. Por lo tanto, cuando el concurso sea voluntario, solamente podrá operar el fuero principal y no así el fuero electivo. El hecho de que la normativa permita escoger entre el domicilio del deudor y el centro de sus intereses principales podría suponer que, en alguna ocasión, se pueda llegar a dar el caso de que se presenten dos solicitudes de concurso en juzgados distintos. En esencia, para estos supuestos de dualidad de solicitudes convendría acogerse al tradicional aforismo *prior tempore, potior iure*, es decir, que será preferente aquel juzgado en el que se hubiera presentado la primera solicitud de concurso¹⁷⁰.

El artículo 10 LC también hace referencia al concurso de un deudor cuyos intereses principales no se hallen en nuestro territorio nacional. En

¹⁶⁹Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010, rec, casación 200/2010 (RJ/2010/3720).

¹⁷⁰En este sentido, ZABALO ESCUDERO, M^aE. “Comentario al artículo 10”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004. Página 164.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

ese caso, si el deudor tiene un establecimiento en España sería competente el Juez de lo Mercantil en cuyo territorio radique éste y, si tuviera varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. Éste es el que se viene denominado bajo la locución “concurso territorial”, en contraposición de aquél que se ubica esencialmente en España y que se conoce como “concurso principal”. El “concurso territorial” sólo se proyectará sobre los bienes que el deudor posea en España¹⁷¹. Por último, cabe apuntar que la Ley 38/2011 incorporó un apartado cuarto dentro de este artículo décimo donde se contempla que el juez pueda examinar de oficio su competencia y determinar si ésta se basa en un concurso principal o territorial.

En tercer lugar, la competencia funcional sería la que recoge el artículo 8 LC bajo el rótulo “juez del concurso” y que en la actualidad consta de 7 apartados. Esto es así porque se estaría atribuyendo el conocimiento de ciertos asuntos a un Juez de lo Mercantil ya identificado de forma perfecta¹⁷². El artículo 8 LC regula las competencias del Juez del Concurso, que alcanza a varias materias distintas, algunas de carácter civil, otras mercantiles y en lo que aquí interesa, también algunas relacionadas con el Derecho del Trabajo. Dejando de lado aquellas competencias propias de

¹⁷¹VEGAS TORRES, J. “Los aspectos procesales del concurso”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 107.

¹⁷² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. “Sobre la jurisdicción y competencia del juez del concurso”...*Op. Cit.* Página 1313. Explica este autor que “*mientras las normas de competencia objetiva sirven para determinar ab initio qué juez debe conocer en un asunto, las de competencia funcional entran en juego precisamente porque conoce ya (o ya ha conocido) un determinado Juez, lo que supone que las normas de competencia funcional deben utilizarse cuando se han aplicado ya todos los criterios que permiten fijar que Juez debe conocer de un determinado asunto en primera instancia (lo que incluye tanto los criterios de competencia objetiva como los de competencia territorial.)*”

otras disciplinas, aquí solamente centraré el análisis en el conocimiento de las competencias del Juez del Concurso en materia laboral.

3. Competencias del Juez del Concurso en materia laboral.

El Juez del Concurso no va a tener competencia para conocer sobre todos los aspectos relacionados con los trabajadores y que se susciten en el desarrollo del proceso concursal. En un principio, en los inicios de la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, en concreto, en el texto del Anteproyecto de Ley Concursal la competencia del Juez de lo Mercantil alcanzaba a cualquier materia laboral que tuviese repercusión patrimonial. Pero, finalmente, su redacción definitiva extiende el conocimiento del Juez del Concurso sólo sobre algunas materias concretas relacionadas con el Derecho del Trabajo. En este sentido, por lo que se refiere a la materia social, el artículo 8.2 LC dispone que el Juez del Concurso tiene la competencia para conocer sobre *“las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado”*.

La competencia que va a asumir el Juez del Concurso en materia laboral se predica de forma *“exclusiva y excluyente”* (en general también para el resto de materias sobre las que extiende su conocimiento). Sobre el particular ha considerado CARRERAS LLANSANA que resulta necesario que esta competencia se atribuya en clave de exclusividad para que sólo al Juez del Concurso le incumba la toma de decisiones de las materias sobre las que se proyecta. Pero, también debe de resultar excluyente para que ningún otro órgano pueda proceder sobre el patrimonio del concursado, deviniendo nulo

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

este posible conocimiento¹⁷³. Por el contrario, para otros autores, v.gr. HERRERO PEREZAGUA¹⁷⁴ o GARCIANDÍA GONZÁLEZ¹⁷⁵ el empleo de los términos “exclusiva y excluyente” conjetura una reiteración, puesto que con el segundo término no se estaría haciendo otra cosa más que incidir otra vez en lo mismo, es decir, que solamente el Juez del Concurso es el llamado para conocer sobre las materias dispuestas en los artículos 8 LC y 86 *ter* LOPJ. En lo que aquí interesa, cabe dejar asentado que el Juez del Concurso va a ser el órgano encargado de conocer las acciones sociales que tengan por objeto las extinciones, modificaciones (sustanciales) y suspensiones del contrato de trabajo de carácter colectivo. Por lo tanto, lo realmente significativo en esta materia es, reproduciendo las palabras de FERNÁNDEZ LÓPEZ, que la Ley Concursal diseña un modelo que “*en lo sustancial incorpora una verdadera distorsión competencial, introduciendo una cuña de competencia externa en el ámbito tradicional y actual de la materia*

¹⁷³CARRERAS LLANSANA, J. “Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. 2004. Página 1285.

¹⁷⁴HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo I. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 115.

¹⁷⁵GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. “Comentario al artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F. Dir.)... *Op. Cit.* Página 131. Pergeña este autor que “*con el carácter “exclusivo” y “excluyente” de la jurisdicción para conocer de determinadas materias se está haciendo referencia, únicamente, a la prohibición de que pueda conocer de ellas un órgano jurisdiccional distinto de aquel que las tiene atribuidas. No se hace referencia, en nuestro criterio, como pudiera llegar a pensarse, a la imposibilidad de que el Juzgado de lo Mercantil conozca de otros litigios distintos del procedimiento concursal (el propio artículo 86 *ter* LOPJ le atribuye competencia en materias no concursales) ni, como veremos, de otras concretas materias distintas de las que se señalan, también en su faceta como Juez del concurso. Es por ello que consideramos que la referencia a su jurisdicción “exclusiva y excluyente” supone una innecesaria reiteración, una figura retórica que consigue la rotundidad de una idea con la repetición de dos términos que aquí guardan el mismo significado.*”

*asignada a los órganos del Orden Social de la Jurisdicción*¹⁷⁶. En las siguientes páginas trataré de ahondar en esta “distorsión” competencial entre los órdenes jurisdiccionales social y civil.

3.1. Acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo.

Como sabemos, tanto el artículo 86 *ter* LOPJ como el artículo 8.2 LC se refieren a las competencias del Juez del Concurso, que se complementa en la concreta materia laboral con el artículo 64.1 LC¹⁷⁷. En este sentido, como ya he puesto de relieve, el Juez del Concurso va a conocer sobre las acciones laborales que tengan por objeto las extinciones, modificaciones sustanciales o suspensiones colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Si se depara en este elenco, enseguida se podrá advertir que, lo que la Ley Concursal vino a concebir fue la sustitución de la decisión de la autoridad laboral (o del empresario en caso de modificaciones sustanciales) por la del Juez de lo Mercantil cuando el empresario se encuentre inmerso en un proceso concursal¹⁷⁸. Efectivamente, la competencia del Juez del Concurso en este punto no vino

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la ley 22/2003, concursal. En *Revista de Derecho Social*, núm. 26. 2004. Página 24 (del ejemplar en pdf).

¹⁷⁷ Dice así: “*Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo*”.

¹⁷⁸ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana... Op. Cit.* Página 57.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

a sustituir, en puridad, al Juez de lo Social, sino a la administración laboral en unos casos y al empresario en otro, constituyéndose de este modo en el ámbito concursal un expediente de regulación de empleo “judicializado”¹⁷⁹. El artículo 64 LC no configura un proceso judicial al uso, sino más bien la tramitación de un procedimiento que fuera del concurso asumían la autoridad laboral o el propio empresario –en el caso de las modificaciones de condiciones-. En este sentido, el artículo 64 LC instituyó un procedimiento que, en esencia, venía a ser un espejo de la tramitación de los expedientes de regulación de empleo anteriores a la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo. De ahí, que se haya llegado a afirmar que el expediente judicial regulado en la Ley Concursal es un trasunto del extinto expediente administrativo contemplado en el Estatuto de los Trabajadores¹⁸⁰. Por su parte, el sistema de recursos instituidos por la Ley Concursal frente a la resolución del juez mercantil sí que reúne todas las notas típicas de un auténtico procedimiento judicial¹⁸¹. Por este motivo, cabe afirmar que, en un primer momento procedimental – en la instancia-, la Ley Concursal no estaría detrayendo la competencia a los órganos del orden jurisdiccional social, ya que los Jueces de lo Social simplemente eran los encargados de dirimir la legalidad de la medida en caso de mediar alguna impugnación sobre la medida de ajuste adoptada.

¹⁷⁹ GARCÍA MURCIA, J. “El despido en empresa en concurso”. En *El Despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012* (MARTÍN VALVERDE, A Y GARCÍA MURCIA, J.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2012. Página 185.

¹⁸⁰ En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. En *Actualidad Laboral*, núm. 18. 2010. Página 2 (La Ley 1305/2010).

¹⁸¹ BARRIO CALLE, M^a. A. “La acomodación del proceso laboral a la Ley Concursal”. En *Estudios sobre la Nueva Legislación Concursal*. Ed. Aranzadi. 2006. Página 252.

Hasta hace bien poco, la autoridad laboral se encargaba de autorizar las extinciones y suspensiones colectivas fuera del concurso (así lo establecían respectivamente los artículos 51 ET y 47 ET)¹⁸². En este sentido, las diferencias de actuación antes y después de la declaración de concurso en el caso de las extinciones y suspensiones de contrato no eran tan abultadas respecto a la significación global del sistema, puesto que se sustituía un control administrativo por otro judicial. Sin embargo, en el caso de las modificaciones sustanciales la acción resultante no era la de sustituir este control público, sino directamente suplantar la decisión del empresario¹⁸³. Esta circunstancia supuso una ruptura con el régimen jurídico que siguen las modificaciones colectivas en las empresas no concursadas, pasando de esta forma a judicializar su adopción. Esta circunstancia fue criticada por la doctrina, considerándose que hubiera sido más coherente atribuir la competencia sobre las modificaciones sustanciales de carácter colectivo al administrador concursal, por ser éste quien sustituye con mayor o menor intensidad las facultades de gestión y administración, bien del empresario individual o bien del órgano de administración societario¹⁸⁴. Esta situación cambió a raíz de la aprobación del Real Decreto

¹⁸² Por su parte las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no requerían autorización administrativa para poder efectuarse, sino que era el propio empresario el encargado de realizarlas (a día de hoy sigue siéndolo también).

¹⁸³ Vid. AJM de 22 de mayo de 2007, número 84/2007, que dice que “*conviene precisar que el Juez del Concurso no ha venido a sustituir en estas competencias al juez de lo Social, ya que en la normativa del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de las modificaciones de las condiciones de trabajo, la decisión corresponde al empresario (art. 41. ET), conociendo la jurisdicción social únicamente por vía de recurso...*”.

¹⁸⁴ Sobre esta opinión ver BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Páginas 401 y 402. Quién, asimismo, basa y comparte esta crítica en las obras de DESDENTADO BONETE, A. “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23-24. 2003. Página 36; y DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales. En *Relaciones Laborales*, núm. 8. 2005. Página 7 (Ref. CISS 1038/2005). En concreto, este

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Ley 3/2012, de 10 de febrero (posterior Ley 3/2012, de 6 de julio), puesto que, entre otras tantas reformas incorporadas en materia laboral, se optó por suprimir la necesaria autorización de la autoridad laboral competente en la tramitación de los ERE's. Con ello, la participación de dicho órgano administrativo no se ha cercenado por completo, puesto que aún sigue estando presente en el procedimiento, pero en la actualidad el empresario ya no precisa de su autorización para poder ejecutar la medida de ajuste perseguida.

En este orden de cosas, en el seno de un procedimiento de insolvencia sigue siendo el Juez de lo Mercantil el encargado de autorizar mediante auto las extinciones, suspensiones y modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo, con la particularidad de que, en la actualidad, este órgano judicial ya no estaría sustituyendo la resolución de un ente administrativo, sino que, está suplantando directamente la decisión del empresario (como ya acontecía antes de esta reforma laboral de 2012 en los supuestos de modificaciones sustanciales de contrato). Por este motivo, hoy en día la diferencia entre las medidas de ajuste tomadas en un contexto concursal, respecto de las situaciones adoptadas fuera del concurso es mucho más acusada, puesto que ya no se precisa de una autorización administrativa previa para poder extinguir o suspender los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁸⁵. Por esta razón, considero oportuno traer a colación alguna de las críticas que se

último autor expresa que *“privar al empresario o a la administración concursal de facultades que les atribuye el Estatuto de los Trabajadores tiene un contradictorio significado «rigidificador», frente a las exigencias de mayor flexibilidad y adaptabilidad que la situación de concurso impone a la gestión de la empresa”*.

¹⁸⁵Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Páginas 20-22.

proferían con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012 para el caso de las modificaciones sustanciales colectivas de contratos de trabajo, cuando se exponía que quizá hubiera sido más conveniente otorgarle esta competencia a la administración concursal. De esta forma, podría afirmarse una extensión de esta tesis a la situación actual y ya para todas las medidas de ajuste colectivo de plantilla, puesto que la decisión final sobre las mismas fuera del concurso incumbe al empresario, por lo que parece bastante sensato abogar por una reforma concursal que conviniera que fuera la administración concursal, quizá con una cierta participación más o menos relevante del Juez del Concurso, la encargada de adoptar los expedientes de regulación de empleo dentro de esta institución. Esta conveniencia quedará acreditada conforme vayan planteándose algunas de las dificultades del procedimiento de ERE Concursal.

En cualquier caso, la anterior aseveración no es más que un simple *desiderantum* o consideraciones concebidas *pro futuro*, mas lo cierto es que con la normativa concursal en vigor, la decisión final sobre las medidas de ajuste de plantilla suscitadas en el concurso debe de ser tomada por el Juez de lo Mercantil. Por este motivo, durante el presente estudio se va a continuar utilizando el *nomen* de “expediente judicial de regulación de empleo”¹⁸⁶, puesto que sigue permaneciendo en estos supuestos lo que en su momento DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO convinieron en denominar como “judicialización” de dicha tramitación, ya que fuera del concurso no se requiere la intervención de ningún juez más que en los casos

¹⁸⁶ O en su caso ERE Concursal, para significar cualquier medida que sea tramitada por el vía del artículo 64 LC, dicción utilizada, entre otros, por MONTOYA MELGAR en su obra: *Derecho Laboral Concursal...Op.Cit.*

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

de impugnación judicial de la medida adoptada¹⁸⁷. Cabe apuntar en este momento que lo que el Juez del Concurso realiza no es tanto una autorización –como la que antaño practicaba la autoridad laboral-, sino que su auto va gozar de efectos constitutivos, siendo el propio Juez a través de esta resolución el que va a adoptar las medidas de ajuste, sin precisarse de ninguna decisión *ex post* por parte de la administración concursal o el deudor.¹⁸⁸

Continuando con la competencia del Juez del Concurso en materia laboral, cabe traer a colación en este preciso instante que una vez declarado el concurso la figura del “despido tácito colectivo” también va a caer bajo el conocimiento de este órgano jurisdiccional. Así lo estableció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia dictada con fecha de 3 de julio de 2012¹⁸⁹, donde se extrae que una vez dictado el auto de declaración de concurso no puede plantearse ante la jurisdicción social ninguna acción por “despido tácito colectivo”, puesto que la única reacción colectiva que

¹⁸⁷ DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op.Cit.* Página 115. También se puede ver esta expresión en alguna sentencia, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012 (Rec. Sup. 179/2102). En la misma se expresa que la atribución al Juez del Concurso de la competencia para conocer de estos expedientes supone, “*de una parte, una judicialización de la materia, al atribuírsele competencias que en situaciones extraconcursales no corresponden a órganos judiciales, sino administrativos, y en concreto a la Autoridad Laboral*”. También puede verse esta aseveración en DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. 2009. Página 57. Por su parte, GARCÍA MURCIA utilizó el término de “expediente de regulación de empleo judicializado”, en GARCÍA MURCIA, J. “El despido en empresa en concurso”...*Op. Cit.* Página 185. En este estudio se va a utilizar, tal y como ha sido expresado, la locución “expediente judicial de regulación de empleo”.

¹⁸⁸ En otros muchos, que irán señalándose en el concreto apartado destinado al análisis minucioso del auto, anticipar por el momento, por ejemplo, estos autores: BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Páginas 430 a 432; RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA PINILLA “El expediente judicial de regulación de empleo: art 64 de la Ley Concursal”. En *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, (BORRAJO DACRUZ, E. Dir.). Ed. MTAS-La Ley Actualidad. 2004. Páginas 86 y 87.

¹⁸⁹ STS de 3 de julio de 2012, Rec. Casación unificación de doctrina 3885/2010 (RJ/2012/10679).

cabe en seno concursal es la prevista en el artículo 64 LC y, por tanto, su competencia residirá en manos del Juez del Concurso. La citada sentencia conoció en casación por unificación de doctrina sobre el supuesto de una demanda por despido tácito planteada colectivamente por parte de los trabajadores de una empresa ante la jurisdicción social por falta de ocupación efectiva, así como, por el impago de varias nóminas y que fue presentada una vez declarado el concurso (unos días antes de que el Juez del Concurso dictara auto por el que se acordó el cese de la actividad y la extinción de todos los contratos de la plantilla). En esencia, señala el TS que *“en situación de concurso, la única extinción colectiva de las relaciones laborales que procede es la que acuerde el Juez del Concurso y precisamente de conformidad a los trámites establecidos en normativa concursal.”* Resolvió la Sala un supuesto donde el empresario solicita del Juez del Concurso el cese de la actividad y la extinción de los contratos laborales de su plantilla y bajo este escenario se afirma que ésta es la única salida legal posible dentro del concurso y que por tanto no cabe plantear demandas por despido tácito ante los Juzgados de lo Social, quiénes, por lo demás serían incompetentes para resolver sobre esta cuestión. En cambio el TS deja abierta la posibilidad a un criterio distinto para los casos en los que la empresa en situación de insolvencia acude a las vías de hecho para cesar la actividad o paralizar la producción, pudiendo no ser esta situación equiparable a la anterior, por lo que, en estos últimos supuestos podría llegar a defenderse la existencia de un despido tácito ante el Juzgado de lo Social. Sin embargo, aquí el órgano competente para conocer de las extinciones producidas por el cese repentino de la actividad tendría que ser, en todo caso, el Juez del Concurso, porque éste ostenta la competencia exclusiva y excluyente para conocer sobre las medidas de ajuste de plantilla de carácter

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

colectivo. Así, de esta forma, será el Juez del Concurso el que efectivamente validará la extinción de los contratos de trabajo por falta de ocupación efectiva tras el cierre de los locales por la inactividad de la concursada y señalará los efectos de dicha decisión, en especial, la fijación de las correspondientes indemnizaciones.

Siguiendo con el tema de las materias objeto de la competencia del Juez del Concurso, cabe asentar que solamente se contemplan con carácter *exclusivo* y *excluyente* para las aludidas medidas modificativas, suspensivas y extintivas del contrato de naturaleza colectiva. Esta circunstancia presenta como contrapunto que otra serie de medidas o conflictos propios de la disciplina del Derecho del Trabajo van a continuar bajo los cauces de la jurisdicción social. La lógica jurídica de esta previsión se encuentra en que solamente se ha pretendido preservar bajo la tutela del Juez del Concurso aquellas materias cuya significación económica sea de mayor trascendencia para la ordenación de la masa¹⁹⁰. Con ello, y sin ánimo de ser exhaustivos, subsistirían bajo la competencia del Juez de lo Social aspectos tan disímiles como las controversias suscitadas sobre el régimen sancionador, los despidos disciplinarios¹⁹¹ o la prevención de riesgos laborales. Algunas de

¹⁹⁰ HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo I. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.)...*Op. Cit.* Página 122.

¹⁹¹ Sobre los despidos disciplinarios se pronunció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 1 de junio de 2005 (extraída del anexo de la obra de DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...**Op.Cit.* en los siguientes términos: FD 3 “No hemos de olvidar que la competencia del Juzgado de lo Mercantil, no se extiende al conocimiento de los despidos disciplinarios que puedan ser efectuados por el deudor o en su caso por la administración concursal. La impugnación de estas extinciones siguen siendo competencia de la jurisdicción social, por más que la ejecución de sus resoluciones deba efectuarse ante la jurisdicción mercantil (sobre lo relativo a la ejecución se hablará más adelante). Así mismo hemos de tener en cuenta que los despidos disciplinarios que fueron presentados ante el Juzgado de lo Social, no pueden considerarse extinción colectiva de los contratos

estas medidas coinciden con lo que ALBIOL MONTESINOS tuvo a bien en denominar como “actos de gestión laboral ordinaria”¹⁹². Este último concepto albergaría todas aquellas decisiones que corresponden al empresario en el ejercicio de sus poderes organizativos y directivos, situaciones que en ningún caso alcanzarían extremos tales como la toma en consideración de un despido, sino que más bien harían alusión a las facultades de ordenación laborales propias del día a día de una empresa. Estas facultades directivas, una vez declarado el concurso, van a continuar ejerciéndose por el empresario deudor hasta que la administración concursal acepte su cargo. A partir de ese momento su materialización dependerá del grado de fiscalización decretado sobre las facultades de gestión y administración del empresario, conjeturando bien una auténtica suspensión de las mismas o bien su mera intervención, dependiendo, *prima facie*, de que el concurso sea voluntario o necesario¹⁹³.

de trabajo, ya que por lo que se refiere a las extinciones colectivas, si hay que precisar que se trata del despido colectivo ex art. 51 ET y no el despido objetivo ex art. 52 c).”

Ello es así aunque en el despido disciplinario se superen los límites numerarios del artículo 51 ET. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 21 de abril de 2006 del siguiente modo: “*Pues bien las acciones ejercitadas en el presente procedimiento ni son las del art. 51 del ET, no tampoco del art. 50.1.b del ET, son acciones de los artículos 54 y siguientes del ET, de despido disciplinario en términos legales, no son pues acciones colectivas, ni a efectos laborales, ni a efectos concursales, aunque se acumulasen una pluralidad de acciones de despido en número o proporción superior a lo previsto en el art. 51 ET o art. 64.10 LC.*”

¹⁹² ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 41 y ss.

¹⁹³ Se dice que ello es así *prima facie* porque lo lógico es que cuando el concurso sea voluntario la administración concursal intervenga las facultades del empresario, es decir, requiera de su aquiescencia para aspectos patrimoniales, o si es necesario que suplante al deudor en toda su gestión. Pero ello pese a ser la regla general puede verse variado por el Juez en atención a ciertas circunstancias. Así mismo no esta situación no es perenne en el tiempo, pudiéndose pasar a solicitud de la administración concursal de un nivel de intervención a otro (lo lógico es que se pida el paso de intervención a suspensión y no a la inversa).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

En cualquier caso, lo que realmente resulta significativo para la estructuración de este apartado es que estos “actos de gestión laboral ordinaria”, independientemente de la persona que los ejecute -el deudor o la administración concursal-, van a tener que impugnarse en todo caso ante los jueces del orden jurisdiccional social. Esto es así tanto si la pretensión se interpone antes de la declaración concurso (situación que parece obvia), como si se efectúa en pleno proceso concursal. Por lo tanto, todas estas cuestiones, aun cuando se susciten una vez declarado el concurso, seguirán ventilándose ante los órganos de la jurisdicción social. La anterior aseveración se infiere tanto del artículo 2 a) LRJS que deja en manos del orden jurisdiccional social “*aquellas acciones entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*”, como del artículo 3 h) LRSJ cuando sistematiza las materias que están excluidas del orden jurisdiccional social entre las que se encuentran “*las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso*”. En concreto, son los conocidos artículos 86 *ter* LOPJ y 8 LC de los que se deduce que solamente se extiende la competencia *exclusiva y excluyente* del Juez del Concurso en materia declarativa sobre de las modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas (también, como se verá, para la suspensión y extinción del contrato de alta dirección).

Tampoco va a recaer dentro de las competencias del Juez del Concurso el conocimiento de algunas de las acciones encaminadas a la satisfacción del crédito laboral, en concreto, las referidas a su reconocimiento. Lo cierto es que el tenor de la Ley ha eludido cualquier referencia acerca de la competencia *exclusiva y excluyente* del Juez del

Concurso sobre la acción realizada por el trabajador para el reconocimiento de su crédito¹⁹⁴. Naturalmente, me estoy refiriendo en todo momento de la distribución de competencias en juicios declarativos y no así a la tutela cautelar o ejecutiva, a las que dedicaré otro apartado. Desde la vertiente de la tutela declarativa quizá no resulte tan chocante que sea el Juez de lo Social el que mantenga la competencia sobre un crédito laboral, siendo en consecuencia el órgano encargado de reconocer la existencia del mismo, puesto que en todo caso no podrá ejecutarlo, trasvasándose este incidente bajo el conocimiento, esta vez sí, del Juez del Concurso (*Vid. Infra*). No en vano, también se deberá de tener en cuenta en este punto la extensión de la jurisdicción contemplada por el artículo 9 LC, que prevé la posibilidad de desarrollar con carácter prejudicial las competencias del Juez del Concurso. Se indica en el referido precepto que la jurisdicción del Juez del Concurso se extiende a las cuestiones prejudiciales sociales que estén directamente relacionadas con el concurso o que la resolución de las mismas sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. La Ley 38/2011 ha añadido un apartado segundo dentro de este artículo 9 LC aclarando que este conocimiento prejudicial llevado a cabo por parte del Juez de lo Mercantil no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca. En este sentido, HERRERO PEREZAGUA consideró que el hecho de el juez del concurso conozca de estas cuestiones no significa que el elenco de sus competencias determinado se amplíe, sino que “*en virtud de que lo requiera el caso concreto, por ser condición o antecedente lógico del enjuiciamiento principal, el juez competente se pronuncia sobre una cuestión que,*

¹⁹⁴ BAJO GARCÍA, I. *Crédito laboral y procedimiento concursal*. Ed. Thomson-Civitas. 2007. Páginas 90 y 91.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

considerada de forma autónoma, cae fuera de su ámbito competencial”¹⁹⁵. Como ha sido anticipado, por la propia lógica de este mecanismo prejudicial sus consecuencias no surtirán efectos fuera del proceso donde se lleve a cabo, situación que ha cobrado vigencia en el tenor de Ley al haber sido incorporado recientemente de forma expresa¹⁹⁶. Naturalmente, el legislador es consciente al introducir este hecho en que es posible que se puedan llegar a soluciones contradictorias entre ambos órdenes jurisdiccionales. Con todo, podría quizás llegarse a criticar el encabezamiento del artículo 9 LC titulado “extensión de la jurisdicción” pues resultaría un tanto inadecuado, ya que la situación jurídica contemplada dentro de éste no va a suponer ni la ampliación ni la extensión de las competencias del Juez del Concurso.

Si se ha abierto este pequeño paréntesis en relación con el artículo 9 LC ha sido porque en materia social este conocimiento prejudicial se producirá normalmente cuando lo que se promueva ante el Juez de lo Social sea el reconocimiento de un crédito laboral¹⁹⁷. En este sentido, no debemos de olvidar que el tenor del artículo 9 LC habla de cuestiones sociales “*directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal*”, por lo que resulta bastante evidente que uno de los aspectos que mayor relación guarda con el posterior devenir del concurso es precisamente el de la existencia de

¹⁹⁵ HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 9”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Volumen I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.) Ed. Tecnos. 2003. Página 130.

¹⁹⁶ La Ley 38/2011 también ha considerado extensible esta cuestión prejudicial para las acciones civiles, con la excepción de las excluidas en el número anterior, es decir, en el artículo 8 LC. Pues hasta esa fecha tan sólo se contemplaban para cuestiones sociales y administrativas, pero no para las civiles.

¹⁹⁷ DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N. los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboralistas...*Op. Cit.* Página 125.

un crédito¹⁹⁸. En todo caso, y siguiendo a BAJO GARCÍA, la interpretación sobre qué cuestiones relacionadas con el concurso o que su resolución sea necesaria para su buen desarrollo debería de llevarse a cabo de forma estricta¹⁹⁹. Esto debe significar que solamente cabría proyectar el conocimiento prejudicial por parte del Juez del Concurso sobre aquellas acciones realmente relacionadas con el concurso que, además, requieran de una resolución previa para el buen desarrollo del procedimiento, pues de otro modo podrían tener cabida multitud de aspectos laborales que nada tendrían que ver con el patrimonio del deudor. Por consiguiente, en principio, no serían necesarias para el buen funcionamiento del concurso todas aquellas cuestiones relacionadas con la ya definida “gestión laboral ordinaria”, ni tampoco las que no tengan un componente dinerario. Además, coincidiendo con esta interpretación restrictiva, sobre todas las cuestiones que mantengan un carácter patrimonial no tendría por qué desarrollarse una cuestión prejudicial. Por el contrario, llego a la conclusión de que sí que tendrían un interés directo aquellas actuaciones relacionadas con el crédito laboral (salarios, dietas, indemnizaciones etc.), por afectar directamente a la lista de acreedores. Respecto a este último asunto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 2 de julio de 2013²⁰⁰ nos propone dos soluciones alternativas, que considera igualmente legales. En la misma se opina que el sistema de competencias resultante de la Ley Concursal: a) habilita al trabajador para instar el reconocimiento de la existencia su crédito laboral y cuantificación ante el Juzgado de lo Social y su posterior reconocimiento como crédito en el concurso; b) también para instar

¹⁹⁸DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 59.

¹⁹⁹BAJO GARCÍA, I. *Crédito laboral y procedimiento concursal...Op. Cit.* Página 94.

²⁰⁰SJM de Murcia, de 2 de julio de 2013, proc. 622/2008 (JUR/2013/254807).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

directamente este reconocimiento ante el Juez del Concurso, que deberá analizar con carácter prejudicial la existencia y cuantificación del mismo.

En conclusión, las acciones que guarden relación con los créditos laborales pueden ser entabladas frente al Juez de lo Social para que de forma declarativa se pronuncie sobre su existencia y cuantía. Sin embargo, sobre el particular persisten algunos autores que consideran que una vez declarado el concurso habría que acudir directamente al administrador concursal y si éste desatendiera la petición formulada podría entonces impugnarse ante el Juez del Concurso por la vía del incidente concursal²⁰¹. Con todo, la postura defendida por la doctrina mayoritaria (también la judicial) es la que ha sido expresada sobre estas líneas²⁰². En todo caso, tal y como ha sido esgrimido, el carácter relevante del crédito puede hacer que entre en juego la competencia del Juez del Concurso con carácter prejudicial, que en ningún caso va tener efectos de cosa juzgada ni va a interferir tampoco en la resolución del Juez Social. La competencia plena por parte del Juez del Concurso tendrá lugar posteriormente en fase de ejecución, extremo que no podrá llevar a cabo singularmente el Juez de lo Social, lo que en un contexto concursal no significará otra cosa sino la obligación de proceder a su reconocimiento y ordenación dentro de la lista de acreedores de la masa pasiva del concurso y nunca una obligación de pago inmediata.

Un problema reciente que se ha suscitado respecto al reparto de competencias entre el Juez del Concurso y el Juez de lo Social y que se ha decantado hacía este último órgano ha sido el de modificación de las

²⁰¹En este sentido, DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op.Cit.* Página 126 (basándose en la opinión de SANCHO GARGALLO).

²⁰² Por ejemplo, también por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 7 de abril de 2006.

condiciones de trabajo por la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo de la empresa en concurso (el complejo asunto de la ultraactividad). La STSJ del País Vasco de 12 de mayo de 2015²⁰³ conoció en suplicación de un supuesto en el que tras la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo se optó por la aplicación de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, alterándose de este modo las condiciones laborales de la plantilla. Se plantea en consecuencia quien tiene la competencia para conocer sobre esta modificación sustancial colectiva de los contratos de trabajo. Aquí no se discute que la aplicación del Estatuto de los Trabajadores conlleva una modificación de condiciones de carácter colectivo y que ello, en principio, cae dentro de la competencia del Juez del Concurso, según se ha visto a lo largo del presente epígrafe. Ahora bien, en este caso el origen de la modificación es un tanto peculiar, puesto que proviene de la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo al amparo de lo previsto por el artículo 86.3 ET. De esta forma, el objeto litigioso no es simplemente el de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo de carácter colectivo, sino que *“queda ampliado con el ineludible pronunciamiento sobre si la vigencia ultraactiva del Convenio de la empresa concursada quedó finalizada y sirve de base a las modificaciones comunicadas”*. Esta circunstancia especial supone que el asunto se extienda a cuestiones que exceden de las acciones sociales atribuidas al Juez del Concurso. Por esta razón la sentencia citada conviene, acertadamente a mi juicio, que la competencia residirá en el orden jurisdiccional social, puesto que en estos casos se precisa un pronunciamiento para nada sencillo acerca del régimen jurídico y sentido que se debe otorgar al problema de la ultraactividad del

²⁰³ STSJ del País Vasco de 12 de mayo de 2015, rec. Suplicación 676/2015 (JUR/2015/175417).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Convenio Colectivo, en concreto, en lo que se refiere la previsión del artículo 86.3 ET *in fine*.

La competencia del Juez del Concurso también se proyecta sobre algunas decisiones empresariales adoptadas respecto al personal de alta dirección. El conocimiento por parte del Juez del Concurso sobre esta cuestión aparece reflejada expresamente por el artículo 8.2 LC cuando señala “*así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección*”. El artículo 65 LC es el precepto que se encarga de ordenar las reglas especiales que se fraguan sobre el tratamiento del personal de alta dirección dentro del concurso. En esencia, se concede a la administración concursal la posibilidad de desistir de la relación laboral del alto directivo, así como suspender su contrato, ambas sin alegarse causa alguna. Se trata de dos medidas que pueden ejercitarse a la vista de la situación económica de la empresa y de la incidencia de estos contratos en la evolución de la misma. En suma, consiste en la posibilidad de aligerar la plantilla y el pago de elevados salarios, prescindiendo de aquel directivo cuyo cargo sea demasiado oneroso o haya podido devenir superfluo por la entrada de la administración concursal. También se previene por el artículo 65 LC la posibilidad de moderar las indemnizaciones a favor del alto directivo, así como su paralización hasta que se resuelva, en su caso, la pieza de calificación el concurso. Ahora bien, que el artículo 65 LC contenga algunos rasgos distintivos sobre las posibilidades de actuación acerca del personal laboral de alta dirección no supone la inexistencia de las restantes facultades resolutorias previstas en el RD 1382/1985, de 1 de agosto²⁰⁴. En otras palabras, las medidas incluidas en el artículo 65 LC no impiden que durante

²⁰⁴ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985, ref. BOE-A-1985-17006).

el concurso puedan adoptarse otras fórmulas extintivas del contrato de alta dirección contempladas en los artículos 11 y 12 del citado Real Decreto. Pero, como ha recordado la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2014²⁰⁵, todas estas acciones que quedan fuera de la previsión legal expresa del artículo 65 LC *“habrán de ejercitarse con sujeción a la legislación sustantiva y procesal laboral, esto es, deberán ventilarse ante el juez de lo social, sin perjuicio de que la ejecución deberá incorporarse al concurso”*. Por lo tanto, el Juez del Concurso solamente será competente para conocer sobre las medidas expresamente contempladas por el artículo 65 LC, manteniendo el Juez de lo Social la competencia sobre las restantes modalidades extintivas, que como se ha indicado, persisten tras la declaración del concurso. Asimismo, las controversias que se funden en la existencia o no de una relación laboral de carácter especial deberán debatirse en un proceso ventilado ante su juez natural, es decir, el correspondiente al orden jurisdiccional social. Así se ha venido entendiendo también desde la doctrina judicial, por ejemplo, por el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 22 de febrero de 2010²⁰⁶ cuando expresa que: *“la competencia del juez mercantil no puede extenderse, ni aún con carácter prejudicial, al examen concreto de la exacta calificación de la relación laboral-ordinaria o especial- cuando esta es discutida, cuestión para la que son competentes los órganos jurisdiccionales sociales, si se tiene en cuenta la limitada jurisdicción del juez del concurso en relación con las cuestiones laborales, y las competencias decididamente no expansivas de los juzgados de lo mercantil”*.

²⁰⁵ STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2014, rec. Suplicación 1694/2014 (AS/2015/101).

²⁰⁶ AJM de Pontevedra de 22 de febrero de 2010, proc. 143/2009 (JUR/2011/353998).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Para finalizar, pese no sea propiamente un aspecto que guarde relación con el trabajo dependiente y por cuenta ajena, aunque ciertamente guarde ciertas semejanzas con éste, cabe precisar que cualquier contencioso suscitado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) y su cliente principal, deberá plantearse ante el Juez de lo Social cuando este último se encuentre en concurso. Esto es así porque la acción ejercitada en estos supuestos, pese a que el contrato entre ambos sea civil o mercantil, no es de naturaleza civil, sino social, por lo que no cabe encuadrarlo en las competencias del Juez del Concurso evocadas por el artículo 8.1 LC (“para todas las acciones civiles con trascendencia patrimonial”). El artículo 2 d) LRJS enmarca dentro del ámbito del orden jurisdiccional social las cuestiones litigiosas que se promuevan por los TRADE. Así las cosas, situado el conflicto fuera del concurso dentro de la esfera social y acudiendo a los artículos 86 *ter* LOPJ, 8.2 LC y 64.1 LC fácilmente podremos constatar que para todas estas acciones el Juez del Concurso no proyecta su competencia, por lo que no queda más que advertir que los litigios planteados por un TRADE deberán de ventilarse en instancia por el Juez de lo Social competente²⁰⁷.

²⁰⁷ Vid. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. “Prevalencia de la jurisdicción social para conocer la reclamación de cantidad correspondiente a una indemnización por finalización de contrato de un TRADE en caso de encontrarse la empresa en situación de concurso, y a pesar de la existencia de pacto de sometimiento a arbitraje”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165. 2014 (la autora basa este comentario en una STSJ de Aragón).

3.2. El necesario carácter colectivo de las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones.

Tanto el artículo 8 LC como el 64 LC apostillan que las suspensiones, extinciones y modificaciones sustanciales del contrato de trabajo que son competencia del Juez del Concurso deben revestir el carácter de colectivas. Así, interpretando estos preceptos *a sensu contrario*, cualquiera de estas medidas de ajuste llevada a cabo de forma individual o plural deberá de ser adoptada directamente por el deudor con el visto bueno del administrador concursal, o bien, lisa y llanamente por éste último - dependiendo del nivel de intervención de las facultadas del empresario- y, en caso de impugnación, el órgano que deberá conocer sobre la contienda será el Juez de lo Social, incluso cuando el concurso ya esté declarado²⁰⁸. Con ello, además, la normativa que se tendrá que seguir a efectos de procedimiento y definición sustantiva de las medidas será íntegramente la legislación laboral.

Como se venía argumentando, para que el Juez del Concurso se ocupe de las medidas de ajuste a través del procedimiento contemplado en el artículo 64 LC, éstas deberán de presentar tintes de colectividad. Ante el silencio de la Ley Concursal, que se refiere al carácter colectivo de las medidas de ajuste de plantilla pero no define este concepto, tendremos que acudir a la normativa laboral sustantiva, apoyados en la remisión procurada por el artículo 64.11 LC que da carta blanca para inquirir respuestas en la

²⁰⁸ MERCADER UGUINA, J. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I, (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Coords.). Ed. Thomson-Civitas. 2004. Página 1228. También se puede ver, por ejemplo la STSJ Extremadura de 27 de diciembre de 2011, (recurso núm. 579/2011).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

legislación social²⁰⁹. En caso de concurso, la delimitación del carácter colectivo de las medidas de restructuración adquiere un significado más evidente que en las situaciones extraconcursoales, puesto que no sólo va delimitar la necesidad de seguir un procedimiento concreto, en estos casos bastante más exigente sino que, además, va a confinar la competencia del Juez del Concurso (excepto para los supuestos en los que medidas de ajuste se tomen para el personal laboral de alta dirección donde comprensiblemente no se precisará de ningún umbral).

Por lo que respecta a las extinciones colectivas dentro del concurso tendremos que atender a lo dispuesto por el artículo 51 ET, referido a los despidos colectivos. Este último proyecta una regla general consistente en el establecimiento de una escala y una excepción referida para los casos de cese total de la actividad²¹⁰. En concreto, en su apartado primero se infiere el número de trabajadores que hace falta despedir en un periodo de tiempo para que la medida extintiva sea considerada colectiva. Por lo tanto, la colectividad de la medida viene dispuesta por un criterio cuantitativo-temporal. En este sentido, el precepto dispone que se considerará como colectivo aquel despido en el que en un periodo de 90 días afecte a²¹¹:

²⁰⁹ Art. 64.11 LC: “*En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma*”.

²¹⁰ En este sentido, RÍOS MESTRE, J.M. “El proceso del art. 64 la Ley Concursal: la fundamentación (causa petendi) de la solicitud inicial”. En *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. 2012. Página 4 (BIB 2012/8049).

²¹¹ Esta situación no se ha visto modificada por la aprobación de la Reforma Laboral de febrero 2012. Si bien ésta modificó varios aspectos importantes del artículo 51 ET, ha mantenido los umbrales que pasan a considerar un despido individual o plural a colectivo.

- a. Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores²¹².
- b. El 10 % del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c. Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Acto seguido, el citado artículo 51 ET considera en fraude, y por lo tanto nulos y sin efecto, todos aquellos despidos que no superando los umbrales señalados en un mismo acto, los rebasen conjuntamente en un periodo de 90 días (cuando éstos se basen a las mismas causas). La posibilidad de realizar este tipo de fraudes es bastante más sugestiva cuando la empresa está en situación de concurso, puesto que de superarse o no los umbrales anteriormente expuestos se encuentra la abismal diferencia entre acordar las extinciones de forma unidireccional por parte del administrador concursal o que su decisión pase por una dilatada tramitación cuya fiscalización dependerá en última instancia del Juez del Concurso. Por este motivo, será más atrayente para el empresario intentar realizar despidos plurales para evitar de este modo el complejo y espinoso expediente judicial de regulación de empleo. Por ello, esta previsión antifraude debe vigilarse con mayor atención si cabe cuando el empresario se encuentra en concurso. En este sentido, lo que el legislador pretende impedir con esta regla es que la empresario intente sortear la tramitación más costosa de un despido colectivo mediante un goteo de extinciones individuales o plurales

²¹² En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla nº 1 de 3 de enero de 2006 (Rec. 578/2005) entendió que cuando la empresa está concursada se deben de aplicar los umbrales del artículo 51 ET y en este sentido negó el carácter colectivo del despido que afectaba a 4 trabajadores de los 6 que disponía la empresa, por lo tanto la competencia sobre los mismos recaería en la jurisdicción social.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

realizados en fechas diferentes. De este modo, si en el periodo de 90 días se alcanza un número tal que llegue a superar los referidos umbrales el empresario o, en caso de concurso, el administrador concursal, estaría actuando en fraude de ley, por lo que, de terciar esta tesis no cabe duda que la solución pasaría por declarar la nulidad de las extinciones efectuadas y derivar el asunto a los trámites del artículo 64 LC. La STJUE de 13 de mayo de 2015 (caso Rabal Cañas)²¹³ consideró que de acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 98/59 no han de tenerse en cuenta en el cómputo las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. Sin embargo, estos trabajadores sí que deben considerarse entre los “habitualmente” empleados por la empresa, ya que el artículo 1.1 a) de la Directiva no establece distinciones según la duración de los contratos de trabajo (así lo asienta la STJUE de 11 de noviembre de 2015, caso Pujante Rivera)²¹⁴. Esta última sentencia, considera que entrará en el cómputo, por encajar dentro del concepto de “despido” utilizado en el artículo 1.1 a) de la Directiva, la extinción basada en una reacción frente a la modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo.

También se va a considerar colectivo el despido que provenga de la extinción de la generalidad de la plantilla a causa de la cesación total de la actividad empresarial, supuesto que, por lo demás va a ser bastante habitual en el desarrollo de los procedimientos de concurso. Si atendemos a la legislación laboral, con el cierre de la empresa se tienen que extinguir los contratos de más de 5 empleados para pueda considerarse dicha medida

²¹³ STJUE (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13 (caso Rabal Cañas).

²¹⁴ STJUE (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14 (caso Pujante Rivera).

como colectiva. Así, si por ejemplo son 3 los trabajadores que ven extinguidos su contrato no habrá que acudir al procedimiento contemplado en el artículo 51 ET, cuestión que sólo sucederá si existe una plantilla de 6 o más trabajadores. En este orden de cosas, habrá que examinar cómo juega esta previsión laboral dentro del concurso y, en concreto, tendríamos que preguntarnos si este número (más de 5 trabajadores) se entiende aplicable en los cierres producidos en sede concursal. En opinión de DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO la situación deseable sería la de mantener este número de más de 5 trabajadores contemplado por la normativa laboral, sobre la base de que sería más acorde con la finalidad de que no se desarrollen expedientes judiciales de regulación de empleo menores, es decir, con un escaso número de empleados²¹⁵. Sin embargo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 3 de marzo de 2005 resolvió que en caso de afectar el despido a la totalidad de la plantilla debía de primar la especialidad de la Ley Concursal. En este sentido, se consideró como colectivo un despido que alcanzaba a la totalidad de la plantilla y que afectó a un límite de trabajadores inferior al establecido en el Estatuto de los Trabajadores²¹⁶. Esta última interpretación me parece errónea ya con la

²¹⁵ DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 120.

²¹⁶ AJM número 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005 (AC/2005/217): “*En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el art. 51.1. del ET que considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que le número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas, el párrafo segundo del art. 64.10 de la LC dice expresamente que “se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa”.*

No exige la LC que además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores. La especialidad salta a la vista, y parece que ha sido buscada por el legislador de forma consciente, de manera que la norma de la Ley Concursal puede aplicarse a este caso, ya que los cinco trabajadores que han instado el incidente del art.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

regulación anterior a la Reforma Concursal de 2011 y, por descontado, carente de cobertura legal en la actualidad. Considero que en este supuesto el juzgador resolvió acogiéndose a un apartado del primigenio artículo 64.10 LC, que estaba destinado para regular la extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50.1 b) ET. De este modo, el juzgador se basó en unos límites numéricos que venían reflejados en el antiguo artículo 64.10 LC para tildar de colectivas las extinciones de la totalidad de la plantilla, siendo que, los límites allí expuestos sólo correspondían con la concreta causa extintiva del artículo 50.1 b) ET. En este sentido, entiendo que la desaparecida dicción: “*se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa*” estaba circunscrita precisamente para las cuestiones suscitadas a la luz de este apartado décimo y únicamente para el cómputo especial de las extinciones basadas en el artículo 50.1 b) ET.

En todo caso, este posible debate doctrinal habría quedado sellado tras la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, puesto que el régimen jurídico contemplado en el artículo 64.10 LC ha variado sustancialmente y la frase resaltada en cursiva ha desaparecido del citado precepto. Por este motivo, entiendo que la interpretación correcta pasaría por considerar que también dentro del concurso hay que seguir lo dispuesto por el artículo 51 del ET. Con ello, el umbral para colectivizar las extinciones por el cierre de la empresa coincidirá con un número de trabajadores superior a 5, es decir, que alcance a 6 o a más sujetos²¹⁷. La

64 de la LC constituyen la totalidad de la plantilla... Hay por lo tanto fundamento para la tramitación de este expediente con carácter colectivo”.

²¹⁷El AJM número 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007, (nº 84/2007) consideró colectivo un despido que afectó a todos los trabajadores actualmente en activo en la empresa, siendo este número superior a 5.

importancia de estas consideraciones para el asunto aquí tratado radica en que si con el cierre se extinguen, por ejemplo, 4 puestos de trabajo (siendo todos los que hay en la empresa) no podríamos hablar de una extinción colectiva, con lo que la facultad de despido residiría en la administración concursal y el conocimiento de su eventual impugnación recaería en los órganos de la jurisdicción social. *A sensu contrario*, pongamos por caso que son 7 los puestos de trabajo a extinguir, la competencia extintiva correrá a cargo del Juez del Concurso, que será el órgano encargado de adoptar esta medida y de fijar las correspondientes indemnizaciones.

Mayor facilidad interpretativa se procura, *a priori*, a la hora de valorar el carácter colectivo de las suspensiones de contrato. La explicación del anterior aserto proviene del hecho de que el legislador ha querido que todas las suspensiones contractuales, con independencia de su número, sean de carácter colectivo. En este sentido, el artículo 47 ET, cuando se refiere a la tramitación de las suspensiones indica que “*el procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, se iniciará mediante (...)*”. La conclusión a la que lleva esta previsión es que la competencia va a recaer sobre el Juez de lo Mercantil tanto si se suspende un único contrato de trabajo como si se suspenden varios siempre y cuando, naturalmente, esta medida se lleve a cabo una vez declarado el concurso²¹⁸. En este sentido,

²¹⁸Entre otros: RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo...*Op. Cit.* Página 4 (Ref. CISS 1244/2005); MELÉNDEZ-MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 363; BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 395; VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”...*Op. Cit.* Página 3 (La Ley 13015/2012). SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

como la técnica que utilizó el legislador concursal fue la de sustituir la intervención administrativa por la judicial y fuera del concurso hemos visto que la colectividad de la medida no influye en las suspensiones, lo coherente es interpretar que el Juez del Concurso tiene la competencia para dictar el auto de suspensión de contrato tanto si se trata de suspensiones colectivas como individuales²¹⁹. También coinciden con esta interpretación los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña en un acuerdo alcanzado el 3 de julio de 2014 con base al cual han afirmado que “*la suspensión de las relaciones laborales siempre es competencia del juez del concurso*”²²⁰. De igual forma, la incorporación expresa efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sobre el artículo 8.2 LC en el que se indica que “*por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 ET, incluida la reducción temporal de la jornada diaria de trabajo*”, parece inclinar la balanza hacia la interpretación que desde estas líneas se está tutelando. De un modo un tanto simplista, con el nuevo tenor del artículo 8.2 LC se zanjaron las posibles dudas interpretativas que pudieran desplegarse sobre el particular. Esta simplicidad se ha revelado porque la

Concursal”. En *Relaciones Laborales*, núm. 7. 2012. Página 7 (Ref. CISS 1939/2012). ORELLANA CANO, N. “Los grupos de empresas y la regulación de empleo concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19. 2013. Página 2, pie de página (Ref. CISS 5112/2013); *Vid.* También el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla, de 16 de noviembre de 2005 (extraído del anexo de la obra de DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.*) en el que se acuerda que cumple el requisito de colectivo la suspensión contractual de cinco de los ocho trabajadores de la empresa, a pesar de que no se cumplen los umbrales propios del artículo 51 ET. Ello es así porque como se ha defendido en el presente estudio el juez del concurso conoce de todas las suspensiones independientemente del número de trabajadores afectados.

²¹⁹CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 16 (Ref. CISS 1946/2003).

²²⁰http://www.empresistes.net/EMAIL/adjuntos/Acuerdos_3_de_julio_2014_Unidad_productiva_Conclusion_Negociaciones_y_Laboral.pdf. Accesible a través de la dirección de correo copiada en esta cita al pie.

Ley Concursal llama “suspensión colectiva” a lo que en realidad no lo es²²¹. La explicación sobre este especial tratamiento ha venido tradicionalmente fundamentada -en el ámbito extraconcursal- por la necesidad realizar un control público sobre una medida que cuenta con la posibilidad de acceso a la situación legal de desempleo²²².

Pese a lo aseverado anteriormente, también podemos encontrar alguna resolución judicial que ha sostenido que las suspensiones de contrato que no sean de carácter colectivo no entrarían dentro de las competencias del Juez del Concurso. Así lo entendió, por ejemplo, el reciente Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 19 de abril de 2013²²³. Para este juzgado el adjetivo cuantitativo de “colectivas” utilizado por el artículo 64.1 LC hace referencia tanto a las extinciones de contrato de trabajo como a las suspensiones. Por ello, aseveró que cuando estamos en un proceso concursal la referencia efectuada hacia el artículo 47 ET debe ser entendida partiendo de la nota de colectividad que recoge la normativa concursal y competencial de la LOPJ. En el citado auto se completó la ausencia de umbrales en el artículo 47 ET por los dispuestos en el artículo 41.2 ET, referido a las modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo. Con base a estas consideraciones, el juzgador concluyó lo siguiente: *“por tanto, no corresponde a este juzgado aprobar la citada medida ni el expediente propuesto sino que deberá observarse lo previsto en el artículo 47 del ET sea cual sea el número de trabajadores de la empresa y de afectados y*

²²¹ MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit* Pagina 9 (Ref. CISS 223/2012). Asevera este autor lo que el artículo 47 ET dispone es que el ERE laboral procede respecto de todo tipo de situaciones fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tanto colectivas como individuales.

²²²MERCADER UGUINA, J. R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 1200

²²³ AJM de Granada de 19 de abril de 2013, proc. 510/2011 (AC/2013/1811).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

concluir lo conveniente conforme a dicho precepto sin necesidad de acudir al expediente regulado en los artículos tantas veces reiterados de la ley concursal”.

Lejos de ésta interpretación aislada, lo cierto es que la mayoría de la doctrina científica y judicial comparten la idea de que la remisión sobre la colectividad de las medidas establecida por la normativa laboral, ante el silencio de la legislación concursal, debe de hacerse en los términos definidos con anterioridad. En todo caso, no está de más recordar que la previsión cuantitativa de las suspensiones supone la construcción de una ficción legal de colectividad y no es más que una decisión de política legislativa que pese a ser de imperativo acogimiento podría llegar a resultar criticable, por lo menos en un contexto concursal. Por lo tanto, legalmente el administrador concursal o deudor que pretenda suspender uno o varios contratos de trabajo va a tener que accionar el procedimiento del artículo 64 LC, siendo la competencia para su incoación a cargo del Juez del Concurso. Dogmáticamente, pese a que la solución jurídica que se debe ofrecer es la que ha quedado acreditada sobre estas líneas, resultaría un tanto insatisfactoria en una situación concursal, precisamente por favorecer la extinción del contrato por encima de la suspensión. Esto es así porque, siempre y cuando exista causa para poder realizar un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y no se superen los umbrales para que la medida extintiva sea considerada colectiva, la opción por las suspensiones va a resultar dentro del concurso mucho más gravosa procedimentalmente que la del despido objetivo.

Por lo que se refiere a las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, cabe tener presente que estas medidas también se someten a la decisión del Juez del Concurso una vez este ha sido declarado (así lo prevén

los artículos 8.2 LC y 64.1 LC). De este modo, las modificaciones sustanciales individuales y plurales seguirán el cauce dispuesto en el artículo 41 ET, mientras que las colectivas se tramitarán por el procedimiento previsto por el artículo 64 LC. Los umbrales que denotan la colectividad de una modificación sustancial del contrato de trabajo se encuentran regulados en el propio artículo 41 ET y coinciden con exactitud con los instaurados en el artículo 51 ET, es decir, si hacemos memoria, la colectividad venía dada cuando en un periodo de 90 días la medida alcance a:

- a) diez trabajadores para empresas que cuenten con menos de cien;
- b) el 10% para las que tengan entre cien y trescientos empleados;
- c) treinta para las que ocupen más de trescientos trabajadores.

Esta distinción sobre medidas plurales o colectivas tal y como la conocemos hoy en día fue introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que vino a simplificar este criterio abandonando toda referencia cualitativa y confinando únicamente un canon cuantitativo²²⁴. Por lo que respecta al ámbito concursal, aquellas modificaciones sustanciales de contrato que superen los referidos umbrales entraran de lleno en el procedimiento

²²⁴ Con anterioridad a la misma la situación resultaba bastante compleja, ya que se identificaban en base a un criterio cualitativo entremezclado con otro cuantitativo. La colectividad de la medida dependía en un primer lugar de la fuente, o criterio más bien cualitativo. Con ello era individual la modificación de las condiciones que disfrutara un trabajador a título individual. Por el contrario era colectiva cuando las condiciones eran reconocidas en un acuerdo colectivo o por una decisión unilateral del empresario, pero dotada de efectos colectivos. Por lo tanto no se hacía depender de un número o porcentaje. Cuestión que sí que se hacía para el caso de modificaciones funcionales o relativa a horarios de trabajo, en cuyo caso consideraban colectivas sólo si rebasaban en el periodo de noventa días los límites que han sido reproducidos en el *corpus* de este estudio.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

regulado en el artículo 64 LC, cuya decisión final correrá a cargo del Juez del Concurso. Por el contrario, aquellas modificaciones sustanciales que afecten a un número de trabajadores menor al dispuesto en el anterior umbral deberán llevarse a cabo siguiendo la tramitación prevista en el artículo 41 ET y su posible eventual impugnación se ventilará ante el Juez de lo Social²²⁵.

En conclusión, cualquier modificación sustancial, extinción o suspensión de contrato de carácter individual o plural va a quedar extramuros de la Ley Concursal, salvo en materia de ejecución, extremo sobre el que volveré más adelante. En estos casos, tal y como se apunta por MERCADER UGUINA y ALAMEDA CASTILLO se desenvolverán plenamente los trámites sustantivos y procesales de la normativa laboral²²⁶. Se llega a esta conclusión porque la Ley Concursal sólo se refiere a las modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas, quedando por tanto las individuales o plurales fuera de la autorización previa del Juez del Concurso, con la consecuencia práctica de que los trabajadores podrán recurrir ante el Juez de lo Social en el ejercicio de las acciones que tengan contra aquellas decisiones del empleador o de la administración concursal²²⁷. En fin, como ya señalaron RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA

²²⁵ Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 26 de mayo de 2012. Proc. 204/2012 (AC/2012/2304). En este se puede leer: “*en el presente caso, la modificación es sustancial, al afectar al sistema de remuneración y cuantía salarial, pero no reviste carácter de colectiva, al afectar a 5 trabajadores, número inferior al mínimo legal de 10 trabajadores en empresas de menos de 100, por lo que este Juzgado carece de competencia para su adopción, resultando de aplicación al supuesto lo dispuesto en el art. 41 ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter individual*”.

²²⁶ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I, (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Coords.)...*Op. Cit.* Página 1226.

²²⁷ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 59.

PINILLA, “*en síntesis, puede afirmarse que cuando la decisión modificativa o extintiva presenta un carácter individual, el empresario puede adoptar unilateralmente dichas decisiones, sin perjuicio del posterior control judicial sobre la concurrencia y suficiencia de la causa*”²²⁸ (o sobre el cumplimiento de las formalidades legales exigidas). Son despidos individuales aquéllos que atañen a un solo trabajador y son plurales los que, afectando a más de un empleado, su número sea inferior a los umbrales que el legislador ha dispuesto para denotar la colectividad de la medida. Lo mismo podría decirse de las modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo. En este sentido, si llegara a conocimiento del Juez del Concurso una pretensión de carácter individual o plural tendrá que declararse incompetente tal y como predica el artículo 48 LC e inadmitir a trámite la solicitud extintiva o modificativa²²⁹. Si bien, la situación más lógica o común sería la contraria, es decir, que se intenten llevar a cabo despidos plurales o individuales sin pasar por el dilatado procedimiento judicial de empleo del artículo 64 LC. Por su parte, cuando se pretenda llevar a cabo la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas,

²²⁸ RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 4 (Ref. CISS 1244/2005).

²²⁹ Así sucedió en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla de 3 de enero de 2006:

“En el presente caso se solicita la extinción de los contratos de trabajo de cuatro trabajadores de la empresa. El art. 64 LC debe ser completado en este asunto con la regulación contenida en el ET como preceptiva el apartado 11 del propio artículo 64 LC, a efectos de determinar si la medida reviste el carácter de “colectiva” ya que, en otro caso, no resultaría aplicable el procedimiento previsto en el art. 64 LC, si no la tramitación del despido objetivo económico [art. 52. C) ET]....

...Por tanto en el presente supuesto, no se alcanzan los límites cuantitativos anteriormente señalados, ya que la medida afecta sólo a 4 de los 6 trabajadores que están actualmente en activo en la empresa. Ni siquiera si se incluyera en el cómputo a los 4 trabajadores cuyo contrato ha sido extinguido con anterioridad, se alcanzarían los límites legalmente exigibles para calificar la medida de extinción de los contratos como colectivo.

Por lo expuesto, no cumpliéndose lo preceptuado en el art. 64 LC y en la legislación laboral, procede la inadmisión a trámite de la solicitud.”

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

organizativas o de producción la competencia recaerá en el Juez del Concurso, con independencia del número de trabajadores afectados, aunque sea solamente uno.

3.2.1. Inclusión de la reducción temporal de jornada ordinaria diaria de trabajo dentro de las competencias del Juez del Concurso.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, incorporó dos precisiones respecto a las suspensiones y modificaciones sustanciales de contrato cuya competencia por parte del Juez del Concurso planteaba dudas con anterioridad a dicha reforma. Como sabemos, tanto las suspensiones como las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo abarcan diversas posibilidades, es decir, distintas formas de llevarlas a cabo (cuestión que no se da respecto de las extinciones, puesto que parece que la única forma de despedir a un trabajador es la de dar por finalizado el contrato de trabajo). Esta mayor elasticidad que se dispensa sobre las fórmulas de ejecución de las suspensiones y modificaciones sustanciales provocaba que existieran algunas dudas razonables acerca de la inclusión dentro del ERE Concursal de dos de sus subespecies. En concreto, los perfiles sobre los que se proyectaban ciertas vacilaciones doctrinales eran tanto la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, como una modalidad de la suspensión del contrato, y los traslados colectivos, como una variedad de modificación sustancial del mismo.

La primera de las cuestiones citadas, referida a la reducción de jornada ordinaria diaria de trabajo, fue resuelta tras la incorporación de esta medida dentro del segundo párrafo del artículo 8.2 LC referido a las competencias del Juez del Concurso. De este modo, en la actualidad, se

puntualiza que por suspensión colectiva se entiende lo que se prevé en el artículo 47 ET, *“incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo”*. Más tarde, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal²³⁰ también lo incorporó en el tenor del artículo 64.1 LC aunque de forma más reducida, puesto que expresa simplemente *“reducción de jornada”*. Auspiciada por la Reforma Laboral de 2010 (Ley 35/2010, de 17 de septiembre), que encuadró dentro del procedimiento del artículo 47 ET las reducciones de jornada diaria de trabajo, la postrera Reforma Concursal de 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre) pasó a especificar en el artículo 8.2 LC que bajo el conocimiento del Juez del Concurso se ensamblan también las reducciones de la jornada ordinaria diaria de trabajo, como un tipo específico de suspensión de contrato. En este sentido, una reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo va a ser considerada como suspensión del contrato de trabajo, con independencia del número de asalariados afectados. Por lo tanto, desde la declaración de concurso la competencia para conocer sobre las mismas va a residir en el del Juez del Concurso a través del expediente judicial de regulación empleo avistado en el artículo 64 LC.

En todo caso, cabe apuntar, no obstante, que no toda reducción temporal de la jornada, sea cual sea, va a suponer el seguimiento de los cauces del ERE concursal. Sobre el particular cabe tener presente la regulación sustantiva contenida en el artículo 47.2 ET, donde se establece que *“a estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 % de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”*. En este sentido, para una reducción entre un 10 y un 70 por cien habrá que acudir,

²³⁰ BOE núm. 125 26/05/2015 BOE-A-2015-5744.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

en un contexto extraconcursal, al procedimiento diseñado por el artículo 47 ET. De este modo, *mutatis mutandi* esta situación debemos de extrapolarla a la situación de concurso del empresario. Así, una reducción entre el 10 y el 70% de la jornada de trabajo la decidirá el Juez del Concurso siguiendo para ello la tramitación del expediente regulado en el artículo 64 de la LC. Los módulos de cálculo serán en estos supuestos los mismos que los permitidos por la normativa laboral –diaria, semanal, mensual y anual-, y ello pese a que el precepto concursal se refiera explícitamente tan sólo a la jornada ordinaria “diaria” de trabajo. En efecto, una lectura comparada de ambos preceptos evidencia el distinto parámetro de medición empleado en uno y en otro texto. Esta situación obliga a plantearnos si lo que ha pretendido el legislador concursal reformista ha sido dejar fuera todas aquellas reducciones temporales de jornada que, actuando dentro de la escala anteriormente aducida, toman como base de cálculo una referencia periódica distinta a la diaria. Sin embargo, como se ha señalado desde la doctrina, la remisión que efectúa el propio artículo 8.2 LC sobre el 47.2 ET ofrece un argumento decisivo para descartar una posible tesis reduccionista²³¹. Quizás en este punto estemos ante un error por parte del legislador²³², pues no parece tener ningún sentido establecer mayor rigidez cuando la empresa está en concurso, siendo ésta una solución bastante útil para evitar medidas más drásticas cuando la situación económica así lo permita. En fin, del mismo modo que para las suspensiones de contrato no hace falta un número concreto o mínimo exigible de trabajadores para que la medida sea considerada colectiva, tampoco se reivindicará ningún umbral

²³¹ VALDÉS DAL-RÉ, F. “El régimen de adopción de medidas laborales en la empresa en situación de concurso... *Op. Cit.* Página 5 (Ref. CISS 3296/2012).

²³² SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”... *Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1939/2012).

para el caso de las reducciones de jornada diaria, que en todo caso deberán conceptualizarse con carácter temporal y no definitivo.

3.2.2. Inclusión de los traslados colectivos dentro de las competencias del Juez del Concurso.

La siguiente de las incorporaciones realizadas dentro del expediente judicial de regulación de empleo fue la de los traslados colectivos. En este sentido, las redacciones originales de los artículos 8.2 LC y 64.1 LC, respectivamente, guardaban silencio sobre esta cuestión y por ello podría llegar a especularse en que estábamos ante una preterición voluntaria de la norma, es decir, que los traslados colectivos no entraban dentro de las competencias del Juez del Concurso. No obstante, ya en los inicios de la promulgación de la Ley Concursal existía doctrina que los consideraba incluidos dentro del apartado nueve del artículo 64 LC²³³, que refiere algunas reglas especiales en caso de movilización geográfica. En la actualidad, la inclusión de los traslados colectivos dentro de las competencias del Juez del Concurso es del todo indubitada puesto que aparece claramente y de forma explícita reflejada en el tenor de la norma concursal²³⁴. De esta forma, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, vino a disipar las posibles dudas que podrían existir sobre este punto y ahora se establece

²³³ Vid. DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...Op. Cit.* Página 119; DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 77.

²³⁴ SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 7 (Ref. CISS 1939/2012). Asimismo, esta autora considera que la inclusión de los traslados colectivos dentro del expediente judicial de regulación de empleo ya se deducía de la interpretación sistemática de la normativa concursal.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

ex lege que los traslados colectivos entran dentro de las competencias laborales de los Juzgados de lo Mercantil una vez se ha declarado el concurso. Por lo tanto, los traslados realizados de forma colectiva, es decir, que superen los umbrales cuantitativos que han sido observados a la hora de analizar la colectividad de las medidas, deberán de ventilarse a través del expediente judicial de regulación de empleo²³⁵.

4. Competencia del Juez del Concurso para conocer sobre las impugnaciones individuales del auto que resuelve las modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas.

La competencia del Juez del Concurso para conocer sobre las acciones de impugnación del auto del expediente judicial no se encuentra en los artículos 8 LC ni 86 *ter* LOPJ, sino en el artículo 64.8 LC segundo inciso, que textualmente expresa lo siguiente: *“las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”*. Dos son las incorporaciones que la Ley 38/2011 ha realizado sobre el particular. La primera de ellas fue la inclusión del FOGASA como sujeto legitimado para

²³⁵ Sobre los traslados colectivos se dice que el derecho de rescisión del contrato de trabajo con su correspondiente indemnización queda en suspenso durante la tramitación concursal, con el límite máximo de una año, siempre y cuando el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 % de la duración de la jornada diaria de trabajo (art. 64. 9 LC).

ejercer la acción contemplada en este precepto. Por lo tanto, ya no lo serán únicamente los trabajadores, sino que el FOGASA también podrá instar este incidente laboral concursal. La segunda fue la precisión del plazo para interponer la demanda, cuestión silenciada con anterioridad y que generaba intensos debates doctrinales. En este sentido, según dicción literal del precepto, el trabajador –también el FOGASA- dispondrá de 1 mes para impugnar desde que sea conocedor del auto, siendo conocedor de la acción el propio Juzgado de lo Mercantil que lo hubiera dictado. Sobre todas estas cuestiones volveré más adelante cuando me ocupe de la competencia judicial en materia revisora. En cualquier caso, en este apartado simplemente trataré de argumentar varios aspectos de la competencia del Juez del Concurso, intentando explicar el porqué de esta atribución y las tesis desarrolladas sobre la misma.

En este orden de cosas, una primera aproximación sobre el artículo 64.8 LC, *in fine*, trasluce la configuración de un recurso o incidente de carácter individual. Como ya razonara MOLINER TAMBORERO no deja de ser curioso el hecho de que el artículo 64.8 LC optara por otorgar la competencia al Juez de del Concurso sobre un aspecto individual, cuando tanto el artículo 86 *ter* LOPJ como el artículo 8 LC, al regular la competencia exclusiva y excluyente de este órgano mencionan y se refieren solamente acciones de carácter colectivo²³⁶. A lo largo de este capítulo, efectivamente, se ha ido viendo como la competencia del Juez del Concurso alcanza sólo a medidas dotadas de carácter colectivo (excepto para los contratos de alta dirección). Sin embargo, el precepto señalado, se refiere a los recursos o acciones individuales contra el auto que resuelve medidas

²³⁶ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal” ...*Op. Cit.* Página 72.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

laborales colectivas, por lo que si se observa desde este prisma quizá esta previsión no resulte tan extraña. También sorprende el hecho de que se hable de “acciones” contra el auto cuando, en puridad, la nomenclatura o forma correcta de denominar este incidente hubiera sido utilizando la voz “recurso”. Las críticas no se detienen aquí sino que, en líneas generales, este precepto también ha sido censurado desde la doctrina científica por su parquedad²³⁷, llegando incluso a decir que estamos ante un artículo “extremadamente mal redactado”²³⁸. Cabe advertir, no obstante, que con el paso del tiempo algunas de estas incorrecciones y errores de contenido han sido corregidos, en especial, con la promulgación de la conocida Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal.

Pese a todo, lo que resulta bastante evidente es que con esta previsión el legislador ha pretendido brindar un cauce para que los trabajadores y, ahora también el FOGASA, puedan impugnar lo que consideren oportuno cuando se vean afectados por el auto dictado por el Juez del Concurso que resuelve sobre una solicitud de modificación, suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo. Respecto a las acciones individuales a las que el legislador se refiere en el artículo 64.8 LC podrían aducirse dos posibles tesis²³⁹:

1) Una interpretación literal del precepto. Con base a ella sólo los trabajadores sobre los que ha recaído directamente el auto, por estar nominalmente afectados, podrían interponer una acción individual por la vía del incidente concursal laboral. En este sentido, el trabajador solamente

²³⁷ BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 436.

²³⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la ley 22/2003, concursal...Op. Cit. Página 32 (del ejemplar en pdf).

²³⁹ Vid. MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...Op. Cit. Página 73.

podría actuar contra lo decidido en el auto y no así contra posteriores decisiones del empresario. La consecuencia más relevante de esta primera tesis sería que, bajo este escenario, la competencia sobre las acciones contra lo decidido por el empleador deberían ventilarse ante el Juez de lo Social.

2) Una interpretación finalista (amplia). Según esta segunda tesis, las citadas acciones individuales abarcarían tanto lo decidido directamente en el auto como lo ejecutado finalmente por parte del administrador concursal –o el deudor-. No tendrían cabida en esta segunda interpretación las decisiones empresariales sobre las modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas que se apartaran del auto judicial, ya que en este segundo caso estaríamos ante un “pleito puro” entre empresario y trabajador²⁴⁰ debiéndose plantear en todo caso ante el Juez de lo Social.

La postura adoptada sobre este interrogante va a depender, en gran medida, de la opción acogida acerca del carácter del auto emitido por parte del Juez del Concurso, es decir, si éste goza de efectos constitutivos o si desarrolla una mera autorización. Parece lógico que, si se llegara a la convicción de que el juez solamente autoriza la concreta medida y que posteriormente la administración concursal (o el deudor concursado) es la que lleve a cabo la misma, la tesis que cabría acoger sería la segunda. *A sensu contrario*, si se optara, tal y como se ha defendido en el presente trabajo, por considerar que el auto del juez tiene efectos constitutivos, la solución más correcta tendría que coincidir con la primera de las tesis expuestas. Partidario de la primera opción interpretativa pareció decantarse, decididamente, ALBIOL MONTESINOS²⁴¹ para quien estas acciones estarían

²⁴⁰ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 60.

²⁴¹ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...**Op. Cit.* Páginas 93 y ss.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

destinadas a la impugnación del auto. La segunda opción, es decir, la postura finalista es la que defendió, entre otros, MOLINER TAMBORERO. Para este último, el incidente individual no iría dirigido primordialmente a la impugnación del auto, sino que sería un cauce previsto para combatir las decisiones empresariales adoptadas con base a la aplicación previamente recibida, sea ésta individual o colectiva²⁴². En mi opinión, cabría decantarse por la tesis literal, pues debo de obrar en coherencia con otra de las posturas defendidas en este estudio, cuál es la opción de conceder efectos constitutivos al auto del Juez del Concurso que resuelva sobre las medidas colectivas de extinción, suspensión o modificación sustancial del contrato, es decir, que dicha resolución reviste ejecutividad inmediata. Supone, por ende, que el concursado, o más comúnmente la administración concursal, no va a tener que completar la decisión judicial. En este sentido, toda actuación realizada por la administración concursal o, en su caso por el deudor, en tanto en cuanto sería ajena al auto, conjeturaría un problema directo entre la figura del empresario y el trabajador. Razón por la cual tendría que dirimirse ante el Juez de lo Social.

Una de las medidas de la reforma de la Ley Concursal establecida, como sabemos, por la Ley 38/2011, ha sido la de establecer un plazo para interponer esta acción o recurso. Esta incorporación fue, sin ningún género de dudas, uno de los grandes aciertos del legislador reformista en esta materia, pues la previsión *ex lege* de un plazo terminó con los inconvenientes que provocaba su ausencia. Tal vez la reforma podría haber aprovechado para solucionar otros problemas que la redacción del artículo 64.8 LC plantea (se abordarán en profundidad en el capítulo destinado al

²⁴² MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op.Cit.* Página 75.

sistema de recursos en materia laboral). En lo que se refiere a la falta de indicación de un plazo, esta ausencia suponía un auténtico galimatías, ya que eran varios los plazos que se venían proponiendo por parte de los distintos operadores jurídicos. Cabían interpretaciones que concedían un plazo de 20 días para interponer esta acción individual, por ser éste el vencimiento general para la interposición de la acción por despido. Esta opción contaba con la ventaja de ser el más idóneo con la dinámica del proceso concursal, donde los plazos suelen ser más bien breves. Si bien, también se solía acudir al artículo 59.1 ET, que establece el plazo de 1 año para aquellas cuestiones relativas al contrato de trabajo que no tengan señalado otro plazo especial. La razón de ser de esta segunda interpretación se argumentaba por el hecho de que el trabajador no estaría impugnando una extinción sino, por ejemplo, el importe de su indemnización basándose en una errónea consideración sobre su antigüedad en la empresa²⁴³. Como se está indicando, estas dificultades interpretativas han quedado disipadas con la incorporación del plazo especial de 1 mes establecido en el apartado segundo del artículo 64.8 LC. Este plazo parece bastante razonable teniendo en cuenta que estamos en un procedimiento concursal, donde la celeridad se convierte siempre en un fiel aliado. Por otro lado, cabe precisar que el *dies a quo* para computar este plazo será, según mi punto de vista, el que corresponda con la fecha de la notificación del auto de la extinción, suspensión o modificación sustancial colectiva.

²⁴³ Por esta misma interpretación, si lo que se discutiera fuera una inclusión errónea de un trabajador, por ejemplo, de un representante de los trabajadores, la solución tendría que pasar por considerar un plazo de 20 días, ya que sí que es estaría discutiendo la no existencia de extinción. Esta situación dejaría un panorama inseguro y en algunos casos desigual.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

En último término, la explicación de la existencia y necesidad de este incidente se encuentra en que los trabajadores que no han sido parte en la tramitación del expediente judicial de regulación de empleo puedan alegar errores sobre su inclusión y otra serie de vicisitudes derivadas de su contrato individual de trabajo. Esto es así porque tal y como se verá en su correspondiente capítulo, van a ser los representantes legales o sindicales los que participen directamente en el procedimiento. Por lo tanto, serán los representantes legales y no así los propios trabajadores *intuitu personae* los que van a negociar con la administración concursal. Por ello, los que no fueron parte formal ni pudieron serlo por imperativo legal, es decir, los trabajadores, pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, constituyendo el único medio de defensa de sus intereses esta reclamación individual que se presenta como un incidente sobre el asunto principal del expediente y como tal cuestión incidental, su conocimiento se atribuye al juez competente para la cuestión principal, es decir, al Juez del Concurso²⁴⁴.

5. La competencia para conocer sobre los juicios declarativos pendientes en el momento de la declaración del concurso.

Para resolver que es lo que sucede con los juicios declarativos en trámite una vez se ha declarado el concurso del empresario hay que observar, en un primer momento, además de las conocidas previsiones del artículo 8.2 LC, lo dispuesto por el artículo 51.1 LC. Este último precepto enuncia una sencilla regla cuya aplicación predicable con carácter general, declara que: “*los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se*

²⁴⁴ En este sentido, STSJ de Aragón de 27 de enero de 2010 (JUR/2010/186289).

encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia”. Extrapolada esta previsión al ámbito laboral, supone que una pretensión que haya sido solicitada ante el Juez de lo Social con anterioridad a la declaración del concurso debe proseguir su senda natural, desarrollándose por este cauce competencial hasta la firmeza de la sentencia (cabe precisar, no obstante, que me estoy refiriendo en todo momento a juicios declarativos y no a la fase de ejecución de sentencia). Con todo, como suele ser tradicional, casi toda regla general esconde una salvedad y así se establece por el propio artículo 51.1 LC cuando apunta que: *“por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores”.* Se ordena una excepción a la regla general de continuación de procesos judiciales en tramitación solamente cuando estemos ante juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de o hecho o de derecho, y contra los auditores. Esta situación contrasta sobremanera con la redacción que evidenciaba este precepto con anterioridad a la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En concreto, el primigenio artículo 51.1 LC establecía que: *“se acumularán aquellos, que siendo competencia del Juez del concurso según lo prevenido en el art. 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto a los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores”.*

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Sobre el particular, en su momento, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo estableció en su Auto de 28 de septiembre de 2011 que los requisitos para la asunción de competencias por parte del Juez del Concurso eran los siguientes²⁴⁵: 1) Que se trate de juicios que sean competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8 LC ; 2) Que se estén tramitando en primera instancia; 3) Que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Bajo este prisma, la doctrina laboralista solía acogerse a la anterior dicción del artículo 51 LC para explicar la excepción a la continuidad de la competencia del Juez de lo Social. En este sentido, los esfuerzos interpretativos que recaían sobre este escenario iban encaminados hacia la posibilidad de que el Juez del Concurso pudiera acumular aquellos juicios relacionados con la materia social en tramitación que, en todo caso, sólo podían alcanzar aquellas materias laborales que eran –y siguen siendo- competencia *exclusiva y excluyente* por parte del Juez del Concurso. Esta circunstancia suponía que el resto de materias sociales debían de observar la regla general basada en la continuidad de los procesos laborales en curso. Con todo, esta interpretación presentaba un serio problema, consistente en que el Juez del Concurso era quien *ultima ratio* y de una forma más o menos discrecional era llamado a decidir sobre la acumulación al proceso concursal aquellos procedimientos declarativos laborales que, en esencia, correspondían con los expedientes de regulación de empleo en curso²⁴⁶. Razonablemente, esta antigua realidad adolecía de una gran inseguridad jurídica, aspecto que ha sido corregido con

²⁴⁵ ATS (Sala de Conflictos) de 28 de septiembre de 2011, rec. 30/11 (JUR/2011/351942).

²⁴⁶ GIL FERRO, L. “La Ley Concursal y su afectación sobre el proceso laboral”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Coords). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 336.

la Reforma Concursal de 2011 en los términos que seguidamente se expondrán, aunque erróneamente algunos pronunciamientos judiciales suelen aludir incomprensiblemente al artículo 51.1 LC y al criterio adoptado por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo para argumentar decisiones sobre medidas de reestructuración de plantilla²⁴⁷.

En la actualidad, la solución ofrecida por la normativa concursal ante el problema de las medidas de ajuste de plantilla colectivas en curso, queda recogida en el propio artículo 64.1 LC, destinado a disciplinar la extinción, suspensión o modificación sustancial de los contratos de trabajo una vez declarado el concurso²⁴⁸. Como primera aproximación sobre este cambio inducido por la Reforma Concursal de 2011 habría que acoger con buenos ojos la ubicación sistemática sobre este problema, puesto que su encaje parece más adecuado situarlo en el 64 LC, junto con la ordenación del expediente judicial de regulación de empleo. Respecto a las cuestiones

²⁴⁷ Por ejemplo, por la STS de 22 de septiembre de 2014, rec. 314/2013 (RJ/2014/5753).

²⁴⁸ Artículo 64.1, en su redacción dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo: “*Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.*

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan”.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

de fondo, apuntar que el nuevo artículo 64.1 LC impone a la Autoridad Laboral la tarea de remitir al Juez de lo Mercantil todo lo actuado en el procedimiento en curso cuando se declare el concurso de acreedores. Posteriormente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, afectó al tenor del artículo 64.1 LC, aunque sin alterar sobremanera su régimen jurídico, sino más bien eliminando toda referencia acerca de los extintos expedientes de regulación de empleo. Así, hoy en día el precepto se refiere expresamente a los procedimientos de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada. Continuando con la sistemática del artículo 64.1 LC, una vez que la Autoridad Laboral competente ha remitido al Juez del Concurso todo lo actuado con anterioridad en uno de los procedimientos acabados de citar, será el Secretario Judicial de ese Juzgado de lo Mercantil el encargado, dentro de los 3 días siguientes a la recepción del expediente, de llamar a las partes legitimadas para solicitar el ERE Concursal, es decir, a la administración concursal, al deudor y a los representantes de los trabajadores. Si estos sujetos muestran su conformidad con la continuación del procedimiento, éste pasará a tramitarse según las reglas del artículo 64 LC, transfiriéndose con ello la decisión última sobre las medidas laborales en trámite al Juez del Concurso, que se encargará de resolverlas mediante auto. Esta permuta competencial, o si se prefiere, esta conversión del procedimiento laboral en expediente judicial de regulación de empleo, no va a suponer en ningún caso la negación o revocación de lo tramitado hasta ese momento, siendo válido todo lo que se haya actuado con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso (así lo indica rotundamente el propio precepto: *“las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de*

*la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado”.*²⁴⁹

El precepto guarda silencio sobre el supuesto en que los sujetos convocados por el Secretario Judicial no consideren apropiado continuar con la tramitación. En estos casos, como se ha señalado por MONTOYA MELGAR el procedimiento decaerá por desistimiento de las partes, debiendo el mismo Secretario Judicial decretar el sobreseimiento del procedimiento²⁵⁰. Bajo mi punto de vista, lo que vendría a regular el artículo 64.1 LC sería una conversión forzada del procedimiento de despido colectivo o suspensión/reducción de jornada en un expediente judicial de regulación empleo donde corresponde a los sujetos legitimados decidir sobre la conveniencia o no de la prosecución a través de esta nueva fórmula. Razón por la cual, la decisión de no continuar con la tramitación comenzada con anterioridad a la declaración del concurso no va a suponer la prosecución del procedimiento laboral al socaire del artículo 51 ET, sino que supondrá su dejación o abandono, sin perjuicio de que posteriormente y ya en otro momento posterior se pueda iniciar *ex novo* otra medida de ajuste de plantilla que, de cumplir con los requisitos materiales y de colectividad exigidos por el artículo 64 LC se sustanciará desde sus inicios por la vía concursal. En mi opinión, esta sistemática que fue incorporada por la reforma concursal de 2011 pretendió corregir la inseguridad jurídica que se planteaba en el antiguo artículo 51 LC, que dejaba en manos del Juez del Concurso la decisión sobre la posible acumulación o conversión en ERE

²⁴⁹ Que como veremos en otro apartado con mayor detenimiento coincidirá con el día en que se dicte el auto de declaración de concurso.

²⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16. Ed. La Ley. 2012. Página 15 (del ejemplar en pdf).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Concursal de la tramitación de la medida de ajuste de plantilla en curso. Esto es así, porque con anterioridad a la predicada reforma concursal, no quedaba muy claro que hacer con estas situaciones, llegándose a conclusiones tan dispares como: la continuación del expediente en vía administrativa, el archivo del expediente, o hasta la conversión por la vía concursal²⁵¹. En la actualidad, son las partes las que van a decidir si continúan o no con el procedimiento de extinción o suspensión de carácter colectivo de los contratos de trabajo en curso.

Según el tenor del artículo 64.1 LC, el organismo encargado de trasladar el expediente de lo actuado hasta la fecha de la declaración del concurso al Juzgado de lo Mercantil va a ser la Autoridad Laboral. Cuando se reformó la Ley Concursal a finales del año 2011 éste era el ente público encargado de autorizar las extinciones y las suspensiones colectivas del contrato de trabajo fuera del concurso. Por este motivo, el legislador concursal encargó esta misión de intermediación a la Autoridad Laboral que estuviera acogiendo en su seno el expediente sobre el que finalmente tenía que pronunciarse. Habiendo desaparecido tras la Reforma Laboral de 2012 la autorización administrativa previa para poder llevar a cabo estas medidas, cabe plantearse si este órgano administrativo sigue siendo el sujeto adecuado para llevar a cabo este traslado competencial. La respuesta debe ser afirmativa, puesto que debemos de tener presente que, aunque la Autoridad Laboral ya no ostente un poder autorizador en materia de despidos colectivos y suspensiones de contrato, aún conserva algunas facultades y competencias en la materia. Así, por ejemplo, el artículo 51.2 ET dispone

²⁵¹En este sentido, BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. “Algunos aspectos laborales en el concurso: modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso. El ERE concursal y preconcursal”. En *Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 376. 2014. Página 116.

que la comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la Autoridad Laboral. En este sentido, considero que tras la Reforma Laboral de 2012 este ente público puede asumir perfectamente la encomienda del artículo 64.1 LC, pese a que su nuevo rol en el desarrollo de este tipo de procedimientos es distinto y, en este sentido, cabe admitir que la Autoridad Administrativa será la que, una vez declarado el concurso, se encargue de remitir al Juez del Concurso el expediente todavía en curso.

En todo caso, bajo mi punto de vista, la Ley deja abierta una cuestión equívoca para el caso de que lo intentado sea una modificación sustancial colectiva de contratos de trabajo, pues la ausencia de participación de la Autoridad Laboral en este campo no casa bien con la regla del artículo 64.1 LC. Esta circunstancia dejaría la opción a dos posibles soluciones o interpretaciones distintas:

1) La primera de ellas pasaría por considerar que para el caso de las modificaciones sustanciales de contrato el legislador propone indirectamente que continúen en todo caso bajo la senda del artículo 41 ET sin que sea necesario en estos casos realizar un trasvase competencial a favor del Juez del Concurso. Esta tesis vendría apoyada por el hecho de que la Autoridad Laboral nunca ha sido la encargada de autorizar las modificaciones sustanciales colectivas de contratos de trabajo. De esta suerte, la referencia realizada sobre la Autoridad Laboral como órgano encargado de comunicar y documentar al Juez del Concurso el procedimiento en curso no podría extenderse a los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. El cambio producido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, parece incitar esta

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

interpretación puesto que una vez abandonado el concepto, quizá más amplio, de “expediente de regulación de empleo”, se pasa a citar expresamente los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos o reducción de jornada. Ahora, la preterición efectuada sobre las modificaciones de condiciones de trabajo parece, si cabe, más intencionada. Por ende, resulta difícil imaginar que estemos ante un *lapsus calami* por parte del legislador. En consecuencia, el legislador podría haber previsto expresamente esta situación, citando a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, o bien, quizás haber encomendado en estos casos la tarea de intermediación a otro sujeto distinto a la Autoridad Laboral –en especial, al empresario o a la representación de los trabajadores-. De conformidad con esta tesis, la conclusión práctica a la que nos llevaría sería que, una vez declarado el concurso, las modificaciones sustanciales de carácter colectivo permanecerían procedimentalmente en su cauce natural sin que dicha tramitación mude en ningún caso hacia las reglas del artículo 64 LC, por lo que, *ultima ratio*, el conocimiento ante una eventual impugnación de la medida recaería en manos del Juez de lo Social.

2) La interpretación contraria consistirá, como es de esperar, en razonar que las modificaciones sustanciales de carácter colectivo en curso en el momento de la declaración del concurso tendrían que pasar a tramitarse bajo los cauces del artículo 64 LC. Esta segunda tesis respondería a una interpretación sistemática de la norma concursal. Encontraría sustento en el hecho de que tanto el artículo 8.2 LC como el artículo 64 LC han pretendido, desde su primera redacción ya en el año 2003, que las modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo se sustancien a través del procedimiento judicial de regulación de empleo una vez declarado el concurso. Pese a que desde la doctrina se haya criticado esta

inclusión (*vid. Supra*), precisamente por la disparidad procedimental mantenida fuera del concurso entre las modificaciones sustanciales de contrato y el resto de las medidas de ajuste de plantilla (extinciones y suspensiones), lo cierto es que su inclusión dentro de la tramitación contemplada en el artículo 64 LC nunca ha dejado lugar a dudas, siendo una cuestión pacífica. En este sentido, no sería del todo lógico que la propia normativa concursal, que en su día se obstinó en incluir las modificaciones sustanciales de carácter colectivo dentro del expediente judicial de regulación de empleo, equiparándolas con la tramitación de las extinciones y suspensiones del contrato de trabajo, pretenda en este momento separar sus caminos de una manera tan poco lúcida y confusa. La lectura sistemática de la Ley Concursal ha sido una constante en los tribunales a la hora de salvar el tenor literal de muchas de las disposiciones legales de esta norma. Por esta razón, parece más razonable aceptar como válida esta segunda tesis. Por ello, me atrevo a aseverar que una vez declarado el concurso estas medidas pasarían a formar parte de la competencia del Juez de lo Mercantil, también, claro está, cuando su tramitación se encuentre en curso. En este sentido, la facultad de remitir todo lo actuado hasta ese momento podría recaer, en principio, en cualquiera de los sujetos legitimados para solicitar el inicio del procedimiento, a saber: el propio empresario, los representantes de los trabajadores o el administrador concursal cuando tuviera conocimiento de su tramitación. Posteriormente, como ya sabemos, corresponderá al Secretario Judicial preguntar a todas las partes interesadas si desean proseguir con la modificación de condiciones de trabajo bajo los cauces del artículo 64 LC o si por el contrario prefieren desistir de esta medida de ajuste. Con todo, no parece demasiado operativo mantener a varios sujetos como obligados a remitir lo actuado hasta el momento de la

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

declaración del concurso. En este sentido, posiblemente lo más prudente sería considerar que debe de ser el empresario, como sujeto interesado en llevar a cabo las modificaciones, puesto que fue quien inició el procedimiento con anterioridad al concurso quien deba de encargarse de este cometido.

Con base en las anteriores aseveraciones cabe apuntar algunas ideas de *lege ferenda* en el sentido de que el nuevo artículo 64.1 LC debería haber optado por alguna de estas dos opciones: 1) que junto con la mención a la Autoridad Laboral se hubieran incorporado como sujetos habilitados para remitir lo actuado hasta ese momento –en el caso de modificación de condiciones- a otro sujeto; 2) o bien negar expresamente esta posibilidad en el concreto supuesto de las modificaciones sustanciales colectivas de contratos de trabajo.

Si durante el *íter* procedimental de un despido colectivo, suspensión o modificación de condiciones se declara el concurso y no se produce ningún traslado del expediente al correspondiente Juzgado de lo Mercantil, sino que la concreta medida sigue su rumbo, la solución que considero que debería de determinarse por parte del Juez de lo Social -en caso de que la decisión del empresario resulte impugnada- sería la de declarar su nulidad, por no haberse seguido con el procedimiento legal, que en estos casos consistiría en remitir el expediente a una jurisdicción distinta.

Cuando la tramitación de la concreta medida colectiva hubiera finalizado con anterioridad a la declaración del concurso no se producirá, naturalmente, trasvase procedimental alguno, pero en estos casos su ejecución corresponderá a la administración concursal, en especial, en lo que se refiere a la clasificación y pago de los créditos resultantes. Tras la Reforma Concursal de 2011 el texto seguía pensado en el supuesto en el que

el expediente termine con autorización por parte de la Autoridad Laboral, puesto que se incorporó siguiendo la línea marcada por la Reforma Laboral de 2010 y por ello continuaba manteniendo expresiones tales como: “*hubiera caído resolución que autorice o estime la solicitud*”. De esta forma, la previsión contenida en el artículo 64.1 LC *in fine* encontraba un difícil encaje con la actual regulación de las medidas colectivas de ajuste tras la promulgación de la Reforma Laboral de 2012 donde la decisión la toma directamente el empresario²⁵². Esta situación fue corregida por la modificación suscitada sobre este precepto por mor de la Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ahora se expresa textualmente que “*el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de los establecido en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores*”. Sin embargo, sigue diciendo “*o, en su caso, ya hubiera caído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada*”. Resulta un tanto extraño como el legislador, tras acomodar el artículo 64.1 LC *in fine* a la nueva tramitación de los despidos colectivos y suspensiones mantenga la referencia a la autorización administrativa previa para adoptar las citadas medidas. Tal vez la explicación consista en que se han querido albergar en el nuevo texto legal los posibles expedientes iniciados con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012, aunque parece que algo más de tres años es mucho tiempo para que todavía queden expedientes pendientes. Pero, lo cierto, es que la nueva incorporación acomoda su redacción tanto al régimen actual como a la posibilidad de que en un futuro

²⁵² Todo este debate no tendría sentido según ORELLANA CANO, desde el momento en que la citada autora considera que esta nueva redacción sólo se aplicaría a los expedientes de regulación de empleo en tramitación, es decir, aquellos que no se dicten a partir de la nueva regulación dada por el RDL 3/2102. *Vid.* ORELLANA CANO, N. “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”. En *El concurso laboral*, (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 95.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

nuestro sistema volviera a la autorización previa para llevar a cabo medidas de reestructuración de plantillas.

Tal y como se ha venido aseverando, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal introdujo una previsión en el artículo 64.1 LC para intentar cerrar el debate existente sobre el tratamiento de los despidos colectivos, modificaciones sustanciales o suspensiones pendientes en la fecha de declaración del concurso. Ahora bien, para los casos en los que alguna de estas medidas ya se hubiera consumado con anterioridad al concurso, tendremos que estar a lo dispuesto por el artículo 51.1 LC, con el que se daba comienzo a este epígrafe. El citado precepto previene la continuidad de los juicios declarativos que se encuentren en tramitación con anterioridad a la declaración de concurso. Previamente a la Reforma Concursal de 2011, debían de confluír dos notas para que el Juez del Concurso pudiera absorber la competencia de los procesos cursados desde un Juzgado de lo Social: 1) Que el procedimiento declarativo comenzado por el Juez de lo Social con anterioridad a la declaración de concurso afectara a alguna cuestión que sea competencia del Juez del Concurso con arreglo al artículo 8.2 LC (por ejemplo, que se estuviera conociendo sobre la decisión de suspender uno o varios contratos de trabajo); 2) Que el Juez del Concurso valorara y apreciara la trascendencia sustancial de la cuestión para la formación del inventario o la lista de acreedores, sin que el Juez Social pudiera concertar nada sobre este extremo. Se trataba, en esencia, de una regla que fácilmente lograba afectar a los juicios tramitados por el Juez de lo Social y que estaba dotada por una patente inseguridad jurídica y una gran complejidad de coordinación. En este sentido, era el Juez del Concurso el órgano destinado a estimar la trascendencia sustancial del asunto y traer para sí el conocimiento de la

controversia. Afortunadamente, esta coletilla fue eliminada por la referida Ley 38/2011, de 10 de octubre, que finalmente dejó que la cuestión social siguiera su tramitación en los tribunales de origen hasta la firmeza de la sentencia. Más tarde, en caso de que la cuestión dirimida por parte del Juez de lo Social tenga carácter patrimonial, su ejecución seguirá los cauces concursales, pero mientras estemos ante un juicio declarativo en curso éste deberá continuar hasta su firmeza por su vía jurisdiccional originaria.

En el concreto caso que nos ocupa, ello comporta a que seguirán sustanciándose por la senda procesal social las extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales de carácter colectivo que se hubieran impugnado ante el orden jurisdiccional social con anterioridad a la declaración de concurso. Por lo tanto, si cualquiera de las anteriores medidas de ajuste laboral han sido consumadas con anterioridad a la declaración del concurso y su impugnación ya ha sido realizada, la competencia persistirá en los órganos jurisdiccionales del orden social. En este sentido, la fecha ante la que debemos estar a la hora valorar esta situación será la de la presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Social (o Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional para el caso de despidos colectivos) y no así la de su admisión a trámite²⁵³. Consiguientemente, cuando el orden jurisdiccional social esté conociendo con anterioridad a la declaración del concurso sobre una cuestión que, una vez declarado éste, sea competencia del Juez del Concurso *ex art. 8.2 LC*, proseguirá con su tramitación hasta alcanzar su firmeza, puesto que la impugnación de despidos colectivos, modificaciones sustanciales colectivas

²⁵³ Así lo entiende la reciente SAN (Sala de lo Social) de 26 de julio de 2012, Proc. 124/2012, (AS/2012/1678).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

o suspensiones son cuestiones que compadecen con los juicios de carácter declarativo.

En concreto, los órganos jurisdiccionales del orden social comenzarán a conocer sobre las materias que le son propias cuando las medidas de ajuste de plantilla que dentro del concurso son competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso se hayan consumado con anterioridad al auto de declaración del concurso. Sobre el particular, tal y como han apuntado sendas Sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (de 26 de julio de 2012²⁵⁴ y de 22 de octubre de 2013²⁵⁵), *“si el despido ya se había consumado antes de la declaración del concurso debemos descartar que su impugnación corresponda exclusiva y excluyentemente al juez del concurso, cuyas competencias se limitan a autorizar o denegar los despidos colectivos que se produzcan después de la declaración del concurso”*. La primera de estas sentencias conoce sobre un supuesto donde se consuma un despido colectivo en una fecha concreta y se presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en plazo, y a los dos días hábiles después de su presentación se declaró el concurso²⁵⁶. Este supuesto es el más evidente, puesto que tanto el despido colectivo como su impugnación han precedido en el tiempo a la declaración de concurso y, por ende, una vez eliminada la posible acumulación en caso de trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de

²⁵⁴ SAN (Sala de lo Social) de 26 de julio de 2012, Proc. 124/2012 (AS/2012/1678).

²⁵⁵ SAN (Sala de lo Social) de 22 de octubre de 2013, Rec. 327/2013.

²⁵⁶ El día 30 de abril de 2012 se consuma el despido colectivo. El día 24 de mayo de 2012 se presenta demanda ante la Audiencia Nacional que tras la Reforma Laboral de 2012 es el órgano competente cuando la medida extintiva afecte a trabajadores situados en más de un Comunidad Autónoma. El día 29 de mayo de 2012 se dictó sendos autos por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Almería declarando el concurso.

acreedores del tenor del artículo 51.1 LC, el procedimiento continuará la senda jurisdiccional del orden social hasta alcanzar su firmeza.

Tal vez puedan suscitar mayores dudas los casos en los que el despido colectivo, modificación sustancial colectiva o la suspensión, ya han sido consumados, con posterioridad se declara el concurso y finalmente se interpone demanda frente a cualquiera de estas medidas. Con todo, pese a lo aparentemente alambicado de este supuesto, también en estos casos el modo legal de proceder sería exactamente idéntico al contemplado en el anterior párrafo. En este sentido, la competencia para resolver la impugnación sobre la concreta medida de ajuste de plantilla recae en el orden jurisdiccional social porque ésta se ha consumado con anterioridad a la declaración del concurso. De este modo, tal y como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de diciembre de 2013²⁵⁷ *“el legislador sólo prevé la traslación automática de la competencia del Juez del concurso en el supuesto de que el procedimiento de despido colectivo no hubiera culminado en el momento de declaración de concurso, situación que no se en el presente caso”*.

Consiguientemente, en los casos en los que la declaración de concurso advenga mientras se está tramitando un despido colectivo, una modificación sustancial colectiva o la suspensión de uno o más contratos de trabajo, la competencia deberá decantarse del lado del Juez del Concurso con la trascendental consecuencia de que la decisión sobre estas medidas recaerá en este órgano y las indemnizaciones resultantes, en caso de que procedan, serán consideradas deudas contra la masa. En el supuesto resuelto por la citada sentencia del TSJ de Madrid el periodo de consultas finalizó el día 15 de febrero y con fecha de 2 de marzo se comunicó el despido a los

²⁵⁷ STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013, rec. Suplicación 1514/2013 (AS/2014/458).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

trabajadores con efectos el 5 de marzo. El día 27 de marzo la empresa fue declarada en concurso por auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de los de Madrid y el 11 de abril se ejercitó acción de despido por la vía del artículo 124.11 LRJS. El hecho de que la declaración de concurso se intercale entre la consumación de la medida –en este caso un despido colectivo- y su impugnación, no va a suponer una alteración de las competencias entre los órdenes jurisdiccionales social y civil. En este sentido, cuando la medida ya está consumada con anterioridad a la declaración de concurso la competencia no se traslada al Juez de lo Mercantil, situación que solamente acontecerá en los casos en los que la declaración del concurso se dicte en plena tramitación de la medida de ajuste. Visiblemente, en estos últimos supuestos el procedimiento ya ha concluido y en caso de impugnación la cuestión será debatida en la esfera de la jurisdicción social y, en todo caso, siempre que ya hubiera aceptado su cargo, deberá ser llamado como parte en el proceso el administrador concursal como sujeto defensor de la masa (artículo 50.4 LC). Entiendo que la personación del administrador concursal podrá hacerse en cualquier momento dentro del proceso, incluso en la celebración de la vista (esta situación podría ser más común en el primer supuesto analizado, es decir, cuando la medida de ajuste laboral ha sido consumada, se ha impugnado y con posterioridad ha sido declarado el concurso, pues en estos casos su emplazamiento ocurrirá probablemente una vez comenzado el proceso).

La fecha en la que debemos considerar consumada la medida es un elemento clave a la hora de valorar el juego de los artículos 50 LC, 51 LC y 64 LC. En este sentido, tal y como se acaba de advertir, si la declaración del concurso recae cuando la medida de ajuste de plantilla aún no ha sido consumada se prevé como solución la traslación automática de la

competencia al Juez del Concurso. *A sensu contrario*, si ya se ha consumado, dependiendo del caso, la competencia recaerá en el Juez de lo Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional, y ello aunque la impugnación de la medida ante estos órganos se haya realizado bien con anterioridad o bien con posterioridad al auto de declaración del concurso. La fecha culminación de la tramitación de un procedimiento colectivo de extinciones, suspensiones o modificaciones suspensivas de contratos de trabajo va a ser determinante para asignar la competencia al Juez del Concurso. De esta forma, en primer lugar tendremos que acordar cuál es el día en el que el procedimiento se entiende terminado y comparar esta fecha con el día en el que el concurso ha sido declarado. Las posibles fechas que podemos plantear, serían las 4 siguientes: 1) el día de la conclusión del periodo de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores, con o sin acuerdo; 2) el día en que el empresario notifica su decisión final a los representantes de los trabajadores; 3) el día en que el empresario notifica individualmente la medida adoptada a los trabajadores; 4) el día en que se producen los efectos de la medida.

El supuesto aparentemente más sencillo es el de las modificaciones sustanciales de contrato, puesto que el artículo 41.5 ET establece que *“la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación”*. A través de precepto se prevé una notificación obligada a los trabajadores sin la cual considero que la modificación devendría nula. Si bien, la señalada regla no se detiene simplemente en esta exigencia, puesto que acto seguido informa que sus

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

efectos comenzarán 7 días después de la referida notificación. Como vemos, para el caso de las modificaciones de condiciones de los contratos de trabajo los efectos no se dejan al albur del empresario y es la propia Ley la que establece con exactitud cuándo deben de entenderse producidos. Por ello, me parece oportuno fijar este instante como consumación de la medida. En este sentido, la fecha que propongo que se debería de tomar en consideración para compararla con la de la declaración del concurso será la de los 7 días posteriores a la notificación de la modificación sustancial realizada por parte del empresario a los trabajadores, pues así lo ha dispuesto expresamente la normativa laboral (artículo 41.5 ET).

Un tanto más compleja se nos presenta la elección de la fecha de consumación de las suspensiones de contrato o reducciones de jornada diaria de trabajo. Esto es así porque el artículo 47.1 ET establece que cuando se haya concluido con el periodo de consultas pesa el deber sobre el empresario de notificar a *“los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior”*. Aquí se instituye una doble vía de notificación: a) a los trabajadores y; b) a la Autoridad Laboral. Lo más operativo sería que el empresario comunique su decisión tanto a los trabajadores como a la Administración al mismo tiempo. En cualquier caso, del tenor de la Ley no se infiere que ésta deba de realizarse en unidad de acto y, por ende, puede perfectamente ocurrir que el empresario comunique su decisión a los citados sujetos en momentos distintos. De todos modos, parece que el legislador ha preferido establecer que la fecha de efectos de las suspensiones o reducciones de jornada se constriña a uno de estos sujetos, en concreto, a la Autoridad Laboral. Por lo tanto, entiendo que la fecha a tener en cuenta para

considerar consumada esta concreta medida de ajuste de plantilla, a los efectos de poder contrastarla con la del auto de declaración del concurso, va a ser aquella en la que el empresario haya comunicado su decisión final a la Autoridad Administrativa Laboral. No en vano, en el Estatuto de los Trabajadores se deja abierta la posibilidad de que los efectos de la medida surtan a partir del día que establezca el propio empresario y que debe figurar en la notificación que éste realiza a la administración. Por consiguiente, bajo este segundo escenario será esta fecha libremente arbitrada por el empresario -aunque fehacientemente conocida por parte de la administración laboral-, la que deberemos de tomar en consideración como fecha de la consumación de las suspensiones de contrato -o reducciones de la jornada diaria de trabajo-.

Mayor complejidad se observa para los despidos colectivos. El artículo 51.2 ET, *in fine* expresa que una vez transcurrido el período de consultas “*el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo*”. Se establece así una doble vía dependiendo de que haya existido acuerdo o no en la negociación con los representantes de los trabajadores. En el primer supuesto solamente debe comunicar la decisión a la Autoridad Laboral (que coincidirá con el pacto adoptado en las consultas). En caso contrario, deberá de comunicar su decisión tanto a la administración como a los propios representantes de los trabajadores. Desde luego, corridamente ya se empiezan a percibir los primeros matices respecto a las restantes medidas laborales, puesto que, para el caso de los despidos la obligación informativa se desdobra

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

dependiendo de que haya existido o no acuerdo previo en el periodo de consultas. Asimismo, para los supuestos de despido colectivo se prevé una suerte de “caducidad” (que también se ha llegado a denominar como “desistimiento tácito”)²⁵⁸ cuando el empresario no hubiera comunicado su decisión final en el plazo de 15 días. Esta advertencia parece del todo razonable, puesto que una vez eliminada la autorización administrativa sin la cual no era posible llevar a cabo extinciones *ex artículo 51 ET* otorgar una mayor seguridad jurídica el hecho de que la decisión del empresario no se pueda postergar *sine die*. De todo lo visto hasta el momento, podemos llegar a la convicción de que, al contrario de lo que sucede con las modificaciones sustanciales colectivas y suspensiones, para los despidos colectivos el legislador no se ha dispuesto *ex lege* una fecha clara sobre la consumación de la tramitación a la que podamos acogernos para denotar a partir de qué momento entraría en juego la solución del artículo 64.1 LC.

En este orden de cosas, la fecha que coincide con la finalización del periodo de consultas era cómodamente declinable con la redacción del procedimiento de despido colectivo ofrecida por el RDL 3/2012 (en concreto, respecto a su impugnación). Esto es así porque el artículo 124.5 LRJS establecía que la demanda por despido colectivo debía de interponerse en el plazo de 20 días desde la notificación a los representantes de los trabajadores tras finalizar el periodo de consultas. Pero esta redacción se alteró con la tramitación parlamentaria de este Real Decreto-Ley y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, vino a decir que la impugnación se deberá realizar en el plazo de 20 días, pero dando a elegir entre la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o el de la notificación a los

²⁵⁸ MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada...Op. Cit.* Página 173.

representantes de los trabajadores (art. 124.6 LRJS). En caso de que las consultas concluyeran sin acuerdo esta opción parece bastante clara, puesto que el empresario dispone de cierto margen para alterar su propuesta inicial y de ahí que deba de trasladar su decisión final tanto a la administración concursal como a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, se suscitan más dudas cuando se hubiera alcanzado un acuerdo, puesto que el empresario quedaría vinculado por el contenido íntegro del pacto y de ahí que no tenga que comunicar nada a los representantes. Por ello, debería de computarse el plazo de impugnación desde el día en que se firmó el acuerdo. Pero, en todo caso, el empresario va ser quien tenga la última palabra en estos supuestos, pudiendo incluso darse la circunstancia de que por su propia voluntad desista de la consumación de los despidos o que, por su mala *praxis*, trascurra el plazo de “caducidad” de 15 días desde la última reunión sin haber comunicado su decisión, siendo que, en ambos casos los despidos colectivos no llegarán a efectuarse. Por todo ello, considero que esta fecha no sería la más adecuada para operar como contraste con la fecha de la declaración del concurso, puesto que no conjetura una consumación al 100% de los despidos.

Mayor sentido podría tener el hecho de escoger la fecha en la que el despido se notifica a los representantes de los trabajadores o a la administración, puesto que el legislador lo ha instituido como el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de despido colectivo, por lo que fácilmente se podría llegar a entender que el despido habría quedado consumado en ese momento. Además, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2012²⁵⁹ la sanción jurídica por falta de notificación de la decisión final a los

²⁵⁹ STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012, procedimiento 724/12.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

representantes de los trabajadores es la nulidad del despido colectivo, puesto que sería un “*flagrante incumplimiento de uno de los mandatos del artículo 51.2 ET*”. En todo caso, sus efectos, es decir, el día en que los afectados van a dejar de ser empleados de la empresa, no va coincidir con la notificación cumplida a la autoridad laboral y/o a los representantes de los trabajadores, sino que se precisaría de otro eslabón más, de necesario cumplimiento por parte del empresario. En este sentido, se ha entendido por la doctrina que la decisión empresarial sobre el despido colectivo no determina, por sí sola, la extinción de los contratos de trabajo, puesto que es necesario que esa decisión se proyecte a cada trabajador en una notificación individual²⁶⁰. En cualquier caso, la concreta eficacia de la extinción del contrato puede, o bien adoptarse en el propio momento de la comunicación individual, o bien diferirse a un momento posterior. En este sentido, entra dentro de la discrecionalidad del empresario fijar la fecha exacta a partir de la cual los trabajadores afectados dejarán de formar parte de la empresa, salvo que en el acuerdo de las consultas se hubiera previsto expresamente esta vicisitud. Esta decisión, podrá disponerse en el mismo momento de la carta despido o anunciarse en ese mismo documento para una fecha posterior.

Pese a que legalmente podría llegar a defenderse con sólidos argumentos que la consumación podría darse tanto en la fecha de la notificación del despido a la Autoridad Laboral y/o a los representantes de los trabajadores -dependiendo si ha existido acuerdo en las consultas o no-, como en la fecha de la notificación individual o, en menor medida, la de producción de sus efectos, desde estas líneas considero que la primera sería la más conveniente para tenerla en cuenta en la sistemática del artículo 64.1

²⁶⁰ En este sentido, BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2012. Página 82.

LC. La razón es bastante simple, ya que en la fase individual del despido colectivo, consistente en la notificación a cada trabajador de la decisión acordada con los representantes o la resuelta por el propio empresario, puede dar lugar a distintas fechas. Justamente, la fecha de notificación para cada trabajador puede ser distinta, siendo que, a los efectos de comparar la consumación de la extinción con la declaración del concurso resulta más conveniente establecer una única fecha. En este sentido, entiendo que la consumación se producirá el día en el que el empresario notifica a los representantes de los trabajadores su decisión final o el de la traslación del acuerdo alcanzado durante las consultas a la Autoridad Laboral. Así, si la declaración del concurso se dicta con anterioridad a esta fecha deberá actuarse conforme a lo establecido en el artículo 64.1 LC, mientras que si ha recaído con posterioridad los despidos se entenderán consumados en el plano extraconcursal y con ello la eventual impugnación de la medida deberá plantearse ante los órganos de la jurisdicción social.

II. Tutelas ejecutiva y cautelar.

1. La competencia en materia de ejecución de sentencia.

1.1. Competencias en ejecución de sentencia.

Al contrario de lo que sucede respecto de la competencia sobre la tutela declarativa, donde el Juez de lo Social va seguir conociendo sobre la mayoría de materias que tradicionalmente le incumben, en el supuesto de la tutela ejecutiva el panorama es bien distinto. La competencia del Juez del Concurso en materia de ejecución va a ser bastante más amplia que la avistada para los juicios declarativos. Como señalara MARÍN LÓPEZ, esto es así porque en la tutela declarativa no se da un riesgo para el patrimonio del

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

deudor concursado tan acusado como el que se deriva de los procesos de ejecución²⁶¹. Por consiguiente, la *vis attractiva* en los procesos de ejecución va a ser mucho más destacada, ya que en estos casos la posibilidad de perjudicar al resto de acreedores es más elevada y por ello, en consonancia con el principio concursal *par conditio creditorum*, la ejecución patrimonial de los adeudos debe de realizarse de forma ordenada desde un único procedimiento y cuyo garante será en última instancia el Juez de lo Mercantil. De lo contrario, los acreedores mejor informados o los menos considerados con el deudor probablemente cobrarían por entero mientras que el resto verían totalmente insatisfecho su crédito²⁶².

La competencia del Juez de lo Mercantil en materia de ejecución podría sistematizarse con la presencia de una regla ordinaria -o general- y otra regla especial -o excepción- a la que más adelante me referiré. Como primer apunte, cabe esgrimir que los términos en los que se pronuncia el artículo 8.3 LC deja en manos del Juez del Concurso “*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado*”. Como se podrá apreciar a simple vista, el artículo 8.3 LC -reproducido en parte- no se refiere directamente a las cuestiones relacionadas con la disciplina legal relacionada con el Derecho del Trabajo (como así ocurría en el artículo 8.2 LC), sino que está pensando *in extenso* en cualquier materia, entre las que, naturalmente, debemos situar la rama laboral, que es la que interesa en este estudio. De esta forma, podríamos conceptualizar el artículo 8.3 LC como un

²⁶¹MARÍN LÓPEZ, M.J. “Artículo 55”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 567.

²⁶²VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Incompetencia del Juzgado de lo Social para ejecutar sentencia de despido dictada frente a la empresa concursada”. En *Aranzadi Social* paraf. Núm. 69/200819. 2008. Página 3 (BIB 2008/3029).

precepto amplio por lo que se refiere al ámbito abrigado, puesto que abarca a todas aquellas materias que contengan una vertiente patrimonial, guarden relación o no con la disciplina jurídica laboral. En este orden de cosas, considero que el objetivo primordial de este precepto consiste en tratar de evitar que cada uno de los acreedores del deudor pueda realizar su cobro a través de una ejecución separada al margen de la ordenación concursal, perjudicando de este modo a la masa pasiva del concurso. En consecuencia, una vez declarado el concurso, la legislación concursal prima la ejecución conjunta²⁶³. Con ello, se pretende preservar la integridad del patrimonio frente a ejecuciones separadas que, *de facto*, distorsionen la aplicación efectiva del principio de la *par conditio creditorum*²⁶⁴. Para ayudar a que se logre este objetivo, consistente en la realización conjunta de los pagos, se exige que la materia sujeta a ejecución tenga carácter patrimonial, por lo que *a sensu contrario* habría que interpretar que la ejecución de sentencia de cualquier medida de carácter laboral carente de efectos patrimoniales para la hacienda del deudor va a poder ejecutarse desde los juzgados de lo social. De este modo, frente a la consideración procesal de que la ejecución de sentencia le corresponde al órgano que la dicta, se alza en sede concursal el criterio de que una vez declarado éste, todas las ejecuciones contra el deudor deben ser conocidas por el Juez del Concurso²⁶⁵.

El tenor legal del artículo 8.3 LC tal y como lo conocemos en la actualidad fue producto de la evolución parlamentaria de la normativa

²⁶³ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Artículo 55”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 565.

²⁶⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) de 12 de diciembre de 2014 (JUR/2015/11021, rec. 2500/2013).

²⁶⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Incompetencia del Juzgado de lo Social para ejecutar sentencia de despido dictada frente a la empresa concursada”...*Op. Cit.* Página 2 (BIB 2008/3029).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

concurzal. En este sentido, el Anteproyecto de Ley Concurzal pretendía delegar en el Juez de lo Mercantil toda ejecución realizada contra el concursado, fuera de la clase que fuera. Esta primigenia ordenación elaborada por la sección especial para la reforma concurzal era bastante significativa para el supuesto de ejecuciones relativas al proceso laboral, ya que en materia social se dan numerosas resoluciones que no tienen trascendencia para los bienes del deudor y su ejecución se pretendía dejar en manos del Juez del Concurso²⁶⁶. Por fortuna, esta situación cambió a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley Concurzal en el sentido contemplado anteriormente, es decir, que el Juez del Concurso sólo será competente sobre aquellas ejecuciones que revistan carácter patrimonial - que no es poco-. En principio, parece razonable considerar que por contenido patrimonial habría que entender todo aquello que tuviera relación con el peculio o que, en el menor de los casos, sea susceptible de evaluación económica. Sin embargo, se señala por la doctrina que también es posible que una ejecución no dineraria pueda tener contenido patrimonial, en cuyo caso su conocimiento también quedaría dentro de la competencia del juez mercantil²⁶⁷. Todas estas cuestiones serán abordadas en las siguientes líneas.

²⁶⁶ MARTÍNEZ GÓMEZ, E Y SOGORB BARAZA, J. “Cuestiones procedimentales en temas sociales”. En *La Ley Concurzal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 261. Estas autoras citan a título de ejemplo los procesos de readmisión irregular o no readmisión en procesos por despido, de vacaciones, conflictos colectivos, tutela de derechos fundamentales etc.

²⁶⁷ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op.Cit.* Página 123.

1.1.1. La regla general: prohibición de realizar ejecuciones singulares por parte del Juzgado de lo Social.

Como se ha anticipado en el anterior epígrafe, en lo que respecta a la ejecución de sentencia en materia laboral, podría asentirse una primera regla general consistente en la prohibición de que, una vez declarado el concurso, se lleven a cabo ejecuciones singulares por parte de los jueces de lo social. Esta conclusión se infiere del apartado primero del artículo 55 LC en consonancia con lo dispuesto por el artículo 8.3 LC que, interpretados de forma sistemática, vendrían a ordenar que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, puesto que tales prerrogativas deben sistematizarse desde la normativa concursal e incumben competencialmente a los juzgados de lo mercantil. Esta situación guarda plena consonancia con la competencia que ostenta el Juez del Concurso para conocer sobre las ejecuciones patrimoniales, ya que se prohíben las ejecuciones singulares de carácter patrimonial por parte del Juez de lo Social, y ello pese a que este último haya conocido sobre el juicio declarativo del cual proviene la ejecución. En este sentido, si el Juez de lo Social continúa con una ejecución cuya competencia queda reservada al Juez del Concurso, la solución pasaría por decretar la nulidad de pleno derecho de lo actuado por parte del primero (artículo 55.3 LC). Con base en estas primeras aproximaciones, pasaré a sistematizar las siguientes conclusiones prácticas²⁶⁸:

²⁶⁸ *Vid.* Sobre estas soluciones o conclusiones: MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Páginas 66 a 68.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

- En primer lugar, en los procesos de ejecución cuya consecuencia no suponga un perjuicio para la masa pasiva del concurso, es decir, cuando no revista carácter patrimonial, la competencia se mantendrá en el juez de origen (en nuestro caso, el Juzgado de lo Social). Por lo tanto, a título de ejemplo, permanecerán bajo la competencia del juez laboral, entre otras, las ejecuciones que consistan en hacer efectivo un ascenso, un disfrute vacacional, la readmisión de un empleado, así como la mayoría de pretensiones relacionadas con los cargos de representación en la empresa, el reparto de la jornada etc.

- En segundo lugar, el Juez del Concurso conocerá sobre aquellas ejecuciones que contengan algún tipo de apremio que afecte al patrimonio del concursado, bien sea dinerario o de cualquier otro activo fijo o circulante. Es el caso, por ejemplo, cuando se declara el reconocimiento de un crédito laboral o cuando se deba una indemnización por despido improcedente o por una extinción de carácter objetivo etc. En este sentido, las ejecuciones dinerarias y patrimoniales son competencia *exclusiva* y *excluyente* del Juez del Concurso una vez éste ha sido declarado (arts. 8.3 LC y 55.1 LC). En este orden de cosas, si se interpone una acción judicial ante cualquier tribunal del orden social y posteriormente se declara el concurso la tramitación del proceso laboral continuará hasta la firmeza de la sentencia declarativa, pasando su ejecución a sustanciarse por los cauces del procedimiento concursal (siempre, claro está, que la acción tenga carácter patrimonial). También se producirá esta misma situación cuando, una vez declarado el concurso, se interpusiera una demanda dentro del orden social (por tratarse de una cuestión que no entra dentro de la competencia declarativa del Juez del Concurso), pasando a manos del Juez del Concurso cuando el asunto enjuiciado tenga repercusión patrimonial.

Por poner un ejemplo para comprender mejor este último aserto, pensemos en una acción de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter individual que, como sabemos, deberá impugnarse ante el Juez de lo Social competente aun cuando estemos dentro del concurso. En estos casos, la ejecución de la indemnización resultante va a tener que llevarse a cabo dentro de las reglas de ordenación crediticia predicada por la Ley Concursal²⁶⁹.

Una de las posibles situaciones controvertidas sobre la ejecución laboral guarda relación con el incidente de readmisión irregular. En concreto, si un despido ha sido declarado nulo o improcedente –optándose en este último supuesto por la readmisión del trabajador- y ésta no se efectúa o bien se ha llevado a cabo de forma incorrecta, en ejecución de sentencia se deberá solicitar la reposición del trabajador en su antiguo puesto de trabajo. Sobre el particular afloran serias dudas interpretativas a la hora de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para ejecutar la readmisión del trabajador cuando la sentencia declarativa ha sido dictada por un juez o tribunal del orden social y el empresario se encuentra en concurso. Sobre esta cuestión la doctrina judicial de suplicación se ha mostrado favorable a que el incidente de no readmisión more en los tribunales del orden social²⁷⁰. En concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 18 de abril de 2011 expresó que, “*el legislador no quiso atribuir a los Juzgados de los Mercantil el conocimiento de todas las ejecuciones laborales que se instarán contra la empresa concursada, sino únicamente, a aquellas que iban dirigidas directamente contra el*

²⁶⁹ Aunque se haya puesto el ejemplo del despido objetivo de carácter individual, serían varias las acciones que podrían sustanciarse bajo este mismo íter procedimental.

²⁷⁰ *Vid.* Entre otras: la STSJ de Cataluña de 18 de abril de 2011; STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2013; SSTSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008 y de 10 de febrero de 2014.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

patrimonio del deudor, o frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado". En el preciso supuesto que se está examinando, la citada resolución judicial aseveró que, *"por consiguiente, la competencia para resolver el incidente de no readmisión planteado por el trabajador ejecutante es competencia del Juzgado que dictó la sentencia del despido"*. No obstante, se matiza por la anterior sentencia que si llegado el caso en este incidente se resuelve condenar a la empresa al pago de los salarios de trámite o a la indemnización por despido improcedente, al ser ésta una ejecución dineraria con contenido patrimonial sí que deberá de ejecutarse por el Juez de lo Mercantil dentro del proceso concursal. Más reciente en el tiempo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2014, también se razonó en este mismo sentido, argumentando que *"nos encontramos ante un incidente, el de no readmisión o readmisión irregular, cuyo contenido, pese a estar regulado en el Libro IV de la LRJS, dedicado a la ejecución de sentencias, es eminentemente declarativo, en cuanto tendente a completar el fallo de la sentencia del que trae causa, en el apartado relativo al importe de la condena, caso de ser estimatorio, y cuyo conocimiento corresponde al juez de lo social"*. Con base a los anteriores argumentos y sistematizando los preceptos concursales que han ido apareciendo a lo largo de este epígrafe propongo glosar los siguientes escenarios:

a) Que con anterioridad a la declaración de concurso el Juez de lo Social conozca sobre cualquier asunto laboral (o que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional correspondiente conozcan en primera instancia de la impugnación de un despido colectivo). Que cualquiera de los anteriores dicte una resolución que comporte la readmisión del/los trabajador/es afectado/s. Que posteriormente se declare

el concurso del empresario. En estos supuestos, la competencia sobre el incidente de no readmisión residirá en todo caso en el juzgado o tribunal del orden social que haya resuelto el procedimiento, puesto que al no tratarse de una cuestión de carácter patrimonial el Juez Mercantil no atraerá su ejecución.

b) Que estando la empresa inmersa en un proceso concursal se impugne alguna decisión empresarial –tomada por lo general por el administrador concursal- cuya tutela declarativa resida en el orden jurisdiccional social, por ejemplo, sería el caso de una extinción objetiva *ex* artículo 52 ET o de un despido disciplinario. Aquí la ejecución de sentencia consistente en un incidente de no readmisión o readmisión irregular seguirá siendo competencia del Juzgado de lo Social que haya dictado la sentencia declarativa.

c) El tercer escenario propuesto correspondería con que el Juez del Concurso hubiera dictado auto acordando medidas laborales y que en segunda instancia el Tribunal Superior de Justicia competente la considere nula o improcedente –optándose en este último caso por la readmisión-. En estos supuestos, pese a que el objeto de la ejecución no revista carácter patrimonial, como la competencia inicial declarativa para adoptar la medida ha incumbido al Juez del Concurso carecería de sentido que su ejecución se desviara artificiosamente hacía el orden social, por lo que bajo mi punto de vista, esta facultad la ostentará el propio Juez de lo Mercantil, que es quien en su momento acordó las medidas de ajuste de plantilla cuyos créditos serán contra la masa²⁷¹.

²⁷¹*Vid.* Por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid de 27 de octubre de 2005.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

La repercusión más relevante que tuvo la ordenación crediticia concursal en materia social fue que vino a liquidar el tradicional privilegio de la ejecución laboral separada que se contenía en el artículo 32.5 ET (así lo estableció la propia Disposición Final Decimocuarta de la Ley Concursal). También se incorporó una mención en el artículo 246.3 LPL que rezaba que “*en caso de concurso se estará a lo establecido en la Ley Concursal*” (este precepto era el que versaba sobre la ejecución y hoy día esta cuestión aparece regulada en el artículo 237.5 LRJS)²⁷². Con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal, la ejecución separada laboral venía a garantizar el cobro de los créditos a los trabajadores al margen de cualquier procedimiento “concursal”. Este privilegio suponía un cobro más rápido sobre los créditos laborales. Bajo el procedimiento concursal actual esta satisfacción crediticia es más dilatada e incluso puede que en el peor de los casos no llegue a producirse en su totalidad. Por esta razón, la supresión de este privilegio fue vista por una parte de la doctrina laboralista con recelo, puesto que el resultado fáctico suponía el retraso en el cobro o incluso su no satisfacción, pese a que la normativa concursal haya reservado a la mayoría de los créditos laborales la condición de privilegiados y devengados contra la masa²⁷³. En cambio, otro sector ha considerado que la ejecución separada llevaba aparejados problemas relacionados con las posibilidades de recuperación de la empresa en

²⁷²ALTÉS TÁRREGA, J.A. *La competencia del Juez del concurso en materia laboral. Una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch “Colección laboral”. 2013. Página 25.

²⁷³GIL FERRO, L. “La Ley Concursal y su afectación sobre el proceso laboral”...*Op. Cit.* Páginas 340 y 341; MERCADER UGUINA, J.R. *Salario y crisis económica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2011. Página 290.

crisis²⁷⁴. La explicación de esta supresión se manifiesta por la predicada posición de igualdad de los acreedores en el procedimiento concursal. De este modo, los trabajadores pasan a formar parte del “sistema de cobro concursal”. En todo caso, la supresión de la ejecución separada laboral se ha querido paliar, en la medida de lo posible, introduciendo a los trabajadores en situaciones de cobro superiores dentro de la prelación de créditos que ordena la Ley Concursal.

Volviendo a los aspectos competenciales que privan a los Jueces de lo Social de adoptar cualquier tipo de ejecución patrimonial, esta prohibición radicaría en la idea de que toda ejecución concursal debe de sustanciarse por un sólo órgano, cumpliendo así con los principios de unidad y universalidad del concurso²⁷⁵. Por lo tanto, desde una perspectiva basada en la *par conditio creditorum* resulta conveniente que a los trabajadores se les considere como al resto de acreedores y no se prevea dentro del concurso la realización de ejecuciones sociales separadas en perjuicio de la masa pasiva.

La interdicción de la ejecución separada también persiste, naturalmente, durante la fase de liquidación de la empresa en concurso. No obstante, pese a esta afirmación tan rotunda, la cuestión no es para nada tan sencilla, sobre todo si pensamos en el supuesto de la satisfacción de créditos contra la masa en esta fase de liquidación. Esto es así porque el artículo 84.4 LC, encargado de regular los créditos contra la masa, expresa que “las

²⁷⁴DESIDENTADO BONETE, A Y LIMÓN LUQUE, M.A. “Aspectos procesales de la Ley Concursal. El concurso y el proceso social”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, (MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2005. Página 36.

²⁷⁵Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 23 de octubre de 2006; En la doctrina científica, HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 124.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos”²⁷⁶. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, vino a aclarar que la ejecución también puede ser administrativa, puesto que con anterioridad a dicha reforma el tenor legal se refería a las ejecuciones en sentido amplio, surgiendo la duda razonable de si solamente pretendía albergar las judiciales o también las administrativas, cuestión que quedó disipada con la referida incorporación. En cualquier caso, la exégesis de este precepto puede dar lugar a dos posibles interpretaciones distintas, una literal y otra sistemática.

Según se desprende de la literalidad del precepto, cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse (separadamente) una vez transcurrida la espera de la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o por el mero transcurso de un año. De seguirse esta disquisición o primera de las tesis, los jueces de lo social podrían dictar ejecuciones laborales y la Tesorería General de la Seguridad Social imponer apremios contra la masa pasiva del concurso con el fin de cobrar sus créditos (entiéndase que sería durante el convenio, liquidación o pasado un año desde la declaración de concurso).

Ahora bien, una interpretación como la referida quedaría corta de miras puesto que resulta preciso poner en valor otros preceptos de la Ley Concursal para dar con la solución jurídicamente más correcta. En concreto,

²⁷⁶ Esta disposición formal tuvo lugar a raíz de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, puesto que con anterioridad a la reforma concursal se contenía en el artículo 154.2 LC.

no debemos desmerecer lo dispuesto por el artículo 8.3 LC y que, como es sabido, otorga la competencia exclusiva y excluyente al Juez del Concurso sobre toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Por lo tanto, predica una competencia que no está circunscrita a ninguna fase del concurso en concreto, sino que alcanza a todas ellas. También nos es conocido el artículo 55.1 LC que prohíbe iniciar ejecuciones separadas una vez declarado el concurso, salvo cuando se den las circunstancias que serán abordadas en el siguiente epígrafe. Junto con ello, el artículo 57.3 LC alusivo a la reanudación de bienes con garantía real responde a la idea de que durante la fase de liquidación haya una única ejecución universal del patrimonio del deudor para que pueda asegurarse el crédito conforme a las reglas legales de preferencia en el cobro, y en este sentido expresa textualmente que: *“abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada”*. Por lo tanto, si nos atenemos a esta interpretación sistemática, cabría asentir que dentro del periodo de liquidación no cabría ejercitar apremios administrativos ni ejecuciones separadas contra el patrimonio del concursado.

A esta última conclusión es a la que llegó recientemente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su sentencia de 12 de diciembre de 2014²⁷⁷

²⁷⁷ STS de 12 de diciembre de 2014, Rec. Casación 2500/2013 (JUR/2015/11021). También existe algún pronunciamiento coetáneo a esta sentencia emitido por algún tribunal menor, como es el caso por ejemplo de la SAP de Álava de 16 de diciembre de 2014, proc.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

donde viene a afirmar con rotundidad que “una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal”. Por lo tanto, lo que deben de hacer los acreedores de créditos contra la masa que persistan durante la liquidación será instar su pago dentro de esta fase según las reglas contempladas en el artículo 154 LC, a las que me referiré en la última parte de este estudio. En este caso, el Tribunal Supremo conoció de un supuesto donde la TGSS llevó a cabo un apremio administrativo para satisfacer sus créditos contra la masa. Por ello, el TS consideró que la TGSS no podía embargar bienes o derechos del deudor concursado siquiera durante la fase de liquidación. En estos casos, si la administración de la Seguridad Social todavía no ha trabado el embargo la acción judicial consistirá en paralizar este apremio y si ya hubiera cobrado algo o todo por esta vía los embargos se entenderán sin efecto y con ello se exigirá que las cantidades se retornen a la masa del concurso, sin perjuicio de que posteriormente se pueda instar al administrador concursal su cobro siguiendo el orden previsto en la normativa concursal. Según la interpretación dada por parte del Supremo en este punto, hay que entender que la prohibición de realizar ejecuciones y apremios no se ciñe a la fase

365/2014 (JUR/2015/38042). En la misma se expresa igualmente que el orden que ha de seguirse en el cobro de las deudas no puede ser alterado utilizando la facultad de ejecución separada de la Administración, puesto que esta se somete a las reglas propias de la ordenación concursal. Puede verse un comentario sobre esta sentencia en TALÉNS VISCONTI, E.E. “La Tesorería General de la Seguridad Social no puede realizar embargos por créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 2014, rec. núm. 2500/2013)”. En *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social* (CEF), números 389-390. 2015; o en MADRAZO LEAL, J. “La ejecución forzosa de los créditos contra la masa: comentario de la sentencia número 711/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 12 de diciembre de 2014”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36. 2015.

común del concurso, sino que también alcanza a la fase de liquidación, pese a las dudas que origina la redacción del artículo 84.4 LC en el supuesto de los créditos devengados contra la masa. Por lo tanto, si nos limitamos a las materias propias de la disciplina del Derecho del Trabajo, podremos afirmar con rotundidad que la Tesorería General de la Seguridad Social no podrá iniciar apremios contra el concursado por los créditos contra la masa, ni mucho menos por aquéllos créditos concursales que reivindique. Asimismo, los Juzgados de lo Social no podrán ejecutar sentencias con contenido patrimonial, tampoco cuando el empresario se encuentre en fase de liquidación, puesto que en todos estos casos los adeudos deberán de efectuarse conforme a la ordenación de créditos dentro del concurso.

Otra cuestión debatida respecto a la ejecución en la fase de liquidación se ha dado respecto a la competencia del órgano judicial encargado de la misma cuando ha mediado la transmisión de una unidad productiva a otra empresa en dicha fase. En concreto, debemos de preguntarnos qué órgano tiene la competencia para resolver una solicitud de ejecución realizada a la empresa adquirente. Un supuesto como el esgrimido se debatió en sede de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en su sentencia de 9 de septiembre de 2014²⁷⁸ en un caso donde un trabajador que tenía una sentencia estimatoria sobre reclamación de cantidad acudió en primera instancia al Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón que dictó auto inhibiéndose por falta de competencia y emplazando al trabajador que hiciera valer su derecho a través del incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil de dicha localidad. El actor reclamó en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia

²⁷⁸ STSJ Comunitat Valenciana de 9 de septiembre de 2014, rec. Suplicación 1650/2014. (JUR/2014/288134).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

dictó sentencia en la fecha antes aludida dando la razón al juzgador *a quo* interpretando que “*si es el Juez del Concurso el que aprueba la liquidación, con todas las características y especialidades de cada caso, y el que puede acordar la no subrogación de la empresa adquirente en deudas de la concursada pendientes con anterioridad a la enajenación (...) la pretensión del demandante (...) no puede prosperar, siendo el trámite a plantear en del incidente concursal ante el juez del concurso, por lo que de haberlo entendido así el auto recurrido procederá su confirmación, previa desestimación del recurso en su contra impuesto*”. No obstante, bajo mi punto de vista la solución alcanzada en este caso por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana debe criticarse por ser errónea jurídicamente. En primer lugar, porque no da razones de peso para sostener la anterior interpretación, puesto que solamente trata los artículos 148 y 149.2 LC –este último es el que otorga potestad al Juez del Concurso para acordar la no subrogación del adquirente de una unidad productiva en la fase de liquidación concursal de las deudas salariales anteriores a la enajenación, asumidas por el FOGASA-. Se alude, sin analizarlo, al artículo 55 LC, y en ningún caso se hace referencia al artículo 8.3 LC. Si atendemos a lo dispuesto por este último precepto podremos deparar que la competencia del Juez del Concurso en materia de ejecución se instituye para conocer frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado. Esta última locución es clave para comprender la correcta resolución sobre estos supuestos, ya que fácilmente se podrá comprender que la competencia de los jueces de lo Mercantil alcanza todas aquellas pretensiones de ejecución que afecten al concursado y sus bienes y no cuando la tutela ejecutiva se recabe de un tercero. Por ello, si la ejecución de la sentencia favorable de reclamación de cantidad del crédito laboral

adeudado con anterioridad al concurso se pretende hacer valer frente al empresario en concurso, claramente la competencia la tendrá el Juez del Concurso, quien deberá de resolver conforme a la ordenación de créditos configurada en la legislación concursal. Pero si el crédito se quiere hacer valer contra la empresa que adquiere la unidad productiva del deudor, al no estar en situación de concurso, la competencia la tendrá notoriamente –y en contra de lo resuelto por el TSJCV- el Juzgado de lo Social, que será quien deberá entrar a dilucidar sobre el fondo del asunto. Podría, en su caso, entrar a conocer también el Juez del Concurso con carácter prejudicial, tal y como permite el artículo 9 LC, puesto que de estimarse la demanda podría devenir una minoración de los créditos debidos por parte del empresario en concurso. En cualquier caso, este pronunciamiento no surtirá efecto fuera del proceso concursal, siendo que la competencia deberá recaer en estos supuestos, tal y como se está aseverando, en el Juzgado de lo Social correspondiente.

Afortunadamente, ya con posterioridad, la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat València cambió su criterio y corrigió el fallo de la sentencia de 9 de septiembre de 2014. En este sentido, emitió un nuevo pronunciamiento con fecha de 5 de febrero de 2015²⁷⁹ mediante la cual se entiende justificado el cambio de posición de la Sala dadas las graves consecuencias ocasionadas por las disfunciones competenciales entre las jurisdicciones civil y social que en el presente caso habían dejado sin resolver la cuestión mediante un pronunciamiento de fondo. El fallo de esta sentencia declaró la competencia para conocer sobre el fondo del asunto a favor del Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón. Los

²⁷⁹ STSJ de la Comunitat Valenciana de 5 de febrero de 2015, Rec. Suplicación 2717/2014 (JUR/2015/92894).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

razonamientos ofrecidos por esta sentencia correctora, son, de un lado, que no se están ejercitando acciones que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo y, de otro lado, que no se busca una ejecución de bienes de la concursada puesto que éstos fueron enajenados y es precisamente a la empresa adquirente a la que se le reclama el pago de los créditos laborales. Por tanto, será el órgano de la jurisdicción que dictó la sentencia que da origen a los créditos –anterior a la declaración de concurso- la que deberá valorar si la empresa sucesora resulta deudora o no del crédito aún no satisfecho (la sentencia aludida recoge el supuesto de que los créditos laborales derivan de una sentencia dictada con anterioridad a la declaración de concurso). Pero esta misma solución es plenamente aplicable también cuando los créditos provienen del auto de extinción dictado por parte del Juez de lo Mercantil en el seno del concurso. Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo, que dicho sea de paso, parece haber cerrado el debate que podía girar en torno a esta cuestión. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014²⁸⁰ resuelve el conflicto de competencia que se da cuando unos trabajadores reclaman de la empresa adquirente la diferencia entre lo abonado por el FOGASA y lo pactado por el ERE Concursal, cuestión que es solventada a favor de la competencia de los órganos del orden jurisdiccional social: *“en definitiva, sean cual sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la*

²⁸⁰ STS (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2014, rec. Casación 1573/2013 (RJ/2014/6149).

jurisdicción social". En fin, con vocación general, cabría sintetizar que el Juez del Concurso carece de competencia para declarar la responsabilidad solidaria de empresas no concursadas con arreglo al artículo 8 LC, afirmación que abre el abanico a otras posibilidades y que no se ceñiría exclusivamente a las cuestiones suscitadas en la fase de liquidación²⁸¹.

Otro de los interrogantes que se presentan en esta sede consiste en determinar quien ostenta la competencia para ejecutar las cantidades consignadas ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia -o el Tribunal Supremo- en caso de que en la instancia se declare la improcedencia de un despido. Como sabemos, el artículo 230.1 LRJS previene que para poder recurrir y siempre que la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad se consigne el importe objeto de la condena. Su ausencia trae como consecuencia que no se tenga por preparado el recurso de suplicación o casación en cuestión, deviniendo firme la resolución y cabiendo únicamente en estos supuestos un escrito de queja ante la Sala que hubiera debido conocer del recurso (artículo 230.4 LRJS). En este orden de cosas, se plantea la duda de cuál es el órgano judicial encargado de hacer efectiva la consignación realizada en sede jurisdiccional social cuando posteriormente la empresa entra en situación de concurso. Sobre el particular entiendo que cabría proyectar dos posibles soluciones. De un lado, si se entiende que la actuación judicial de ordenación del destino de las cantidades consignadas constituye "ejecución" de sentencia, la competencia recaerá, lógicamente, en el Juez del Concurso. De otro lado, si se sostiene que estamos ante una mera transferencia de cantidades para

²⁸¹ *Vid.* AJM San Sebastián de 23 de diciembre de 2015 (JUR/2016/11804), donde lo que se pretende en la demanda de incidente concursal laboral es la condena solidaria de la indemnización a las restantes empresas del grupo, no concursadas.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

materializar una resolución anterior al concurso y no ante una verdadera “ejecución”, esta labor corresponderá hacerla efectiva al Juez de lo Social.

Tras algunas vacilaciones originadas en sede de suplicación fue el Tribunal Supremo el órgano que apostó no hace mucho tiempo y de manera decidida por el acogimiento de la segunda interpretación (STS de 11 de diciembre de 2012²⁸²). Para llegar a esta conclusión basa su argumentación en que la naturaleza jurídica de la consignación de la cantidad objeto de condena ordenada por el juez de instancia en el proceso social cumple una garantía para la percepción de la deuda contraída por las personas o entidades condenadas. Trataría, en suma, de proteger al litigante que debe esperar a la resolución del recurso de suplicación o casación, al mismo tiempo que pretende disuadir al vencido en la instancia de efectuar maniobras dilatorias. En la señalada sentencia se vino a revelar que *“el instituto de la consignación es precisamente una cautela para prevenir y evitar el proceso ejecutivo haciendo disponible de manera inmediata para el litigante que vence en juicio el derecho reconocido”*. De este modo, lo que la Ley Concursal veda, tras una lectura atenta realizada sobre los artículos 8.3 LC y 55 LC es el inicio de ejecuciones singulares una vez declarado el concurso, pero no así el hecho de entregar una cantidad que ya había salido del patrimonio del deudor con anterioridad a dicho momento. Igualmente, como ha apuntado la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de mayo de 2013, que acoge sin fisuras la anterior doctrina emanada por parte del Tribunal Supremo: *“el desino que haya de darse a las cantidades consignadas para recurrir no constituye un acto de ejecución singular que*

²⁸² STS (Sala de lo Social) de 11 de diciembre de 2012, rec. Casación 440/2012 (RJ/2013/1756).

*deba de ser acordado por el Juzgado de lo Mercantil en el procedimiento concursal, sino que su aplicación al cumplimiento de la condena corresponde efectuarla en el procedimiento laboral”*²⁸³. Posteriormente, el Tribunal Supremo también acogió esta misma tesis, extendiéndola a la ejecución del aval solidario permitido por el artículo 230.1 LRJS para sustituir la consignación en metálico (STS de 14 de octubre de 2013²⁸⁴). En este último pronunciamiento, la Sala es plenamente consciente de que la ejecución del aval va a suponer un incremento del pasivo de la concursada, puesto que el avalista se va a convertir en su acreedor. Pero afirma que esta vicisitud no puede justificar la paralización de la ejecución ni tampoco la atribución de la competencia al Juez de lo Mercantil porque *“no existe norma legal que así lo disponga y porque el ejecutante es titular de un crédito reconocido por sentencia cuya efectividad dependía de la firmeza de la misma y estaba garantizada por un aval, gracias al que se había impedido que aquella sentencia ganase firmeza y fuese ejecutada antes de la declaración del concurso”*. Por todo ello, se ha de asentir que las cantidades consignadas para poder plantear recurso de suplicación o casación no van a ser competencia del Juez de lo Mercantil ni, por ende, pasarán a formar parte de la ordenación y calificación de los créditos dentro del concurso, sino que será el propio órgano de la jurisdicción social el que deberá, en su caso, entregar esta cantidad a los trabajadores correspondientes. No estamos, como ha quedado acreditado, ante una ejecución singular iniciada con posterioridad a la declaración del concurso, por lo que no existe precepto concursal que atribuya esta cuestión al conocimiento exclusivo y excluyente del Juez del Concurso. Además, bajo

²⁸³ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de mayo de 2013, rec. suplicación 308/2013 (JUR/2013/318791).

²⁸⁴ STS de 14 de octubre de 2013, rec. Casación 2668/2012 (RJ/2013/7482).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

mi punto de vista, observado desde la posición del concursado, no estaríamos tampoco ante una deuda, en el sentido de que no se trata de una obligación de pago, puesto que dicha cantidad ya ha salido del patrimonio del empresario y se ha depositado en la cuenta de un tercero, en este caso, del correspondiente juzgado. Por su parte, el trabajador es titular de un derecho de cobro reconocido judicialmente y expectante a resultados de lo decidido por el órgano judicial superior, pero que se encuentra en manos de este último, por lo que no deberá clasificarse porque no está entre los débitos pendientes del concursado –en su pasivo-, sino que se encuentra en manos del juzgado de lo social que es quien deberá satisfacer directamente al trabajador en su respectivo momento.

En último lugar, trataré de forma sucinta una de las cuestiones que más incertidumbre presenta en esta sede y que, sorprendentemente, es una de las que menos atención ha recibido. Me estoy refiriendo a si la competencia ejecutiva del Juez del Concurso se extiende tras la aprobación de un Convenio. A simple vista, los artículos que están siendo manejados hasta el momento (8.3 LC y 55 LC) podrían inclinar la balanza hacia una respuesta positiva, en tanto en cuanto determinan la competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso en materia de ejecución y señalan que no podrán iniciarse ejecuciones singulares una vez declarado éste. Sin embargo, este argumento por sí mismo no puede sostener la respuesta que deba de solventar este problema, puesto que el momento en el que concluye la atribución competencial realizada a favor de los juzgados de lo mercantil no se deduce claramente de estos preceptos. El principio de universalidad del concurso también podría favorecer la interpretación de la continuación de la competencia del Juez del Concurso tras la aprobación de un Convenio. Asimismo, existe un razonamiento de peso, aportado por las sentencias del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de enero de 2014²⁸⁵ y de Galicia de 23 de diciembre de 2014²⁸⁶ donde se ha afirmado que, la aprobación del convenio no extingue la situación concursal por sí misma, sino que esta no se produce hasta que concurre alguna de las circunstancias del artículo 176 LC. En este sentido, la desaparición de privilegio de la ejecución separada laboral con el advenimiento de la Ley Concursal es otro de los argumentos que esboza la primera de las sentencias reseñadas, en la cual se asevera que admitir la competencia del orden jurisdiccional social en este punto sería equivalente a interpretar la reavivación de una ejecución separada cuando aún no ha concluido el concurso.

Con todo, a la hora de abordar este problema debemos de tener especialmente en cuenta lo que dispone el artículo 133 LC. Este último expresa que una vez aprobado el convenio cesarán los efectos de la declaración del concurso, excepto aquellos establecidos en el artículo 42 LC. Dentro de estos preceptos se encuentra enmarcado el artículo 55 LC, pudiéndose llegar a interpretar por ello que al cesar los efectos de la declaración del concurso, los acreedores contra la masa podrían interponer ejecuciones separadas para hacer efectivos sus créditos, así como el resto de acreedores según se establezca en el propio convenio²⁸⁷. Sin embargo, esta afirmación deberíamos matizarla para los casos en los que se pretenda ejecutar un crédito contra la masa, puesto que para ello debemos enlazar

²⁸⁵ STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2014, rec. Suplicación. 1661/2013 (PROV/2014/49510).

²⁸⁶ STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2014, rec. Suplicación. 400/2014 (JUR/2015/41603).

²⁸⁷ Esta postura es defendida por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 133”. En *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo II. Cívitas. 2004. Páginas 2216-2218; o ALONSO-MUÑUMER, M. “La eficacia del Convenio”. En *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Y PUETZ, A. Dirs.). Ed. Tecnos. 2012. Página 800.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

también lo dispuesto por el nuevo artículo 84.4 LC, que expresa que deberán ejercitarse ante el Juez del Concurso a través del incidente concursal, no pudiendo iniciarse ejecuciones separadas judiciales o administrativas hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o haya pasado un año desde la declaración del concurso. Por lo tanto, sobre los créditos contra la masa sí que parece que existe una regla específica que vendría a extender la competencia a favor del Juez del Concurso, también tras la aprobación de un Convenio. Recientemente, existen algunos pronunciamientos judiciales que vendría a avalar esta tesis. Por ejemplo, la citada STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2014, donde la parte recurrente pretende que la competencia para la ejecución de sentencia por despido corresponda a la jurisdicción social, puesto que una vez aprobado el Convenio cesan los efectos del concurso, entre ellos también las reglas sobre la competencia. Sin embargo, la señalada sentencia interpreta el artículo 84.4 LC en el sentido de que *“el hecho de haber aprobado el convenio abre la vía de ejecución contra la masa concursal a instancias de la parte pero ante el juez de lo mercantil no ante el juez de lo social”*. Aunque no se refiera a un supuesto de aprobación de convenio, sino de liquidación, la STS de 12 de diciembre de 2014 citada más arriba para otro supuesto, también consideró, interpretando el artículo 84.4 LC que los créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación deben de ejecutarse según las normas propias de la Ley Concursal. Desde la doctrina científica también encontramos opiniones que llegan a esta misma conclusión. Así, por ejemplo, BLASCO PELLICER ha aseverado sin ambages que si el crédito que se reivindica es contra la masa *“la competencia del Juzgado de lo Mercantil parece incuestionable porque en el apartado 4 del artículo 84 de la Ley Concursal se dispone que las acciones relativas a la calificación o al pago de los*

créditos contra la masa se ejercitarán ante el Juez del Concurso por los trámites del incidente concursal”²⁸⁸.

Mayores dudas suscita el tratamiento de los restantes créditos, esta vez, concursales, puesto que si bien contamos con un artículo como el 133.2 LC que ordena cesar los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación de un Convenio, no existe un precepto similar al artículo 84.4 LC, que como sabemos, viene referido exclusivamente para los créditos contra la masa. El problema podría abordarse desde dos interpretaciones distintas: una que apostara por la decadencia de los efectos propios de la declaración del concurso una vez ha sido aprobado un Convenio; y otra que, por el contrario, persista en la idea de que la competencia del Juez del Concurso se mantiene durante este período. A favor de la primera tesis parece decantarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de abril de 2014²⁸⁹ que esgrimió que una vez cesados los efectos del concurso los acreedores con créditos privilegiados podrían ejecutar éstos ante la jurisdicción social, siempre y cuando no hubieran votado a favor del convenio o adherido al mismo, en cuyo caso quedarían afectados por éste (artículo 134.2 LC). Distinta solución parece que deba de alcanzarse sobre los créditos ordinarios, puesto que, tanto los presentes como los ausentes en la votación del convenio, tanto si han votado a favor como en contra, quedan afectados por el contenido del mismo una vez haya sido aprobado por el Juez del Concurso. En este sentido, parece dable pensar que todos los problemas derivados de la falta de cumplimiento del Convenio, en especial,

²⁸⁸ BLASCO PELLICER, A. “La competencia del Juzgado de lo Mercantil sobre la ejecución de créditos laborales tras la aprobación del Convenio. (Comentario de la Sentencia nº 549/2014, de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de enero)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34. 2015. Página 21 (BIB 2014/3851).

²⁸⁹ STSJ de Galicia de 10 de abril de 2012, rec. Suplicación 5761/2012 (PROV 2014/205297).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

por la falta de abono de los créditos laborales, deberían plantearse ante el Juez del Concurso. También sobre los créditos subordinados se produce dicha extensión (art. 134.1 LC). En adición, cabe apuntar que el artículo 140 LC dirige al cauce del incidente concursal todas aquellas pretensiones sobre el incumplimiento del Convenio. La declaración de incumplimiento de convenio traerá como consecuencia la apertura de la fase de liquidación, donde nuevamente la competencia del Juez del Concurso vuelve a brillar en todo su esplendor para conocer sobre cualquier clase de créditos, en nuestro caso laborales.

En síntesis, estamos ante una cuestión que la Ley no afronta directamente y sobre la que no contamos, por el momento, con los suficientes pronunciamientos judiciales ni estudios doctrinales que sistematicen esta problemática. En cualquier caso, atendiendo los argumentos proferidos en los párrafos anteriores, y tomando como base las conclusiones a las que llegó BLASCO PELLICER²⁹⁰ en un reciente estudio publicado en el Anuario de Derecho Concursal, con las que coincido íntegramente, esquematizaré los siguientes escenarios para hacer más visible y entendible la solución propuesta:

a) Respecto a los créditos contra la masa cabe señalar que existe un precepto concursal que parece inclinar la balanza hacía una interpretación jurídica consistente en asentir que los mismos se deberán de ejecutar a través del incidente concursal, naturalmente, ante el Juez de lo Mercantil (artículo 84.4 LC). A este precepto le podemos sumar otros

²⁹⁰ BLASCO PELLICER, A. “La competencia del Juzgado de lo Mercantil sobre la ejecución de créditos laborales tras la aprobación del Convenio. (Comentario de la Sentencia nº 549/2014, de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de enero)”...*Op. Cit.* Página 21 (BIB 2014/3851).

ingredientes, tales como la toma en consideración de algunos principios rectores de la ordenación concursal, entre los que podemos destacar el de unidad de procedimiento, así como por el hecho de que con la aprobación del convenio no se extingue concurso. Además, contamos ya con algún pronunciamiento que directa o indirectamente proporcionaría cobertura judicial y coadyuvaría a avalar esta tesis. Puede verse esta interpretación en algunas sentencias de suplicación recientes, como es el caso de las SSTSJ de Cataluña de 27 de enero de 2014 y de Galicia de 23 de diciembre de ese mismo año. Conjuntamente, también contamos con un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de diciembre de 2014 que, pese a no referirse directamente a estos supuestos, podría servir de fundamento a la tesis aquí defendida.

b) Idéntica solución debe de ofrecerse acerca de la reivindicación de los créditos ordinarios y subordinados, esta vez, no porque exista un pasaje similar al predicado por el artículo 84.4 LC –referido, como sabemos, a los créditos contra la masa-, sino más bien porque todos estos créditos quedan sometidos a lo establecido por el Convenio, tanto si los acreedores que titulen adeudos de esta clase han participado de la votación como si no lo han hecho. Por ello, y puesto que todas las cuestiones suscitadas sobre el cumplimiento del convenio concursal han de plantearse ante el Juez de lo Mercantil, no parece que en este punto quepa lugar a que se produzcan ejecuciones separadas por parte de la jurisdicción social.

c) Distinta respuesta cabría ofrecer respecto de los créditos privilegiados sobre los que, por lo demás, los trabajadores ostentan una amplia participación. Esto es así porque los créditos privilegiados, en principio, no quedan afectados por el contenido del convenio salvo que los acreedores que los reivindiquen se adhieran al mismo expresamente.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

Contamos también con algún pronunciamiento judicial que se ha significado en este mismo sentido²⁹¹. En este punto hay que tener especialmente presente la reforma operada por mor del art. 1.8 del RDL 11/2014, de 5 de septiembre²⁹² (posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo) que introdujo un nuevo apartado dentro del artículo 134 LC, referido precisamente a la extensión del convenio a los acreedores con créditos privilegiados. En este sentido, éstos acreedores quedarán vinculados al contenido del Convenio cuando el 60% de los de su misma clase se hayan adherido a un Convenio firmado por el 50% del pasivo ordinario, pudiendo en estos casos pactarse quitas inferiores o iguales a la mitad del importe o esperas no superiores a 5 años. Por su parte, se requerirá la adhesión del 75% de los créditos privilegiados de su misma clase para aquellos Convenios en los que hubiera votado a su favor el 65% del pasivo ordinario, pudiendo en estos casos pactarse esperas entre 5 y 10 años y quitas superiores a la mitad del crédito. Para comprender el término jurídico “créditos privilegiados de sus misma clase” tenemos que acudir al artículo 94.2 LC, donde el citado RDL 11/2014 clasificó por clases a los créditos privilegiados. En este sentido, a la hora de confeccionar la estructura y contenido de la lista de acreedores, el señalado precepto mandata al administrador concursal que *“los acreedores con privilegio general o especial respectivamente deberán estar incluidos en las siguientes clases”*, pasando a continuación a catalogar cuatro clases distintas.

²⁹¹ Si recordamos...STSJ de Galicia de 10 de abril de 2012, rec. Suplicación 5761/2012 (PROV 2014/205297).

²⁹² RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. BOE, núm. 217, de 6 de septiembre de 2014 (BOE-A-2014-9133), que cristalizó en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015 (BOE-A-2015-5744).

En lo que aquí interesa, cabe esgrimir que una de estas clases será la compuesta por los acreedores de derecho laboral, excepto los vinculados con el personal de alta dirección²⁹³. En lo que en este punto interesa, que es determinar la competencia entre los órdenes jurisdiccionales social y civil se nos plantean dos posibles soluciones, dependiendo, asimismo, de dos situaciones distintas. Por un lado, si por el motivo que fuera los trabajadores que ostenten un crédito privilegiado quedan sometidos al contenido del convenio, bien sea por adhesión voluntaria o por resultar arrastrados por la decisión del resto de créditos privilegiados de la misma clase, cuando se alcancen los porcentajes acabados de anotar, la respuesta será la misma que la ofrecida para los créditos ordinarios y subordinados, por lo que la competencia en ejecución corresponderá al Juez del Concurso. Por otro lado, si por el motivo que fuera, algunos trabajadores quedan al margen del convenio la respuesta será diferente. En este sentido, como el artículo 133.2 LC ordena la cesación de todos los efectos propios de la declaración de concurso, salvo los establecidos en el artículo 42 LC, y a falta de otra previsión específica sobre la que asirnos, considero que en estos supuestos deberían ser los jueces de lo social los sujetos encargados de llevar a cabo la ejecución de tales créditos tras la aprobación judicial del Convenio. Para poder hacer efectiva la ejecución ante Juez de lo Social se ha exigido que los trabajadores presenten algún documento que acredite el reconocimiento de estos créditos –se entiende que por la administración concursal-, así como alguna certificación o documento similar por parte del juzgado donde

²⁹³ El RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas del orden social (BOE núm. 51 de 28 de febrero de 2015, BOE-A-2015-2109), incorporó expresamente en el artículo 94.2 1º LC como acreedores laborales a “*los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1º*”.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

constara que sus créditos no han quedado vinculados por el contenido del convenio²⁹⁴.

En último término, cabe tener presente la previsión contenida en el artículo 123.3 LC en virtud de la cual se expresa que el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios -situación nada infrecuente cuando estamos ante créditos derivados del contrato de trabajo-, se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación. Cabe llamar la atención sobre esta disposición porque, según la interpretación que se está defendiendo desde estas líneas podría darse la circunstancia de que la parte del crédito que entrara dentro del privilegio general corresponda impugnarla ante el Juez de lo Social, mientras que la del crédito ordinario, en su caso, ante el Juez del Concurso, disfunción evidente que obedece a la actual configuración y diseño de la norma en este punto y que sería interesante corregir.

1.1.2. La excepción: la continuación de la ejecución laboral ya iniciada.

La regla general es la que ha sido comentada en el epígrafe anterior consistente en que toda ejecución de contenido patrimonial queda bajo el control del Juez del Concurso (artículo 55.1 LC). Esta norma abriga una excepción que se infiere del propio artículo 55.1 LC. Este precepto continúa su redacción estableciendo que *“hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos*

²⁹⁴ STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2013, rec. Suplicación 1640/2013 (JUR/2014/39961).

de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

De la lectura de este párrafo, que en un primer momento parece un tanto farragoso, podemos extraer los requisitos que deben exhibirse para que el juzgado de lo social de origen pueda dictar ejecución, y que en todo caso deberá estar en tramitación con anterioridad a la declaración de concurso. De esta forma, el primero de los requerimientos consistiría en la presencia de un componente temporal basado en que el concurso no se encuentre en la fase de liquidación, en concreto, que todavía no se haya aprobado el plan de liquidación. El segundo de ellos consiste en que la ejecución tramitada desde el juzgado de lo social debe haber superado el trámite del embargo, es decir, que ya ha de existir una diligencia. En tercer lugar y de forma cumulativa se establece que dicho embargo en ningún caso debe afectar a bienes necesarios para la continuidad del deudor, ya que en caso contrario no se podrá continuar con la ejecución separada. En último lugar, apuntar también que esta diligencia tiene que haberse dictado con anterioridad a la declaración del concurso. La confluencia de todos estos requisitos marcará la posibilidad de que el Juez de lo Social pueda ejecutar la sentencia declarativa dictada con anterioridad a la declaración del concurso. De forma un tanto más didáctica, a grandes rasgos, podríamos determinar la presencia de dos criterios necesarios para interpretar si procede o no dar continuación de la ejecución separada laboral: uno temporal y otro objetivo²⁹⁵. Con todo, una primera aproximación general, me lleva a afirmar que la continuidad de

²⁹⁵Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

una ejecución que revista carácter patrimonial seguirá por la senda procesal laboral cuando con anterioridad a la declaración de concurso se haya realizado el embargo sobre unos bienes que sean innecesarios para la actividad del deudor. Como se va a constatar seguidamente, una primera crítica que podría materializarse sobre el presente precepto concursal consistiría en la vaguedad con la que están configurados los requisitos legales acabados de mencionar que, por lo que, generalmente, será el criterio de los tribunales el que deberá ir perfilando su contenido.

En las siguientes líneas intentaré aportar algo de luz sobre el significado y aplicación práctica de algunos de estos conceptos. En primer lugar, merece la pena precisar que con el uso del término “ejecuciones laborales” la Ley Concursal ha pretendido que la posibilidad de continuar con la ejecución laboral separada pueda abarcar cualquier cuestión que sea susceptible de ser conocida por parte del Juez de lo Social, sin distinción. En este sentido, la norma concursal no realiza ningún tipo de puntualización respecto a las materias laborales concretas (aunque, obviamente éstas tendrían que adquirir cierta relevancia patrimonial, pues de otro modo no resultarían trascendentes para el concurso)²⁹⁶. Respecto al límite temporal que consiste en que ya se haya trabado el embargo, BAJO GARCÍA ha opinado que esta situación supondría una extrapolación al concurso del conocido principio procesal de preferencia procedimental. A grandes rasgos, este principio indica que de existir varias ejecuciones sobre un mismo patrimonio tendría preferencia para llevarlo a cabo el órgano que primero haya trabado el bien. Por este motivo, para poner en liza esta cuestión deberemos de someter a contraste, de un lado, la fecha de la

²⁹⁶ BAJO GARCÍA, I. *Crédito laboral y procedimiento concursal*. Ed. Thomson-Cívitas. 2007. Página 115.

práctica del embargo por parte del tribunal social y, por otro lado, el acto de la tramitación concursal que haya de tomarse como referencia para realizar esta comparación²⁹⁷. En este sentido, para observar el momento en que se consideraría decretado el embargo tendríamos que acudir al artículo 587 LEC donde se indica que el embargo se entenderá realizado desde el momento en que el Secretario Judicial lo decrete, o incluso antes, cuando el ejecutante señale la descripción de algún bien en la diligencia de embargo. Por lo tanto, no se va a exigir que se haya adoptado todavía ninguna medida de garantía, ni mucho menos que se haya dado publicidad de la traba. En todo caso, el momento o fecha tomada sobre el embargo deberá ser anterior a la fecha de declaración de concurso, que actuaría como una suerte de *dies ad quem* en esta comparativa²⁹⁸. No cabe desconocer tampoco la existencia de otra serie de soluciones respecto a las concretas fechas a contrastar, pero la práctica de los tribunales suele normalmente poner en relación la fecha del embargo con la producida por la declaración del concurso²⁹⁹. Bajo mi punto de vista, éstas serían las fechas relevantes para resolver sobre la presente problemática. Por lo tanto, el embargo tiene que haberse iniciado con anterioridad al auto de declaración del concurso para poder ejecutarse separadamente³⁰⁰. Una cuestión que parece bastante difícil que suceda, pero que no obstante podría llegar a producirse, sería el caso de que ambas fechas

²⁹⁷ BAJO GARCÍA, I. *Crédito laboral y procedimiento concursal...Op.Cit.* Página 118.

²⁹⁸ *Vid.* Sobre este aspecto el apartado quinto de este estudio.

²⁹⁹ Por ejemplo, se puede ver en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006 cuando dice que si procede o no la continuación de la ejecución separada el primer requisito, el temporal, supone que el embargo por el juzgado de lo social sea anterior al auto de declaración de concurso. En este sentido, dice que “*no es especialmente problemática su comprobación y aquí concurre, ya que el embargo es de 20/6/2005 y la declaración de concurso el 5/9/2005*”.

³⁰⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J. “Artículo 55”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 574.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

coincidan. En este hipotético supuesto, casi más fruto de la imaginación que de la realidad, se ha resuelto por algún autor aseverando que la solución legal pertinente pasaría por otorgarle prioridad al proceso concursal³⁰¹. Por otro lado, no parece que en esta continuación de la ejecución laboral quepa incluir el denominado embargo preventivo, puesto que la Ley se refiere al embargo que se provea en la ejecución y no así al que se derive de una media cautelar, para el que son de aplicación otros preceptos concursales (en especial, el artículo 8.4 LC).

En segundo lugar, a las anteriores consideraciones temporales se ha de adherir un requisito adyacente, consistente en que el bien embargado no tenga relevancia o no resulte necesario para la continuación de la actividad empresarial. Una primera aproximación sobre este requisito llevaría a considerar que el mismo adolece de una patente inseguridad jurídica, puesto que la norma no describe –ni tampoco da pistas- sobre a qué concretos bienes se está refiriendo, lo que conlleva a que sea la práctica judicial la que colme esta definición. El carácter innecesario para la continuación de la empresa fue interpretado, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de noviembre de 2006 que consideró que no se daba esta nota de necesidad en el embargo de la maquinaria y del pabellón en que se hallaba el centro de trabajo cuando la empresa había cesado en su actividad y despedido a toda la plantilla. Por

³⁰¹ Vid. CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Ed. Thomson-Aranzadi. 2005. Página 124. Este autor se basa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1987 que para el caso de la suspensión de pagos estableció que: “*la coincidencia cronológica entre ambos actos se resuelve a favor del procedimiento judicial tanto si acudimos a la presentación de la solicitud de suspensión de pagos, como si esto no fuera posible, al juego de los principios, pues siendo esencia que la suspensión de pagos produce como efecto la paralización de las acciones individuales, hay que entender que la exclusión de apremios fiscales opera como excepción*”.

ello, decidió levantar la suspensión de la ejecución laboral que había dictado el juzgador *a quo* –el Juez del Concurso-. De esta forma, podríamos converger que la maquinaria o almacén no resultan necesarios para la continuidad empresarial ante la ausencia de empleados que operen en ellos³⁰². Cabría apuntar, asimismo, que el concepto de necesidad puede variar entre una empresa y otra dependiendo de la situación concreta de cada una. Además, el carácter de “necesario” no es un concepto perenne o inmutable, puesto que también puede variar con el tiempo, siendo que, lo que sea “necesario” en un momento dado no tiene por qué serlo en otro. Este carácter cambiante del concepto de necesidad debería suponer, según ha opinado BAJO GARCÍA, que una vez perdido el perfil de bien necesario, con el tiempo, se pueda reanudar el bien embargado con anterioridad al concurso, es decir, ya no existirían trabas que impidieran la continuación de la ejecución separada laboral³⁰³. Estaríamos, por ende, ante una cuestión de

³⁰² Sentencia extraída de los anexos de la obra de DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Un guía práctica para laboristas... Op. Cit.* Se expresa en la citada sentencia los siguiente: “*En el presente caso, en la ejecución cuya continuación pretenden los recurrentes, se han embargado bienes directamente vinculados a la actividad industrial –pabellón en el que se halla el centro de trabajo y maquinaria-, aunque dicha actividad haya cesado por la extinción de los contratos de toda la plantilla. Sin embargo, no puede afirmarse ya que los bienes trabajos resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la empresa, puesto que ésta no existe ya. La previsión del precitado artículo 55.1 Ley Concursal pretende facilitar la ejecución conjunta de todos los créditos existentes de las ejecuciones laborales en las condiciones indicadas. Condiciones que en el presente caso han de entenderse concurrentes, pues la pretensión legal de preservar los bienes afectos a la actividad carece de sentido cuando esta ha cesado en un supuesto como el que nos ocupa, ya que ello no aporta una especial protección al resto de acreedores cuyo interés en la continuidad empresarial o profesional del deudor sería claro. En consecuencia, no hay razón alguna para evitar la ejecución separada, correspondiendo alzar la suspensión de la ejecución, sin perjuicio de que la jurisdicción social haya de seguir, en la fase de ejecución, los principios y normas de la Ley 22/3003, particularmente lo previsto en sus artículos 89 a 93, por lo que se estimará el recurso y se revocará la resolución de la instancia”.*

³⁰³ BAJO GARCÍA, I. *Crédito laboral y proceso concursal... Op. Cit.* Página 124.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

hecho en la que habría que estar al caso concreto para decidir cuando se cumple o no este requisito. En todo caso, debido a que la ejecución separada es una medida excepcional considero que debería de interpretarse de una forma estricta, puesto que, al fin y al cabo con esta opción se estaría perjudicando a la masa pasiva del concurso³⁰⁴. Lo que sí que me parece claro, a la luz de la doctrina judicial examinada, es que, cuando la actividad de la empresa cesa, bien con anterioridad o bien durante la tramitación del concurso, va a ser difícil que pueda cumplirse el requisito de que el bien sirva para la continuidad de la actividad de la empresa. Por consiguiente, cuando no hay movimiento en la empresa, es decir, cuando no hay actividad, los embargos van a poder ser ejecutados por el Juez de lo Social que estuviera conociendo de la acción declarativa (si cumplen, obviamente, con el resto de consideraciones que aquí se están disertando). Se daría en estos últimos supuestos una suerte de pérdida sobrevenida sobre la necesidad de unos bienes que en otras circunstancias sí que podrían formar parte del desarrollo de la actividad empresarial. En otro orden de cosas, cabría añadir que, como se ha señalado por alguna resolución judicial, el carácter necesario de un bien deberá probarlo quien lo alega³⁰⁵.

Dejando de lado los distintos interrogantes relativos a la regla general y excepción sobre el proceso de ejecución, merece un ligero comentario lo dispuesto por el artículo 240.1 LRJS que establece que: *“quienes, sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o*

³⁰⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006. Continúa diciendo que la necesidad debe entenderse en un sentido amplio pero sin que lo sea tanto que no se pueda encontrar supuestos no encuadrados en el mismo.

³⁰⁵ SAP de Zaragoza de 9 de mayo de 2008.

interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten". Una interpretación amplia del precepto transcrito nos llevaría a considerar que en el concurso de acreedores el administrador concursal podría intervenir o ser parte en el proceso ejecutivo ya que, de lo que no cabe duda sería del hecho de que éste ostenta un interés en el mismo o, incluso puede que un derecho, si consideramos que al suplantar las facultades organizativas del deudor es considerado como empresario. En este mismo sentido, se ha subrayado por ALTÉS TÁRREGA que en el caso de los procesos de ejecución tramitados ante el Juez de lo Social cabría la posibilidad de que la administración concursal intervenga mostrando su disconformidad o alegando lo que estime oportuno en este proceso³⁰⁶.

También sería interesante destacar las posibilidades que en este punto despliega la tercería de mejor derecho, es decir, cuando un tercero entra en un proceso en trámite alegando que ostenta un derecho prioritario sobre el objeto litigioso. En este sentido, considero que dentro de la ordenación crediticia del concurso no cabría espacio para estas tercerías, ya que este procedimiento establece una serie de prelaciones *ex lege*. Sin embargo, puede suceder que ante una ejecución laboral separada otro acreedor pretenda realizar frente a ésta una tercería de mejor derecho, invocando que su crédito tiene preferencia frente al del trabajador. Quizá no resulte muy adecuado que se permitiera a un acreedor ejercitar una acción ejecutiva separada cuando por Ley no tiene esa posibilidad. Por ello, no parece posible que pueda obtenerse el crédito por esta vía. Para dar solución

³⁰⁶ ALTÉS TÁRREGA, J.A. *La competencia del juez del concurso en materia laboral...Op. Cit.* Páginas 28 y 29.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

a estos casos se ha apuntado desde la doctrina que sería viable que la solución pasara por considerar que el acreedor que realiza la tercería va a conseguir la sujeción de los bienes, es decir, que si se acredita su mejor derecho podría conseguir una suerte de enervación de la ejecución separada laboral³⁰⁷. Para concluir con este punto, cabría añadir que esta potencial “tercería” podría realizarse incluso por el administrador concursal³⁰⁸.

El último apunte consistirá en debatir quien es el órgano judicial competente para decidir si un concreto bien es o no necesario para la continuación con la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta función podría desarrollarla el propio Juez de lo Social que ha dictado la sentencia declarativa³⁰⁹, o bien entrar dentro de las competencias del Juez del Concurso³¹⁰. Algunos pronunciamientos judiciales se han postulado a favor de esta segunda opción³¹¹. El Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Jurisdicción), en su sentencia de 22 de diciembre de 2006³¹², se posicionó

³⁰⁷ Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J. “Artículo 55”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 578; CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal...Op. Cit.* Página 125.

³⁰⁸ BAJO GARCÍA, I. “Empresa en situación de concurso: ¿un derecho especial del trabajo?”. En *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo. IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (LÓPEZ GANDÍA, J. Y BLASCO PELLICER, A. Coords.). Ed. Tirant lo Blanch. 2010. Página 317.

³⁰⁹ A favor de esta opción: VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Incompetencia del Juzgado de lo Social para ejecutar sentencia de despido dictada frente a la empresa concursada”... *Op. Cit.* Página 4 (BIB 2008/3029), para quien debe ser el propio Juez de lo Social quien determine si los bienes ya embargados resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor.

³¹⁰ A favor de esta segunda opción: MARÍN LÓPEZ, M. “Artículo 55”... *Op. Cit.* Páginas 582 y 53; o GONZÁLEZ, C. “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad del deudor declarado en concurso”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6. 2010. Páginas 10 y 11 (BIB 2010/1622); LAHUERTA BELLIDO, M^a.I. “Las suspensión de los embargos trabados en el proceso laboral (art. 55 Ley Concursal). En *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178. 2015. Páginas 133 y 134.

³¹¹ Por ejemplo, Autos de los Juzgados de lo Mercantil de Málaga de 22 de julio de 2005 (AC/2005/1249) o Santander de 4 de marzo de 2008 (PROV/2009/84447). STSJ (Sala de lo Social) de Madrid de 30 de abril de 2012, núm. 412/2012 (AS/2012/2187).

³¹² STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción) de 22 de diciembre de 2006 (RJ/2007/8690).

aclarando que el Juez del Concurso es el órgano competente para declarar la necesidad de un bien, aunque aquí la ejecución no se discutía acerca de un Juzgado de lo Social, sino de una administración pública. Señaló el TS que *“cuando en un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso”*. De esta forma, ha de ser el órgano jurisdiccional, en este caso el Juez del Concurso, el que debe decidir si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende realizar el embargo son o no necesarios para la continuación de la actividad del concursado. Así, si la declaración judicial es negativa, la administración u órgano judicial de origen recupera sus facultades de ejecución. Por su parte, si es positiva y se declara que los bienes son necesarios para la continuación de la actividad éstos perderán su competencia, que recaerá en la esfera del concurso. Incluso, la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo ha llegado a interpretar que en los casos en los que los bienes no sean aparentemente necesarios para la actividad –por constar la baja en la Seguridad Social de todos los trabajadores de la empresa-, en este caso la TGSS no podría realizar separadamente un embargo, puesto que el Juez del Concurso es el encargado de decidir si, efectivamente, los bienes son necesarios o no para la continuidad de la empresa. Por lo tanto, esta cuestión *“no puede ser decidida unilateralmente por la Tesorería”*, precisándose la intervención del Juez del Concurso³¹³. Finalmente, el legislador se hizo eco de esta interpretación y a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se incorporó un nuevo apartado quinto en el artículo 56 LC que establece que el Juez del Concurso es el órgano encargado de pronunciarse sobre la necesidad o no

³¹³ STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción) de 22 de junio de 2009 (RJ/2010/1980).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

de un bien. Posteriormente, el RD-Ley 4/2014, de 7 marzo (subsiguiente Ley 17/2014, de 30 de septiembre) aligeró el texto y en estos momentos el artículo 56.5 LC expresa lo siguiente: “*a los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*”³¹⁴. En fin, la competencia para decidir sobre si un concreto bien es necesario o no para la continuación de la actividad corresponderá al Juez del Concurso. El predicado principio de universalidad del concurso y el conocimiento que este órgano despliega sobre la situación global de la empresa, así lo parecen justificar³¹⁵. A lo que podríamos añadir que la jurisdicción del Juez del Concurso es exclusiva y excluyente para conocer sobre “*toda ejecución frente a los bienes y derechos de carácter patrimonial*” y “*cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado*” (artículo 8.3 LC). Unido, claro está, a la previsión expresa sobre el particular establecida en el citado artículo 56.5 LC.

2. La tutela cautelar.

El artículo 8 de la Ley Concursal también reserva la competencia *exclusiva y excluyente* del Juez del Concurso para conocer sobre toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado. Concretamente, es su apartado cuarto es el que se encarga de regular esta cuestión. Con ello,

³¹⁴ Se ubica sistemáticamente en el artículo 56 LC cuyo título es “la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas”, pero de forma notoria queda claro que se refiere también a al artículo anterior -55 LC-, que es el que interesa en este análisis.

³¹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ, C. “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad del deudor declarado en concurso”...*Op. Cit.* Página 10 (BIB 2010/1622).

tanto el artículo 8.4 LC como el 86.4 *ter* LOPJ establecen textualmente que el Juez del Concurso tiene la competencia sobre “*toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1 de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso*”. Como sucedía para el caso de la tutela ejecutiva las medidas cautelares también han de contar con la concurrencia de un elemento de patrimonialidad para entender trasferida la competencia a favor del Juez del Concurso. Así, del mismo modo que lo que sucede con el artículo 8.3 LC, el precepto acabado de transcribir regula la competencia del Juez Mercantil con una marcada vaguedad y amplitud. En este sentido, podría convenirse que el carácter patrimonial del embargo preventivo se dará cuando afecte a la masa pasiva del concurso, por lo que entrarían dentro de las competencias del Juez del Concurso todas aquellas que supongan una disminución del activo de la empresa. *A sensu contrario* una medida cautelar de carácter no patrimonial va a poder ser adoptada por el juez de origen, es decir, en correlación con este estudio, por parte del Juez de lo Social. Esta *ratio legis*, en principio, es la misma que la utilizada para explicar la tutela ejecutiva, es decir, evitar que por esta vía salgan bienes que puedan perjudicar los intereses de los acreedores, en consonancia con los principios de procedimiento único y universal que guían esta institución. Así, en consonancia con el principio de unidad que gobierna el proceso concursal y con lo dispuesto por el artículo 8.3 LC sobre tutela ejecutiva, resulta del todo lógico que una decisión cautelar que afecte al patrimonio

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

del deudor sea resuelta por parte del Juez del Concurso, en vez de su juez natural.

El artículo 8.4 LC excepciona el conocimiento del Juez del Concurso sobre las cuestiones cautelares referidas a las materias relacionadas con la capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Situación del todo lógica y quizás innecesaria puesto que el propio artículo 8, en su apartado primero, excluye de las competencias del Juez del Concurso en fase declarativa estas mismas materias. Lo que resulta verdaderamente interesante para los objetivos de este estudio es que el artículo 8.4 LC es omnicompreensivo y alberga en su seno cualquier materia que presente un ingrediente patrimonial, lo que supone que el factor laboral va a quedar dentro de las exigencias establecidas en el mismo. Por ello, las medidas cautelares suscitadas en un proceso laboral que contengan una repercusión patrimonial para el deudor van a tener que debatirse ante el Juez de lo Mercantil encargado del concurso.

En el ámbito laboral, la medida cautelar típica que lleva aprestada contenido patrimonial es la del embargo preventivo³¹⁶. Éste supone la afección de uno o varios bienes para la consecución de la efectividad de una posterior sentencia. En consecuencia, tiene un carácter instrumental o fungible, en el sentido de que se encuentra subordinado a la pendencia de un proceso principal y a la cuestión en el mismo se discuta³¹⁷. Aquí no se

³¹⁶ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 69. BLASCO PELLICER llegó a aseverar que “*el embargo preventivo constituye la medida cautelar por excelencia en el proceso laboral*”. En BLASCO PELLICER, A. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Ed. Civitas. “Estudios de Derecho Laboral”. 1996. Página 79.

³¹⁷ Así, BLASCO PELLICER, A. *Las medidas cautelares en el proceso laboral...Op. Cit.* Página 81.

va a subastar lo embargado, como así sucede en el caso de la tutela ejecutiva, sino que, más bien, el objetivo de la traba consiste en sujetar una serie de bienes para asegurar una futura ejecución. No se trata, entonces, de realizar los bienes y proceder al pago, sino afectarlos al eventual resultado del proceso cuando este sea condenatorio. Para poder retener cautelarmente algunos haberes se van a tener que dar los principios básicos que se predicán en esta sede, es decir, el peligro de que pueda verse mermada la pretensión interpuesta (*periculum in mora*) y que, además, la parte solicitante de estas medidas plantee una pretensión aparentemente con posibilidades de éxito (*fumus boni iuris*). En lo que aquí interesa, cabe aducir que desde el momento en que estos bienes quedan embargados preventivamente afectan en mayor o menor intensidad a la masa pasiva del concurso, ya que sobre éstos no van a poder disponer el deudor ni el administrador concursal. Como estas medidas van a afectar a la masa del concurso resulta conveniente que sea el órgano instructor de este procedimiento el que conozca sobre tales embargos preventivos, es decir, el Juez del Concurso. En los siguientes epígrafes se examinarán tres diversos escenarios o diferentes situaciones por medio de las cuales se va a intentar ilustrar el alcance jurídico de este artículo 8.4 LC.

2.1. Medidas cautelares llevadas a cabo con anterioridad a la declaración del concurso.

La primera de las situaciones que nos podemos encontrar es la solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la declaración del concurso. En estos casos no va a existir ningún inconveniente en que el embargo preventivo sea adoptado por parte del Juez de lo Social, tanto si la

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

medida cautelar tiene carácter patrimonial o no, puesto que cualquier medida, sea del tipo que sea, debería ser adoptada desde el juzgado que esté conociendo del proceso. Por lo tanto, en estos supuestos se deberán de contemplar en todo caso las reglas contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La solicitud de declaración de concurso por parte de uno o varios acreedores, o por parte del propio empresario no va a suponer una transmisión de esta competencia. Resulta del todo lógico que el Juez del Concurso no asuma la competencia sobre las medidas cautelares en estos supuestos, ya que, incluso, podría darse que finalmente el concurso, por la razón que fuere, no llegue a declararse. Por lo tanto, todo embargo preventivo instado con anterioridad al auto de declaración del concurso va a ser atendido desde los juzgados de lo social. En este sentido, la mera solicitud de concurso no sólo no va a suponer ningún cambio competencial, sino que tampoco va a implicar la suspensión de la medida cautelar laboral. Quizá podría resultar técnicamente adecuado que cuando algún sujeto legitimado solicite la declaración de concurso se optase por suspender la adopción de medidas cautelares hasta su conclusión. De este modo, si el proceso concluyese mediante el auto declarativo del concurso la medida cautelar debería pasar a ventilarse por el Juez Mercantil, mientras que, si este terminara por no declararse retomaría la competencia su juez natural. Sin embargo, esta opción tendría que rechazarse desde la practicidad de este tipo de medidas, puesto que si el objetivo primordial de la tutela cautelar es asegurar el cumplimiento futuro de una sentencia condenatoria no sería aconsejable demorarla y dejarla en suspenso, todo ello pese a fuera deseable que una concreta medida cautelar tuviera que acordarse por parte del Juez del Concurso en tanto en cuanto afectara al patrimonio del empresario, pues

su propia concepción como instrumento de adopción anticipada pondría la balanza del lado de la celeridad.

2.2. Medidas cautelares destinadas a preservar el propio concurso.

Otro momento posible para poder instar la adopción de medidas cautelares va a surgir dentro de propio procedimiento de declaración del concurso. De este modo, también puede suceder que a la hora de solicitar el concurso alguien pretenda que se adopten medidas cautelares para conseguir y asegurar la propia declaración del concurso. Naturalmente, éstas podrían aparecer cuando el concurso fuera necesario, es decir, cuando sea solicitado por uno o varios acreedores, puesto que para el caso de solicitud realizada por el propio empresario deudor carecería de sentido este aseguramiento. Por tanto, el objetivo perseguido por este tipo de medidas es el de asegurar que finalmente se llegue a declarar el concurso. La propia normativa concursal regula esta situación en su artículo 17 LC³¹⁸. Como su objetivo primordial va a ser la persecución del aseguramiento del patrimonio del deudor, la competencia ya recae dentro de la jurisdicción *exclusiva y excluyente* del Juez Mercantil conecedor del concurso. De esta situación da cuenta el propio artículo 8.1 LC *in fine* cuando establece que el juez del concurso “*también conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley*”, precisión que ha sido tildada de redundante por

³¹⁸ Por ejemplo, aunque no sea objeto de tratamiento en este estudio, la ley concursal también contempla en su seno otro particular embargo, como es el caso del embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, se la sociedad concursada (artículo 48 ter LC).

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

parte la doctrina³¹⁹. Todo ello sobre la base de que el artículo 8.4 LC disciplina la competencia del Juez del Concurso para conocer de aquellas medidas cautelares que afecten al patrimonio del deudor. Por lo tanto, ya se contiene un mandato expreso sobre tutela cautelar en el cual ya se entendería intrínseco lo dispuesto en el artículo 17.1 LC, sin necesidad de que tenga que aparecer reflejado de igual forma en el apartado primero del artículo 8 LC. Como posibles y más que probables acreedores de la empresa deudora nada obsta a que los trabajadores puedan solicitar el concurso y junto con él, como no, también la tutela cautelar contenida en el artículo 17 LC, cuya jurisdicción, como se ha indicado recaerá siempre y en todo caso en el Juez Mercantil conocedor del concurso³²⁰.

2.3. Medias cautelares tras la declaración del concurso.

La idea general que merece la pena destacar en este apartado es que una vez declarado el concurso de acreedores la competencia para conocer sobre las medidas cautelares va a residir en el Juzgado de lo Mercantil que instruye el concurso. Como se comentó en otro apartado anterior, la competencia declarativa sobre materias que no recaigan dentro de la jurisdicción *exclusiva* y *excluyente* del Juez del Concurso, va a seguir residiendo en el Juez de lo Social, situación que perdura hasta la firmeza de la sentencia. Sin embargo, si durante el *íter* procedimental se promueve la adopción de medidas cautelares, la competencia dejará de ser del Juez

³¹⁹ En particular, por HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 128.

³²⁰ Extensamente sobre este asunto véase la obra de ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Páginas 15-40.

Laboral y caerá en favor del Juez del Concurso³²¹. Según VEGAS TORRES esta solución resulta acertada desde la óptica de que las medidas cautelares van destinadas, con carácter general, a asegurar una futura ejecución y las ejecuciones quedan ordinariamente bajo la competencia del Juez del Concurso³²². Por esta razón, este mismo autor considera que hubiera sido más apropiado establecer para las medidas cautelares el mismo régimen que el previsto para las medidas ejecutivas, extremo que, como acto seguido se va a tener ocasión de apreciar, no ha sido exactamente así. Esta diferencia radica en que la Ley Concursal no contempla para el caso de la tutela cautelar una norma similar a la contenida en el artículo 55 LC para el supuesto de las ejecuciones singulares. Como se comentó al tratar la tutela ejecutiva, la normativa concursal ha contemplado una excepción mediante la cual el Juez de lo Social puede proseguir con la ejecución laboral. Sobre este aspecto señaló MOLINER TAMBORERO que como el embargo preventivo es diferente al embargo ejecutivo no se le podría aplicar esta regulación contemplada en el artículo 55 LC³²³. Bajo mi de vista, resultaría más adecuada la opción defendida por el primero de estos autores, pues considerando adecuado el hecho de que el embargo preventivo y ejecutivo presentan objetos diferentes, no entiendo la diferencia de trato competencial dado entre uno y otro supuesto. Aunque distintos, no dejan de estar conectados entre sí desde el momento en que para determinados procesos es necesario practicar un embargo preventivo para que pueda desarrollarse eficazmente el posterior incidente ejecutivo. Por ello, si la Ley Concursal

³²¹ Vid. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 152.

³²² VEGAS TORRES, J. “Aspectos procesales del concurso”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales...Op. Cit.* Página 104.

³²³ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 69.

Capítulo III. La Competencia del Juez Mercantil en materia laboral

ha permitido que la ejecución que reúna ciertos requisitos pueda adoptarse por el propio Juez de lo Social, *ad maiore ad minus* debería de haberse contemplado una situación similar para la adopción de medidas cautelares, ya que esta última es, por lo demás, menos lesiva para la masa pasiva. Por lo tanto, como mínimo, se tendría que haber observado para la tutela cautelar una situación similar a la de ejecución, como así se contempla en los artículos 8.3 y 8.4 LC.

2.4. Recursos frente a la medida cautelar.

Aunque más adelante se retomará en profundidad el tema de los recursos, en este preciso instante sería conveniente adelantar que para el caso de las medidas cautelares no existe ningún precepto relativo sobre esta circunstancia, salvo para aquéllas interpuestas en el procedimiento de solicitud de concurso para asegurar la declaración del mismo, donde el artículo 20.2 LC dispone que se podrá plantear recurso de reposición. Por su parte, el recurso de apelación cabrá en caso de admitirse o denegarse finalmente la solicitud de concurso. Por lo tanto, una primera respuesta pasaría por aplicar esta solución para el resto de medidas cautelares y con ello, en materia civil cabría interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial competente. Por el contrario, en materia laboral podemos traer a colación el artículo 191 LRJS, para las medidas cautelares tomadas “extraconcurzalmente” donde no se contempla la posibilidad recurso frente a un embargo preventivo. No obstante, existe alguna doctrina que opina que habría que entender que una medida cautelar laboral adoptada por parte del Juez del Concurso tendría expedita la vía del recurso de

suplicación³²⁴. La explicación de esta última interpretación vendría dada porque sobre estas medidas decidiría el Juez del Concurso según las reglas del incidente laboral, siendo que, el artículo 197.7 LC contempla que contra lo resuelto por medio de estos incidentes cabría interponer recurso de suplicación.

³²⁴ MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Páginas 69 y 70.

CAPÍTULO IV. LAS MEDIDAS LABORALES EN EL CONCURSO

I. Las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones colectivas del contrato de trabajo.

1. Medidas de ajuste laboral en el concurso de acreedores: el expediente judicial de regulación de empleo.

Como se ha podido observar con lo examinado hasta este momento el Juez del Concurso tiene la competencia para conocer sobre las medidas laborales de ajuste de plantilla de carácter colectivo -extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales de contrato- cuando la empresa está inmersa en un proceso concursal. El artículo 64 LC -que lleva por título “contratos de trabajo”- viene a ser el precepto encargado de diseñar -a partir de su segundo apartado- el procedimiento de adopción de las citadas medidas laborales en el seno del concurso. En este sentido, el 64 LC se erige en el precepto central ante el cual han de dirigirse aquellos operadores jurídicos interesados en tramitar un expediente judicial de regulación una vez la empresa ha sido declarada en concurso. Como sabemos, el primer apartado de este artículo viene a complementar en cierta medida lo dispuesto por los artículos 86 *ter* LOPJ y 8.2 LC en materia de atribución de competencias al Juez del Concurso, puesto que contiene la *vis attractiva* a favor de este órgano para los casos en que la declaración del concurso se dicte mientras se está tramitando un procedimiento de extinción, suspensión o modificación sustancial de contratos de trabajo. Por su parte, el apartado décimo de este artículo se encarga de reglar las solicitudes judiciales realizadas por parte de los propios trabajadores con el propósito de extinguir

su contrato de trabajo con base a las posibilidades que ofrece sobre el particular el artículo 50 ET, es decir, por causas imputables al empresario. La Reforma Concursal del año 2011 produjo un profundo cambio sobre el régimen jurídico del artículo 64.10 LC, pues con anterioridad, cuando se superaban determinados umbrales estas cuestiones se incluían dentro de la órbita del Juez del Concurso, empleándose para ello el procedimiento establecido en el propio artículo 64 LC. En este sentido, a partir del 1 de enero de 2012 (entrada en vigor de la Ley 38/2011) se abandonó este primigenio sistema y a día de hoy las únicas medidas laborales que se rigen por el procedimiento del expediente judicial de regulación de empleo son las ya mencionadas medidas de ajuste de plantilla, todas ellas de carácter colectivo.

En último término, el apartado undécimo de este precepto esconde una cláusula de cierre sobre la sistemática del ERE Concursal que consiste en la remisión efectuada hacia la normativa laboral para suplir las lagunas existentes en el propio artículo 64 LC. Por consiguiente, salvo los apartados primero y décimo, los restantes números del citado precepto tratan de reglar las vicisitudes especiales del expediente judicial de regulación de empleo. De este modo, la Ley Concursal sistematiza una regulación *iustlaboral* de carácter especial, puesto que acomoda la ordenación de una serie de medidas típicamente relacionadas con el Derecho del Trabajo en una norma de corte civil-mercantil.

En su redacción originaria el procedimiento diseñado en el artículo 64 LC presentaba evidentes simetrías con los expedientes de regulación de empleo laborales, desaparecidos recientemente tras la promulgación de la

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Ley 3/2012, de 6 de julio³²⁵. En concreto, el legislador concursal se fijó claramente en el expediente avistado en aquel tiempo por el artículo 51 ET, referido a las extinciones colectivas de contratos de trabajo, y lo extendió también al resto de medidas laborales cuyo conocimiento recae bajo la *vis atractiva* del Juez del Concurso. En este sentido, el artículo 64 LC vino a instaurar el mismo procedimiento, tanto si la medida pretendida era un despido colectivo, como una o varias suspensiones de contrato, así como también para las modificaciones sustanciales de contrato, para las que, no obstante, se preveían algunas ligeras particularidades en su apartado noveno.

Posteriormente, se acometió la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a través de la conocida Ley 38/2011, de 10 de octubre, mediante la cual se modificaron algunos aspectos del procedimiento diseñado en el artículo 64 LC, cuya razón principal fue, según su Exposición de Motivos, la de pretender adaptarse a las novedades impuestas por mor de la Reforma Laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. No se ha hecho lo propio con la Reforma Laboral realizada por Ley 3/2012, de 6 de julio, cuya ruptura con el sistema anterior es indudable y por ello las evidentes simetrías que existían entre el procedimiento del artículo 64 LC respecto del contemplado por el artículo 51 ET (se llegó a decir también que el primero era un espejo de este último) se han convertido en la actualidad en axiomáticas asimetrías, que han dejado un complejo juego interpretativo entra ambas legislaciones.

³²⁵MERCADER UGUINA, J. R. “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31. 2014. Página 5 (BIB 2013/2572).

En este preciso instante podría visualizarse el desarrollo del procedimiento de ERE Concursal de una forma sencilla si lo dividimos en varias fases. En este sentido, seguiré el esquema propuesto por MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE Y PÉREZ CAMPOS quienes segmentan la tramitación en 3 grandes fases³²⁶:

-La primera consistiría en la solicitud de modificación sustancial, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo. Sería, por ende, una fase impulsada por las partes con el designio de dar comienzo a un proceso judicial ante el Juez del Concurso.

-La segunda coincidiría propiamente con la intervención judicial, que a su vez podría subdividirse en dos momentos diferentes: el primero gravita en la obligación por parte del Juez de abrir un periodo de consultas, así como por la posterior recepción de un informe emitido desde la Autoridad Laboral; el segundo corresponde con una intervención judicial activa consistente bien en ratificar las medidas propuestas o bien en denegarlas.

-La tercera y última fase correspondería con las posibilidades que se abren para recurrir el auto dictado por parte el Juez del Concurso y que en esta sede van a presentar dos vías diferentes según el alcance individual o colectivo de su objeto, ante dos jurisdicciones distintas.

³²⁶ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones extintivas y modificativas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 368.

2. El factor temporal en la competencia del juez del concurso en materia laboral: el momento oportuno para solicitar medidas de ajuste de plantilla.

2.1. El cambio producido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo.

Uno de los textos que primeramente repercutió sobre la normativa concursal fue el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal³²⁷. Como primer aserto cabe recordar que esta reforma no fue generalizada y de ello dio cuenta su preámbulo cuando esgrimió: “*sin perjuicio de que en el futuro sea necesario revisar en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis (...)*”. El RDL 3/2009 tan sólo afectó a ciertos preceptos concretos de la Ley Concursal, sin suponer una revisión genérica sobre la citada norma. Ya en la génesis de la crisis económica de nuestro país, que se sitúa alrededor del año 2009 -o incluso antes-, el legislador español ya se hacía eco de una situación que parecía desbordar, fruto de las numerosas empresas que entraban en situación concursal y vino a pronosticar la necesidad de cubrir una reforma concursal de mayor calado, que llegó, como es sabido, un par de años más tarde (en octubre de 2011). Debido a la urgencia y al instrumento jurídico utilizado (un Real Decreto-Ley) en esta primera impronta se dejaron sin acometer muchos de los problemas jurídicos estructurales que venían advirtiéndose y que se dejaron para una revisión más reposada.

³²⁷ Pueden verse las modificaciones producidas por esta Ley en la concreta materia laboral, por ejemplo, en FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11. 2009.

Entre las reformas suscitadas en materia laboral se optó por la incorporación de algunas medidas aclaratorias y otra serie de cambios, pero sin abandonar en ningún momento el criterio de unidad jurisdiccional del Juez del Concurso³²⁸. Lo que interesa destacar en este momento coincide con el cambio producido por este RDL sobre el momento temporal en el cual se considera atribuida la competencia del Juez del Concurso en materia laboral o, si se quiere ver desde otra perspectiva, a partir de qué momento se pueden solicitar las medidas de ajuste laboral ante el Juez de lo Mercantil. En este sentido, si el artículo 64.1 LC rezaba, en su origen, que “*los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la **solicitud de declaración de concurso**, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo*”, tras la promulgación del citado RDL se pasó a indicar que “*los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, **una vez declarado el concurso**, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo*”. Sin duda, este cambio resaltado en letra negrita es de suma importancia para el sistema de competencias a favor del Juez de lo Mercantil, puesto que entre la solicitud del concurso y su declaración final transita un lapso de tiempo lo suficientemente abultado como para que una acción cuya competencia *exclusiva* y *excluyente* está residenciada en este órgano pueda seguir su curso natural o bien tramitarse por la vía del artículo 64 LC. De esta suerte, entre la solicitud del concurso y su posterior declaración pueden ocurrir

³²⁸ GÓMEZ MARTÍN, F. *Comentarios a la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal*. Ed. Aranzadi. 2010. Página 27.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

diversas circunstancias, como por ejemplo, que se presente declinatoria, que se pidan medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso, que se plantee o no oposición por parte del deudor con la subsiguiente vista oral, que se dé la acumulación con otras solicitudes etc. Todas estas vicisitudes pueden dilatar la tramitación de la declaración de concurso, por lo que el cambio sobre el momento temporal oportuno para solicitar ante el Juez de lo Mercantil medidas de ajuste laboral no fue baladí³²⁹.

Por lo general, esta ampliación temporal beneficia al orden jurisdiccional social, ya que se va a mantener su competencia declarativa hasta el momento de declaración del concurso, en vez de hasta el momento de su solicitud, ya sea ésta realizada por parte de un acreedor o por el propio deudor. Lo que se pretendió evitar con este cambio fue que se iniciaran expedientes judiciales de regulación de empleo y que posteriormente, por las razones que sean, el concurso no se terminara por declarar, extremo que sería bastante perjudicial para los intereses de los trabajadores. En este

³²⁹ Ya en los inicios de la promulgación de la Ley Concursal y con anterioridad al RDL 3/2009, de 27 de marzo, algún autor salvaba el tenor literal del antiguo artículo 64.1 LC considerando que el momento a partir del cual era posible dar comienzo a los expedientes judiciales de regulación de empleo era tras la declaración del concurso y no con su solicitud. En este sentido, CRUZ VILLALÓN, argumentó que *“la mera solicitud del concurso es insuficiente, pues hasta tanto que el juez no admite a trámite la misma dictando auto de declaración del concurso, el mismo como tal no existe y, por tanto, no pueden aplicarse los procedimientos establecidos para el mismo, entre ellos, el relativo a la regulación de empleo”*. Aunque sí que se basaba en la fecha de la solicitud de concurso como momento en el que se debía de realizar el trasvase de competencias a favor del Juez del Concurso. Por lo tanto, con la solicitud del concurso la competencia para llevar a cabo las medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo pasaba al Juez del Concurso, si bien, hasta la declaración del concurso no podría dar comienzo el procedimiento diseñado por el artículo 64 LC. En CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 21 (Ref. CISS 1946/2003). Puede verse, asimismo, una interpretación sobre los procedimientos asumidos por el Juez del Concurso tras la solicitud del concurso, y la ausencia de declaración posterior del concurso en: ALAMEDA CASTILLO, M^aT. “Expediente de regulación de empleo tramitado antes de la declaración judicial del concurso”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6. 2005.

sentido, parece bastante más congruente que la posibilidad de solicitar extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales colectivas acontezca desde el momento en que el deudor está considerado legalmente en situación de concurso, es decir desde su declaración.

2.2. La declaración de concurso como momento a partir del cual el Juez del Concurso asume las competencias que tiene atribuidas en materia laboral y entra en juego el procedimiento del artículo 64 LC.

El comienzo de la atribución de aquellas competencias que recaen bajo el conocimiento del Juez Mercantil debe de quedar, como parece lógico, condicionado por la propia existencia de concurso³³⁰, puesto que, si finalmente éste no se declara quedaría sin sentido que se extendiera el conocimiento por parte del Juez del Concurso. Por esta razón, por ejemplo, el artículo 50.4 LC utiliza la expresión “*con posterioridad a la declaración de concurso*”. De este modo, el auto de declaración de concurso, con su consiguiente publicidad va a ser el detonante del cambio de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social y civil. Con ello, cualquier impugnación judicial laboral anterior a la declaración de concurso podrá interponerse ante el Juez de lo Social, mientras que si el concurso ya se ha declarado el órgano competente para su conocimiento será el Juez de lo Mercantil (obviamente, me estoy refiriendo en este punto a las acciones sobre las que este último órgano proyecta su competencia). En caso de que se presente una demanda ante el Juez de lo Social sobre una materia que sea competencia del Juez Mercantil, el propio órgano laboral deberá abstenerse

³³⁰ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. “Sobre la delimitación entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de lo social”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12. 2006. Página 20.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

de conocer, es decir, la ley se decanta porque la incompetencia sea declarada de oficio. Sobre este particular, echa en falta MOLERO MARAÑÓN que el precepto en cuestión hubiera dispuesto algún mecanismo de coordinación más eficaz entre órganos para dar cuenta de esta incompetencia³³¹, pues la normativa sólo dispone que en estos casos el Juez Social deberá abstenerse de conocer sobre el asunto y prevendrá a las partes para que hagan valer su derecho ante el Juez del Concurso.

La regla general sobre la entrada en escena de la *vis attractiva* a favor del Juez de lo Mercantil era con carácter general la fecha de la declaración del concurso. Sin embargo, la propia la Ley Concursal proyectaba una regla especial dentro del artículo 64.1 LC, consistente en que el Juez del Concurso podía entrar a conocer sobre las medidas laborales objeto de su competencia desde la solicitud de la declaración de concurso. Ello suponía que la autoridad laboral, entonces competente para autorizar los expedientes de regulación de empleo, se veía compelida a rechazar cualquier solicitud de despido colectivo o suspensión de contrato a partir de ese instante. Por ello, para el caso de los ERE Concursales se rompía el criterio temporal de la declaración de concurso, anticipándose la entrada de la competencia del Juez Mercantil al momento de la solicitud de concurso. Esta situación provocaba, como señalara ALTÉS TÁRREGA, un “desplazamiento competencial preventivo”, ya que si finalmente el Juez del Concurso terminaba por desestimar la declaración de concurso no se asumía dicha competencia³³². Visiblemente se podrá apreciar, como ya advirtiera

³³¹ MOLERO MARAÑÓN, M.L. “Sobre la delimitación entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de lo social”...*Op. Cit.* Página 21

³³² ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El expediente judicial de regulación de empleo”. En *Extinción del contrato de trabajo* (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011. Página 682.

CALDERÓN CUADRADO, que esta circunstancia abría la posibilidad a que se dieran importantes problemas prácticos, sobre todo cuando se presentara un concurso necesario³³³. Estos problemas dependían del mayor o menor lapso de tiempo que distara entre la solicitud del concurso y su final declaración. Si bien, sus mayores inconvenientes jurídicos provenían de la posibilidad de que finalmente el concurso no terminara por declararse. En todo caso, la posibilidad fáctica de que se dieran problemas por este motivo temporal era realmente bastante escasa, porque para que estos aparecieran tendrían que confluír tres situaciones: 1) que el concurso sea solicitado por algún acreedor; 2) que exista un peligro que pueda comprometer la viabilidad futura de la empresa y del empleo o que pueda causar grave perjuicio a los trabajadores (ya que el momento normal para solicitar el ERE concursal va a ser, como veremos, una vez emitido el informe sobre la situación empresarial por parte de la administración concursal); 3) que el concurso finalmente no llegue a declararse.

En cualquier caso, la nueva redacción dada tras la aprobación del RDL 3/2009 de 27 de marzo, y que vino a mudar de aires el sentido del artículo 64.1 LC, debe ser vista con buenos ojos, puesto que hizo desaparecer estas posibles contrariedades. De esta suerte, a partir de 2009 la fecha más temprana para poder solicitar un ERE concursal va a ser la coincidente con la de la declaración de concurso. Este cambio perpetrado sobre el momento temporal de la solicitud, guarda una mayor conexión con las restantes disposiciones de la Ley Concursal, que vienen estableciendo genéricamente la declaración del concurso como momento a partir del cual se producen los distintos efectos jurídicos sobre el patrimonio del deudor.

³³³ CALDERÓN CUADRADO, P. “Artículo 8”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, (ROJO, A y BELTRÁN, E. Coords.). Ed. Thomson-Civitas. 2004. Página 302.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Por estos motivos, considero que es bastante más acertado que el momento procesal oportuno para poder solicitar el expediente judicial de regulación de empleo sea cuando el concurso este efectivamente declarado y correlativamente pueda desplegar todos sus efectos.

Este momento procesal debería de entenderse consumado cuando el juez competente dicte el correspondiente auto de declaración el concurso. Por lo tanto, a mi juicio, va a ser a partir de este instante, que abre la fase común del concurso (artículo 21.2 LC), cuando se entienden traspasadas al Juez del Concurso las competencias sociales que le son propias y cuando la tramitación de los despidos, modificaciones y suspensiones se llevarán a cabo sustantivamente siguiendo las reglas del artículo 64 LC. La declaración de concurso tiene carácter constitutivo y goza de efectos *erga omnes*. Por ello, le corresponde ser el punto de inicio a partir del cual se produzcan todos los efectos que la Ley considera aplicables a la situación concursal, tanto sustantivos como procesales. Se apunta que, este auto, “*producirá sus efectos de inmediato*” y que “*será ejecutivo aunque no sea firme*”. Por esta razón, manifiesta RODRÍGUEZ MERINO que el recurso contra este auto no producirá efecto suspensivo alguno³³⁴. Consiguientemente, comenzará a surtir efectos desde el momento en que esta resolución judicial está legalmente formalizada, situación que acontecerá, según ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y TIRADO MARTÍ, tras la firma del Juez del Concurso³³⁵. La declaración del concurso se contiene en un auto con diversos pronunciamientos y cuenta, asimismo, con otra serie de formalidades, tales

³³⁴RODRÍGUEZ MERINO, A. “Artículo 21”. En *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, (SÁNCHEZ-CALERO, J. Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Coords.). Ed. Lex Nova. 2004. Página 491.

³³⁵ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A Y TIRADO MARTÍ, I. “Artículo 21”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Coords.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2004. Página 491.

como su notificación o su publicación en el Boletín Oficial del Estado, entre otras. De todos estos momentos consustanciales a la declaración del concurso, el legislador ha dispuesto que sea precisamente la fecha en que se ha dictado el auto la que dé comienzo con los efectos derivados de esta declaración. No obstante, cabe apuntar que esta interpretación que aquí estoy ofreciendo también cuenta con alguna voz discrepante. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de noviembre de 2012³³⁶ aunque se pronunció sobre un supuesto cuyas fechas coincidían con momentos anteriores a la Reforma operada mediante el RDL 3/2009, aseveró que de haberse producido con posterioridad al citado RDL lo determinante hubiera sido, no la fecha de la solicitud de concurso, sino la fecha de “admisión a trámite del concurso”³³⁷. Esta última interpretación no la considero conforme a derecho puesto que lo que la Ley Concursal dispone expresamente, a través de su artículo 64.1 LC, es la competencia del Juez Mercantil para adoptar medidas de índole laboral “una vez declarado el concurso”. Por lo tanto, el concurso ha de estar declarado a través de su correspondiente auto para que puedan trasvasarse las competencias laborales hacia este último órgano y entre en juego la tramitación procedimental que ocupará las siguientes líneas. Esta

³³⁶ SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2012, rec. de Apelación 633/2011 (AC/2013/148).

³³⁷ En el caso de resuelto por la Audiencia Provincial aún no estaba vigente la Reforma de 2009, y el momento en que se fijó para decretar la competencia del juez mercantil fue naturalmente la de la solicitud. En todo caso se dice en la misma que “*lo decisivo en el caso de autos es la fecha de la solicitud del concurso, anterior a la presentación de la demanda extintiva del contrato de trabajo. Ciertamente, de haber estado vigente la reforma operada por RDL 3/2009 en el momento de solicitarse la extinción contractual, lo determinante habría sido la fecha de admisión a trámite del concurso, posterior en el caso de autos a la solicitud ante la jurisdicción laboral de resolución de contrato. Pero, insistimos, este último escenario no es de aplicación al caso enjuiciado.*”

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

interpretación, además de literal, acompasa con el *desiderantum* del legislador que sería el de paliar una serie de incoherencias o problemáticas que podrían surgir ante una eventual falta de declaración de concurso. Por consiguiente, la concreta fecha que se debe de tener en cuenta será la del día en que se dicte el auto de declaración del concurso que, tal y como ha sido anticipado con anterioridad, acontecerá cuando el Juez del Concurso firme dicho pronunciamiento³³⁸.

Una vez asentado que el artículo 64 LC no existe hasta que se haya declarado el concurso, es el apartado tercero de este precepto el que profundiza sobre esta cuestión y establece que el momento oportuno para solicitar las medidas de ajuste de plantilla pasa por que previamente se haya emitido por parte de la administración concursal el informe al que se refiere el capítulo I del título IV de la propia Ley Concursal. Por lo tanto, en principio, la iniciación de un ERE Concursal queda relegada a la confección del informe de situación patrimonial, donde se incluirán la historia económica y jurídica del deudor, el estado de su contabilidad, los motivos que han podido producir la crisis, así como un inventario de la masa activa y la lista de acreedores. Según el artículo 74.1 LC la presentación de este

³³⁸ Observar otra fecha posterior, por ejemplo, su posible publicación no sería conveniente con el sistema diseñado por la Ley Concursal ni tampoco parece que compadezca con el tenor literal de la norma. En concreto, acogería también esta tesis la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2012 (Proc. 124/2012-AS/2012/1678). En la misma se valoran 2 fechas: la presentación de la demanda por impugnación de despido colectivo, que se realizó el día 24 de mayo de 2012 y la declaración del concurso que se realizó el 29 de mayo de 2012. En este sentido, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional expuso que cuando se consumó el despido colectivo las empresas demandadas “*no habían sido declaradas en situación de concurso, lo que se produjo mediante sendos autos del Juez de lo Mercantil nº 1 de Almería de 29 de mayo de 2012, dos días hábiles después de presentarse demanda ante esta sala*”. Como vemos, aquí sí que se acoge acertadamente como fecha la de la emisión del auto (en este caso 2 autos, por ser empresas del mismo grupo).

informe tendrá lugar, con carácter general, pasados 2 meses a partir de la fecha de aceptación del cargo de administrador concursal³³⁹. En este sentido, parece bastante lógico que el ERE Concursal no pueda solicitarse ordinariamente hasta la emisión de este informe, pues en el mismo van a quedar reflejados algunos de los datos más relevantes a la hora de tener en cuenta una decisión modificativa, suspensiva o extintiva sobre los contratos de trabajo. En todo caso, esta regla se puede excepcionar en los casos en los que la ausencia de adopción prematura de estas medidas laborales pudiera comprometer la viabilidad futura de la empresa o bien ocasionar un grave perjuicio a los trabajadores. En esencia, regulación sobre el momento procesal oportuno dentro del concurso para poder plantear un ERE Concursal, podría sintetizarse del siguiente modo:

- Una regla general que predica como situación “normal” para poder solicitar las extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo que haya sido declarado el concurso y que, de forma adicional, el administrador concursal haya emitido el informe que se le exige por mor del artículo 75 LC. Luego, va a ser éste, según la normativa

³³⁹ El propio artículo 74.1 LC permite la superación de este plazo en los siguientes supuestos tasados:

“1º En caso de que concurran circunstancias excepcionales, a solicitud de la administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses más. No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional.

2º Si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo.

3º. Cuando el número de acreedores sea superior a dos mil, los administradores concursales podrán solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más”.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

vigente, el instante a partir del cual se va a poder efectuar la referida solicitud y con ello iniciarse un expediente judicial de regulación de empleo.

- Una excepción que consiste en que se van a poder instar estas medidas con anterioridad a la emisión del referido informe, siempre y cuando de no hacerlo así se comprometa la viabilidad futura de la empresa o se ocasione un problema grave para los trabajadores³⁴⁰. En este sentido, para la adopción de una medida tan excepcional se va a tener que exigir la acreditación de este riesgo, por ejemplo, mediante un informe económico elaborado por auditores o expertos independientes³⁴¹. En todo caso, se requiere que se haya declarado el concurso como límite temporal mínimo para poder solicitar un ERE Concursal. En el supuesto de que se solicite con anterioridad a que la administración concursal haya aceptado su cargo, parece evidente que sólo van a poder resultar legitimados para hacerlo el deudor o los trabajadores, por medio de sus representantes.

La valoración sobre en qué medida concurre o no la situación de gravedad que indica el artículo 64.3 LC corresponde, como no podría de ser otro modo, al propio Juez del Concurso. Por lo tanto, a este último le compete la decisión de admitir a trámite la solicitud de iniciación de un expediente judicial de regulación de empleo realizada *ante tempus*, circunstancia que decidirá a través de auto. Junto con ello, cabría dejar asentado, que la aceptación preliminar de inicio del procedimiento de ERE Concursal no impide que en el postrero y definitivo auto en el que se resuelva el expediente y a la vista de la tramitación del mismo, el juez pueda

³⁴⁰ Este último aserto, “o se ocasionara un problema grave para los trabajadores” fue introducido por el RDL 3/2009.

³⁴¹ MARTÍNEZ GÓMEZ, E Y SOGORB BARAZA, J. “Cuestiones procedimentales en temas sociales”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 245.

llegar al convencimiento tardío de que no procedía la anticipación de esta solicitud, que como sabemos se presenta en clave de excepción³⁴².

La normativa concursal no indica cuando se entiende que confluyen estas notas, más allá de las vagas expresiones “comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa” y “causar grave perjuicio a los trabajadores”. Una primera aproximación sobre estos conceptos consistiría en afirmar que, puesto que el artículo 64.3 LC ha configurado esta solicitud anticipada como excepcional, su acogimiento debería de realizarse de forma restrictiva. Apoyaría esta tesis la presencia de adjetivos superlativos tales como “comprometer gravemente” o “causar grave perjuicio”, que no hacen otra cosa más que denotar el carácter residual con el que se debería de acoger esta prerrogativa anticipativa. En este sentido, no cabe duda de que esperar al informe confeccionado por la administración concursal va a ser un importante instrumento para el buen desarrollo de las consultas, al ser un buen espejo de la situación económica de la entidad concursada, además, elaborado por un tercero ajeno a la empresa. De este modo, contar con los datos sobre los créditos debidos y su cuantificación, con el análisis jurídico de la sociedad y, sobre todo, con el análisis económico de la misma, va a favorecer la toma de decisiones sobre las medidas de ajuste de plantilla y la posibilidad de adoptar soluciones alternativas, así como ilustrar al Juez del Concurso en su decisión ulterior. Estamos, por ende, ante un documento de gran trascendencia para la valoración, entre otras, de la adopción de medidas de índole laboral, razón

³⁴² Así sucedió en el AJM de Cádiz de 19 de julio de 2006 donde tras admitir el la anticipación del expediente por auto del 5 de mayo de 2006 se terminó por desestimar la medida al no considerar aplicable la excepción del artículo 64.3 LC. Esta posibilidad también viene señalada por el AJM de 22 de mayo de 2007 (AC/2007/832) que admitió una solicitud de medidas de ajuste laboral *ante tempus* y donde se hace referencia al auto terminación del procedimiento anteriormente reseñado.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

por la cual, el legislador considera adecuado esperar a la confección del mismo para poder entablar, en caso de precisarse, medidas de ajuste de plantilla. Una segunda aproximación sobre la posibilidad de anticipar la solicitud de medidas colectivas podría llevarnos a considerar, tal y como puso de relieve GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, que su conexión con la viabilidad futura de la empresa invita a que ésta no podrá tener lugar si los empleos en la empresa van a desaparecer, porque igualmente va a disolverse la empresa³⁴³. Precisamente, la construcción “*evitar graves perjuicios a los trabajadores*” se introdujo por el RDL 3/2009, porque en muchas ocasiones en las que la empresa no era viable, el tenor de la norma podría no amparar que las medidas de ajuste de plantilla se admitieran con anterioridad a la emisión del informe del administrador concursal y precisamente esta demora podría acarrear problemas a los trabajadores, bien sea por mayores impagos de los salarios o por su posible imposibilidad de acceso a la prestación por desempleo³⁴⁴.

Como se ha anticipado, la concurrencia de estas notas excepcionales de urgencia deben de ser apreciadas por el Juez del Concurso y en caso negativo, las medidas extintivas laborales tendrán que esperar a la emisión del informe de situación empresarial confeccionado por el administrador concursal que, no en vano, no dejaría de ser la regla general. Comoquiera que el informe presentado por el administrador concursal y que se encuentra regulado en el artículo 75 LC puede llevar varios meses, la

³⁴³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Legislación Concursal*. Tomo II, (SÁNCHEZ-CALERO, J Y GUILARTE, V. Dirs). Ed. Lex Nova. 2004. Página 1194.

³⁴⁴ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. “Algunos aspectos laborales en el concurso: modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso. El ERE concursal y preconcursal”... *Op. Cit.* Página 118.

decisión del Juez del Concurso que niegue la anticipación del expediente judicial de regulación de empleo podría ser objeto de recurso, en cuyo caso el cauce adecuado para ventilar esta acción sería el del incidente concursal³⁴⁵. En concreto, en mi opinión, esta tramitación incidental se efectuará siguiendo los trámites del incidente concursal “común” contenidos en los artículos 192 y siguientes y no así el del “incidente laboral” regulado en el artículo 195 LC. Esto sería así porque el artículo 195 LC se diseña para acoger las acciones individuales entabladas en contra del auto que resuelve el ERE Concursal (y también para la impugnación de la decisión de extinción o suspensión del contrato del personal de alta dirección). Sucintamente, el artículo 195 LC acoge lo dispuesto por el artículo 64.8 LC y este último comienza exponiendo lo siguiente: “*contra el auto que se refiere el aparatado anterior*”, es decir, al artículo 64.7 LC, que se refiere al auto que pone fin al ERE Concursal. Por lo tanto, la impugnación del auto del Juez del Concurso que deniegue el inicio de un expediente judicial de regulación con anterioridad a la emisión del informe por parte del administrador concursal por no acreditarse comprometida gravemente la viabilidad futura de la empresa y/o causar grave perjuicio a los trabajadores deberá de sustanciarse a través del cauce del incidente concursal “común” (arts.192, 193 y 194 LC). En concreto, el artículo 192.1 LC establece que “*todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal*”.

Se regula de este modo una suerte de *vis attractiva* que atrae hacia el procedimiento de incidente concursal “común” todo aquello que no tenga

³⁴⁵ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1038/2005).

señalada otra tramitación específica, siendo este último el caso en el que debemos encuadrar la presente decisión del Juez del Concurso. Por ello, la tramitación que se desprende *ex lege* para sustanciar esta impugnación va a ser la avistada por el incidente concursal “común”, puesto que del tenor de los artículos 64.8 LC y 195 LC no se puede deducir su tramitación a través del incidente concursal “laboral”. No obstante, bajo mi punto de vista, la situación deseable sería que por tratarse de aspectos relacionados con los trabajadores y por guardar una estrecha relación con las medidas de ajuste de plantilla, que son competencia del Juez del Concurso, el procedimiento que más se ajustaría a los designios del recurso sería el del incidente concursal “laboral” del artículo 195 LC, aunque como se acaba de ver, la solución jurídica, *stricto sensu*, nos lleva a la solución contraria. Por este motivo, creo que sería conveniente que una futura reforma optara por encuadrar esta cuestión decididamente dentro del procedimiento de incidente concursal “laboral”, mucho más afín a la materia de la que proviene la controversia y con una tramitación más próxima al proceso social, además de ostentar la posibilidad de recurrirse en suplicación.

3. Sujetos legitimados para solicitar el ERE Concursal.

3.1. Consideraciones previas.

El precepto que con carácter general recoge la legitimación para la actuación en los diversos incidentes dentro del proceso concursal es el 184.1 LC. Este último artículo establece una serie de consideraciones generales acerca de la legitimación que ostentan una serie de sujetos que serán reconocidos como parte en el proceso, bien en todas las secciones del concurso, o bien sólo en algunas. Por este motivo, se ha apuntado desde la

doctrina que los sujetos enumerados por el artículo 184.1 LC son partícipes fundamentales del proceso concursal³⁴⁶, aunque en puridad, va a ser la administración concursal la que, junto con el juez, represente los únicos órganos necesarios en el proceso concursal³⁴⁷. Que en la práctica sea la administración concursal el órgano del concurso que más presencia va a tener a lo largo de este proceso se extrae de su consideración como sujeto necesario, pues va a ser designado precisamente para sustituir o complementar las facultades empresariales del deudor. Por regla general, integrará la decisión del empresario cuando el concurso sea voluntario, es decir, sea solicitado por el deudor, mientras que, pasará a sustituir por completo las decisiones del empresario cuando el concurso sea necesario, es decir, cuando haya sido solicitado por cualquier acreedor. Ello no es óbice para que durante el trascurso del proceso concursal este nivel de intervención fijado inicialmente pueda llegar a modificarse, tal y como se contempla específicamente por el artículo 40.4 LC, si bien esta opción no suele ser muy frecuente en la práctica³⁴⁸. El papel que juega el administrador concursal dentro de este proceso va a suponer que sea un partícipe fundamental en toda clase de actuaciones procesales.

Tanto el artículo 184.1 LC como el artículo 184.5 LC establecen que la administración concursal será oída en el proceso concursal sin

³⁴⁶Vid. MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez Mercantil y del Orden Social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 86.

³⁴⁷Vid. BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 405.

³⁴⁸Artículo 40.4 LC. “A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. El cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se someterá al régimen de publicidad de los artículos 23 y 24”.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

necesidad de tener que comparecer en forma. Este hecho supone que el administrador concursal no debe de acreditar ningún interés o título especial para poder personarse ante el juez. Supone, por ende, su consideración *ex lege* como parte en el proceso. Ello significa, que si un tercero da origen a un incidente, deberá darse traslado de tal escrito al administrador concursal, a pesar de que ese tercero no se haya dirigido efectivamente contra éste³⁴⁹. La peculiaridad que reviste esta circunstancia en la concreta figura del administrador concursal radica en que, técnicamente, este sujeto no es poseedor de un interés particular o individual, sino que es velador de la salvaguarda del interés del concurso. En este sentido, el artículo 10 de la LEC dispone que “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. En este sentido, lo verdaderamente relevante en estos supuestos es que el administrador concursal no ostenta, en puridad, ninguna titularidad respecto de la relación jurídica litigiosa. Es cierto que viene a suplantar con mayor o menor intensidad la figura del administrador societario o empresario, empero, no lo es menos que la explicación de tal subrogación lo es en aras de tutelar los créditos adeudados y preservar el interés general. El hecho de que el legislador venga a considerar como parte a un sujeto que técnicamente no lo es significa que su condición de parte proviene por imperativo legal, es decir, que su institución es puramente formal. Ahora bien, ello no quiere decir que la administración concursal

³⁴⁹LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. II (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004. Página 1884.

pueda comparecer por sí misma, puesto que en todo caso precisará de asistencia letrada (*Vid. Supra*, Cap. II)³⁵⁰.

En la redacción original del artículo 184.5 LC se establecía que cuando la administración concursal interviniera en recursos o incidentes debía hacerlo asistida de letrado. A continuación se expresaba que la dirección técnica de estos recursos se entendía incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal. Este hecho era interpretado por parte de la doctrina³⁵¹ admitiendo que sólo para los recursos podía el administrador concursal letrado actuar asistido por él mismo (y no así en caso de los incidentes). Las posibles dudas interpretativas al respecto se esclarecieron con la inclusión expresa de los incidentes en la segunda parte de este precepto (modificación producida por la Ley 38/2011)³⁵². Visiblemente, para el caso de que sólo hubiera un administrador concursal esta situación dependerá de la propia condición letrada del mismo, precisándose en sentido contrario de una dirección técnica que en todo caso sería ajena a este órgano.

³⁵⁰ Aunque es cierto que también se permite que actúe como letrado aquel administrador concursal que lo sea, es decir, si un administrador es abogado colegiado va a poder asistirse así mismo, sin exigirse un tercero. Este hecho se va a dar en el caso que se nombren tres administradores concursales, ya que se requiere que uno sea economista, otro abogado y en tercer lugar un acreedor de la empresa.

³⁵¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 184” ”. En *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto Legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios*. Ed. Dijusa. 2003. Página 1079.

³⁵² Así es la dicción literal del artículo 184.5 LC. “*La administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en incidentes o recursos deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal*”. Anteriormente sólo se decía “de estos recursos” cabiendo tanto una interpretación literal como una extensiva, que considerara que con “recursos” se hacía alusión tanto a incidentes como recursos. Pero en la actualidad la inclusión de los incidentes solventa estas dudas interpretativas.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

El artículo 184.5 LC va más allá y dispone que la administración concursal “*será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma*”. Junto con ello, sólo va a requerir asistencia letrada cuando actúe en incidentes concursales o recursos. Por este motivo, entiendo que la solicitud de inicio del expediente de regulación de empleo interpuesta ante el Juez del Concurso la podrá realizar sin necesidad de asistencia letrada. Pero, en cambio, para actuar en un incidente concursal laboral posterior, o ante el Tribunal Superior de Justicia competente a través de un recurso de suplicación deberá proveerse de abogado, salvo que el mismo administrador concursal lo sea. En todo caso, como señalara SENÉS MOTILLA, el administrador concursal no va a tener derecho a una remuneración específica a causa de su actuación como abogado, debiéndose integrar ésta en la percibida por el ejercicio de sus funciones como administrador concursal³⁵³. Por último, el hecho de que la referencia a la asistencia se realice exclusivamente para incidentes y recursos, entendiendo por incidente el cauce procedimental contemplado para situaciones acaecidas durante el procedimiento concursal ante el propio Juez de lo Mercantil, hace pensar que no requerirá ni comparecencia en forma ni asistencia letrada ante el Juez de lo Social.

En fin, la Ley Concursal ha optado por alterar las reglas generales y de normativa común establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la consideración de un sujeto como parte procesal³⁵⁴. En el proceso civil se suele realizar en primer lugar una personación en el proceso, alegando la correspondiente titularidad de la relación u objeto litigioso o, en su caso, acreditando el debido interés legítimo. En este sentido, y precisamente

³⁵³ SENÉS MOTILLA, C. “Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 2742.

³⁵⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 184”...*Op. Cit.* Página 1079.

porque la propia Ley Concursal así lo ha querido establecer expresamente, el deudor podrá comparecer en cada una de las secciones del proceso concursal sin precisar de estas formalidades. Ello no quita para que deba de actuar siempre y en todo momento representado por medio de procurador y asistido por un letrado, ya que así lo ha ambicionado también la normativa concursal en su artículo 184.2 LC.

La explicación que podría ofrecerse acerca de esta especial consideración se deriva de la propia lógica concursal y de la posición pasiva que ocupa el deudor dentro de esta institución. Éste se encuentra en una situación tal que todas las acciones que se ejerciten ante el Juez del Concurso le van a repercutir de algún modo u otro. Por consiguiente, entiendo que va ser el propio deudor el sujeto que mayor interés va a presentar en el devenir del concurso, puesto que, en el peor de los escenarios, podría incluso ver como desaparece su negocio. El legislador parece haber sido consciente de esta situación y ha considerado que el deudor no va a tener que personarse en el proceso con las formalidades que se vienen exigiendo tradicionalmente en los procesos civil y laboral. Cabe apuntar en este momento que, con independencia de los límites que se establezcan sobre sus facultades de administración y gestión, el deudor va a conservar en todo momento la capacidad para actuar y comparecer en el proceso concursal³⁵⁵. Esto es así porque del artículo 40 LC se colige que el deudor sólo va a ver disminuidas sus facultades de gestión y disposición, no pudiéndose extraer de ello ningún tipo de limitación respecto de su actuación procesal. Es más, con la Reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por mor de la Ley 38/2011, el nuevo artículo 48 LC entra a disponer

³⁵⁵ SENÉS MOTILLA, C. “Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo II, (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Ed. Thomson-Civitas. 2004. Página 2735.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

una cuestión que, por lo demás, ya parecía bastante clara. Me estoy refiriendo a la conservación de la facultad de representación mercantil, que permanece intacta en el/los administrador/es societario/s, con independencia del grado de intervención fijado. Por lo tanto, puesto que el artículo 40 LC se refiere exclusivamente a la restricción de las facultades de gestión y administración, unida a la legitimación genérica dispuesta en el artículo 184.1 LC, entiendo que la interpretación jurídica correcta sería que la facultad de actuación procesal del deudor persiste a lo largo de todo el procedimiento concursal.

Como se está defendiendo en estas líneas, el deudor va a poder comparecer en las distintas fases o secciones del concurso sin necesidad de acreditar ningún interés o titularidad, ya que se le presume *ex lege* tal condición. Quiere esto decir que no se va a exigir su personación formal de acuerdo con las normativas procesales civiles y laborales. Como es natural, el deudor también va a ostentar legitimación para actuar en los distintos procedimientos laborales, en concreto para solicitar el denominado expediente judicial de regulación de empleo, puesto que en estos casos existe un interés protegible en su figura. Todo ello, con independencia de que si sus facultades están suspendidas la continuación de la tramitación de este expediente pueda quedar reservada al administrador concursal³⁵⁶. Pese a que la actuación procesal del deudor permanece intacta durante el concurso, debemos de tener en cuenta ciertos aspectos establecidos en los artículos 51 LC y 54 LC. Estos preceptos contienen una serie de limitaciones sobre la facultad de representación procesal del concursado, en consonancia con lo que dispone el artículo 7.8 LEC al expresar que: “las

³⁵⁶Vid. CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 121; o BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*...*Op. Cit.* Página 406.

limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal". En este sentido, el artículo 51 LC contempla las especialidades de representación procesal para el caso de procesos que se encuentren en tramitación y el artículo 54 para procesos iniciados una vez declarado el concurso.

Así, en primer lugar, para el supuesto de juicios declarativos ante la jurisdicción social que prosigan su curso por haber comenzado con anterioridad a la declaración de concurso, se dice por el artículo 51 LC que la administración concursal sustituirá al deudor cuando éste tenga suspendidas sus facultades. En todo caso, éste tendrá que recibir el permiso del Juez del Concurso para poder desistir, allanarse o transigir en el proceso social. Pero, en cualquier caso, esta sustitución procesal no va a suponer una negación total de la capacidad del empresario para ser parte, ya que también se asevera por el artículo 51 LC que el deudor va a poder mantener su representación y defensa de forma separada a la del administrador concursal, debiendo garantizar en estos casos que los gastos y las costas no recaigan sobre la masa del concurso y no pudiendo en ningún caso ni allanarse, ni desistir, ni transigir, ya que estas formas de conclusión anticipada del proceso quedarían en manos de la administración concursal bajo la autorización del Juez del Concurso³⁵⁷. Para el caso de que las facultades del deudor estén meramente intervenidas, la capacidad de actuación ante el órgano de la jurisdicción social que esté conociendo sobre un proceso en trámite la seguirá teniendo éste (el deudor). En todo caso, seguirá necesitando autorización por parte de la administración concursal

³⁵⁷ Vid. SENÉS MOTILLA, C. "Artículo 184". En *Comentarios a la Ley Concursal... Op. Cit.* Página 2739.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

para realizar una terminación anticipada del proceso cuando la materia pueda afectar al patrimonio, es decir, a la masa pasiva del concurso. Un ejemplo de este último caso lo podemos encontrar en la reclamación de un trabajador sobre el salario dejado de percibir iniciada antes de la declaración de concurso.

En segundo lugar, debemos tener presente lo establecido por el artículo 54 LC, que sistematiza la legitimación para el caso de procesos suscitados una vez declarado el concurso. En estos casos, la normativa diferencia según el grado de intervención de las facultades de administración del deudor:

a) Cuando las facultades del deudor estén sustituidas la solución será bastante más restrictiva. De esta forma, cuando se trate de un proceso en el que medie una acción de índole no personal, es decir, patrimonial, se va a proyectar una auténtica sustitución procesal. Por lo tanto, será el administrador concursal el sujeto legitimado para entablar este tipo de acciones (que por lo demás, supondrán un posible perjuicio para la masa pasiva del concurso). *A sensu contrario*, cuando estemos ante una acción personal, es decir de carácter no patrimonial, sí que podría actuar el deudor, aunque en todo caso deberá de tener la conformidad del administrador concursal “*para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*”.

b) Para el caso de que las facultades del deudor estén meramente intervenidas las posibilidades para poder entablar una acción de carácter patrimonial es bastante similar a la dispuesta para los procesos con carácter personal en el caso de sustitución de facultades. Por consiguiente, el empresario va a conservar la legitimación para actuar en juicio, pero

necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio (sin embargo, lo usual será que en materia laboral el deudor actúe como parte demandada). Para el supuesto en que las facultades del deudor estén intervenidas y el proceso verse sobre alguna materia que no revista un carácter patrimonial debemos de entender, al no establecerse reglas y limitaciones sobre la capacidad procesal, que ésta sería plena. En todo caso, se previene en el artículo 54.3 LC que el deudor podrá personarse en un juicio promovido por la administración concursal, aunque defendiéndose de forma separada y los gastos ocasionados no pudiendo ser contra la masa pasiva.

Este enmarañado régimen diseñado por los artículos 51 y 54 de la Ley Concursal debemos extenderlo sin hendiduras a las cuestiones procesales en materia laboral y a las actuaciones del deudor y administración concursal ante la jurisdicción social, así como ante el Juez del Concurso cuando este último decida sobre alguna materia que sea propia del objeto de conocimiento del Derecho del Trabajo. De otro lado, es interesante significar, que el artículo 64 LC permite al empresario deudor solicitar las medidas de ajuste laboral contempladas en dicho precepto, con independencia del grado de intervención sobre sus facultades de dirección, apartándose de este modo de los preceptos que sobre estas líneas se han comentado. Esta es, sin duda, una especialidad diseñada por la propia Ley Concursal y que se extiende simplemente para los casos en los que se solicite la extinción, suspensión o modificación sustancial de carácter colectivo de los contratos de trabajo. Parece que, en estos supuestos el legislador ha preferido preservar el interés que podría arrojar el empresario en aligerar o modificar su plantilla para conseguir el fin último de la conservación del negocio. Aunque, en esencia, la explicación sobre esta

especialidad quizá resida en que la tramitación de un ERE Concursal no coincide con la de un proceso judicial al uso, sino más bien con la extrapolación del procedimiento de los extintos expedientes de regulación de empleo con ciertas particularidades, razón por la cual, parece prudente que en estos casos se puedan salvar algunas de las restricciones generales que pesan sobre el deudor a la hora de actuar ante los órganos jurisdiccionales.

3.2. La legitimación para solicitar la extinción, suspensión o modificación sustancial del contrato de trabajo: un supuesto especial dentro del proceso concursal.

El artículo 64.2 LC se encarga de establecer qué personas ostentan legitimación para solicitar un expediente judicial de regulación de empleo. La primera conclusión que se desprende de una previsión como la señalada por el citado precepto será que las medidas colectivas no pueden ser aplicadas de oficio por parte del Juez del Concurso, sino que deben de solicitarse por alguno de los sujetos legitimados³⁵⁸. En este orden de cosas, van a ser tres los sujetos a los que correspondería impulsar estas medidas de ajuste laboral: 1) la administración concursal; 2) el empresario deudor; 3) los trabajadores por medio de sus representantes legales. Además, estarán legitimados para intervenir como parte en el expediente judicial de regulación de empleo tanto el Fondo de Garantía Salarial como otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el mismo haya sido

³⁵⁸MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO M^a. T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 1205.

autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo³⁵⁹. En un primer momento, el Anteproyecto de Ley Concursal solamente contemplaba la capacidad iniciadora al administrador concursal. Pero, posteriormente, y ya en el Proyecto de Ley Concursal se corrigió este aspecto y se incorporó también al deudor como posible solicitante³⁶⁰. Finalmente, en el texto definitivo se añadió la legitimación de los representantes de los trabajadores, quedando colmada esta cuestión tal y como la conocemos hoy en día.

La atribución de legitimación a la administración concursal resulta del todo lógica debido al papel que desempeña este órgano dentro del concurso. Se explica por las facultades que ostenta *ex* artículo 40 LC, siendo por lo demás un órgano necesario del concurso. Baste recordar que se trata de una suerte de nuevo empresario de la entidad concursada. En este sentido, no cabe pasar por alto que el artículo 64.2 LC no cuestiona el nivel de intervención sobre las facultades del deudor, es decir, no somete la legitimación del administrador concursal a la sustitución de las mismas³⁶¹. Por lo tanto, tanto si el administrador concursal está sustituyendo las facultades del empresario deudor, como si actúa como un mero interventor, va a poder solicitar las medidas de ajuste de plantilla. En último término, coincido en este punto con la postura mantenida por CRUZ VILLALÓN, quién consideró que la legitimación de la administración concursal para solicitar

³⁵⁹*Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de marzo de 2012 (JUR/2012/128988).

³⁶⁰DEL REY GUANTER, S Y LUQUE PARRA, M. “Proyecto de Ley concursal y relación laboral”. En *Relaciones Laborales*, núm. 22. 2002. Páginas 32 a 35.

³⁶¹ En contra: MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 369. Para estas autoras la legitimación de la administración concursal sólo se entiende en los supuestos de sustitución del concursado en las facultades de administración y disposición.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

las modificaciones sustanciales, suspensiones o extinciones colectivas es autónoma, es decir, que actúa con independencia de cuál sea la voluntad del deudor, a quién ni siquiera tiene la obligación de consultar para tomar este tipo de medidas laborales³⁶².

La ley también concede al empresario la facultad de solicitar ante el Juez del Concurso el expediente judicial de regulación empleo. Quizá pueda plantear problemas este derecho cuando éste tenga suspendidas sus facultades de administración y gestión, ya que podría llegar a pensarse que en estos casos el deudor no tendría legitimación para solicitar las medidas colectivas anteriormente comentadas. En este sentido, existe alguna postura doctrinal aislada que ha considerado que el deudor sólo va a ostentar legitimación cuando conserve la administración y disposición de su patrimonio. En síntesis, los defensores de esta interpretación exponen que el artículo 64.2 LC, en conexión con el artículo 40 LC, sólo legitima al deudor para solicitar estas medidas de ajuste de plantilla en los supuestos en los que sus facultades empresariales estén meramente intervenidas. Por ello, en los casos de suspensión del ejercicio de sus poderes de administración, el empresario no podría instar el procedimiento de expediente judicial de regulación de empleo, extremo que, de mediar esta tesis, competirá únicamente a los administradores concursales y a los representantes de los trabajadores³⁶³. Bajo mi punto de vista el tenor del

³⁶²CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 18 (Ref. CISS 1946/2003). No obstante, el citado autor continúa expresando que “*lo razonable será que la iniciativa de la administración concursal se producirá casi siempre cuando se trate de un concurso necesario, quedando en segundo plano cuando se trate de un concurso voluntario*”.

³⁶³Comparten esta opinión, entre otros: MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal...**Op. Cit.* Página 761; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 369; o HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho

precepto analizado no condiciona la legitimación del empresario a la manifestación de un determinado nivel de supresión sobre sus facultades empresariales, ni tampoco diferencia en ningún momento dicha posibilidad en función del carácter necesario o voluntario del concurso, por lo que parece más razonable pensar que puede solicitar el inicio del expediente en cualquier caso, puesto que sobre este sujeto persiste un interés protegible³⁶⁴. Me parece más acertada esta segunda opción por otros motivos de peso: por un lado, porque estas medidas están encaminadas a superar una situación de crisis empresarial y a nadie se le escapará que el sujeto que mayor interés va a tener en el posible reflotamiento de su negocio va a ser su propietario, es decir, el deudor; otro motivo, que se ha manejado desde la doctrina, gira en torno al carácter meramente instrumental que reviste esta solicitud, que tal y como señalaron MERCADER UGUINA Y ALAMEDA CASTILLO actúa como un mero resorte que pone en marcha el procedimiento³⁶⁵. Por ello, el deudor perfectamente podría tener legitimación para poner en marcha el procedimiento, aunque se pueda prescindir de su figura en el resto de incidencias de la tramitación del ERE concursal³⁶⁶. En fin, en lo que interesa en este concreto punto, cabe asentar que la solicitud para dar impulso al procedimiento de ERE Concursal puede realizarla el empresario sin ningún

concursal del trabajo”...*Op. Cit.* Página 12 (Ref. CISS 4381/2005). Este último autor considera que “no parece que exista ninguna razón para excepcionar el sistema del artículo 40 LC”.

³⁶⁴ BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 406.

³⁶⁵ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO M^a. T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 1206.

³⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 19 (Ref. CISS 1946/2003); DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Tecnos. 2004. Página 732.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

tipo de traba, es decir, con independencia del grado de intervención proyectado sobre sus facultades empresariales³⁶⁷.

Los terceros y últimos sujetos legitimados serían los trabajadores, si bien por medio de sus representantes legales. Al igual que sucede con los dos anteriores sujetos, una interpretación coherente pasa por considerar que su legitimación no está sometida a ningún tipo de condicionamiento. En este sentido, podríamos llegar a convenir que el artículo 64.2 LC sitúa a los representantes de los trabajadores en posición de paridad con la administración concursal y el deudor³⁶⁸; por ello pueden formalizar la solicitud ante cualquier medida de reestructuración empresarial, no habiéndose diseñado ninguna clase de limitación o jerarquía entre los sujetos legitimados. En consecuencia, no sería una solución acertada imaginarse cualquier otra serie de supuestos que la Ley no parece haber contemplado, puesto que lo que se desprende del tenor de este artículo 64.2 LC no es otra cosa que la legitimación a los trabajadores, sin mayores consideraciones que lo hagan por medio de sus representantes. En fin, la legitimación de los representantes de los trabajadores es incondicionada. La Ley 38/2011 optó por mantener la misma redacción original que presentaba el artículo 64.2 LC, si bien completó su significado estableciendo el modo de actuar para el caso de que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa. La ausencia de una precisión como la que se contiene en la actualidad presentaba un importante problema práctico, consistente en que cuando una empresa no disponía de representación legal

³⁶⁷ A título de ejemplo, desde la doctrina judicial, el AJM número 1 de Cádiz de 5 de mayo de 2006 (Rec. 156/2006) aceptó sin mayores problemas una solicitud presentada por parte del deudor.

³⁶⁸ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 19 (Ref. CISS 1946/2003).

de los trabajadores se llegaba a negar la posibilidad de que éstos puedan solicitar el inicio del ERE concursal³⁶⁹. Hoy en día, si no hay representación legal de los trabajadores en la empresa se permite que pueda instar el expediente una comisión designada según lo establecido en el artículo 41.4 ET³⁷⁰ (sobre este extremo volveré más adelante con profundidad al tratar los sujetos legitimados para participar en las consultas). En este sentido, será una comisión designada *ad hoc* la que tendrá legitimación para solicitar al Juez del Concurso que extinga, suspenda o modifique sustancialmente las condiciones de los contratos de trabajo. Volviendo al supuesto en el que sí que hay representación de los trabajadores, cabe apuntar que a lo largo del artículo 64 LC el legislador utiliza indistintamente la expresión “representantes legales” -como en este apartado destinado a la solicitud de las medidas- y el vocablo “representantes” –a secas-. Esta posible indeterminación o vaivén en el uso del lenguaje ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina entendiendo que la solicitud de medidas de carácter laboral puede realizarla tanto la representación unitaria como la

³⁶⁹ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 690.

³⁷⁰ “En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial”.

representación sindical³⁷¹. Esta interpretación también se refuerza por la previsión normativa en el supuesto de no haya representación de los trabajadores que remite al artículo 41 ET³⁷². Asimismo, también ha sido aceptada por la doctrina judicial la representación por medio de los Delegados Sindicales, considerándose que este derecho no decae por el hecho de existir una situación concursal, de modo que pueden y deben intervenir en los expedientes de regulación de empleo que se susciten durante un procedimiento concursal³⁷³.

3.3. Pluralidad de solicitudes interpuestas por varios legitimados

La presencia de varios sujetos legitimados para poder instar al Juez del Concurso que adopte medidas de ajuste de plantilla podría originar que en un mismo lapso temporal se llegaran a presentar más de una solicitud. En este sentido, podría darse el supuesto extremo de que las medidas sean solicitadas tanto por el deudor, por la administración concursal y por los propios representantes de los trabajadores. Con todo, sería razonable pensar

³⁷¹DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 733; RÍOS SALMERÓN, B Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 5 (Ref. CISS 1244/2005); MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO M^a. T. “Artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 1206; CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 18 (Ref. CISS 1946/2003); CIFUENTES, D. “La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13. 2008. Página 7 (BIB 2008/6); BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 407

³⁷²BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. “Algunos aspectos laborales en el concurso: modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso. El ERE concursal y preconcursal”...*Op. Cit.* 120.

³⁷³En este sentido, el AJM número 1 de Bilbao de 20 de marzo de 2009 (Proc. 128/2009), basándose en el artículo 10.3 III LOLS.

que el administrador concursal y el empresario deudor exterioricen cierta coordinación a la hora de determinar la interposición de estas medidas, pero quizás esta conexión no sea tan evidente con los representantes de los trabajadores (o la eventual comisión *ad hoc* formada por un máximo de 3 miembros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.4 ET por remisión efectuada por el propio artículo 64.2 LC).

La Ley concursal guarda silencio sobre toda esta serie de acontecimientos que, aunque ciertamente residuales, pueden ocurrir en la práctica. Una salida bastante sensata para colmar esta elipsis legal pasaría por aunar todas ellas bajo un mismo expediente. En este sentido, DURÁN LÓPEZ consideró -opinión con la que coincido- que “*la prioridad en el tiempo no debe ser regla decisiva, porque la primera solicitud no tiene por qué ser la más documentada, la más seriamente fundada o la más solvente*”³⁷⁴. Por lo tanto, la solución más adecuada no debería de consistir en tramitar una solicitud y luego la/s otra/s, ni tampoco seguir en este concreto punto los dictados del famoso brocardo *prior tempore potior iure* y dar prioridad con ello al *petitum* del primer solicitante, obviando o relegando en el tiempo a los restantes. En estos casos el Juez del Concurso debería de aunar todas estas solicitudes bajo un mismo expediente, es decir, a través de un mismo procedimiento, cobijado en unas mismas consultas y finiquitándose, *ultima ratio*, en un sólo auto.

Esta misma solución sería la que encuentro más acertada para los supuestos en los que se hayan solicitado medidas laborales distintas. En este sentido, es perfectamente posible que llegado el momento de tomar decisiones sobre el porvenir de la plantilla de trabajadores cuando la

³⁷⁴DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en la relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 8 (CISS 1038/2005).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

empresa está en concurso se combinen entre sí diferentes medidas de ajuste. Así, en un mismo acto podrían ensayarse la extinción de una serie de contratos de trabajo y la suspensión de otros tantos, o bien extinguir de forma colectiva unos cuantos contratos y reducir el salario al personal restante etc. Por ello, en caso de que se soliciten medidas de distinta categoría –siempre que todas ellas recaigan dentro las competencias del Juez del Concurso- surge inmediatamente la duda de si en estos casos el órgano judicial debe de tramitar cada una por separado, puesto que cada una de ellas presenta unas características definitorias propias, así como una regulación laboral separada, o si por el contrario debe de concentrar todas ellas en un mismo expediente. También en estos supuestos la solución que me parece más adecuada pasaría por tramitar conjuntamente las distintas medidas solicitadas, lo que supondrá que todas las que han sido propuestas tendrán que ser debatidas en el periodo de consultas y ser resueltas por medio de un mismo auto, el cual podrá autorizar o denegar todas ellas o bien aceptar unas y desestimar otras. La celeridad que acompaña el procedimiento concursal, así como el predicado principio de economía procesal, tan denostados en los órganos de justicia, invita a que todas las medidas de ajuste que recaigan bajo la competencia del Juez del Concurso sean resueltas a través de un mismo expediente. Además, de este modo, el periodo de consultas podrá ser más enriquecedor puesto que se proyectaría una visión mucho más amplia sobre las medidas a adoptar y podría originarse mayores y más profundos debates que si se trata de forma separada. En fin, no cabe duda de que lo que interesa a todas las partes cuando existe una causa que pueda dar origen a una serie de medidas de ajuste de plantilla es que la situación se resuelva cuanto antes y no se dilate en el tiempo con base a dos o más procedimientos distintos.

4. El requisito material de la solicitud: la concurrencia de la causa que motive las medidas que se pretenden llevar a cabo.

Una vez comentado quiénes son los sujetos llamados a instar el inicio del expediente judicial de regulación de empleo, cabe referirse al ámbito objetivo de la solicitud. En este sentido, la solicitud de las medidas laborales no va a ser un mero formalismo mediante el cual se dé inicio al expediente y en donde no se tenga que exponer nada sustancial. Antes al contrario, va a ser en esta petición donde se van a tener que exponer las causas que originan la necesidad de llevar a cabo alguna/s de las medida/s de ajuste de plantilla que recaen bajo la competencia del Juez del Concurso³⁷⁵.

Una primera diferencia que se aprecia dentro del proceso concursal, respecto a la situación que se sucede fuera de esta institución, se encuentra en el momento en el que las causas se deben de motivar. Así, desde la regulación estrictamente laboral el empresario deberá de exponer y documentar las causas directamente en las consultas con los representantes de los trabajadores. Por su parte, en el expediente diseñado por el artículo 64 LC se anticipa esta vicisitud al momento de la solicitud presentada ante el Juez del Concurso. Esto es así porque el artículo 64.4 LC enuncia que la solicitud deberá “exponer y justificar” las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas. Se añade también que,

³⁷⁵ Con todo, no debemos de perder de vista que en nuestro ordenamiento laboral el despido no es libre, ni tampoco lo son la suspensión o la modificación sustancial de los contratos de trabajos, los cuales no pueden llevarse a cabo sin más por la simple voluntad o antojo del empresario, sino que todas estas soluciones deben de provenir de alguna causa que las legitime. En este sentido, las medidas de ajuste laboral tomadas en el seno de un concurso no van a ser la excepción de este tradicional sistema social y también se va a exigir la concurrencia de las causas que motiven la adopción del ERE Concursal.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

junto con estas causas, se deberán de especificar los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, “la viabilidad futura de la empresa y el empleo”³⁷⁶. Por lo tanto, la exposición de la causa que motive la adopción de medidas laborales, así como la documentación pertinente que la sustente, deberán de aportarse con anterioridad a la celebración del periodo de consultas y se convierte de este modo en un requisito para poder continuar con la tramitación de este expediente. En este sentido, entiendo que una solicitud presentada ante el Juez del Concurso en la que no se acompañen los documentos que sean susceptibles de acreditar las causas no podría servir de base para accionar el expediente. En cualquier caso, la valoración de la existencia o no de la causa no se realizará en este instante, sino que será con posterioridad cuando se abra el periodo de negociación donde se discutirán, entre otros tantos aspectos, las incidencias relativas a la causa, siendo esta cuestión valorada por el propio Juez del Concurso al final del expediente, en especial, cuando las consultas concluyan sin acuerdo. Por lo tanto, bajo mi punto de vista, la solicitud de inicio del ERE Concursal no es el momento oportuno para valorar la suficiencia de las causas y su razonabilidad con las medidas pretendidas, pero su anexión a este *petitum* es requisito *sine qua non* para impulsar el procedimiento, debiéndose en caso contrario ordenar la subsanación de este defecto.

La exigencia de exponer y justificar la/s medida/s que se pretende/n adoptar ya desde la solicitud presentada ante el Juzgado de lo Mercantil, va a suponer que todos los legitimados para acometer este trance van a tener que cumplir con la misma. De este modo, tanto el deudor, el

³⁷⁶ Se refiere este precepto a la solicitud de que debe de presentarse ante el Juez del Concurso para instar la instrucción del ERE Concursal.

administrador concursal, como los representantes de los trabajadores van a tener que acompañar a su respectiva instancia los documentos que sirvan para acreditar la causa legal para poder adoptarla/s. Así, en la solicitud de medidas colectivas se tendrá que exponer: a) un antecedente, es decir, las causas motivadoras, y b) un consecuente, es decir, los objetivos que se buscan con su adopción³⁷⁷. En este sentido, aunque el artículo 64.4 LC no lo diga expresamente es necesario que en la solicitud se expongan con detalle las concretas medidas que se busca alcanzar, explicitando claramente si lo que se pretende proyectar es la modificación sustancial de condiciones de trabajo o los traslados colectivos, la suspensión o la extinción colectiva de los contratos³⁷⁸. En concreto, la solicitud se asemeja a la de una demanda judicial al uso y sobre cuyo *petitum* deberá resolver el Juez del Concurso³⁷⁹. Como criterio orientativo y de sumo interés se reproducen en este punto todos aquellos extremos que debería de contener la solicitud entregada al Juez del Concurso y que fueron considerados en el Acuerdo alcanzado por parte de los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña con fecha de 3 de julio de 2014³⁸⁰.

³⁷⁷ RÍOS MESTRE, J.M^a. *Despido colectivo y concurso de acreedores...* Op. Cit. Páginas 453 y 454.

³⁷⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A. "Artículo 64"... Op. Cit. Página 735.

³⁷⁹ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal...* Op. Cit. Página 180.

³⁸⁰ http://www.empresistes.net/EMAIL/adjuntos/Acuerdos_3_de_julio_2014_Unidad_productiva_Conclusion_Negociaciones_y_Laboral.pdf.

"2.1.- La solicitud de ERE concursal contendrá los siguientes datos:

2.1.1.- Datos de identificación de la sociedad declarada en concurso: denominación social, CIF, actividad, dirección, correo electrónico, número de teléfono, y código de cuenta de cotización.

2.1.2.- Datos de identificación de los trabajadores empleados en el último año y de los trabajadores afectados por el incidente laboral (nombre, DNI, clasificación profesional, especificando si hay representantes legales afectados).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

La Ley concursal no indica cuáles son las causas que pueden dar lugar a las medidas colectivas que son competencia del Juez del Concurso. Para dar respuesta a esta elipsis tendremos que hacer uso de la cláusula de cierre contemplada en el artículo 64.11 LC y acudir a la normativa sustantivo-laboral, en concreto, al Estatuto de los Trabajadores. Como es de sobra conocido, cualquier despido en nuestro ordenamiento ha de venir motivado por alguna de las razones o causas tipificadas en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto, para caso del despido colectivo éstas han de venir inducidas por inferiores económicas, técnicas, organizativas o de producción. El Estatuto de los Trabajadores de 1994 condujo hacia la homogeneización de la naturaleza de las causas justificadoras de las

2.1.3.- Descripción de cada uno de los centros de trabajo afectados (localidad y código postal), código de cuenta de cotización, tipo de medida a aplicar en cada uno de ellos, y trabajadores afectados en cada centro.

2.1.4.- Datos de identificación de la representación legal de los trabajadores (centro de trabajo, plantilla del centro, número de representantes y tipo de representación (especificando si se trata de sección sindical, comité intercentros, comité de empresa, delegado de personal, comisión ad hoc o sin representación); e información sobre la composición de la comisión negociadora según el artículo 41.4 ET (dirección electrónica a efecto de notificaciones, nombre del representante, centro de trabajo, y porcentaje de representación), o transcurso de los preceptivos plazos sin designación (siete días, o quince en el caso de que no existan representantes legales en alguno de los centros de trabajo afectados).

2.1.5. - Criterios de selección de los trabajadores integrados en el ERE (sexo, categoría profesional, concurrencia de especiales circunstancias, tales como licencia por maternidad, lactancia, o reducción de jornada, representación legal de los trabajadores u otros).

2.1.6.- La causa concurrente, económica, técnica, organizativa o de producción. La causa económica puede derivar de: a) pérdidas actuales; b) disminución persistente del nivel de ingresos o ventas; c) pérdidas previsibles (art. 51 ET).

2.1.7.- Medidas previstas: cese definitivo de la prestación laboral, de la totalidad de la plantilla o parcial; suspensión de contratos, concretando si se extiende a un número de días consecutivos o no consecutivos, fecha inicial y final prevista para la aplicación de la medida; reducción de jornada, concretando el número de trabajadores afectados, número de horas de reducción con referencia diaria, semanal, mensual o anual, porcentaje que comporta respecto a la jornada ordinaria, y fecha inicial y final prevista para la aplicación de la medida.

2.1.8.- En su caso, justificación de la tramitación “anticipada” del ERE”.

distintas medidas de reorganización productiva³⁸¹. Pero fue la Reforma Laboral llevada a cabo en el año 2010³⁸² la que emprendió la tarea de integrar en nuestro ordenamiento la definición de las antedichas causas, incorporando en el texto legal la interpretación que sobre el particular se había ido desarrollando desde la jurisprudencia³⁸³. En este sentido, se dice que existirán causas económicas cuando “*de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*” (los últimos vocablos, “ordinarios” y “ventas”, fueron incorporados posteriormente por mor de la Reforma Laboral de 2012). Esta última reforma –de 2012–³⁸⁴ añadió un ejemplo de lo que se debe de entender por “disminución persistente”. Así, se incorporó que: “*en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”. Como se acaba de observar, se agregó un patrón de medida revestido de una fórmula *ad exemplum* sobre lo que “en todo caso” debemos de considerar como disminución persistente de los ingresos ordinarios y ventas (denominado por DESDENTADO BONETE como “cláusula de

³⁸¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUJ, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”. En *Documentación Laboral*, núm. 51. 1997. Página 39.

³⁸² Mediante el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio) y la subsiguiente Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre).

³⁸³ BLASCO PELLICER, A. *Extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. Página 29.

³⁸⁴ Llevada a cabo a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero) de y la Ley 3, 2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

automatismo”)³⁸⁵. Por ello, cuando la empresa arroje este nivel de pérdidas la medida extintiva encontrará cobijo en la causa legal, si bien, también podrían ser causa de despido colectivo otra serie de circunstancias o cifras que igualmente supongan la concurrencia de una situación económica negativa. La implantación como causa legal de la posibilidad de que se acrediten pérdidas actuales y previstas, así como por la disminución de ingresos ordinarios y ventas resulta más acorde que la presencia de otros conceptos contables, como pudiera ser la disminución de la cifra de beneficios, puesto que esta última previsión puede resultar fácilmente manipulable por parte del empresario, capaz de alterar ciertas cuentas contables para incidir sobre los beneficios³⁸⁶.

Las causas reguladas por el artículo 47 ET coinciden, en esencia, con las vislumbradas por el artículo 51 ET, con algún ligero matiz entre el tenor literal de ambos preceptos, en concreto, en lo que se refiere a las causas económicas. Como se acaba de aseverar, la Ley 3/2012, de 6 de julio, introdujo una presunción (o cláusula de automatismo) respecto de lo que debemos de considerar como pérdidas persistentes. En este sentido, para el caso de que se pretendan llevar a cabo extinciones colectivas se entenderá que la disminución es persistente *“si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*. La dicción del artículo 47 ET sigue este mismo esquema, si bien aligera sensiblemente la

³⁸⁵ DESDENTADO BONETE, A. “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2012. Este autor crítica el precepto disponiendo el siguiente ejemplo: La empresa Z ha tenido durante 9 meses consecutivos una caída de ingresos o ventas de 1 € cada mes, caída que se corresponde simétricamente con los nueve meses correspondientes del anterior. Se puede fácilmente desprender como al cabo de 9 meses la caída de de 9 €. ¿Se encuentra justificada esa decisión?

³⁸⁶ Por ejemplo: dotaciones de pérdidas, provisiones o amortizaciones etc.

disminución que debemos de considerar como persistente, presumiéndose que ésta se da cuando la comparativa se da entre 2 trimestres en lugar de 3 (expresa de este modo el artículo 47.1 ET que “*se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*”). La razón principal de esta diferencia radica en el carácter menos traumático de una suspensión respecto a la de un despido y, en consonancia, la presunción de causalidad es más ligera. Sin embargo, la redacción de ambas causas es tan similar que prácticamente aquéllas que puedan justificar una suspensión van a poder servir para razonar un despido colectivo, siendo que, para adoptar las medidas del artículo 47 ET la carga que recae sobre la empresa para la acreditación causal es más gravosa en el sentido de que se le añade el requisito de probar la coyunturalidad de la situación negativa en la empresa³⁸⁷.

Tal y como se ha visto, tanto en el artículo 47 ET como en el artículo 51 ET se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación negativa, tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Sin embargo, ambos preceptos difieren en la consideración legal sobre lo que “en todo caso” va a considerarse como una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, puesto que para los despidos colectivos acaece cuando durante 3 trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año

³⁸⁷ MERCADER UGUINA. J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA. A. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada...* Op. Cit. Página 194.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

anterior, mientras que, para las suspensiones este patrón se reduce a 2 trimestres consecutivos. En lo que aquí interesa, es dable señalar que las causas económicas se refieren a los resultados económicos de la empresa y tenemos la existencia de pérdidas actuales o futuras, lo que no significa que el resultado de la empresa sea necesariamente negativo, puesto que pueden existir perfectamente beneficios, aunque naturalmente, se deberá de apreciar un visible descenso en esta cifra. En relación con esta aseveración se ha dicho por la jurisprudencia que la situación económica negativa no tiene que ser irreversible o definitiva³⁸⁸. La posibilidad de aducir pérdidas futuras es perfectamente posible por dicción legal, si bien, su acreditación será bastante más compleja y deberá resultar más exigente, siempre fruto de estudios econométricos o de dirección de empresas fiables y certeros.

Por su parte, la definición de las causas de carácter técnico, organizativo o de producción también fue incorporada por la Ley 35/2010 y sobre las mismas la Reforma Laboral de 2012 no optó por añadir ningún inciso, quizá por la menor utilización de estas tres causas si se compara con los motivos relacionados con las pérdidas económicas. En concreto, por mor del artículo 51.1 ET se entiende que concurren causas técnicas “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción*”; causas organizativas “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción*”; y causas productivas “*cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”. La disposición legal en párrafos distintos de la definición legal de causas económicas por

³⁸⁸ Por todas: STS de 24 de abril de 1996 (RJ/1996/5297) y de 15 de octubre de 2003 (RJ/2003/4093).

un lado y de la restantes por otro da a entender una suerte de primacía de la primera respecto de las segundas.

La definición legal de causas técnicas, organizativas y de producción coincide exactamente para los casos de suspensión y extinción. En concreto, se entiende por causas técnicas, según dicción de los referidos arts. 47 y 51 ET, cuando se produzcan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción de la empresa. Se entiende por ello la obsolescencia parcial o total del sistema tecnológico de la empresa que conlleva la renovación de los bienes de equipo³⁸⁹. Se refiere este precepto a la introducción de novedades en la tecnología que supongan la aparición de excedentes de personal a causa de esta introducción o mejora de las herramientas de producción y utillaje. De este modo, la incorporación de nuevas maquinarias o la informatización de varias unidades de la empresa pueden conducir a la amortización de mano de obra. Por su parte, las causas organizativas se definen legalmente cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y del modo de organizar la producción. Por lo tanto, aquí no se precisa de una inversión tecnológica, sino de una mejor organización o racionalización de la plantilla para que la empresa sea más eficiente³⁹⁰. Se trata, en suma, de realizar una organización más racional de los recursos productivos³⁹¹. Dentro de estas formas de mejor organización se ha llegado a considerar

³⁸⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUJ, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”...*Op. Cit.* Páginas 40 y 41.

³⁹⁰ DE VAL TENA, A.L. “La extinción colectiva de las relaciones laborales en el concurso: la valoración de la causa económica en el ámbito de la empresa o del grupo de empresas (STSJ Aragón 4.2.2011)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26. 2012. Página 12 (BIB 2012/214).

³⁹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUJ, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”...*Op. Cit.* Página 41.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

como causa organizativa la externalización de tareas mediante la utilización de contratistas, siempre que éste sea un medio para asegurar la competitividad de la empresa³⁹². La organización de los recursos disponibles en la empresa, incluido el humano, es un factor de competitividad estratégico, que según el legislador es merecedor de tutela directa³⁹³. En último término, las causas productivas se especifican legalmente cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa debe colocar en el mercado. La inclusión de la palabra demanda asemeja bastante esta causa a la de índole económica, si bien se refiere a un ámbito más específico, como sería el de la configuración del bien producido o servicio prestado por la empresa³⁹⁴. Se trataría, en esencia, de eventos externos que perjudiquen el aparato productivo de la empresa, entre ellos la drástica mengua de la demanda, la pérdida de una concesión administrativa o la autorización para ejercitar una determinada actividad, modificaciones o perfeccionamiento de la producción etc.³⁹⁵

Para el caso de las modificaciones sustanciales de contrato la legislación laboral es mucho más parca y con ello más permisiva, puesto que el artículo 41.1 ET previene que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán acordarse cuando existan probadas razones

³⁹² Puede verse un comentario sobre este asunto en: LAHERA FORTEZA, J. “Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial del despido (STS de 10 de mayo de 2006)”. En *Relaciones Laborales*, núm. 1. 2007.

³⁹³ En este sentido, DEL REY GUANTER, S. “Los despidos por ‘causas empresariales’ y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”. En *Relaciones Laborales*, núms. 17-18. 1994. Página 177.

³⁹⁴ DE VAL TENA, A.L. “La extinción colectiva de las relaciones laborales en el concurso: la valoración de la causa económica en el ámbito de la empresa o del grupo de empresas (STSJ Aragón 4.2.2011)”...*Op. Cit.* Página 14 (BIB 2012/214).

³⁹⁵ Así, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUI, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”...*Op. Cit.* Páginas 42.

económicas, técnicas, organizativas o de producción, si bien no se centra en definir las, más allá del insuficiente añadido que expresa que “*se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”. La anterior dicción no ha sufrido ninguna modificación desde que se promulgara el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores en el año 1995. Por tanto, el legislador no ofrece ninguna definición clara sobre las causas que sustentan las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, ni tampoco dispone ningún tipo de remisión hacia los artículos 47 ET o 51 ET para completar este vacío. En todo caso, esta situación no parece que provenga de un *lapsus calami* por parte del legislador, sino más bien una decisión intencionada puesto que, sobre todo a raíz de la Reforma laboral de 2012, los artículos 41 ET, 47 ET y 51 ET albergan su propio procedimiento, por más que sean sustancialmente idénticos. También apoyaría esta argumentación la pretendida opción por la flexibilidad interna, por la que se apuesta decididamente en la Reforma de 2012 y que hace prever que las causas para poder realizar modificaciones sustanciales de contrato no pueden asemejarse a las definidas para los despidos colectivos. Tampoco la lógica económica anima a apostar por una posible interpretación analógica de las causas dispuestas para el despido colectivo, debido a la patente lejanía entre esta última medida y las consistentes en la modificación contractual de condiciones de trabajo. Con todo, la opción por modificar conjuntamente y de forma sustancial las condiciones de varios contratos de trabajo no es una facultad que quede al arbitrio del empresario, sino que debe de quedar ceñida a unas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que deben de acreditarse. Quiere con ello decirse que para efectuar modificaciones sustanciales se va a exigir también

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

la acreditación de estas causas producción, pero éstos no se han llegado a definir legalmente, ni tampoco se han conectado con la viabilidad de la empresa, ni con la contribución a la superación de ninguna crisis, por lo que en la normativa laboral siempre se ha pretendido que las modificaciones sustanciales de contrato de trabajo se enmarquen dentro del terreno de la cotidianidad o de la normalidad en los cambios ordinarios en la actividad empresarial³⁹⁶. Estamos, en consecuencia, ante conceptos amplios y será función del empresario valorar, en “ese contexto de posibilidades no predeterminadas milimétricamente”, la situación empresarial y las medidas a adoptar³⁹⁷. En estos casos, la “vara de medir” se venía situando en la simple mejora de la situación de la empresa³⁹⁸, sin que la ley imponga entre ambas realidades una rotunda relación de causa-efecto. Razón por la cual, PÉREZ DE LOS COBOS Y ROQUETA BUJ señalaron que lo que se le exige al empresario es que la medida adoptada “ayude al objetivo tutelado, no que tenga efectos taumatúrgicos”³⁹⁹. Esta causa-efecto, es si cabe mucho más tenue tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, que eliminó del tenor del artículo 41.1 *in fine* ET el párrafo destinado a conectar la medida modificativa con la mejora de la situación de la empresa que favorezca a la

³⁹⁶ En este sentido, entre otros: CRUZ VILLALÓN, J. “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”. En *Relaciones Laborales*, núms. 16-17. 1994. Página 120; CAMPS RUIZ, L.M. *La modificación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 1994. Página 57.

³⁹⁷ MONTOYA MELGAR, A. “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica en el Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial”. En *Aranzadi Social*, núm. 1. 1996. Página 5 (BIB 1996/122).

³⁹⁸ Así, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 183.

³⁹⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUJ, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”...*Op. Cit.* Página 44.

posición competitiva en el mercado o a propiciar una mejor respuesta a la demanda⁴⁰⁰.

Como vemos, el silencio que guarda el artículo 64.4 LC respecto a las causas ha sido fácilmente solventado acudiendo al Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, sabiendo que, según disponen los artículos 86 *ter* LOPJ, 8.2 LC y 64.1 LC, que el ERE Concursal se reserva para las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, las suspensiones y los despidos colectivos, prontamente caemos en la cuenta de que las causas que deben alegar los legitimados para instar el procedimiento en su solicitud coinciden con los motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción. Ahora bien, lo que sí que procura dejar claro el artículo 64.4 LC es la consecuencia que se debe de lograr con estas medidas de ajuste laboral. En concreto, se dice que con las causas alegadas en la solicitud se tendrán que exponer y justificar los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. La incorporación de la locución “en su caso” cobra sentido en el contexto concursal puesto que en los casos de cierre de la totalidad de la empresa o de la entrada del concursado en liquidación se tendrán que canalizar necesariamente los despidos colectivos a través de este procedimiento del artículo 64 LC, siendo que, en estos supuestos no existiría ningún tipo de viabilidad que salvaguardar⁴⁰¹. En todo caso, para el resto de

⁴⁰⁰ Establecía en antiguo artículo 41.1 *in fine* ET que “*se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.

⁴⁰¹ En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 25 de mayo de 2012 (Proc. 204/2012. AC/2012/2304) se puede leer como la viabilidad futura de la empresa y del empleo debe de interpretarse de forma flexible porque en muchas ocasiones las empresas que acuden al procedimiento concursal se encuentran en una crisis económica y

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

supuestos, debe de existir una cierta conexión entre las medidas propuestas y lo objetivos que se proponen alcanzar y, en concreto, con la viabilidad de la empresa y del empleo como telón de fondo.

La incorporación en el tenor del artículo 64.4 LC de una cierta conexión entre las medidas que se pretenden adoptar y los objetivos pretendidos, así como la referencia a la viabilidad de la empresa se concibió siguiendo el tenor del antiguo artículo 51 ET, que al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal establecía que las causas económicas tenían que contribuir a superar la situación económica relativa a la empresa y si éstas eran técnicas, organizativas o de producción a garantizar la viabilidad de la empresa. Para poder llevar a cabo modificaciones sustanciales de contrato no se exigía –ni se exige- ningún tipo de conexión de funcionalidad o razonabilidad. Por esta razón, se afirmaba con bastante acierto que la regulación contenida en el artículo 64.4 LC era más exigente que la prevista en el artículo 41 ET⁴⁰². En concreto, algún autor se planteaba si con vistas en esta discrepancia se tenía que seguir la especialidad de la Ley Concursal o bien mantenerse una interpretación acorde con la normativa laboral –respecto, claro está, de las modificaciones sustanciales de contrato-. Sobre el particular, opinó DURÁN LÓPEZ que no tendría sentido

patrimonial irreversible. En este sentido, opinaron DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO que “*realmente sería absurdo que en el marco de un concurso, en el que es probable que tenga que acodarse el cierre de la empresa, la regulación de empleo no pueda autorizarse por no cumplir el objetivo de garantizar la viabilidad futura de una empresa en fase terminal o el nivel de empleo de la misma*”. En DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 154.

⁴⁰² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1195; DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1038/2005); MOLERO MANGLANO, M^aL. *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 184; MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1203.

que la legislación concursal contuviera una regulación más exigente que la del Estatuto de los Trabajadores. El citado autor argumentaba que sostener que la modificación, suspensión o extinción sea más rigurosa y limitada en el concurso sería una “*interpretación contraria al sentido común y a la lógica de las cosas*”⁴⁰³. Por ello, proponía que el artículo 64.4 LC sea leído e interpretado a la luz de los artículos 41 ET y 51 ET. De forma un tanto menos lacónica, MERCADER UGUINA Y ALAMEDA CASTILLO parecían admitir como posibilidad que el Juez del Concurso pudiera, con fundamento en la aplicación supletoria de la legislación laboral, aceptar para las modificaciones sustanciales y suspensiones otras finalidades menos exigentes que las que supongan asegurar la viabilidad futura de la empresa⁴⁰⁴. La postura más ladeada la podemos encontrar de manos de DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO, quienes afirmaron que la incorporación en el artículo 64.4 LC de la locución asegurar “la viabilidad futura de la empresa y del empleo” es “*simplemente un desliz más dentro de una norma que no brilla precisamente por su rigor técnico en el manejo de los conceptos laborales*” y por ello no debe acogerse en su sentido literal⁴⁰⁵. Así, no sólo defienden que para la justificación de las medidas propuestas haya que atenerse a la regulación laboral para el supuesto de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo, sino también para las suspensiones e incluso para las extinciones colectivas de contrato. Sin embargo, aun siendo cierto que la normativa concursal era-y sigue siendo-

⁴⁰³ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 1038/2005).

⁴⁰⁴ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1203.

⁴⁰⁵ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*...*Op. Cit.* Página 154.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

más exigente que la laboral y que quizá lo más sensato hubiera sido establecer precisamente lo contrario, hemos de tener en cuenta que la aplicación de la legislación laboral supletoria se ha de interpretar a la luz de la legislación concursal y de sus principios inspiradores⁴⁰⁶. En este sentido, si el legislador quiso incorporar una mención sobre la razonabilidad de las medidas de ajuste laboral llevadas a cabo en sede concursal y lo hizo sin distinguir entre modificaciones sustanciales, suspensiones o extinciones, todas ellas se regirán por el mismo procedimiento (salvo algunas ligeras particularidades referidas para el caso modificaciones de condiciones de trabajo y que se contienen en el artículo 64.9 LC). Idénticas conclusiones podrían alcanzarse en su momento respecto de las suspensiones de contrato, ya que tampoco incluían una conexión de funcionalidad entre las medidas alcanzadas y las objetivas al tiempo de promulgarse la Ley Concursal.

Esta situación es en la actualidad bastante más extraordinaria, puesto que la asimetría mantenida respecto a la conexión de las causas con la viabilidad futura de la empresa se da con todas y cada una de las medidas de ajuste laboral que encuentran cobijo dentro del procedimiento de ERE Concursal. Tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Reforma del mercado de trabajo, la regulación causal del procedimiento de ERE Concursal es ahora bastante más estricto que el laboral para todas y cada una de las medidas de ajuste laboral, incluso para los despidos colectivos con los que ha perdido gran parte de sus simetrías. La explicación del anterior aserto se encuentra en que con la Reforma Laboral de 2012 se suprimió la referencia legal de que las extinciones contractuales coadyuven a garantizar la viabilidad de la empresa y que contribuyan a superar la

⁴⁰⁶ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1204. Para estos autores el juego entre la legislación concursal y la laboral es bidireccional.

situación negativa. En su momento, a través de la Ley 35/2010 se implantó lo que podría denominarse como “juicio de razonabilidad de las medidas” y que, en esencia, trató de plasmar en el tenor de la Ley lo que la evolución jurisprudencial venía entendiendo respecto a la conexión de funcionalidad o instrumentalizada entre la medida extintiva y la causa⁴⁰⁷. Posteriormente, tal y como se ha aludido, mediante la citada Ley 3/2012, se optó por prescindir en el tenor del artículo 51.1 ET de toda referencia sobre la colaboración de los despidos a conseguir la viabilidad de la empresa y su contribución a la superación de la recesión económica. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 explicó esta supresión argumentando que la Ley se dedica a partir de ese momento a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, suprimiendo otras referencias normativas que habían venido provocando incertidumbre y en concreto se asevera que: “*queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas*”. Con ello, tal y como han señalado MERCADER UGUINA Y DE LA PUEBLA PINILLA, la Ley se inserta en una lógica binaria que, en principio, no admite mayores consideraciones ni alternativas, es decir, si existe causa la decisión empresarial debe de considerarse conforme a derecho (lógicamente si se ha dado cumplimiento a todas las exigencias procedimentales legales y reglamentarias)⁴⁰⁸. Buena parte de la doctrina científica y judicial llegaron al convencimiento de que con la pasada Reforma laboral del año 2012 se procedió a eliminar el control de

⁴⁰⁷ RÍOS MESTRE, J.M. *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores*. Ed. Civitas. Thomson-Reuters. 2012. Páginas 301-3012.

⁴⁰⁸ MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada...Op. Cit.* Página 33.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

razonabilidad de las medidas extintivas por parte de los tribunales⁴⁰⁹. A *sensu contrario*, si la causa no existe la decisión resultará contraria a derecho (el despido será considerado improcedente)⁴¹⁰. Además, tal y como apuntan BLASCO PELLICER Y GARCÍA TESTAL, la anterior interpretación no desmerecería la finalidad de la norma, cuyo bien jurídico protegido sigue siendo la competitividad empresarial⁴¹¹. Resulta evidente entonces que el legislador pretendió, con la Reforma Laboral de 2012, aligerar los condicionantes causales, así como los elementos probatorios que debe de soportar el empresario en materia de despido colectivo y suspensiones de contrato. Por lo tanto, la acreditación de las causas se convierte en el único elemento objetivo de comprobación judicial⁴¹². No en vano, sí que parece

⁴⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma laboral de 2012”. En *Temas Laborales*, núm. 115. 2012. Página 316; BARRIO CALLE, M^a.A. “La nueva regulación sobre despidos colectivos: cuestiones candentes”. En *Aranzadi Social*, núm. 5. 2012. Páginas 7-8 (del ejemplar en pdf); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M Y CASAS BAAMONDE, M^a.E. “La nueva reforma laboral”. En *Relaciones Laborales*, núm. 5. 2012. Página 24; GOERLICH PESET, J.M. “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución”. En *Reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, MERCADER UGUINA, J.R. Dirs.). Ed. Lex nova. 2012. Página 294; BLASCO PELLICER, A. Y GARCÍA TESTAL, E. “Otros procesos por extinción de la relación laboral”. En *El Proceso Laboral. Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social. Tomo I.* (BLASCO PELLICER, A. Dir. Y ALEGRE NUENO, M. Coord.). Ed. Tirant lo Blanch 2013. Página 847.

⁴¹⁰ La improcedencia del despido o extinción no ajustada a derecho se da generalmente ante la ausencia de causa para llevarlo a cabo. Esto es lo que se deduce del artículo 122.1 LJS cuando dice “*si no la acreditase, se calificará como improcedente*”. Paralelamente, el artículo 124.11 LJS dice que “*la sentencia declarará no ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva*”. Por lo tanto, la puesta en marcha de un despido colectivo sin causa que la sustente acarreará la improcedencia o no ajustada a derecho, siguiéndose de este modo con la tradición imperante en nuestro derecho laboral que propugna la prohibición del despido sin justa causa.

⁴¹¹ BLASCO PELLICER, A. Y GARCÍA TESTAL, E. “Otros procesos por extinción de la relación laboral”...*Op. Cit.* Página 846.

⁴¹² BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*...*Op. Cit.* Página 32.

que tengan que tenerse en cuenta los criterios de proporcionalidad a la hora de valorar la decisión extintiva por parte del empresario, es decir, la adecuación del volumen de empleo a la situación empresarial.

Por ende, aun habiéndose suprimido cualquier referencia a la razonabilidad de la medida, cuestión que ya no le compete evaluar al jugador, no se podría defender que no persistiera control judicial alguno más allá de la mera concurrencia de la causa, puesto que entre los criterios de evaluación de la medida debe de subsistir la valoración de la proporcionalidad y adecuación de la medida extintiva a esa causa⁴¹³. Pero, pese a ello, existe cierto sector desde la doctrina,⁴¹⁴ así como algún que otro pronunciamiento judicial⁴¹⁵ que se muestran reacios a interpretar una supresión total del control de razonabilidad o conexión de funcionalidad

⁴¹³ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012... Op. Cit.* Página 34; GIL PLANA, J. “Despido colectivo: aspectos sustantivos”. En *Comentario a la Reforma Laboral de 2012* (MONTROYA MELGAR, A. Y GARCÍA MURCIA, J. Dirs.). Ed. Cívitas. 2012. Página 265

⁴¹⁴ GONZÁLEZ, C. “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2. 2012. Página 9. Señala este autor que la reforma laboral no ha podido eliminar el control judicial de razonabilidad de la medida puesto que nuestro sistema constitucional “no permite cercenar el ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional cuando están en juego derechos y valores que se integran en el Estado social y democrático de derecho”. En el mismo sentido, GOÑI SEIN opina que mediante esta “objetivación de la prueba, la tutela judicial corre el riesgo de convertirse en un mero formalismo, carente del imprescindible nervio jurídico.” Por este motivo, este autor considera que se debería de valorar si los hechos justifican suficientemente la medida. GOÑI SEIN, J.L. “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado en la reforma laboral de 2012”. En *Documentación Laboral*, núm. 95-96. 2012. Páginas 35 y 36.

⁴¹⁵ Por todas: SAN de 21 de noviembre de 2012 (Proc. 167/2012) o por la SAN de 18 de diciembre de 2012. En ambas se viene a sostener que “la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidada la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorece su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

entre los despidos colectivos y la superación de la crisis empresarial. De todos ellos, destaca alguno efectuado por parte del Tribunal Supremo, que ha dado un cierto giro interpretativo sobre el que resulta preciso alertar en este punto y que, en esencia, parece que está avocando hacia una tendencia basada en la necesaria acreditación del nexo causal o razonabilidad de la medida, pese al claro tenor legal y el objetivo que guio la referida reforma⁴¹⁶.

En la Ley Concursal se sigue predicando una concepción finalista de las medidas de ajuste que obliga a conectar las mismas- ya sean modificativas, suspensivas o extintivas- con los objetivos que se quieren alcanzar y, en su caso, con la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Por lo tanto, se ha de llegar a la conclusión que dentro del procedimiento concursal las medidas de ajuste de plantilla deben de servir para alcanzar los objetivos marcados y, en concreto, para salvaguardar la viabilidad futura de la empresa y el empleo (salvo en los casos en que la empresa esté en liquidación o el expediente de regulación se ponga en marcha con el cierre empresarial como telón de fondo). Esta conexión de funcionalidad o concepción finalista de las medidas de ajuste se tiene que plasmar ya desde la propia solicitud de inicio del expediente judicial de regulación de empleo, posteriormente será debatida en las consultas y finalmente servirá de guía interpretativa a la decisión final del Juez del Concurso.

Aunque no deje de sorprender la mayor rigidez causal prevista por la Ley Concursal, la interpretación jurídica correcta no puede ser otra que la de aceptar la especialidad irrogada por esta norma -sin poder acogernos en este punto a la normativa laboral subsidiaria-. Por consiguiente, en el

⁴¹⁶ Por todas, STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

seno de un concurso se produce una “causalidad reforzada”⁴¹⁷ si lo comparamos con las situaciones extra concursales, lo que no parece que tenga demasiado sentido, si bien con la Ley en la mano pienso que no se podría defender otra cosa. Por este motivo, es un deber de los solicitantes vincular causalmente la situación de la empresa con las concretas medidas que se pretenden llevar a cabo, incumbiéndoles el hecho de evidenciar la correspondencia entre unas y otras y, junto con ello, acreditar que éstas son necesarias y adecuadas para garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo⁴¹⁸. Como se podrá apreciar, nos encontramos ante otro elemento más que vendría a favorecer la huida del procedimiento concursal, puesto que en este punto resulta más conveniente anticipar las medidas de ajuste a momentos anteriores de la declaración del concurso donde las exigencias causales son más livianas.

Otra cuestión interesante sobre el tema de la concurrencia de las causas es si la mera declaración de concurso sirve para entender cumplidas estas exigencias. Como es de sobra conocido, para que pueda tener lugar el auto de declaración del concurso la empresa en cuestión ha de encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente (artículo 2 LC). En este sentido, podría llegar a plantearse como respuesta que cuando la empresa está en concurso sería innecesario acreditar la existencia de las causas que puedan dar origen a la extinción, suspensión o modificación sustancial de los contratos de trabajo. Dicho de otro modo, lo que nos preguntamos es si por el mero hecho de que el empresario se encuentre inmerso en un concurso se debe excluir la carga de probar la causa y los objetivos que se persiguen con las medidas de ajuste laboral, so pretexto de existir en estos casos una

⁴¹⁷ Término utilizado por MERCADER UGUINA, J.R. “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”...*Op. Cit.* Página 9 (BIB 2013/2572).

⁴¹⁸ Así, DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 736.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

desfavorable situación económica bastante evidente. Sobre este interrogante converge una sólida interpretación doctrinal y judicial que se ha decantado por considerar que no es suficiente para justificar las medidas de ajuste laboral escudarse en la declaración judicial de concurso. En este sentido, tal y como se ha apuntado por MERCADER UGUINA, *“dichas causas no deben de operar de modo automático respecto de las causas que llevaran a extinguir los contratos laborales”*⁴¹⁹ (tampoco, claro está, para modificar sustancialmente los mismos, o para suspenderlos). Del lado de la doctrina judicial también se han venido utilizando argumentos que irían en esta misma línea, así por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 16 de febrero de 2010 se aseveró que entender que las causas que dan lugar al sobreseimiento de pagos e insolvencia de la empresa sirven para acreditar alguna de las medidas de ajuste de plantilla *“dejaría vacías de contenido todas las previsiones procedimentales del mismo, en especial las que se refieren al período de consultas”*⁴²⁰. También en la doctrina de suplicación encontramos algún ejemplo que se ha posicionada a favor de esta opción interpretativa, v. gr. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de febrero de 2012⁴²¹ que aún va más allá y vino a considerar que, pese a que se hubiera acordado la apertura de la fase de liquidación, dicha situación sobrevenida *“no puede erigirse en factor jurídicamente determinante de la automática extinción colectiva de aquellas relaciones, para la que el artículo 51 ET del Estatuto de los Trabajadores exige la concurrencia de unas causas económicas, técnica,*

⁴¹⁹ MERCADER UGUINA, J.R. “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”...*Op. Cit.* Página 7 (BIB 2013/2572).

⁴²⁰ Auto número 90/2010 (Extraído de ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El Expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 688.

⁴²¹ STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2012, rec. Suplicación 21/2012 (AS/2012/709).

organizativas o de producción que, se repite, aquí no pueden darse por acreditadas. Lo contrario sería tanto como admitir entre las consecuencias propias del auto de declaración de concurso la posibilidad de eximir al empresario de la obligación de justificar las causas objetivas que habían de avalar esa resolución contractual.”

De este modo, desde una perspectiva lógica y jurídica debe de aceptarse que las causas que dieron lugar al sobreseimiento de los pagos y la insolvencia no pueden operar de un modo automático en el reconocimiento de las causas que lleven a modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo, tanto más en estos últimos casos y, sobre todo, si se han llevado a cabo durante la fase común del concurso⁴²². Particularmente interesante resulta la argumentación ofrecida por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008⁴²³ en tanto en cuanto opina que el hecho de aceptar que la petición de liquidación en un concurso voluntario lleve automáticamente aparejada la apreciación de circunstancias objetivas o económica “*llevaría a un callejón sin salida lógico y jurídico puesto que todo concurso evitaría al concursado tener que justificar causas económicas, funcionales u objetivas y convertiría el período de consultas y la negociación en una falacia*”. Así, cuando se pretendan llevar medidas de ajuste plantilla en el seno de un concurso debemos deslindar las causas que dieron origen a la declaración de concurso de aquellas otras que pueden dar origen a una extinción contractual, suspensión o modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo.

⁴²² Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2008 (proc. 553/2008).

⁴²³ SJM nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008 (PROV 2008, 384331).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Es verdad, que cuando la empresa está concursada es fácil presumir que pueda encontrarse en una situación económica complicada, puesto que no cumple regularmente con sus pagos y ni siquiera puede hacer frente a los mismos en el corto plazo. Por lo tanto, al empresario le resultará más sencillo acreditar cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la ejecución de medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo, en especial la económica, pero ello no significa en ningún caso que pueda prescindirse de esta acreditación. Por ello, en la solicitud presentada ante el Juez del Concurso será necesario acreditar las causas empresariales que la originan, sin darlas por sentado por la mera situación de concurso. Además, se da la particularidad de que el solicitante deberá de conectarlas con la viabilidad de la empresa, salvo que ésta sea imposible, puesto que uno de los principios que rigen nuestro sistema concursal es el de intentar la conservación y salvación de la empresa. De esta forma, entiendo que el artículo 64.4 LC se encuentra vinculado con el principio de continuidad de la empresa contemplado en el artículo 44.4 LC. Junto con ello, considero que el Juez del Concurso no podría aceptar, en caso de no existir acuerdo en las consultas, y de manera automática, la concurrencia de la causa por la mera existencia de una situación de insolvencia. Por ello, tendría que tener en cuenta la necesaria conexión de funcionalidad o razonabilidad de las medidas que se le proponen con los objetivos perseguidos y, en su caso, con la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En todo caso, la contribución a la superación de la situación económica deficitaria no es comparable con la necesidad de revertirla a un escenario positivo, puesto

que pueden caber otras aspiraciones que no lleven a superar la situación negativa y que también deben de tener amparo en este tenor legal⁴²⁴.

5. La presentación de documentos junto con la solicitud de inicio del expediente judicial de regulación de empleo: el principio de plenitud informativa.

Además de expresar la causa y su conexión con los objetivos pretendidos por la concreta medida de ajuste de plantilla que se pretende efectuar, el solicitante también debe de presentar ante el Juez del Concurso una serie de documentos. El propio artículo 64.4 LC concluye su primer párrafo añadiendo a la exigencia de exponer y justificar las causas, así como su conexión de funcionalidad, la necesidad de acompañar los documentos necesarios para su acreditación. Por lo tanto, junto con la solicitud se tendrá que entregar toda aquella información y documentación que la normativa laboral exija, pudiéndose en caso contrario llegar a declararse la inadmisión de la misma –sí, obviamente, no se ha subsanado este defecto-⁴²⁵. Una muestra más de la eminente parquedad que reina en el artículo 64 LC la encontramos en el hecho de que éste silencia por completo los documentos que se deben de aportar junto con la solicitud. Si bien, aunque la regulación especial concursal no opte por especificarlos, lo que sí que me parece evidente es que este precepto viene a estipular el carácter obligatorio de la aportación documentaria, que debe efectuarse ya desde la solicitud realizada ante el Juez del Concurso.

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de julio de 2011 (Rec. Suplicación 820/2011, AS/2011/2467).

⁴²⁵ Así se consideró por el AJM de Bilbao de 15 de junio de 2009, rec. 181/2009.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Ante esta falta de previsión expresa en la normativa concursal sobre los concretos documentos que se deben de adjuntar, debemos de preguntarnos si la respuesta pasa por aplicar supletoriamente la legislación laboral, donde sí que aparecen contemplados con minucioso detalle los documentos que se precisan, o si, por el contrario, lo que el legislador ha pretendido evidenciar con esta preterición sería el hecho de regular esta cuestión con amplitud y otorgar con ello una mayor libertad documental dentro del ámbito concursal. A favor de esta última interpretación se ha postulado de forma aislada algún autor, razonando que la omisión legislativa no cumple otra función que la de otorgar libertad de criterio al solicitante, pues en caso contrario habría regulado esta cuestión expresamente, bien sea con una relación detallada de documentos, o mediante una remisión efectuada hacia la normativa laboral. Apoyaría esta tesis el hecho de que el Juez ya tendría a su alcance el informe y diagnóstico emitido por parte de la administración concursal, salvo en los casos en los que las medidas laborales se adelantaran a momentos anteriores de la emisión de este informe⁴²⁶. Sin embargo, desde estas líneas me muestro partidario de la aplicación supletoria de la legislación laboral en este punto, basándome para ello en la remisión genérica contenida en el artículo 64.11 LC que se ha establecido precisamente para suplir las persistentes lagunas que se dan al regular el procedimiento de regulación de empleo concursal. Por ello, entiendo que el legislador ha pretendido evitar regular dos veces lo mismo y ahorrarse el hecho de reiterar de nuevo una lista de documentos acreditativos que ya se contiene extensamente en la normativa laboral. Por lo tanto, será en la amplitud de las normas propias de la disciplina del

⁴²⁶ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Páginas 22-23 (Ref. CISS 1946/2003).

Derecho del Trabajo donde deberemos recabar la solución sobre qué concretos documentos son los que se tienen que aportar junto con la solicitud planteada ante Juez del Concurso.

La legislación estatutaria es bastante amplia en lo que respecta a la información que por parte del empresario se debe de facilitar a los representantes de los trabajadores. Como el expediente judicial de regulación de empleo se elaboró siguiendo el procedimiento regulado por el artículo 51 ET, parece que éste sería el precepto al que deberíamos acudir para encontrar los documentos que se deben de aportar. En concreto, el artículo 51.2 ET enumera una serie de aspectos sobre los que se ha de proporcionar información tanto a los representantes de los trabajadores que van a participar en la negociación, como a la Autoridad Laboral que, aunque ya no ostenta facultades de autorización, actúa como garante del buen desarrollo de las consultas. Esta documentación también aparece reflejada con alguna apostilla explicativa en el artículo 3 del RD 1483/ 2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Por lo tanto, en las extinciones colectivas extraconcursoales se debe de entregar un primer escrito al inicio de las consultas, con los siguientes extremos:

a) La especificación de las causas del despido colectivo, conforme a lo establecido en el artículo 1 (del RD 1483/2012, donde se definen las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.

d) Periodo previsto para la realización de los despidos.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales⁴²⁷.

Todos estos datos son importantes para negociar acerca del número de contratos a extinguir, para valorar una posible discriminación en la elección de los afectados, para dirimir sobre las medidas sociales de acompañamiento, para la toma en consideración de medidas alternativas de flexibilidad interna etc. Lo dispuesto en el apartado f) podría entenderse dentro del procedimiento concursal como la copia de la solicitud de inicio del expediente judicial de regulación de empleo. Junto con la anterior documentación se debe de acompañar una memoria que explique las causas alegadas, ya sean económicas, productivas, técnicas u organizativas. En

⁴²⁷Apartados f) y g) añadidos por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. Como comentario de esta incorporación documentaria, *vid.* BLASCO PELLICER, A. “Reformas en materia laboral”. En *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013* (BLASCO PELLICER, A. LÓPEZ BALAGUER, M. ALEGRE NUENO, M. RAMOS MORAGUES, F. Y TALÉNS VISCONTI, E.E.). Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Páginas 36 y 37.

concreto, el artículo 4 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, se ocupa de las primeras y el artículo 5 de las segundas. En síntesis, se trata de presentar una memoria mediante la cual se acrediten las causas. Además, se deben de entregar los documentos que reglamentariamente se determinen, como por ejemplo, las cuentas anuales auditadas (cuando exista obligación de auditar), cuentas consolidadas en caso de grupo de empresas etc. Cuando las causas económicas consten en una previsión de pérdidas se deberán aportar también los criterios utilizados para su estimación, así como un informe técnico.

Particularmente significativo en la esfera concursal, puesto que la solicitud es en realidad una suerte de demanda, va a ser la aportación de la relación nominal de los trabajadores afectados⁴²⁸. Su explicación gira en torno al principio de congruencia y a que no se provoque con ello indefensión, puesto que el Juez del Concurso deberá de fijar en su auto la relación nominativa de trabajadores sobre los que se extiende la medida, así como la indemnización que le corresponde a cada uno. En este sentido, se ha defendido que tanto en la solicitud como en la posterior resolución judicial resulta indefectible hacer constar los trabajadores a los que va a afectar la medida, así como la indemnización que corresponde a cada uno de ellos, o como mínimo fijarse las bases para su cálculo⁴²⁹.

⁴²⁸ En este sentido: DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...* Op. Cit. Página 159; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”... Op. Cit. Página 736; RÍOS MESTRE, J.M. “El proceso del art. 64 de la Ley Concursal: la fundamentación (causa petendi) de la solicitud inicial”. En *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Despido colectivo y concurso de acreedores*. 2012. Página 14 (BIB 2012/8049). En la práctica judicial puede encontrarse, entre otros muchos, en el AJM nº de Cádiz, de 26 de julio de 2011 (PROV/2011/351763).

⁴²⁹ ORELLANA CANO, N. “Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal”. En *Temas Laborales* (Monográfico sobre Expedientes de Regulación de Empleo), núm. 99. 2009. Página 181.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

La consecuencia de la falta de aportación documentaria determinará, según se dispone en el artículo 124.11 LRJS, la nulidad del despido. Han sido ya varios los pronunciamientos judiciales que fuera del concurso han fallado fundamentando la nulidad del despido por falta de aportación de todos o de alguno de los documentos exigidos por la normativa laboral. En el trasfondo de la nulidad por la ausencia de aportación documentaria se encuentra la falta de negociación real ocasionada por este hecho, al no poderse con ello abordar en las consultas todos los extremos necesarios para desarrollar un correcto intercambio de propuestas. Así, por ejemplo, como se expresó en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de noviembre de 2012⁴³⁰ *“si no se aporta la documentación legalmente requerida no solo se priva a los representantes de los trabajadores de su derecho de información, sino que se les impide negociar de forma razonable la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del periodo de consultas.”* En concreto, en el caso de que no se comunicara la clasificación profesional de los trabajadores o cuando se produjera alguna falta de concreción sobre los criterios de designación de los trabajadores afectados, se estaría impidiendo uno de los objetivos básicos de las consultas, como es el de escudriñar posibilidades de evitación o reducción de los despidos o atenuar sus consecuencias (STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012),⁴³¹ y también para poder valorar la adecuada justificación de los despidos (SAN de 15 de octubre de 2012)⁴³². Por ejemplo, se ha

⁴³⁰ STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2012 (AS/2013/51).

⁴³¹ STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS/2012/1049).

⁴³² STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS/2013/2). Para tener en cuenta la documentación como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos es necesario que se defienda que con la reforma se mantiene la conexión

considerado que es “*un incumplimiento flagrante del procedimiento establecido*” la falta de acompañamiento de la memoria explicativa de las causas (STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012). Aunque, no sólo se ha estimado la nulidad cuando no se ha aportado la memoria explicativa de las causas, sino también cuando ésta es sumamente genérica (3 páginas), se refiere a unos anexos que no existen realmente y no contiene, por ejemplo, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios completos (STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012⁴³³, confirmada en este punto por la STS (Pleno) de 20 de marzo de 2013)⁴³⁴.

Como se ha puesto de manifiesto, la obligación informativa y documentaria conecta con la exigencia de negociar de buena fe, cuestión sobre la que me detendré más adelante cuando me centre en las vicisitudes del periodo de consultas⁴³⁵. En este sentido, una circunstancia más que va a denotar la presencia de buena fe va a ser cuando el empresario aporte toda la documentación posible a la contraparte, ya que éstos podrán disponer de todas las armas necesarias para poder buscar soluciones alternativas o suavizar las consecuencias la concreta medida de ajuste pretendida, en especial, si lo que se buscan son extinciones colectivas. Por el contrario,

de funcionalidad y razonabilidad de la medida extintiva, cuestión esta que es bastante discutida.

⁴³³ STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS/2012/1672).

⁴³⁴ STS (Pleno) de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012 (RJ/20132883). Se expresa en dicha sentencia lo siguiente: “*Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, ya se ha visto que en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), que de conformidad con lo previsto en el 124.9 LRJS (redacción anterior) ha de conducir, tal y como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, a la nulidad de la decisión empresarial, teniendo en cuenta la relevancia de los incumplimientos examinados en relación con la aportación de la mínima documentación exigible*”.

⁴³⁵ Vid. Por ejemplo, la STSJ de La Rioja de 26 de marzo de 2012 (JUR/2102/133075).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

verán en cierta medida limitada su capacidad de negociación si el empresario no aporta toda la información que se le exige.

En el procedimiento concursal la obligación documentaria queda plasmada en el propio artículo 64.4 LC, si bien, tal y como se ha observado, resulta necesario acudir a la legislación laboral para recabar los documentos concretos que resulta necesario aportar. En la tramitación concursal la falta de aportación documentaria no conllevará ninguna nulidad puesto que ni el empresario ni la administración concursal tienen la última palabra y las medidas laborales no existen hasta que no los decida el Juez del Concurso. Por ello, la consecuencia de la falta de aportación documentaria será que el Juez del Concurso, presumiblemente, no aprobará las medidas de ajuste de plantilla planteadas. En el caso en que el citado órgano judicial de luz verde a las medidas, entonces sí, ya en suplicación podría llegar ordenarse su nulidad. Para finalizar, cabe dejar sentado la aportación documentaria no tiene como finalidad ilustrar al Juez del Concurso, como así sucede en la inmensa mayoría de procesos judiciales, sino más bien a las partes, con vistas a la próxima reunión para evacuar las consultas y que éstas puedan desarrollarse con una total y absoluta información⁴³⁶. Lo que se deduce de todo lo anterior es que en el proceso concursal también se debe de colmar el principio de plenitud informativa que opera al servicio de las consultas, sin cuya presencia el Juez del Concurso no podría autorizar las medidas de ajuste que le han sido solicitadas, salvo quizá, que la negociación entre los interesados hubiera concluido con acuerdo (cuestión que en cualquier caso sería discutible. *Vid. Infra en el apartado destinado al auto del Juez del Concurso*).

⁴³⁶ BLASCO PELLICER, A. “El expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 34-35.

5.1. *El plan social de acompañamiento.*

El artículo 65.4 LC, en su párrafo cuarto, establece que si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores deberá de acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se trata de un documento legalmente exigido por la propia Ley Concursal y, *de facto*, es el único que esta norma menciona expresamente. El plan deberá de ser aportado ya junto con la solicitud de inicio del ERE Concursal, por lo que, quizá formalmente hubiera sido más conveniente insertarlo en el apartado cuarto de este precepto y no así en el quinto, que se ocupa del desarrollo del periodo de consultas⁴³⁷.

El plan al que hace referencia el artículo 64.5 LC sería más o menos el equivalente al antiguo plan social de acompañamiento avistado en el artículo 51 ET con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012. La Ley 35/2010 introdujo una novedad documentaria para debatir durante el periodo de consultas consistente en la aportación de un “plan de acompañamiento social” para empresa que contaran con 50 o más trabajadores y que debía de presentarse por el empresario al inicio de las consultas. Se trataba de un documento vinculante y preceptivo para el empresario donde se tenían que contemplar: a) las medidas previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido; b) las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados

⁴³⁷También opinó GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN que el llamado plan social de acompañamiento “*está asistemáticamente encuadrado en el apartado 5 del artículo 64 de la Ley Concursal*”. En GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1196.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

por el despido; c) las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial⁴³⁸. Como sabemos, hoy en día ya no se exige ningún plan de estas características, no obstante, el artículo 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, recoge un listado ejemplificativo o *numerus apertus* de medidas sociales de acompañamiento que pueden servir para evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias. Por lo tanto, en la normativa laboral ya no se precisa la presentación de un plan de acompañamiento social para aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más, aunque sí que es un requisito que marcará la procedencia del despido que en las consultas se debata acerca de las posibilidades de evitar o reducir sus efectos o atenuar sus consecuencias, ya sea aceptando alguna de las alternativas que se exhiben en el artículo 8 del citado RD 1483/2012, o bien adoptando otras diferentes que vayan encaminadas a ese mismo fin.

En la actualidad, el plan que se reivindica en el artículo 51 ET, tras la Reforma Laboral de 2012, es el de recolocación externa para aquellos trabajadores afectados por despidos colectivos que alcancen a un número superior a 50. Por lo tanto, ahora el plan no se fija directamente en la

⁴³⁸ Artículo 9 del extinto RD 801/2011 sobre procedimiento de despido colectivo exponía y concretaba estas medidas. Así, en su apartado 2, en aras a evitar o reducir los efectos del despido se citaba: la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa; la movilidad geográfica del art. 40 ET; la movilidad funcional del art. 39 ET; acciones de formación o reciclaje que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; cualquier otra medida organizativa o técnica tendente a reducir el número de trabajadores afectados. El apartado 3 dirigido a atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados citaba la recolocación externa de los mismos a través de agencias de colocación; acciones de formación y reciclaje; promoción del empleo por cuenta propia o empresas de economía social; medidas compensatorias de gastos derivados de la movilidad geográfica o de las diferencias salariales con el nuevo empleo. En fin, el apartado 4 citaba entre las medidas para hacer posible la continuidad del proyecto empresarial las medidas económicas, financieras o de otra índole para intentar preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado o medidas técnicas, organizativas o de producción en este sentido.

dimensión de la empresa, sino en la magnitud de despido, exigiéndose únicamente cuando la cantidad de contratos a extinguir supere la cantidad de 50. Dicho plan, que deberá mantenerse durante un periodo mínimo de 6 meses se firmará con empresas de recolocación autorizadas y comprenderá como mínimo medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afecto y la búsqueda activa de empleo. Por lo tanto, desaparecido el plan de acompañamiento social de la normativa laboral, observamos una asimetría más entre esta última y la legislación concursal⁴³⁹. Por lo tanto, lo primero que nos deberíamos de preguntar en este punto es si para solicitar el expediente judicial de regulación de empleo se ha de aportar este plan de recolocación externa o no, cuestión que solventa con aparente simplicidad la propia legislación estatutaria al excluirlo expresamente para las “*empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal*”. Esta exclusión para las empresas en concurso podría explicarse por los elevados costes que llevan aparejados este tipo de planes⁴⁴⁰, con los que seguramente no se ha pretendido gravar al deudor concursado.

Descartada la posible aplicación supletoria de la exigencia de presentar un plan de recolocación externa en los ERE Concursales, resta dilucidar la exégesis sobre la persistencia en el tenor legal del artículo 64.5 LC de la necesidad de aportar un plan de acompañamiento social, ya desaparecido en las situaciones “*extraconcursales*”. La respuesta debe ser afirmativa puesto que el hecho de que la normativa laboral exija o no un documento concreto, comoquiera que la Ley Concursal sigue requiriéndolo

⁴³⁹ MERCADER UGUINA, R. “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”... *Op. Cit.* Página 13 (BIB 2013/2572).

⁴⁴⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa “. En *Teoría & Derecho*, núm. 13. 2013. Página 149.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

de forma expresa, no cabe más que aceptar que junto con la solicitud de inicio de un ERE Concursal se deberá de adjuntar un plan que contemple las medidas laborales propuestas sobre la viabilidad futura y del empleo para el caso de empresas que ostenten más de 50 trabajadores.

Al contrario de lo que sucedía respecto al plan de acompañamiento social que se regulaba por el antiguo artículo 51 ET, donde el umbral se situaba en empresas de 50 o más empleados, el artículo 64.5 LC habla de más de 50 trabajadores. Este dato, que en sus inicios se había llegado a calificar como un mero error material,⁴⁴¹ no fue modificado tras la Reforma Concursal de 2011. Sin embargo, esta primera diferencia no presentaba especial trascendencia, en comparación con otra serie de asimetrías que sí que afloran en la actualidad entre una y otra regulación. Así, una de las principales divergencias radicaba en que la normativa laboral solamente exigía este plan para el caso de extinciones colectivas, mientras que en la Ley Concursal se requería –también a día de hoy– que su presentación alcance también a los supuestos en los que lo que se solicite sea una modificación sustancial colectiva o la suspensión de uno o varios contratos de trabajo⁴⁴². Como señalara GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, esta situación no es más que otro ejemplo de la tendencia que subyace en todo el artículo 64 LC de tomar la parte por el todo⁴⁴³, es decir, que este precepto se configura primordialmente según la regulación de la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Con todo, cabe dejar claro que en el procedimiento de ERE Concursal se va a exigir la presentación como documento obrante

⁴⁴¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 737.

⁴⁴² *Vid.* DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 738; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1197; RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores*...*Op. Cit.* Página 473.

⁴⁴³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1197

junto con la solicitud, de un plan de acompañamiento social cuando la empresa disponga de más de 50 empleados, con independencia de la medida social pretendida, si bien, sería bastante razonable, a mi juicio, que las repercusiones de la presencia formal de este plan se atenúe cuando lo que se solicite sea la suspensión o modificación sustancial de las condiciones de los contratos de trabajo.

Por lo que se refiere al contenido del plan, también se observaron algunas diferencias respecto a su homónimo laboral. En este sentido, el artículo 64.5 LC solamente cita como fin del mismo la viabilidad futura de la empresa y del empleo, mientras que olvidó una cuestión que sí que se reflejaba en el precepto laboral. El plan exigido por la legislación concursal no incorporó la posibilidad de evitar o reducir los despidos y las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias tal y como sí que se venía exigiendo en la redacción del artículo 51 ET anterior a la Ley 3/2012, de 6 de julio. Comoquiera que fuera la redacción del artículo 51 ET, lo cierto es que el artículo 64.5 LC sigue disponiendo la obligatoriedad de entregar un plan junto con la documentación de la solicitud para empresas con más de 50 trabajadores en el que se establezcan una serie de propuestas encaminadas a posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial olvidando, de nuevo, que la empresa concursada puede también ser inviable⁴⁴⁴.

Si recapitulamos las anteriores aseveraciones, podemos llegar a la convicción de que el artículo 64.5 LC obliga a las empresas de más de 50 trabajadores que pretendan realizar cualquiera de las medidas que entran dentro de las competencias del Juez del Concurso, a que adjunten con la

⁴⁴⁴ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 159.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

documentación inicial el diseño de un plan de “acompañamiento social”. Éste se tendrá que entregar junto con la solicitud y con independencia de la concreta medida que se pretenda llevar a cabo, es decir, que se previene tanto para las extinciones del contrato de trabajo como para las suspensiones y modificaciones de condiciones. En todo caso, para estas últimas considero que lo más congruente sería que su contenido resulte un tanto dulcificado. En este sentido, parece claro el hecho de que la Ley obliga a aportar un plan que contemple la incidencia de las modificaciones de condiciones o suspensiones en la viabilidad futura de la empresa y del empleo, pero lo que también es indudable es que estas medidas son menos traumáticas que los despidos colectivos, por lo que en cierto modo ya podrían llegar a ser, *per se*, soluciones de “acompañamiento social”, por lo que el contenido del plan tendría que ser en estos casos bastante menos exigente.

En último término, como se acaba de anticipar, el contenido del plan solamente debe contemplar la incidencia de las medidas propuestas en la viabilidad de la empresa y del empleo, por lo tanto, entiendo que no se deberá de aportar cuando esta viabilidad esté seriamente comprometida, es decir, cuando el ERE se efectúe como consecuencia del cierre empresarial como excepción a la continuidad del negocio o, en su caso, en la fase de liquidación. En estos dos supuestos no existe viabilidad que asegurar o mantener, por lo que el plan carecería de sentido y por ello estimo que en estos casos su aportación debería de resultar amortizada.

En fin, el contenido de este plan no se encuentra regulado por la Ley Concursal, que es bastante parca en este punto. Tampoco se regula a día de hoy ningún plan de acompañamiento social en el Estatuto de los Trabajadores. Luego, el contenido del plan exigido por el artículo 64.5 LC hay que entenderlo desde una perspectiva amplia y con un contenido

verdaderamente abierto, donde quepa cualquier tipo de medida que atenúe los efectos de la medida propuesta. Como mero criterio orientativo, puesto que la norma propuesta está derogada, podrían adoptarse como medidas sociales de acompañamientos algunas de las señaladas en el artículo 9 del extinto RD 801/2011, de 10 de junio. También podrían observarse orientativamente las medidas sociales de acompañamiento fijadas en artículo 8 del vigente RD 1483/2012, de 29 de octubre que, en esencia, coinciden con las avistadas por el artículo 9 del RD 801/2011, salvo alguna ligera variante.

6. El periodo de consultas con los representantes de los trabajadores

El artículo 64 LC dedica una gran parte de su atención a lo que podríamos considerar como el eje central de todo procedimiento de adopción de medidas laborales de carácter colectivo, es decir, al periodo de consultas. En este sentido, los apartados 5 y 6 de este precepto se ocupan de regular las vicisitudes que albergan estas consultas en el seno de un procedimiento concursal. Los anteriores preceptos recogen una serie de reglas que deben regir el desarrollo del periodo de consultas de una manera unívoca, es decir, con independencia de la medida de que se trate y al margen del sujeto que inste el procedimiento⁴⁴⁵. La negociación entre las partes interesadas en las medidas de ajustes laborales es un trámite indispensable en el procedimiento de ERE Concursal sin el cual va a ser imposible proyectar ninguna solución laboral de las que sea competente el

⁴⁴⁵ En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 204.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Juez del Concurso. Éste no va a poder tomar ninguna decisión sin abrir primero un periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores para que negocien sobre las medidas de ajuste de plantilla que se pretenda efectuar. Se trata, en suma, de una fase intermedia que se sitúa a caballo entre la solicitud (demanda) y la terminación del procedimiento (resolución judicial mediante auto). En esta fase intermedia del procedimiento de ERE Concursal en vez de seguirse los principios de carácter procesal se han observado otros elementos inspiradores de la ordenación normativa estatutaria, razón por la cual se ha llegado a decir que las consultas dentro del procedimiento del artículo 64 LC confeccionan un “trámite procesal atípico”⁴⁴⁶.

La necesidad de que se desarrolle un periodo de consultas con carácter previo a la ejecución de medidas de ajuste de plantilla no nace por un capricho de legislador Español, sino que viene exigiéndose desde los distintos organismos internacionales (en especial la OIT)⁴⁴⁷ y por las Directivas Europeas existentes en esta materia⁴⁴⁸. En las diferentes normas supranacionales se indica que el procedimiento de despido colectivo debe desarrollarse con la incorporación de una negociación previa a la consumación de las extinciones. En concreto, la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, constituye un claro ejemplo de este propósito cuando dispone en su artículo 2.1 que “*cuando el empresario*

⁴⁴⁶ RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 479.

⁴⁴⁷ Convenio 158, adoptado en 22 de junio de 1982 (ratificado por España y publicado en el BOE de 12 de noviembre de 1985). El artículo 13 de este Convenio impone el deber de informar y de consultar. Las consultas se realizarán con el fin de *evitar o limitar* las extinciones o *atenuar sus consecuencias*.

⁴⁴⁸ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE, de 12 de agosto de 1998). Así, el artículo 2 de la presente Directiva establece que el empresario que tenga intención de efectuar despidos colectivos “*deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo*”.

tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo”.

Bajo mi punto de vista, cabría poner el acento, sobretodo, en dos vocablos del anterior precepto, cuáles son, “deberá” e “intención”. El primero de ellos responde a una obligación, pues el término utilizado no deja lugar a dudas y parece impedir la posibilidad de que la negociación sea facultativa. Además, la Directiva se sirve de la expresión “tenga la intención de efectuar”, con lo que está situando la extinción contractual en sus momentos preliminares, ya en estadios tan iniciales que se sitúan incluso en la mente del empresario, por lo que vendría a expresar que no se va a poder consumir un despido colectivo sin pasar previamente por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, el hecho de que todo despido colectivo deba de ir precedido de un periodo de información y negociación con los representantes de los trabajadores debe de preconizarse como un principio de derecho comunitario⁴⁴⁹. En este sentido, aunque la legislación española no lo contemplara expresamente, el periodo de consultas resultaría igualmente obligatorio para aquel empresario que pretenda extinguir de forma colectiva varios contratos de trabajo por causas económica, técnicas, organizativas o de producción. Como sabemos, no es el caso del ordenamiento laboral español, ya que nuestro artículo 51.2 ET comienza afirmando que “*el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores*”. En los casos de perpetrar medidas colectivas, en especial despidos, no sólo prevalece el interés empresarial, sino que

⁴⁴⁹ LYON-CAEN, G Y LYON-CAEN, A. *Droit social international et eropéen*. Ed. Dalloz. 1991. Página 276. Cita obtenida a través de RÍOS MESTRE, J.M. Despido colectivo y concurso de acreedores...*Op. Cit.* Página 173.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

también coexiste un interés público en tutelar la destrucción del tejido empresarial y del empleo. La conjugación de ambos intereses determina la imposición de que el empresario negocie con los representantes de los trabajadores y se busquen fórmulas que puedan atenuar las consecuencias de la medida a proyectar⁴⁵⁰.

En sede concursal va a ser el propio Juez de lo Mercantil quién ordenará la evacuación de este trámite negociador. Así se infiere del inicio del artículo 64.5 LC cuando éste expone que *“recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores”*. De esta forma, en el procedimiento de ERE Concursal va a ser el propio juez el sujeto encargado de convocar a las partes interesadas a la celebración de un periodo de consultas durante el tiempo que el legislador estipula en el propio artículo 64 LC. Ahora bien, cabe tener presente que el Juez del Concurso no puede tomar parte en las consultas, es decir, en ningún caso puede intervenir en las negociaciones, siendo esta facultad desarrollada libremente por las partes interesadas. En este sentido, el Juez del Concurso solamente se va a limitar a convocar a las partes a la celebración de un periodo de consultas, es decir, a dar el “pistoletazo de salida” a la negociación una vez haya recibido toda la documentación pertinente. Por ello, será éste quien deberá de remitir los escritos y documentos a las partes, en especial, a la parte opuesta al solicitante⁴⁵¹. Extremo que, cobra una

⁴⁵⁰ Así, DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Causa y ausencia de causa en el despido colectivo: un análisis a través de la doctrina judicial reciente”. En *Trabajo y Derecho*, núm. 10. 2015. Página 5 (La Ley 5797/2015).

⁴⁵¹ *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1197.

especial trascendencia en los casos en los que la solicitud haya sido formulada por el empresario o la administración concursal donde el párrafo quinto de este artículo 64.5 LC menciona la obligación de traslado a los representantes de los trabajadores de la copia de la solicitud (demanda), así como de todos los documentos anejos a la misma. Con esta previsión normativa se estaría configurando la existencia de un auténtico derecho a la correcta información como garantía de un eficaz ejercicio de la función representativa⁴⁵². Por lo tanto, el sujeto que pretenda que se adopten una serie de medidas de ajuste de plantilla una vez declarado el concurso cumpliría su cometido adjuntando los documentos que avalen su propuesta con la solicitud o demanda ante el Juzgado de lo Mercantil.

Tal y como se está dejando sentir en este epígrafe, la fase intermedia del procedimiento de ERE Concursal debe de pasar inexorablemente por la celebración de un periodo de consultas. En este sentido, el Juez del Concurso no podrá resolver la “demanda” sin haber dejado un tiempo para que las partes se reúnan y desarrollen una “efectiva negociación”. Sin embargo, con anterioridad a la Reforma Concursal de 2011 aparecieron una serie de pronunciamientos judiciales que admitían que junto con la solicitud se podía adjuntar el acuerdo alcanzado entre las partes, siendo que, en estos casos se consideraba posible la amortización del periodo de consultas. En concreto, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 20 de marzo de 2009⁴⁵³ admitió esta forma de proceder. En el citado auto se puede leer lo siguiente: *“no se encuentra impedimento legal para que la solicitud del expediente de regulación de empleo, en ese caso de extinción colectiva, pueda plantearse de este modo. Al contrario, son*

⁴⁵² En este sentido, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificaciones y extintivas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 371.

⁴⁵³ AJM nº 1 de Bilbao de 20 de marzo de 2009, proc. 175/2009.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

evidentes las ventajas que ofrece, pues una solicitud presentada el día 6 de marzo puede resolverse 14 días después. Por tanto, habiendo acuerdo es factible, y se acomoda a la legalidad, que la solicitud conjunta inicie el expediente y se obvie de este modo el periodo de consultas". También puede verse esta misma solución en otro Auto más reciente, como es el dictado por parte del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 22 de julio de 2011⁴⁵⁴, esta vez, para un supuesto en el que se pretendía la suspensión de los contratos. Se indicó por la magistrada de dicho órgano que *"la concursada ha aportado un acuerdo suscrito por la empresa y la representación de los trabajadores, que posteriormente ha sido asimismo suscrito por la administración concursal, lo que hace innecesaria la apertura del periodo de consultas, por lo que procede remitir el expediente sin más trámite a la Autoridad Laboral para que informe conforme al art. 64.6 II LC"*. Con todo, la Reforma Concursal del año 2011 se hizo eco de todos estos pronunciamientos judiciales y finalmente optó por incorporar una previsión dentro del tercer párrafo del artículo 64.6 LC donde se dispone textualmente que *"el acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas"*.

Por consiguiente, la única excepción en la que cabría amortizar *ex lege* el período de consultas sería cuando junto con la solicitud se anexiona un acuerdo similar al que se hubiera alcanzado en caso de haberse efectuado las negociaciones, el cual deberá de estar rubricado por las partes que tiene legitimación para ello, es decir, la administración concursal y los representantes de los trabajadores (al que se les podría unir también el empresario deudor). En estos casos el Juez amortizará el trámite de

⁴⁵⁴ AJM de Cádiz de 22 de julio de 2011, recurso 220/2011 (AC/2011/2108).

negociaciones y continuará con el impulso del procedimiento, puesto que, si ha recibido un acuerdo junto con la solicitud se presupone que dichas consultas se han celebrado *ante tempus*. Asimismo, cuando junto con la solicitud se acompañe un acuerdo entre las partes legitimadas, el Juez del Concursal quedará compelido a aceptar las medidas, salvo que apreciara algún vicio en este acuerdo que le ha sido presentado (dolo, coacción, abuso de derecho, fraude de ley etc.). En el resto de supuestos el Juez deberá necesariamente convocar a las partes legitimadas para la celebración de una serie de reuniones con el fin de intentar llegar a un acuerdo sobre las medidas de ajuste de plantilla solicitadas. Aceptando esta posibilidad no se estaría omitiendo el requisito fundamental de celebrar unas consultas entre las partes interesadas, puesto que éstas ya se habrían celebrado con anterioridad. Esto es así porque, obviamente, para poder presentar un acuerdo junto con la solicitud las partes habrían tenido que reunirse y haber negociado para lograr un acuerdo y esto es lo que, en esencia, interesa tanto al legislador comunitario como español. Comprensiblemente, esta negociación llevada a cabo *ex ante* tendría que cumplir con las prerrogativas básicas de toda negociación, a saber: deben de llevarse a cabo con buena fe y propiciarse en ellas un efectivo intercambio de pareceres; deben de desarrollarse por las personas indicadas por la normativa, es decir, por los sujetos legitimados; el acuerdo ha de alcanzarse por las mayorías fijadas legalmente y; en fin, tendría que haberse desarrollado libremente y sin coacciones, así como sin la presencia de ningún atisbo de fraude.

Por ello, considero que la adopción de un acuerdo previo a la solicitud presentada ante el Juez del Concurso no puede ser siempre y en todo caso sinónimo de éxito en la aprobación de las medidas. Es cierto que con toda probabilidad éstas serán aceptadas por parte del juez, pero para

ello el acuerdo deberá haber sido fruto de una efectiva negociación entre las partes legitimadas y haber sido alcanzado con total y absoluta libertad.

6.1. *Sujetos legitimados para negociar durante las consultas.*

El artículo 64.5 LC comienza disponiendo que recibida la solicitud el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas. Como vemos, son tres los sujetos mencionados, situación que contrasta con las consultas en situaciones extraconcursoales donde por lógica comprensible no existirá ningún órgano como la administración concursal. La redacción del citado precepto concursal no fue siempre tal y como la conocemos hoy en día, puesto que con anterioridad a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en vigor desde el 1 de enero de 2012, se preveía la interlocución únicamente por parte de dos sujetos⁴⁵⁵. El binomio negociador no era empresario-representantes de los trabajadores, sino que se encargaba a la administración concursal-representantes de los trabajadores. En concreto, bajo la anterior redacción del artículo 64.5 LC se expresaba que una vez recibida la solicitud, “*el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas*”, omitiéndose por ende en ella cualquier tipo de referencia sobre la figura del deudor. Esta preterición legal era mayoritariamente interpretada como una relegación del empleador en el periodo de consultas, quien quedaba totalmente postergado de toda capacidad de negociación con los representantes de los trabajadores

⁴⁵⁵ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 206.

y que se producía incluso cuando la solicitud de las medidas de ajuste proviniera del propio deudor –y ello con independencia del nivel de intervención de sus facultades-⁴⁵⁶. Esta situación era objeto de críticas por parte de algún sector de la doctrina que, pese a reconocer la exclusión del empresario de la negociación por no citarlo expresamente la norma concursal, consideraba como absurdo el hecho de que éste no pudiera negociar las medidas pretendidas por él mismo y un sinsentido si lo que se pretende con el concurso es la conservación y recuperación de la solvencia en manos del mismo empresario⁴⁵⁷. Otros autores, en cambio, realizaban una interpretación más dócil sobre este precepto y aceptaban la posibilidad de que el deudor pudiera participar en las consultas cuando hubiera iniciado el procedimiento y conservara sus facultades de disposición y administración⁴⁵⁸, mientras que, algún otro sostenía que la intervención del empresario junto con la administración concursal y los representantes de los trabajadores era posible en cualquier caso, siempre que sus facultades estuvieran meramente intervenidas⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Vid. MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1212. También admitían la dualidad de intervención de en las consultas, no reconociendo tal cualidad al empresario: RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 6 (Ref. CISS 1244/2005); MELÉNDEZ-MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS. A. I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 371; FERRADANS CARAMÉS, C. “Modificaciones colectivas de jornada en una empresa inmersa en un proceso concursal (un apunte sobre los trabajadores a tiempo parcial). En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2. 2005. Página 8 (Ref. CISS 1179/2005); CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 24 (Ref. CISS 1946/2003).

⁴⁵⁷ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 9 (Ref. CISS 1038/2005).

⁴⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas*...*Op. Cit.* Página 160.

⁴⁵⁹ HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”...*Op. Cit.* Página 21 (Ref. CISS 4381/2005). Opinaba este autor que si el empresario deudor intervenido puede ser solicitante de medidas, a fortiori, debe ser también parte en el expediente, junto con la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Todas estas vacilaciones doctrinales quedaron disipadas en parte tras la promulgación de la citada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, ya que, tal y como se ha visto en el inicio de este epígrafe, se incorporó expresamente en la redacción del artículo 64.5 I LC la referencia al empresario deudor. Ahora bien, su intervención no es incondicionada, ni puede realizarse en cualquier supuesto. Así, el párrafo segundo del señalado precepto se apresura en condicionar esta participación al cumplimiento de dos circunstancias. Por un lado, su legitimación se circunscribe a los casos en los que las facultades del concursado estén meramente intervenidas, es decir, cuando conserve cierto margen decisorio sobre su negocio, salvo para aquellas cuestiones que revistan carácter patrimonial donde ha de contar con refrendo por parte de la administración concursal. Por este motivo, en los casos en los que se haya decretado la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado –en el auto de declaración de concurso–, éste no podrá participar en las consultas, puesto que prácticamente no tendría ni voz ni voto.

Por ello, con base a estas limitaciones, parecería absurda su participación activa en la negociación, aunque, qué duda cabe, el deudor va a ser uno de los mayores interesados en el devenir del procedimiento. Por otro lado, la participación del concursado debe estar previamente autorizada por parte del Juez del Concurso. En este sentido, advertir que no estamos ante una intervención automática, sino que se precisa de autorización judicial para dar legitimidad a la misma. No es necesario que las partes –en especial, el propio deudor–, soliciten esta aquiescencia del Juez del Concurso, puesto que éste puede otorgarla de oficio, aunque también cabe, naturalmente, solicitud de parte. En todo caso, la opción por permitir o no su participación reside en el órgano judicial, el cual no está en ningún caso

obligado a conceder la intervención del deudor en el periodo de consultas, siendo una decisión potestativa por su parte, si bien, bajo mi punto de vista, ésta tendría que estar motivada. Una vez el concursado ha sido autorizado para participar en las negociaciones podrá ser uno más en la mismas, tendrá voz pero sobre todo tendrá derecho a voto, es decir, a firmar o no el posible acuerdo. Por ello, en este último caso la opción idónea para legitimar el acuerdo pasaría por la rúbrica de las tres partes firmantes: empresario, administración concursal y representantes de los trabajadores, aunque jurídicamente el juez podría legitimar perfectamente un acuerdo firmado simplemente por los dos últimos sujetos.

La participación de la administración concursal en las consultas nunca ha planteado dudas. A los administradores concursales, desde la aceptación de su cargo, les incumbe una amplia y variopinta serie de funciones y que la normativa conviene en detallar. Entre ellas, resalta por su importancia la del deber de conservar y administrar la masa activa de la empresa (artículo 43 LC) en la que debemos incluir desde un punto de vista dinámico la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (artículo 44.1 LC). En concreto, en lo que aquí nos interesa, entraría la opción de valorar y decidir sobre una posible reestructuración de la plantilla. De este modo, como gestor de la empresa está entre sus funciones la de intervenir en uno de los momentos cruciales del procedimiento de reestructuración, como lo es el de las consultas con los representantes de los trabajadores⁴⁶⁰. En la actualidad, también podemos extraer esta participación de forma expresa del artículo 33 LC que contiene las funciones de la administración concursal y desde la aprobación de la Ley

⁴⁶⁰ Vid. RÍOS MESTRE, J.M. *Despido colectivo y concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 486.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

17/2014, de 30 de septiembre, presenta una redacción nueva y detalla muy ampliamente los cometidos de este órgano concursal. Dentro del elenco de funciones de la administración concursal encontramos un apartado c) que se refiere en concreto a la materia laboral. El tercer inciso de este apartado señalaba que entre las funciones de la administración concursal se encontraba la de *“intervenir en los expedientes sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores”*. Sorprendentemente, el señalado precepto solamente se refería a la modificación de condiciones, obviando las restantes medidas de ajuste que recaen bajo la competencia del Juez del Concurso. Una redacción como la descrita no era más que fruto de un error, de un olvido incomprensible por parte del legislador.

Poco tiempo después, ya por medio de la Ley 9/2015, de 25 de mayo se completó el artículo 33.1 c) LC, en su punto tercero, incorporando las restantes medidas de ajuste de plantilla. Hoy en día este precepto determina que dentro de las funciones de la administración concursal se encuentra la de *“intervenir en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores*. La legitimación de este órgano para participar en las consultas nunca se ha puesto en tela de juicio, como así sucedía con la figura del empresario, y desde que se aprobara la Ley Concursal ha sido el sujeto encargado de negociar con los representantes de los trabajadores el signo de las medidas de ajuste laboral. Su intervención es autónoma y no depende del grado de intervención que posea sobre las

facultades del empresario. Tampoco va a ser relevante que éste hubiera sido el solicitante de las medidas de ajuste de plantilla, puesto que su intervención en la negociación es incondicionada. Por lo tanto, generalmente su firma tendrá que verse reflejada en el posible acuerdo alcanzado y su presencia va a ser fundamental en las distintas reuniones celebradas, debiendo por ende aparecer en las actas. En último término, cabe precisar respecto a esta figura, que el administrador concursal no actúa en este procedimiento como un representante del empresario, sino que es un órgano designado por el órgano judicial cuya función es defender los diversos intereses del concurso, los cuáles pueden no identificarse exactamente con los del empresario deudor⁴⁶¹. De ahí que la inclusión del concursado en el proceso de negociación, visto en el párrafo anterior, sea bajo mi punto de vista una incorporación acertada, aunque quizá ésta se haya realizado con demasiado recelo, o de una forma un tanto tímida, al exigirse un doble condicionante: facultades meramente intervenidas y decisión potestativa por parte el juez.

La presencia de los representantes de los trabajadores también va ser, como es natural, obligada durante las consultas, puesto que éstos personifican la contraparte natural de la negociación por su evidente interés en la defensa de los empleados. Sin embargo, la Ley Concursal no explica qué representación de los trabajadores es la que debe de participar en las consultas. Por ello, entiendo imprescindible acudir a la normativa laboral para solucionar este interrogante, acogiéndome a la remisión general contenida en el artículo 64.11 LC.

⁴⁶¹ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”...*Op. Cit.* Página 25 (Ref. CISS 1946/2003).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

En el plano laboral, hasta la Reforma del año 2010 el artículo 51 ET no decía mucho más allá que los representantes de los trabajadores eran los que tenían encomendada la misión de negociar en las consultas y ello sin pronunciarse sobre si la preferencia en intervenir en el procedimiento se reconocía a la representación unitaria o a la sindical. Razón por la cual, se llegó al convencimiento de que la voluntad legislativa pasaba por llamar a ambas representaciones de forma indistinta, pudiendo cualquiera de ellas suscribir un acuerdo⁴⁶². Hasta este punto, las diferentes posturas doctrinales parecían confluir, si bien, existían importantes matices acerca de la prelación entre la representación unitaria y la sindical. Las diferentes opciones transitaban desde que ambas representaciones legales se tuvieran que poner previamente de acuerdo, hasta consentir la primacía a la que primero solicitara su intervención en las consultas, o pasando por conferir directamente esta facultad a una u otra representación. Por su parte, en el expediente concursal algún autor concedía prioridad a la representación de los trabajadores que hubiera solicitado el procedimiento al Juez del Concurso⁴⁶³. En cualquier caso, no va ser habitual que los representantes de los trabajadores soliciten las medidas de ajuste laboral, sino que lo más común es que sea el administrador concursal o el propio empresario. En estos casos, en principio, se venía manifestando que deberían de ser las propias representaciones quienes decidieran cuál de ellas tenía que

⁴⁶² Entre otros: MARTÍNEZ EMPERADOR, R. “Legitimación para negociar acuerdos en periodo de consultas sobre despidos colectivos e impugnación judicial de estos acuerdos”. En *Problemas procesales de la reforma laboral* (SAMPEDRO CORRAL, M. Coord.). Ed. CGPJ. 1994. Página 74.; BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 109.

⁴⁶³ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 740; CIFUENTES, D. “La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores”...*Op. Cit.* Página 7 (BIB 2008/6).

negociar. Pero, en caso de discrepancia no quedaba claro cuál debía de ser el criterio a seguir, llegándose a opinar que tenía que ser el Juez de lo Mercantil el que convocara a la representación unitaria y si hubiera discrepancia recurrir al criterio de selección que se acepte⁴⁶⁴.

Esta situación quedó en cierto sentido solventada mediante una incorporación realizada por mor del RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva⁴⁶⁵, modificación que se mantiene en la actualidad y que se inclina por la preferencia de la representación sindical. Así lo establece en la actualidad el artículo 51.2 ET cuando expresa que corresponderá este cometido a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que, además, tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal. Mediante esta previsión se vino a zanjar la intensa discusión sobre los sujetos legitimados para intervenir en las consultas en caso de existir discrepancias entre los mismos. Con ello, la participación en las consultas corresponde a las secciones sindicales si las mismas así lo acuerdan y siempre y cuando tengan representación mayoritaria en los comités de empresa. Por lo tanto, se estableció el principio de preferencia a favor de las secciones sindicales por encima del resto de los posibles representantes de los trabajadores que existan en la empresa, pero si éstas no la asumen, con su inactividad, vendría legitimado para negociar, en los casos en los que exista, el Comité de Empresa. En este sentido, *“no sería exigible legal ni, en consecuencia, reglamentariamente, ningún acuerdo*

⁴⁶⁴ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 157; CIFUENTES, D. “La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores”...*Op. Cit.* Página 7 (BIB 2008/6).

⁴⁶⁵ BOE núm. 139 de 11 de junio de 2011.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

específico para atribuir o asumirse la representación por el Comité de Empresa, ya que el mismo como representante legal unitario de los trabajadores tiene dicho carácter de interlocutor por imperativo legal (art. 63.1 ET), salvo que exista acuerdo de las secciones sindicales para asumirla preferentemente” (STS de 24 de febrero de 2015)⁴⁶⁶. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, aclaró la cuestión de los sujetos intervinientes en las consultas cuando el despido colectivo afecta a varios centros de trabajo. En este sentido, se previó que la negociación fuera llevada a cabo por una única comisión negociadora, desapareciendo con ello la posibilidad de negociar centro por centro. Asimismo, se dispuso que esta comisión negociadora debía de estar compuesta por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes. En último término, se advirtió que la constitución de la mesa negociadora debería quedar constituida previamente al inicio de las consultas, quizá para no consumir tiempo de la negociación en la conformación de esta comisión⁴⁶⁷. Esta misma solución es la que debemos trasladar *mutatis mutandi* a la participación de estos representantes en las consultas llevadas a cabo en el seno de un expediente judicial de regulación de empleo.

Por su parte, la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social⁴⁶⁸, también afectó a los apartados 2 y 4 de este artículo 51 ET y, en línea con lo que se está tratando en este momento, arrojó luz

⁴⁶⁶ Vid. STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014 (RJ/2015/1010).

⁴⁶⁷ Para ampliar sobre este tema se puede acudir a: BLASCO PELLICER, A. “Reformas en materia laboral”. En *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013* (BLASCO PELLICER, A. LÓPEZ BALAGUER, M. ALEGRE NUENO, M. RAMOS MORAGUES, F. Y TALÉNS VISCONTI, E.E). Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Páginas 15 a 26.

⁴⁶⁸ BOE núm. 59 de 1 de marzo de 2014.

respecto al tema de la composición de la comisión negociadora de las consultas. En este sentido, con el fin de evitar que se pudiera dar inicio al periodo de consultas sin contar todavía con la representación de los trabajadores se brindó un lapso de tiempo para que la comisión negociadora pudiera constituirse. Así, se estableció un plazo de conformación de 7 días, a contar desde que el empresario traslada de manera fehaciente a los trabajadores y sus representantes la intención de llevar a cabo amortizaciones de puestos de trabajo de carácter colectivo. Para el supuesto de que en alguno de los centros afectados por la medida extintiva no exista representación de los trabajadores el intervalo de tiempo legal para que se constituya la comisión negociadora se amplía de 7 a 15 días. La citada Ley 1/2014, de 28 de febrero, también previene sobre las consecuencias para los casos en los que se supere el plazo anteriormente citado sin que se hubiera instituido la comisión negociadora. Bajo el anterior escenario, el empresario podrá dar continuidad al procedimiento y comunicar el inicio de las consultas a la Autoridad Laboral y a los propios representantes de los trabajadores. Por ende, el legislador impone al empresario, de un lado, un deber de abstenerse de continuar con el procedimiento durante un lapso temporal de 7 días para que durante este espacio pueda constituirse la comisión que negocie el despido y, por otro lado, le ofrece la posibilidad de continuarlo si el anterior plazo legal se rebasa, sin quedar compelido a esperar más tiempo del reconocido legalmente. Junto con ello, la constitución extemporánea de la comisión negociadora no amplía el plazo general conferido para la duración de las consultas.

Es bastante frecuente que algunas empresas, por lo general pequeñas y medianas, no cuenten con representación legal de los trabajadores. Para estos casos la legislación laboral permite la creación de

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

una comisión de trabajadores elegidos *ad hoc* conforme a lo establecido en el artículo 41.4 ET -referido este último a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo-⁴⁶⁹. Se trata de una comisión compuesta por un máximo de tres trabajadores de la empresa que resulten elegidos de forma democrática, o de igual número compuesta por miembros de los sindicatos más representativos del sector a los que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa. Como se puede apreciar, no estamos ante unos sujetos que representen a los trabajadores de forma continuada, sino que mantienen esta encomienda para un sólo acontecimiento concreto, puesto que son elegidos precisamente para intervenir y negociar en representación de la plantilla en el periodo de consultas. También en el procedimiento de ERE Concursal se va a aplicar esta misma regla para el caso de que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa concursada. En este sentido, la Reforma Concursal del año 2011 introdujo literalmente este acontecimiento dentro del artículo 64.2 LC, referido como sabemos a la solicitud de las medidas. Así, en caso de ausencia de representación de los trabajadores, al remitirse expresamente al artículo 41.4 ET entiendo que se deberá de conformar una comisión *ad hoc* con un máximo de 3 miembros.

Con todo, la normativa laboral no aclara que es lo que sucede cuando en ausencia de representación unitaria o sindical, los trabajadores no designan ninguna comisión *ad hoc* que negocie el despido. En cualquier caso, ante el silencio legal, es dable considerar que en estos casos el periodo de consultas quedaría amortizado, siendo para ello imprescindible que el

⁴⁶⁹ Previsión incorporada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

empresario hubiera comunicado *ex ante* y de forma expresa a los trabajadores la posibilidad que disponen de nombrar una comisión, sus fórmulas y los plazos para su designación⁴⁷⁰. Es cierto que el periodo de consultas es el eje sobre el que descansa nuestro actual sistema de extinciones colectivas, sobre todo, a raíz de la pretendida supresión de la autorización administrativa. Por este motivo, la total inobservancia de las consultas, así como la contravención de alguna formalidad del mismo (por ejemplo, por falta de documentación) va a conllevar la nulidad de la medida. Pero, lo que también es cierto es que esta sanción debe tener lugar ante una incorrecta actuación por parte del empresario, siendo flagrante cuando efectúe la concreta medida de ajuste sin accionar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (legales o *ad hoc*). Por el contrario, no debe pesar ninguna sanción sobre aquel empresario que de forma reglamentaria pretende ajustar su plantilla sometiendo su intención a los trabajadores, informándoles expresamente sobre la posibilidad, forma y plazos de la constitución de una comisión negociadora *ad hoc*, cuando esta opción es desoída por parte de éstos. Por lo tanto, bajo estas condiciones el periodo de consultas se debería de entender amortizado. Reforzaría esta tesis la modificación efectuada a través del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social y la posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero, con el mismo nombre. En ellas se dispuso que transcurrido el plazo para la constitución de la comisión negociadora el empresario podrá dar comienzo al periodo de consultas, siendo que, la constitución

⁴⁷⁰ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Página 56.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

extemporánea no va a ampliar el plazo general de desarrollo del periodo de consultas.

Sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión cuando la empresa está en concurso. En el propio artículo 64.2 LC se indica que transcurrido el plazo establecido por la normativa laboral, sin que se haya designado una comisión *ad hoc* por parte de los trabajadores, será el propio Juez del Concurso quien podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de 3 miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que pertenezca la empresa. Así, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 41.4 ET, según la redacción dada por la Ley 1/2014, de 20 de febrero, la constitución de la comisión negociadora de los representantes de los trabajadores deberá de realizarse en el plazo de 7 días desde que el empresario les comunicara su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial (también aplicable para suspensiones y extinciones, que se ampliará a 15 días en caso de no existir representación legal de los trabajadores). Con ello, una primera duda interpretativa surge en determinar desde qué momento se entiende que debe comenzar a computar este plazo, puesto que de lo que no cabe duda es que en el procedimiento concursal la comunicación no la va a hacer el empresario. En este sentido, no me parece del todo acertado que la fecha de la solicitud sea la idónea para considerar iniciado este plazo, sino que el *dies a quo* debería situarse más bien en el día en el que el Juez del Concurso convoca a las partes para la evacuación del periodo de consultas. Si recordamos, el inicio del artículo 64.5 LC se expresa que: “*recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas*”. Por tanto, es a partir de este momento cuando la contraparte va a conocer

fehacientemente el inicio de un periodo de consultas, puesto que podría darse el caso de que este colectivo no tuviera noticias en un primer momento de la solicitud realizada ante el Juez del Concurso. Con ello, en caso de no existir representación legal de los trabajadores se dispondrá de un plazo de 15 días como máximo para conformar una representación *ad hoc* elegida por los propios trabajadores. Este plazo es improrrogable, puesto que en la normativa laboral (artículo 41.4 ET) se prevé que transcurrido el mismo el empresario puede continuar con el procedimiento.

En el plano concursal, transcurrido el mismo será el Juez del Concurso quien podrá nombrar a una comisión máxima de 3 miembros que deberá de elegir entre los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, por lo que se prevé la participación de 3 personas pertenecientes a alguno de estos sindicatos. Por lo tanto, los plazos sí que van a encontrar una aplicación subsidiaria en el procedimiento de ERE Concursal, pero una vez concluidos sin haberse nombrado ninguna comisión será el Juez del Concurso quien decida si continúa el procedimiento o si nombra a 3 personas para que negocien. Esta es la interpretación que considero que debe de realizarse respecto del vocablo “podrá”, es decir, la de que una vez agotado el plazo de constitución de la comisión será el propio juez quien dispondrá para ordenar lo pertinente.

No cabe atribuir dentro del procedimiento concursal ninguna consecuencia a la defectuosa configuración de la Comisión Negociadora. Fuera del concurso se debate que repercusiones tendría una errónea configuración de la Comisión Negociadora existiendo cierta flexibilidad cuando ha habido acuerdo⁴⁷¹, salvo, entiendo, que se deje fuera a un órgano legitimado. Cuando no se ha conseguido ningún pacto, se ha llegado a la

⁴⁷¹ Vid. STS de 23 de enero de 2012, rec. 220/2010.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

conclusión que una indebida conformación de esta comisión no produciría la nulidad de la media por inexistencia del período de consultas, pues su configuración corresponde al bando de los trabajadores, sin injerencias empresariales⁴⁷². De esta suerte, parece que no existiría acuerdo y la medida se tendría que calificarse como ajustada a derecho o no en función de la concurrencia de las causas. Estas conclusiones, referidas a las consecuencias que se desprenderían de una defectuosa configuración de la Comisión Negociadora entiendo que no serían trasladables al ámbito concursal puesto que aquí no es el empresario el que va a decidir, sino que es el juez quien convoca a las partes a que en el plazo máximo de 30 días – o 15 para empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores- negocien, manteniendo el órgano judicial la decisión última sobre las medidas laborales propuestas.

No cabe tampoco la posibilidad de negociar individualmente cada despido, puesto que las consultas requieren de un interlocutor que represente a los trabajadores. Tampoco va a poder realizarse en el hipotético caso en el que no habiendo representación legal no se designe ninguna comisión. La razón estriba en que el carácter colectivo del despido exige *per se* que se dé una interlocución colectiva, no cabiendo en ningún caso, la posibilidad de llevar a cabo una negociación individual⁴⁷³. En similares términos, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012⁴⁷⁴ consideró que no puede entablarse negociación con los trabajadores individuales con el ánimo de sustituir a los sujetos legitimados. Por ello, *ad maiorie ad minus* no podría sostenerse el hecho de que se realicen

⁴⁷² Vid. SAN 22 de octubre de 2014, rec. 213/2014.

⁴⁷³ MARTÍN JIMÉNEZ, R. “Diez cuestiones sobre la negociación colectiva en los ERE’s”. En *Aranzadi Social*, número 10. 2013. Página 6 (versión electrónica).

⁴⁷⁴ SAN de 25 de julio de 2012 (AS/2012/1674).

negociaciones individuales de forma paralela a las practicadas con los representantes de los trabajadores, siendo esta actuación fraudulenta, por lo que el despido –o cualquier otra medida colectiva- no sería aprobado por el Juez del Concurso.

Respecto a las consecuencias que se derivarían de la negociación llevada a cabo por otros sujetos distintos a los previstos legalmente, es decir, por personas que no estuvieran facultadas para ello, hay que tener presente lo aseverado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 29 de noviembre de 2012. En la misma se expresó que *“los posibles defectos en la negociación relativos a la representación y comparecencia de sus miembros, no es factible encuadrarlos en aquéllas (las causas de nulidad), constituyendo caso de concurrir, un mero defecto formal no determinante de la nulidad del proceso negociatorio, desestimándose así el defecto invocado por los demandantes”*⁴⁷⁵. Pretendían los miembros del comité de empresa instar, entre otras acciones, la nulidad por considerar la falta de representación real de las personas que comparecieron a las reuniones de las consultas de una Fundación del sector público.

En otro orden de valores, la Ley Concursal posibilita la participación en las consultas de un cuarto sujeto, que corresponderá con el representante de la empresa matriz en los casos en los que el empresario deudor pertenezca a un grupo de empresas. En este sentido, el artículo 64.5 LC dispone que *“los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos,*

⁴⁷⁵ STSJ de Castilla y León, Burgos, de 29 de noviembre de 2012 (AS/2013/55).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación”. En este sentido, la utilización del tenor literal de la expresión “unidad de empresa” debe de asemejarse al concepto de grupo de empresas relevante a efectos laborales⁴⁷⁶.

Esta previsión no existía al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal, puesto que fue incorporada con la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Su objetivo fue seguramente el de intentar destapar en el periodo de consultas una posible unidad empresarial a efectos laborales y poder constatar la concurrencia de las causas, en especial, la económica. Para ello, la Ley Concursal permite la participación de un cuarto sujeto, cuya presencia es más residual. Este cuarto sujeto puede ser individual o plural, puesto que el tenor legal expresa “*otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa*”. En este sentido, bien podría solicitarse la comparecencia y participación de la empresa matriz o socio mayoritario, o bien la de varias entidades en caso de que el paquete accionarial estuviera más repartido o en el que la presencia de todas las empresas del grupo sea determinante para que la negociación pueda concluir con éxito. La apreciación de si debe de intervenir una persona física o jurídica (entiéndase en este último caso a una o varias personas que la represente) o más de una, se deja al criterio del solicitante.

Conectando con esta última idea, cabe añadir que la participación de uno o varios miembros del grupo de empresas no es en ningún caso automática, sino que debe venir autorizada por parte del Juez del Concurso quien, de otro lado, no podrá realizar este llamamiento de oficio, sino que será siempre a solicitud de parte. La dicción del precepto analizado

⁴⁷⁶ SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 15 (Ref. CISS 1939/2012).

solamente faculta a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores para solicitar al Juez del Concurso la intervención de algún miembro del grupo que consideren necesario para el efectivo desarrollo de las consultas, mientras que no menciona al deudor, cuestión que parece totalmente lógica si tenemos en cuenta los siguientes argumentos: a) los únicos sujetos de obligada presencia en las consultas son, de un lado, los representantes de los trabajadores, y del otro lado la administración concursal. Por ello, la dualidad de posiciones se cumple perfectamente con estas dos partes. Es cierto que el deudor podrá estar presente o no estarlo, dependiendo de varios factores -que no tuviera suspendidas sus facultades de administración y disposición y que el Juez del Concurso considere conveniente su participación, es decir, la autorice-. Por lo tanto, no parecería adecuado que se incorporara como posible solicitante a un sujeto que probablemente puede que no participe de las consultas, de ahí que deba encomendarse esta tarea a los que de forma segura van a intervenir en la negociación; b) Pero, además, incluso para el caso de que el deudor haya sido autorizado para intervenir en las negociaciones lo más probable es que no esté interesado en la participación de otras empresas del grupo que pudieran llegar a perjudicar la adopción de las medidas de ajuste de plantilla. En este sentido, la presencia de otras entidades relacionadas con el deudor interesa especialmente a los representantes de los trabajadores, puesto que de existir unidad de empresa a efectos laborales tal vez pueda llegar a no existir causa suficiente para efectuar las medidas laborales propuestas. También concierne al administrador concursal, ya que se trata de un tercero ajeno al deudor, así como un órgano necesario del concurso teóricamente imparcial, por lo que entre sus cometidos está el de velar por los diversos intereses del concurso. Por lo tanto, ambos sujetos son los

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

encargados de solicitar la participación de otros miembros del grupo empresarial si así lo consideran relevante.

Precisamente, la intervención de estos últimos sujetos puede resultar útil para intentar destapar la presencia de un posible grupo empresarial a efectos laborales, de ahí que el legislador utilice el vocablo “indiciariamente”. Con ello, se da la oportunidad de que en la negociación de las consultas se tenga toda la información posible y se pueda coadyuvar a conseguir un acuerdo, o quizás a ilustrar a los representantes de los trabajadores de la inexistencia de causa al considerarse que existe unidad de empresa. En todo caso, la decisión última sobre esta vicisitud va a recaer en el Juez del Concurso, quien deberá resolver sobre la misma de forma motivada. Junto con ello, cabe tener presente que la intervención de otros miembros del grupo durante las consultas también puede ser beneficiosa para otros fines, como podría ser el caso de contribuir a reducir los efectos de las medidas de ajuste laboral, en especial si lo que se pretende es la extinción colectiva de los contratos. En este sentido, otras empresas del grupo podrían ofrecer soluciones de recolocación de empujados, movilidad geográfica o incluso la opción de contribuir con parte de la indemnización resultante (opción que, de otro lado, algún autor no ha considerado aceptable)⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ En un periodo de consultas se pactaron las indemnizaciones propias de un despido improcedente, sin bien la concursada solo se haría cargo del límite de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, y el resto de la indemnización correspondería al grupo. Este modo de proceder fue aceptado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 y Mercantil nº1 de Soria de 28 de diciembre de 2012 y criticado por ORELLANA CANO por no ser conforme a derecho declarar la responsabilidad de las empresas del grupo en sede del artículo 64 LC y que el llamamiento de otros miembros del grupo se hace solamente a efectos de concurrencia de las causas. *Vid.* ORELLANA CANO, N. “Los grupos de empresas en la regulación de empleo concursal. A propósito del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 y Mercantil nº 1 de Soria de 18 de diciembre de 2012”...Op. Cit. Página 14 (Ref. CISS 5112/2013).

En concreto, a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, concluye este precepto que se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Esta previsión es especialmente útil para la representación de los trabajadores, puesto que no guardan tanta proximidad con las fuentes de prueba que están a disposición de la empresa y la carga de probar la existencia de unidad empresarial corresponde a quien la alega. Cabe tener presente que el Juzgado de lo Mercantil competente dispondrá de la cuentas anuales consolidadas y el informe de gestión correspondientes a los 3 ejercicios sociales anteriores, así como el informe de autoría en relación con las anteriores cuentas y la memoria de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo, ya que debieron de ser entregadas por el deudor junto con la solicitud de concurso (artículo 6.3 4º LC). Por ello, resulta conveniente resaltar en este preciso instante la solución alcanzada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona en su auto de 30 de julio de 2012.⁴⁷⁸ Este último interpretó el inciso del artículo 64.5 LC considerando que el momento procesal oportuno para solicitar al Juez del Concurso la participación de otra/s entidad/es del grupo de la concursada, así como reclamar su documentación, va a ser el inicio de las consultas, sin que pueda posteriormente alegarse este hecho, ni pretenderse la nulidad de actuaciones por falta de información o por ser ésta incompleta. El juzgador concluyó que los representantes de los trabajadores tenían que haber advertido al propio Juez del Concurso en el inicio de las consultas de los indicios de una posible unidad empresarial, para que éste pudiera haber llamado a dichas empresas al periodo de consultas. Se expresó en este auto que “*habiendo*

⁴⁷⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 30 de julio de 2012, proc. 411/2012 (AC/2102/1528).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

planteado los representantes legales de los trabajadores por primera vez la posible existencia de unidad empresarial en el trámite final de alegaciones, se considera una pretensión totalmente extemporánea, sin posibilidad de entrar siquiera en su análisis pues de lo contrario se estaría generando una clara y absoluta indefensión tanto para la concursada, como a la administración concursal y a las propias empresas de las que se dice que forman parte de dicho grupo al no haberles dado la posibilidad de personarse, formular alegaciones ni proponer prueba al respecto”.

Como vemos, la incorporación de esta previsión con el objetivo de que se pueda valorar en el seno de las consultas una posible unidad de empresa o la existencia de un grupo empresarial patológico al que pertenece la concursada, así como la posibilidad de que intervengan en la negociación, debe de reivindicarse precisamente en el momento procedimental en el que se ha insertado, es decir, en las consultas. Con ello, el legislador ha puesto a disposición de la administración concursal y, sobretodo, de los representantes de los trabajadores unas facultades que deben de hacerse valer precisamente en su momento procesal oportuno que, como se está asintiendo, coincide con las consultas. En este sentido, los Jueces de lo Mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña proponen en su acuerdo alcanzado con fecha de 3 de julio de 2014 que la alegación relativa a la existencia de unidad empresarial se realice por escrito en los 5 primeros días desde la admisión a trámite del expediente⁴⁷⁹. En cualquier caso, la fijación de este último plazo no supone en ningún caso doctrina consolidada, ni puede tampoco servir por sí solo como fundamento jurídico ante una eventual pretensión, pero sí que nos sirve como una suerte de guía sobre

⁴⁷⁹ En este sentido, véase la página web:

http://www.empresistes.net/EMAIL/adjuntos/Acuerdos_3_de_julio_2014_Unidad_productiva_Conclusion_Negociaciones_y_Laboral.pdf.

unas opiniones consensuadas por una serie de magistrados que nos indica hacia donde podría ir decantándose este problema. Por lo tanto, no debemos acoger este plazo más que como una proposición más, si bien, de lo que no cabe duda es que parece preferible que la solicitud en esta materia se realice en los momentos iniciales del periodo de consultas, lo que parece lógico habida cuenta de que la duración de consultas no es *sine die* y está sujeta a plazos; y de que el problema del grupo de empresas debe de tratarse especialmente en este periodo, por lo que no parece consecuente solicitarlo al final del mismo.

En todo caso, desde que se solicita esta cuestión al Juez del Concurso hasta que éste la autoriza, se entrega la documentación, se traslada a la empresa matriz y/o los restantes miembros del grupo y estos están operativos para intervenir en las consultas, puede pasar cierto tiempo, por lo que parece prudente pensar que el Juez del Concurso podría suspender las consultas si así lo considera conveniente, con el fin de dar tiempo a la sustanciación de todas estas vicisitudes y que las mismas se reanuden de nuevo con todos los sujetos y elementos necesarios para poder llevar a cabo una efectiva negociación e intentar alcanzar un acuerdo.

6.2. Duración del periodo de consultas

La legislación concursal sí que se detiene en regular el lapso temporal durante el cual los sujetos legitimados pueden estar negociando. La necesidad de disponer una previsión expresa sobre esta cuestión obedece a la mayor celeridad que se predica sobre las soluciones adoptadas en el concurso, respaldando la configuración de un plazo inferior al referido por la anterior legislación estatutaria. De este modo, pese a que los días

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

exhibidos coincidían en una y otra normativa, en el Estatuto de los Trabajadores el plazo se configuraba como techo inferior mientras que en la Ley Concursal se sigue estableciéndose en clave de tope máximo. En concreto, la antigua redacción del artículo 51 ET exigía que las consultas tenían que durar como mínimo 30 días en empresas con más de 50 trabajadores y 15 días en empresas con inferior número. De este modo, se establecía un periodo mínimo de negociación que podría, en su caso, ser ampliado vía convenio colectivo, pero no reducirse.

El problema que se suscitaba en aquel momento era el de la posibilidad de la finalización *ante tempus* del periodo de consultas. El establecimiento de un tope mínimo impedía que con desacuerdo pudiera darse por finalizado el periodo de consultas antes de los 30 días (o 15). En este sentido, la Ley obligaba, en pos de lograr un acuerdo, a que las partes tuvieran que perseverar en la negociación durante 30 o más días (o 15 en empresas de menos de 50 trabajadores). Así, se incitaba a la negociación aun cuando las partes hubieran llegado al convencimiento de que resulta imposible llegar a un acuerdo⁴⁸⁰. Por el contrario, bajo esta normativa precedente, era posible anticipar la finalización de las consultas cuando entre los firmantes se hubiera llegado a un acuerdo⁴⁸¹. *A sensu contrario*, el artículo 64.5 LC dispone que la duración del periodo de consultas debe de ser como máximo de 30 días naturales para empresas con más de 50 empleados y de 15 días en caso cuando el número sea menor. En este sentido, el referido plazo contemplado por parte del artículo 64.5 LC conlleva dos consecuencias de signo teórico. Por un lado, vuelve a significar

⁴⁸⁰ BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch “colección Laboral Práctico”. 2007. Página 118.

⁴⁸¹ Consecuencia que se extraía del artículo 8.1 del anterior Reglamento, en relación con el artículo 11 del mismo.

el hecho de que el legislador se haya fijado exclusivamente en el procedimiento de despido colectivo, ignorando las particularidades de las suspensiones y modificaciones sustanciales, siendo que, como sabemos, el expediente judicial de regulación de empleo también acoge en su seno estas últimas medidas de ajuste. En este sentido, cabe apuntar que el artículo 41 ET no fijaba ningún plazo para la duración de las consultas en los casos de modificación de condiciones, mientras que el artículo 47 ET designaba 15 días como mínimo para el supuesto de que lo pretendido fuera la suspensión de uno o varios contratos de trabajo. De nuevo, el legislador concursal volvió a tomar la parte por el todo y utilizó como espejo de la duración de las consultas dentro del ERE Concursal la regulación que sobre el particular se efectuaba en el artículo 51 ET para los despidos colectivos, y con ello vino a fijar una disciplina única sobre la duración de la negociación, con independencia de la medida que se instrumente⁴⁸². Sin embargo, alteró los topes de su duración, reconociendo cuando la empresa está en concurso unos plazos de 30 y 15 días, pero considerados como tope máximo, en vez de mínimo. La explicación proviene, como ha sido anticipado, por la mayor celeridad que se predica del procedimiento concursal, razón por la cual seguramente se consideró aconsejable reducir el periodo de tiempo de la negociación en estos supuestos. Con ello, se pretende no dilatar en exceso en el tiempo este proceso.

Este desmarque de la Ley Concursal, fijando la duración del periodo de consultas como plazo máximo en vez de mínimo, fue visto por la mayoría de la doctrina científica como un signo de improrrogabilidad de la negociación más allá de estos 30 días (o 15 para empresas con menos de

⁴⁸² En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 218.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

50 trabajadores). Así, se llegó a expresar que estos plazos máximos eran insuperables, no pudiéndose prorrogar en ningún caso, por lo que una vez transcurridos debería de continuarse con la siguiente fase del procedimiento⁴⁸³. Con ello, se entendía excluido el hecho de que las partes pudieran acordar libremente entre ellas la ampliación de la duración de las consultas,⁴⁸⁴ garantizándose por otra parte la celeridad en la adopción de las medidas que resulten oportunas⁴⁸⁵, siendo que, no tomar a tiempo las decisiones oportunas podría agravar la patología financiera de la empresa⁴⁸⁶. Apoyaba esta tesis la dicción del artículo 64.6. 6º LC que dispone que “*al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas*”. Por lo tanto, las partes podrán darlas por terminadas con anterioridad al plazo máximo señalado -de hecho esta sería la situación deseable si atendemos al principio de celeridad que envuelve al proceso concursal-. En este sentido, la libertad negociadora de las partes se ha considerado tradicionalmente aceptada por la doctrina científica respecto a la conclusión *ante tempus* de las consultas, pero no así hacía a la ampliación

⁴⁸³ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 69; DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 741; DE VIVERO DE PORRAS, Mª. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores...Op.Cit.* Página 104.

⁴⁸⁴ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, Mª. T. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 1214; MOLERO MARAÑÓN, Mª. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 218.

⁴⁸⁵ RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 6 (Ref. CISS 1244/2005); HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”...*Op. Cit.* Página 22 (Ref. CISS 4381/2005).

⁴⁸⁶ ALTÉS TÁRREGA, J.A. “El expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 697.

de dicho plazo. Dicho de otro modo, a las partes negociadoras se les permite fijar la duración de las consultas siempre y cuando no se sobrepase el tope de los 30 días –o 15 para empresas con menos de 50 trabajadores-. Sin embargo, no cabe desconocer que alguna resolución judicial ha permitido ampliar la duración de las consultas y ha considerado que el plazo dispuesto por el artículo 64.5 LC no es preclusivo⁴⁸⁷.

En el plano laboral, la reforma llevada a cabo por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, entre otras muchas cuestiones, alteró la duración de las consultas en los despidos colectivos y las suspensiones de contrato. En lo que aquí interesa, cabe esgrimir que tras esta reforma el artículo 51.2 ET pasó a disponer que la duración de las consultas con los representantes de los trabajadores no será superior a 30 días, o 15 días en empresas de menos de 50 trabajadores. Por su parte, para las consultas en el caso de que lo pretendido sean las suspensiones de contrato, en el artículo 47 ET también se determinó la duración de los 15 días duración como un límite máximo. Esta decisión fue una clara apuesta en pos de la celeridad en la toma de decisiones de las suspensiones de contratos y despidos colectivos a la que también irían dirigidas en este mismo sentido otra serie de modificaciones llevadas a cabo por la anterior reforma, tales como la supresión de la autorización administrativa, el aligeramiento de las causas, así como otras cuestiones de índole procesal, como sería caso de los reducidos plazos dispensados en la tramitación judicial o la supresión de la conciliación administrativa previa para estos supuestos (artículo 124 LRJS).

⁴⁸⁷ Por ejemplo, los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Santander de 21 de abril de 2005 o de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, o más recientemente el de lo Mercantil nº 1 de Soria de 28 de diciembre de 2012.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

La alteración de la duración del periodo de consultas en el Estatuto de los Trabajadores ha significado, sin pretenderse, una concordancia con la legislación concursal. Así, en un contexto de indisolubles asimetrías entre el procedimiento de medidas laborales por causas empresariales dentro del concurso y fuera del mismo en especial tras la Reforma Laboral de 2012 se ha localizado un involuntario punto de conexión entre ambas normativas. En la actualidad, tanto el artículo 51.2 ET como el artículo 64.5 LC indican que la duración del periodo de consultas entre las partes legitimadas será de 30 días como máximo, o de 15 días para empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores. Por lo tanto, estos preceptos han confluído en una evidente simetría, lo que bajo mi punto de vista podría suponer una reinterpretación de la doctrina que ha ido reposando sobre la cuestión de la duración de las consultas en el ERE Concursal, que entiendo que debería mudar a la luz de este nuevo escenario.

Así las cosas, los problemas interpretativos no se van a plantear por la posibilidad de finalización *ante tempus* de la negociación en las consultas, cuestión que en todo momento ha sido pacífica, sino por la situación diametralmente opuesta, es decir, resolver si se podría llegar a prorrogar la negociación más allá de 30 días (o 15 si la empresa tuviera menos de cincuenta trabajadores). Obviamente, las partes van a poder agotar el plazo legal y esperarse hasta cumplir con los 30 o 15 días, puesto que así se deduce del tenor literal del precepto, si bien, atendiendo a la hermenéutica parece deseable que la negociación acabe con prontitud, sobre todo, y esto es lo interesante, si no hay acuerdo o se piensa que éste no se podrá alcanzar.

Como se ha anticipado en el párrafo anterior, el establecimiento de topes máximos para llevar a cabo las negociaciones plantea una

problemática cuya resolución atinada no es para nada clara. Me estoy refiriendo a si los términos de 30 o 15 días establecidos como topes máximos pueden rebasarse, es decir, si las partes van a tener la facultad de negociar sobrepasando este límite. Si analizamos la cuestión desde la óptica laboral podemos constatar como los tribunales se han mostrado por regla general propicios a la prolongación del periodo de consultas más allá del límite legal establecido por el artículo 52.2 ET y su respectivo desarrollo reglamentario. También la doctrina se ha mostrado partidaria de esta posibilidad⁴⁸⁸. Con ello, aunque la situación deseable fuera que se logre un acuerdo y además que este se alcance cuanto más pronto mejor, considero que se quebraría la finalidad esencial del periodo de consultas si por voluntad de las dos partes no se dejara que la negociación se prolongue durante un tiempo superior a los citados 30 o 15 días, siempre y cuando esta continuidad se dé en aras de buscar un acuerdo.

Desde la doctrina judicial social se ha considerado que continuar con el periodo de consultas, dejando sin efecto el primer procedimiento de consultas e iniciando uno *ex novo* con el fin de conseguir un acuerdo es perfectamente legítimo (STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2012)⁴⁸⁹. También se ha abordado el caso de que el plazo se hubiera rebasado de

⁴⁸⁸ V.gr. BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Página 58

⁴⁸⁹ STS de Cataluña de 25 de octubre de 2012 (AS/ 2013/468). En la sentencia se dice lo siguiente: “*el deseo de disponer de más tiempo para poder lograr un acuerdo efectivo está en ambas partes y, de hecho, la empresa deja sin efecto el primero para, con el segundo procedimiento, cumplir con todas las exigencias legales mientras realiza una negociación real, cumpliendo con la finalidad del periodo de consultas al "negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo", tal y como exige el art. 51.2 y el art. 4 de la Directiva 98/59/CE (LCEur 1998, 2531) del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despido colectivos*”.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

mutuo acuerdo por la suspensión de las consultas. En concreto, STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013⁴⁹⁰, conoció de un supuesto en el que de mutuo acuerdo las partes decidieron suspender durante veinte días las reuniones de las consultas (puesto que coincidía con fechas navideñas). Se dice en la sentencia que *la expresión referida al plazo de duración del periodo de consultas no puede entenderse como "un límite infranqueable", significando dicha expresión que únicamente, superado dicho plazo, que es el que el legislador considera suficiente para que las partes alcancen acuerdos, "ninguna de las partes puede compeler a la otra para prolongar la negociación"*. Además, se considera que la verdadera negociación tuvo lugar en el segundo periodo, tras la suspensión, plazo éste que, por lo demás, no superó el límite de 30 días. El Tribunal Supremo también ha interpretado con flexibilidad el límite máximo temporal, siempre y cuando exista un contenido real en las negociaciones (STS de 15 de abril 2014)⁴⁹¹. La STS de 25 de mayo de 2015⁴⁹², en un caso de modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo, declaró que la celebración de un periodo de consultas que duró 60 días no era causa de nulidad pues, entre otras razones, *"todos los representantes de los trabajadores han asistido a las reuniones celebradas, se les ha entregado toda la documentación solicitada, han sido oídos y han podido realizar sus propuestas"* (en fin, con el acuerdo alcanzado no se ha producido indefensión a los trabajadores, ni concurrido mala fe en la negociación). Más reciente, esta vez para el caso de un despido colectivo, la STS de 24 de noviembre de 2015⁴⁹³ validó la prolongación de los plazos en la fase negociadora porque *"se efectuó de común acuerdo, no*

⁴⁹⁰ STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (JUR/2013/145605).

⁴⁹¹ STS de 15 de abril de 2014, rec.188/2013.

⁴⁹² STS de 25 de mayo de 2015, rec. 307/2013.

⁴⁹³ STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 86/2015 (JUR/2016/14038).

fue excesiva, no generó perjuicios a los posibles afectados y tuvo por finalidad intentar alcanzar un posible acuerdo". Desde los Juzgados de lo Mercantil también han existido algunos pronunciamientos que han apostado por interpretar el carácter no preclusivo de los topes máximos establecidos respecto a la duración de las consultas, incluso, recientemente también se ha acogido esta interpretación por parte de la doctrina de suplicación, proporcionándose un giro exegético que bajo mi punto de vista viene condicionado, en parte, por la doctrina que ha ido calando sobre el particular fuera de las situaciones de concurso tras la reforma laboral del año 2012. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2015⁴⁹⁴ confirmó la decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona consistente en prorrogar el periodo de negociación, por cuanto entiende que *"existiendo una última oferta empresarial puede alcanzarse un acuerdo"*, por otra parte *"ha existido una negociación importante y en las reuniones se han debatido muchas cuestiones que pudieran haberse concluido en ese nuevo periodo"*. Concluye la Sala que con antedicha actuación no se vulnera la legalidad vigente puesto que la ampliación *"tuvo por razón el alcanzar un posible acuerdo en la negociación"*.

Bajo mi punto de vista y realizando una reinterpretación del precepto concursal al hilo de las soluciones ofrecidas por la nueva doctrina social y siempre que las partes así lo convengan expresamente sería posible rebasar el tope legal de la duración de la negociación. Por consiguiente, de común acuerdo podrían continuarse con las reuniones dentro del mismo procedimiento de consultas o bien iniciarse otro nuevo, o suspender las negociaciones y reanudarlas posteriormente, siempre y cuando:

⁴⁹⁴ STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2015, rec. Suplicación 831/2015 (AS/2015/1328).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

a) El alargamiento o aplazamiento de las consultas lo sea de común acuerdo. La exigencia de tener que negociar solamente se puede imponer a la otra parte durante los 30 o 15 días que marca la normativa. En caso contrario, cuando la dilatación de las consultas no sea consensuada por las partes legitimadas considero que se estaría demorando de manera forzosa el periodo de consultas, extremo que no podría ser validado por el Juez del Concurso, debiéndose impulsar el desarrollo del procedimiento, y ello pese a que finalmente se hubiera llegado a un hipotético acuerdo. Por lo tanto, un primer requisito o elemento necesario para considerar válida la prórroga va a reposar en el consentimiento mutuo de las partes.

b) El objetivo de la superación del plazo legal y la continuidad de las negociaciones deber de ser precisamente el de intentar lograr un acuerdo, independientemente de que éste finalmente llegue o no a producirse. En este sentido, el Juez del Concurso no debería de permitir la continuación de las consultas cuando la demora del plazo tenga por objeto algo distinto a la consecución de un acuerdo, pudiéndose éste apreciar mediante la constatación de la falta de negociación efectiva o ausencia de buena fe (para comprender cuando se está ante una negociación guiada por las reglas de la buena fe *vid. Infra*).

En suma, opino que debería de permitirse la superación del límite legal para negociar cuando éste sea rebasado de común acuerdo por la partes y siempre con el objetivo de alcanzar un acuerdo, aunque finalmente éste termine por no alcanzarse, debiendo en todo caso persistir una negociación de buena fe. Cuando el empresario se encuentra inmerso en un proceso concursal podría emplearse un argumento en contra de esta posibilidad, que vendría avalado por el principio de celeridad que debe reinar estas situaciones. Es cierto que el principio de celeridad acompaña a la situación

de concurso y que por ello quizá pudiera llegar argumentarse que la superación del plazo dispuesto por la normativa no sería conveniente. Ahora bien, también hay que tener en cuenta el valor que se le otorga a un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. En este sentido, salvo en los casos en los que exista cualquier tipo de vicio, el juez deberá decretar las medidas tal y como han sido establecidas en el acuerdo entre las partes negociadoras. Con ello, el valor que la Ley Concursal otorga al acuerdo alcanzado en las consultas es muy significativo, siendo más beneficioso para los intereses del concurso que se pueda alcanzar un pacto en las consultas, aunque éste llegue a producirse una vez superados los límites legales establecidos para negociar. Esto es así porque el juez, en principio, deberá de acatar lo acordado por los sujetos legitimados y porque previsiblemente de este modo se evitaría un posterior recurso de suplicación por falta de gravamen. Por lo tanto, manteniendo esta postura indirectamente no se estaría haciendo otra cosa más que incidir positivamente en la pretendida celeridad predicada del proceso concursal.

6.3. El contenido de las consultas

La Ley Concursal guarda silencio sobre el contenido de la negociación, incurriendo por ventura en una más que sobrada parquedad. En este sentido, la norma concursal solamente enuncia que el Juez del Concurso convocará a las partes a la celebración de un periodo de consultas una vez haya recibido la solicitud –demanda- y a partir de ahí diseña una serie de especialidades que afectan a este periodo de consultas cuando el empresario está inmerso en un proceso concursal. Lo que sí que se expresa por el artículo 64.6 I LC es que, durante estas consultas, las partes deberán

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

de negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. Por lo tanto, lo que la Ley Concursal pretende dejar meridianamente claro es que las consultas deben de ir encaminadas a la consecución de un acuerdo, el cual simplemente es un objetivo pese a que, naturalmente, éste pueda no alcanzarse finalmente. En cualquier caso, lo que sí que es exigible a las partes que participen en las mismas es que pongan todos sus esfuerzos para intentar lograr un pacto, lo que se traduce en que la negociación, tal y como se señala expresamente por la Ley Concursal, deba desarrollarse de buena fe, puesto que de lo contrario la consecución del acuerdo devendrá imposible.

La falta de concreción de la Ley Concursal sobre el contenido de las consultas lleva a escudar este problema en la aplicación supletoria de la normativa laboral. En este sentido, si acudimos al artículo 51.2 ET podremos advertir el contenido mínimo que debe de tratarse durante las consultas. Éste consiste en abordar las posibilidades de *“evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”*. Por su parte, el artículo 47 ET, dedicado a las suspensiones, no especifica el contenido mínimo que sobre el que deben versar las consultas. Por lo que se refiere al artículo 41 ET, destinado a las modificaciones sustanciales de contrato, se enuncia que el contenido de las consultas versará *“sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”*. No cita el artículo 51.2 ET de forma expresa que en el contenido se lleve a cabo el tratamiento de la causa habilitante, tal y como

así se efectuaba en redacciones anteriores. Ello no significa que el debate sobre las causas motivadoras quede desterrado de las consultas, puesto que éstas pueden versar sobre cualquier aspecto o condición que las partes estimen oportuno. Lo que la Reforma de 2012 pretendió, bajo mi punto de vista, es que las consultas no se centren exclusivamente en el tratamiento de las causas y en la negociación sobre el *quantum* indemnizatorio, que era lo que venía ocupando la práctica negociadora anterior. Por descontado, la existencia de causa y el tema de las indemnizaciones van a ser puntos centrales de la negociación de un expediente judicial de regulación de empleo, puesto que, indirectamente la normativa concursal se refiere a estas dos vicisitudes. La exigencia de la causa se hace presente cuando la normativa concursal enuncia que en la solicitud se deben de expresar los objetivos que se proponen alcanzar con la medida laboral para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa. Por lo tanto, la exigencia de detallar y exponer la causa que sustenta las medidas solicitadas no pretende exclusivamente ilustrar al Juez del Concurso, sino también a las partes y por ello será objeto de debate en las consultas. En el artículo 64 LC también aparece reflejada indirectamente la cuestión de la concurrencia de la causa en el procedimiento de las consultas cuando se regula la posibilidad de que otros componentes del grupo empresarial puedan intervenir en las negociaciones, puesto que en estos casos la finalidad de esta previsión es precisamente brindar la posibilidad de poder debatir acerca de las causas e intentar desenmascarar de este modo una virtual unidad de empresa a efectos laborales.

El tratamiento de las indemnizaciones dentro del periodo de consultas, para el caso de que lo que se proyecte sea la extinción de los contratos, también se puede deducir indirectamente del artículo 64.6 IV LC

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

cuando estima obligatorio que el acuerdo alcanzado por las partes contenga, entre otros extremos, las indemnizaciones que se han pactado. Por lo tanto, el problema indemnizatorio necesariamente va a ser un tema recurrente en las consultas, puesto que en caso de finalizar la negociación con acuerdo, las partes deben consignar en el mismo el importe del oportuno resarcimiento⁴⁹⁵. De ahí se deduce que el *quantum* indemnizatorio va a ser un elemento que ineludiblemente debe de estar presente en las negociaciones, siendo además, uno de los argumentos que en muchas ocasiones podría llevar a la conclusión de las consultas con desacuerdo. Por lo tanto, en las consultas celebradas en sede concursal al socaire de unas extinciones, suspensiones o modificaciones colectivas de contratos de trabajo, tienen que estar presentes en el debate, entre otras cuestiones, el elemento causal y el indemnizatorio (siempre y cuando la medida proyectada tenga esta consecuencia).

Sobre el aspecto indemnizatorio existe una reciente postura jurisprudencial emanada de la Sala 4º del Tribunal Supremo que permite la posibilidad de que las partes acuerden un fraccionamiento en el pago de esta obligación⁴⁹⁶. En las mismas se llega al convencimiento de que la necesidad de simultanear la comunicación de la extinción contractual con la puesta a disposición de la indemnización legal “no constituye derecho necesario”,

⁴⁹⁵ Respecto al tema de las indemnizaciones no estaría mal recordar la doctrina del Tribunal Supremo [STS de 19 de enero de 2007 (RJ/2007/1912)] que expresa que cuando se extingue la relación de trabajo de todos los empleados no puede concederse indemnización al trabajador excedente puesto que la indemnización por despido colectivo viene a compensar la pérdida de empleo que se produce cuando el trabajador está prestando servicio de “manera efectiva” y no así cuando conserva un derecho de reserva cuando el trabajador solamente tiene un “derecho al reingreso expectante” y condicionada a la existencia de vacantes. Por su parte, el trabajador que esté ocupando el puesto del excedente sí que tendría derecho a percibir la correspondiente indemnización.

⁴⁹⁶ STS de 2 de junio de 2014, rec. 2534/2013 y SSTS de 22 de julio de 2015, rec. 2127/2014 y rec. 2358/2014, respectivamente.

sino que admite excepciones por razones económicas, entre ellas la falta de liquidez para afrontar el pago de todos los pagos exigibles en ese momento. En este sentido, la cuantía mínima de la indemnización legal no se puede rebajar, puesto que es una norma de derecho mínimo necesario, mientras que sí que cabría fraccionar el pago cuando se encuentre justificado por la antedicha iliquidez. Junto con ello, se utiliza también el argumento de que el derecho a la negociación colectiva, reconocido por el artículo 37 CE y regulado en el artículo 51 ET para el caso de los despidos colectivos, “*quedaría vacío de contenido si en la negociación de unas extinciones contractuales colectivas por razones económicas, los negociadores se vieran privados de una herramienta tan útil en estos casos como es el fraccionamiento de los pagos a realizar*”⁴⁹⁷. Baste recordar que el acuerdo logrado en el marco de un despido colectivo es fruto de la negociación colectiva y tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo⁴⁹⁸. Por tanto, con base en que el derecho a la negociación colectiva, junto con el hecho de que la exigencia de simultanear la indemnización con la carta de despido es un derecho disponible, se interpreta que las partes negociadoras pueden perfectamente pactar un fraccionamiento del pago, que por regla general vendría compensado con un incremento de la indemnización, superior a la legal, o a costa de otros beneficios a favor de los trabajadores. Pues bien, esta posibilidad, que ha quedado admitida por una serie de pronunciamientos recientes emitidos por parte del Tribunal Supremo, todos ellos en situaciones extraconcursales, entiendo que no tendría cabida en el seno de un expediente judicial de regulación de empleo. En sede concursal, la indemnización desprendida de un procedimiento *ex*

⁴⁹⁷ STS de 22 de julio de 2015, rec. 2358/2014.

⁴⁹⁸ Así, lo recuerda también la STS de 2 de junio de 2014, rec. 2534/2013.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

artículo 64 LC será, como veremos en su respectivo apartado, un crédito contra la masa del concurso que debe de satisfacerse a su vencimiento. Ahora bien, este crédito es asumido hasta el límite marcado por el artículo 33 ET por parte del Fondo de Garantía Salarial, que pasará a ocupar la posición de acreedor dentro del concurso. El singular papel que juega este ente administrativo dentro del concurso supone que cuando pueda derivarse su responsabilidad debe ser citado como parte (art. 184.1 LC) y con ello podrá intervenir y alegar lo que considere oportuno como cualquier otro acreedor. Sin embargo, el Fondo de Garantía Salarial no participa en las consultas para llevar a cabo cualquiera de las medidas que recaen bajo el cauce procedimental del artículo 64 LC.

Como vimos, el Fondo de Garantía Salarial no es un sujeto legitimado para negociar en las consultas. Por ello, de acuerdo con el artículo 1091 CC las obligaciones que nacen de los contratos, en este caso un pacto, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, siendo que, el Fondo no ha sido parte de la negociación. De esta forma, no podría quedar obligado por un pacto de aplazamiento del vencimiento del crédito cuando no ha intervenido en la negociación. Así, de un lado, los trabajadores no estarían especialmente interesados en negociar un aplazamiento que asegure el cobro de su crédito, puesto que, dentro de los límites de la responsabilidad del FOGASA cobrarán directamente de este organismo, quedando los eventuales excesos sometidos al régimen de pagos del concurso. De otro lado, el administrador concursal y, en su caso, también el deudor, no podría pactar un aplazamiento con sujetos distintos a los que más tarde van a tener que desembolsar todo o parte del crédito, puesto que el FOGASA entrará a formar parte de la masa pasiva del concurso. En este sentido, el administrador concursal y/o el deudor podrían posteriormente tratar de

alcanzar un convenio de pago con el FOGASA, si así lo consideran oportuno, pero éste no podría ser un contenido negociable en el periodo de consultas, como así se ha prevenido jurisprudencialmente para supuestos suscitados fuera del concurso, con base a los razonamientos acabados de esgrimir. Distinto sería pactar una indemnización superior a la mínima fijada en la normativa laboral. Como se verá en otro apartado con profundidad, esta opción es perfectamente posible dentro del concurso. En lo que aquí interesa, y para diferenciarlo del argumento que ha sido utilizado para negar un pacto sobre el fraccionamiento, aquí el FOGASA simplemente responderá hasta los límites legales a los que alcanza su responsabilidad, sin quedar comprometido en ningún caso por la mayor cuantía acordada en el periodo de consultas, que supone una obligación entre la empresa y los trabajadores, que no perjudica a un tercero ajeno a la negociación como sí que sucedería en el caso del fraccionamiento.

En el periodo de consultas que ordena evacuar el Juez del Concurso deben tratarse también aquellas pautas que se deban de tomar para atenuar las consecuencias de la medida proyectada. Dentro de este último concepto entran un sinfín de posibilidades, tanto más cuanto más grave sea la medida de ajuste pretendida. En este sentido, si se ensaya un despido colectivo, para atenuar sus consecuencias se pueden proponer otra serie de medidas menos lesivas, tales como suspensiones o modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, es decir, la adopción de medidas de flexibilidad interna. Obviamente, estas no se podrán dar cuando el expediente judicial de regulación de empleo se haya puesto en funcionamiento por la decisión de cierre empresarial o bien durante la fase de liquidación. Los planes de recolocación externa tampoco tienen en el concurso la misma intensidad que la predicada para los despidos colectivos extraconcursoales, puesto que,

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

como se vimos en otro apartado, este plan no extiende su ámbito de actuación dentro del procedimiento ERE Concursal. Sí que se podrían tratar durante las consultas otra serie de medidas de recolocación, tales como derechos de preferencia en el hipotético caso de que la situación mejorase (algo harto difícil puesto que la evidencia empírica demuestra el fracaso de la gran mayoría de empresas que entran en concurso), así como la asunción de algunos puestos de trabajo en otros centros de la misma empresa en los que no afecte el ERE, o por otras empresas del mismo grupo cuya situación económica sea más propicia. Otra de las cuestiones que normalmente se suele debatir en las consultas es la de las concretas personas a las que va destinada la medida, debiéndose tener en cuenta en estos casos las normas convencionales o legales sobre prioridad de permanencia en la empresa (como sabemos, legalmente sólo se contempla esta prioridad a los representantes legales de los trabajadores). No obstante, de nuevo, si en el trasfondo del ERE se encuentra el cierre o la liquidación parece que el debate sobre la prioridad de permanencia tiene poco sentido puesto que en estos casos se tendría que despedir a toda la plantilla. Si bien, también podría darse el caso de que se precise la continuidad de ciertos empleados para que presten servicio o ayuden con la liquidación de la empresa, en cuyo caso habría que decidir qué contratos de trabajo se preservan durante esta fase. Las posibles medidas para evitar o atenuar las extinciones no se agotan con lo aquí comentado, puesto que aquí se han traído a colación las más comunes, así como las que revisten de una cierta especialidad dentro del concurso. En este sentido, también podría observarse lo dispuesto por el artículo 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, donde se contemplan algunos ejemplos de medidas sociales de acompañamientos a los despidos colectivos y donde tampoco se agotan todas las posibilidades sobre el

contenido de las consultas, que van a depender, en gran medida, de las circunstancias y necesidades de cada caso concreto –de cada empresa-, así como del ingenio o pericia de las partes negociadoras. En cualquier caso, el contenido obligatorio y común de las consultas coincidiría, en esencia, con el que se acaba de exhibir sucintamente en las anteriores líneas. Con todo, sobre lo que no se puede pactar es sobre materias indisponibles, por afectar a un derecho necesario absoluto o relativo. Tampoco sobre las meras cuestiones de hecho, como el cómputo o reconocimiento de los años de servicio⁴⁹⁹.

Para llevar a cabo estas negociaciones, las partes pueden fijar las reuniones que oportunamente convengan dentro de la duración general de las consultas. La Ley Concursal guarda silencio sobre el particular, por lo que nuevamente deberemos buscar respuestas en la normativa laboral. En concreto, el Estatuto de los Trabajadores tampoco indica en su articulado nada más allá de la duración que deben de tener las consultas. Es el RD 1483/2012, de 29 de octubre el que fija en su artículo 7 el calendario de sesiones y reuniones mínimas que deben transcurrir en las consultas. Considero, por ende, que la norma laboral supletoria que debemos de tener en cuenta en este concreto punto ha de ser el citado RD 1483/2012, de 29 de octubre⁵⁰⁰. Para el procedimiento concursal debemos fijarnos en el artículo 7 que es el destinado a los despidos colectivos, y ello porque como es de sobra conocido, el legislador concursal consideró aunar todas las medidas de ajuste laboral bajo un mismo procedimiento y porque se optó

⁴⁹⁹ Así lo considera la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 25 de mayo de 2007 (AC/2007/831). No obstante, todas estas cuestiones podrán ser objeto de recurso ante el propio Juez del Concurso.

⁵⁰⁰ El artículo 20 de este Reglamento contiene ciertas particularidades sobre el calendario de sesiones de las consultas en los casos de suspensión del contrato, algo lógico puesto que la duración general de este periodo es único para todas las empresas y algo menor (15 días).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

por reproducir la tramitación de una de estas medidas, las extinciones colectivas. Con todo, siguiendo la disposición reglamentaria, la primera citada reunión debería de realizarse en un plazo no inferior a 3 días desde la entrega de documentación de apertura del período de consultas. Por su parte, el número mínimo de reuniones y los intervalos entre las mismas se hace depender del tamaño de la empresa. En este sentido, para empresas con menos de 50 trabajadores, cuya duración máxima de las consultas es de 15 días, se disponen un mínimo de 2 reuniones que deben estar separadas entre en un intervalo de días que oscile entre los 3 y 6 días. Por el contrario, en empresas con 50 trabajadores o más, cuya duración es de 30 días, se prevén un mínimo de 3 reuniones separadas por un máximo de 9 días y un mínimo de 4 días. En todo caso, recordemos en este punto que las consultas pueden finalizar *ante tempus* de común acuerdo cuando se hubiera alcanzado un pacto o cuando se prevea claramente que éste no podrá obtenerse por más que se continuara negociando, por lo que habría que comunicar cualquiera de estos desenlaces al Juez del Concurso. En fin, el calendario de sesiones del RD no sería obligatorio en el desarrollo de un ERE Concursal, pero sí que podría acudir al mismo de un modo orientativo.

6.4. La negociación de buena fe.

El artículo 64.5 I LC establece de forma lacónica que las negociaciones entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal (también con el deudor en el caso de que participe en las consultas) debe de llevarse a cabo de buena fe. También el Estatuto

de los Trabajadores insta a que las partes negocien de buena fe⁵⁰¹, siendo la consecuencia directa de la contravención de este canon la nulidad de la medida proyectada. Sin embargo, ni la legislación concursal ni la normativa laboral definen lo que debe de entenderse por buena fe. Por lo tanto, el problema en este punto radica en que ninguna de las anteriores normas define este concepto, ni establece qué conductas pueden provocar que la negociación sea considerada de mala fe, por lo que se tendrá que realizar en este punto un esfuerzo interpretativo adicional para determinar la existencia o inexistencia de una negociación *ex bona fide*. En cualquier caso, pese a estar ante un concepto jurídico indeterminado por la ley, la buena fe residiría en la esencia del propio contrato de trabajo⁵⁰² y en las medidas de ajuste de plantilla significa el firme propósito de llegar a un acuerdo. No en vano, de lo que no cabe duda es de que en tanto en cuanto estamos ante un requisito formal y expreso sobre el procedimiento de consultas, su ausencia o contravención provocará la nulidad de la medida pretendida (en sede concursal la no aprobación por parte del Juez del Concurso).

El concepto de la negociación de buena fe no es nuevo en nuestro sistema de relaciones laborales, puesto que éste ha venido impregnando

⁵⁰¹ Así, el artículo 51.2 ET expresa que “*durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo*”. De forma paralela, el artículo 7.1 *in fine* del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada indica que: “*a tal fin los representantes de los trabajadores deberán disponer desde el inicio del periodo de consultas de la documentación preceptiva establecida en los artículos 3, 4 y 5 y las partes deberán negociar de buena fe*”.

⁵⁰² Por ejemplo, ANDRÉS SEGOVIA ha expresado que en el ámbito laboral la buena fe “*se sitúa en el contenido ontológico del contrato*”. ANDRÉS SEGOVIA, B. *Las transformaciones de la televisión pública valenciana*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. Página 134.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

todo fenómeno de negociación colectiva⁵⁰³. Tampoco es nuevo en el periodo de consultas, puesto que la ausencia de buena fe negocial solía plantearse respecto de las modificaciones de las condiciones de trabajo, donde tradicionalmente no existía autorización administrativa para poderlas llevar a cabo⁵⁰⁴. En materia extintiva, hasta la reforma laboral de 2012, como es sabido, la decisión última sobre los despidos era tomada por la autoridad administrativa y con ello el objeto principal de la negociación se solía centrar en la práctica sobre el *quantum* indemnizatorio. Con la predicada supresión de la autorización administrativa previa, justificada por razones de celeridad y por la utilización desviada del procedimiento hacía la elevación de las indemnizaciones⁵⁰⁵, varió la forma de negociar, puesto que desde el año 2012 los despidos colectivos y suspensiones quedan bajo el albur decisorio del empresario. Esta circunstancia favoreció indirectamente la pasividad negociadora del empresario, así como a la proliferación de una serie de conductas que se alejan de la predicada buena fe en las consultas. Ante esta nueva situación fueron reaccionando con mayor o menor fortuna los distintos órganos jurisdiccionales, los cuales se han visto en la tarea de ir desarrollando un exhaustivo control sobre los requisitos formales de las medidas de ajuste laboral, en especial sobre los despido colectivos y entre ellos, claro está, sobre la concurrencia de la buena

⁵⁰³ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. Página 56.

⁵⁰⁴ Ha valorado la nulidad por mala fe en las consultas para llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras muchas: la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007 (AS/200773341), de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS/2008/3121), o más recientemente STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012 (JUR/2012/297525).

⁵⁰⁵ DESDENTADO BONETE, A. “Los despidos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2012. Página 8 (del pdf).

fe negociadora⁵⁰⁶. En este sentido, como ha sido señalado por GOERLICH PESET, la vigilancia del despido colectivo fue pasando de un control previo de naturaleza administrativa, a realizarse *a posteriori*, ya en sede judicial⁵⁰⁷. Por esta razón, considero oportuno construir la teoría sobre la obligatoriedad de negociar de buena fe en las consultas convocadas por el Juez del Concurso a través de estas últimas resoluciones dictadas en la escena laboral a partir de la Reforma de 2012, puesto que sus conclusiones pueden ser interesantes para el ámbito concursal. En cualquier caso, no cabe perder de vista que en el procedimiento concursal el empresario no tiene la última palabra, que ni siquiera corresponde al administrador concursal, sino que reside en el Juez del Concurso. Consiguientemente, va a ser menos habitual que se en el ERE Concursal se sucedan conductas pasivas en la negociación, porque la decisión corresponderá a un tercero y porque alcanzar un acuerdo en este procedimiento va a ser mucho más favorable para todas las partes. Con todo, seguirá siendo útil ensamblar la experiencia de la práctica judicial del ámbito social en esta materia.

Como se ha expresado anteriormente, ni el Estatuto de los Trabajadores ni el Reglamento de procedimientos de despido colectivo, ni mucho menos la Ley Concursal, se han parado a determinar lo que debemos de entender por “negociar de buena fe”. La Real Academia Española define negociación como: “*tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*” (en nuestro caso “acuerdo”). Con ello, podemos apreciar como en

⁵⁰⁶ NAVARRO ARIAS, F.J. “El deber de buena fe en la negociación durante el periodo de consultas de los Expedientes de Regulación de Empleo. STSJ Cataluña de 13 de junio de 2013”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 72. 2013 (de la versión electrónica).

⁵⁰⁷ GOERLICH PESET, J.M. “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”. En *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, y MERCADER UGUINA, J.R. En *Lex Nova*. 2012.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

esta frase el vocablo más importante de la definición es el de “tratos”. “Tratar”, en el contexto de una negociación, presupone comunicarse, discurrir o disputar. Por lo tanto, lo que se espera en una negociación de buena fe es un efectivo intercambio de pareceres⁵⁰⁸. En este sentido, es la intención o la voluntad de intentar llegar a un acuerdo lo que va a determinar, entre otras cosas, el cumplimiento con el deber legal de negociar de buena fe. Debe apuntarse, asimismo, que es doctrina reiterada por parte de los tribunales el hecho de que el fracaso en la negociación de las consultas no puede equipararse con su inexistencia, ni mucho menos con la presencia de mala fe por parte de los intervinientes⁵⁰⁹. En este sentido, esta obligación no implica que se alcance finalmente un acuerdo, sino el compromiso de alcanzarlo, el cual se debe acreditar con la concurrencia de propuestas y contrapuestas⁵¹⁰. Por lo tanto, corresponde mostrar una actitud abierta y dialogante y dar contestación a las propuestas de la contraparte⁵¹¹, como mínimo, sobre la posibilidad de evitar o atenuar las consecuencias de las medidas de ajuste laboral. En fin, se ha expresado que la buena fe en la negociación ha de valorarse esencialmente por la presencia de dos principios: a) la transparencia, es decir, por la no ocultación de datos ni de

⁵⁰⁸ NORES TORRES, L.E. *El Periodo de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*. Colección de Estudios CES. 2000. Página 207.

⁵⁰⁹ Por todas: STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS/2008/3121).

⁵¹⁰ STS de 9 de marzo de 1998 (RJ/1998/2372); o más recientemente: STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2012 (JUR/2012/297525), SAN de 19 de marzo de 2013 (JUR/2013/99808). Si bien la ausencia de contrapuestas no ha sido considerada siempre como sinónimo de mala fe, puesto que este hecho se ha llegado ver como revelador de falta de alternativas, y no como falta de negociación de buena fe (Vid. STSJ de Aragón, de enero de 2013, (AS/2013/269).

⁵¹¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas”. En *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52. 2012. Página 5 (versión electrónica).

informes que sean relevantes para la adopción de las medida y; b) la demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo y tomar en consideración las propuestas de la contraparte, ya sea en sentido positivo o negativo⁵¹².

La doctrina judicial ha considerado que no existe buena fe negociadora cuando antes de concluir el periodo de consultas la empresa notifica el despido a los trabajadores. Parece razonable pensar que se estaría quebrantando la voluntad negociadora cuando sin alcanzarse acuerdo y ya en la segunda de las cuatro reuniones mantenidas, se obra de la manera acabada de exponer (*vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012)⁵¹³.

Un problema bastante complejo que se da en esta sede es el del mantenimiento de posturas pasivas e inamovibles por parte del empresario. Se trata de aquellos casos en los que el empresario –en nuestro caso, principalmente la administración concursal- únicamente acepta una posibilidad como viable y no atiende a concesiones ni, por ende, está abierto a negociar. Este *modus operandi*, que en un primer momento parece revelador de una conducta evasiva hacía una efectiva actitud negociadora, ha sido en ocasiones tomada en consideración por parte de la doctrina judicial desde unas premisas equivocadas. En este sentido, han sido varios los pronunciamientos judiciales los que se han aferrado al inmovilismo de la oferta del empresario como dato determinante de la ausencia de negociación de buena fe en las consultas. Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012⁵¹⁴ consideró que quien acude a las consultas con una única posibilidad sobre la mesa y no efectúa concesiones ni

⁵¹² ANDRÉS SEGOVIA, B. *La transformaciones de la televisión pública valenciana...Op. Cit.* Página 135.

⁵¹³ SAN de 15 de octubre de 2012 (AS/2013/2).

⁵¹⁴ STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS/2012/1672).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

tampoco ofrece opciones solamente trata de dar por cumplido un trámite – en este caso, la obligada realización de consultas con los representantes de los trabajadores-. En el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012⁵¹⁵ razonó que no se cumplía el requisito de la buena fe cuando el empresario ofrece una propuesta definitiva e irrevocable. En mi opinión, esta forma de discurrir, así como las conclusiones alcanzadas por ella, debería de ser tomada con ciertas cautelas, puesto que:

a) Existen otros pronunciamientos, tanto anteriores a la Reforma Laboral de 2012 (referidas a modificaciones de las condiciones de trabajo), como posteriores a la citada reforma que mantienen que una postura inamovible no tiene porqué ser sinónimo de mala fe ni de inexistencia de intercambio de pareceres. Así lo consideró, por ejemplo, la STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007⁵¹⁶. Más recientemente, la SAN de 20 de marzo de 2013⁵¹⁷ reflexionó que: *“si la situación de la empresa es tan calamitosa, que su única salida es su liquidación, no constituye expresión de mala fe defender que la única alternativa es el cierre y consiguientemente el despido de todos los trabajadores de la empresa”*. Por tanto, se ha de aceptar que el inmovilismo del empresario a la hora de considerar otras medidas menos lesivas podría no realizarse con mala fe en algunos supuestos concretos, como es el caso de situaciones de insolvencia inminente. En el caso enjuiciado por la Audiencia Nacional, la empresa entró al poco tiempo en concurso de acreedores y seguidamente en liquidación. Esta última consideración es especialmente útil en el

⁵¹⁵ STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2012 (AS/2012/1887).

⁵¹⁶ STSJ de La Rioja de 25 de junio de 2007 (AS/2007/3341). Se dice que *“no puede equipararse ausencia de buena fe con el mantenimiento de una posición empresarial firme en la negociación, y habiendo esta existido en los términos antes expuestos, debe rechazarse el motivo de recurso planteado”*.

⁵¹⁷ SAN de 20 de marzo de 2013 (JUR/2013/110228).

procedimiento de ERE Concursal puesto que es bastante común que éste se solicite tras el cierre de una unidad productiva o de toda la empresa o fruto de la liquidación de la empresa cuando la concursada entra en dicha fase. Consecuentemente, no obraría con mala fe por mantener una postura inmovilista aquel administrador concursal que, por ejemplo, no acepte rebajas en el número de contratos a extinguir cuando la solución mantenida por éste sea la del cierre o la empresa se encuentre en fase de liquidación o, incluso, esta circunstancia se encuentre muy próxima, es decir, cuando se atisbe que la amortización de puestos de trabajo no vaya a contribuir a la viabilidad de la empresa.

b) Una interpretación como la descrita podría dar lugar a conductas estratégicas ciertamente reprochables. Si de forma mecánica los tribunales concedieran poco a poco la nulidad de las medidas de ajuste cuando la administración concursal no redujera el número de afectados aportado al inicio del periodo de consultas, éstos optarán por recurrir a la presentación de un número elevado de trabajadores para, acto seguido, reducir esta cifra hasta acabar con el número de contratos a modificar, suspender o extinguir que realmente pretenden llevar a cabo. ¿Acaso no sería una conducta reveladora de una mayor ausencia de buena fe el hecho de falsear el número de despedidos, para luego lograr de este modo el dígito pretendido? Sin duda este tipo de conductas no deseables se fomentarían de seguirse con decisiones judiciales que predicaran la nulidad del despido cuando el empresario no efectúe concesiones ni rebaje su postura inicial, sin analizar todas las actas con minucia. En este sentido, coincido con la opinión mantenida por algún sector de la doctrina según la cual la buena fe no se definiría por *“la variedad de propuestas sino por el debate generado*

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

sobre las realizadas por las partes”⁵¹⁸. Por lo tanto, lo que debe de existir es un auténtico debate o intercambio de pareceres y éste no tiene porqué implicar un cambio en las cifras, cuantías y soluciones, las cuales van a depender de la coyuntura económica o del concreto contexto empresarial. En este sentido, cabe recordar que lo que la Ley establece es una obligación a negociar y no de llegar a un acuerdo⁵¹⁹. Con todo, resulta pertinente que los sujetos negociadores elaboren cuidadosamente las actas y lo hagan siempre con cierto detalle. Por su parte, el Juez del Concurso debería de tomar en consideración todas ellas y analizarlas sistemáticamente, para así poder determinar con mayor seguridad si ha existido un efectivo intercambio de pareceres o un auténtico debate con propuestas y contrapuestas, colmándose con ello las exigencias de una negociación de buena fe.

Otra situación que ha sido valorada por parte de la doctrina judicial y referida a la ausencia o no de buena fe consiste en la vinculación de las ofertas realizadas por el empresario durante la negociación. Durante las consultas, y tal y como ha quedado establecido, las partes deben de intentar llegar a un acuerdo, para lo que es necesario que exista una auténtica negociación, marcada generalmente por la presencia de ofertas, propuestas y contrapropuestas. En este sentido STSJ de Valencia de 14 de diciembre de 2012⁵²⁰ razonó que la empresa negoció de buena fe, sin que, en caso de desacuerdo, quede vinculada por las ofertas realizadas durante el periodo de consultas. Como se ha comentado, a lo largo de la negociación de las

⁵¹⁸GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN Y MERCADER UGUINA. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas... *Op. Cit.* Página 5.

⁵¹⁹ STS de 21 de mayo de 2014, rec. 249/2013.

⁵²⁰ STSJ (Sala de lo Social) de Valencia de 14 de diciembre de 2012 (nº. 3123/2012). Proceso de instancia nº. 14/2012.

consultas se suceden propuestas y ofertas, que de concluir con acuerdo vincularían respecto a lo pactado. En caso de desacuerdo parece lógico que las ofertas intermedias que no hayan terminado por cuajar no tienen que condicionar la decisión final del empresario, pues en caso contrario se estaría alentando precisamente a lo contrario, es decir, a no negociar de forma efectiva ni a emitir propuestas ni ofertas. Trasladado al procedimiento de consultas en el seno de un concurso supondría que el Juez del Concurso no podría quedar vinculado en caso de que le sea presentado un acuerdo, a admitir las propuestas debatidas durante las distintas sesiones o reuniones celebradas entre las partes llamadas a la negociación. Ello no quita, que en algunos casos concretos el Juez del Concurso pueda apoyarse en algunos datos o cifras barajadas en el periodo de consultas⁵²¹. Lo que se está defendiendo desde estas líneas es que el órgano judicial no podría quedar vinculado por estas propuestas intermedias, puesto que solamente le afectará, en su caso, el acuerdo finalmente alcanzado y rubricado por las personas legitimadas para negociar.

Cabe apuntar también, que la obligación de negociar de buena fe en los términos vistos con anterioridad no recae simplemente en el administrador concursal y, en su caso, en el deudor, sino que se presenta como un deber que pesa sobre las dos partes enfrentadas, es decir, también en los representantes de los trabajadores. Esta dualidad no es nueva en la doctrina judicial, pues ya se aceptaba esta previsión en la negociación para

⁵²¹ Puede verse un ejemplo de ello en la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011 (JUR/2011/290162), que avaló la forma de proceder del Juez del Concurso donde en caso de no existir acuerdo se acogió el quantum indemnizatorio ofrecido en las consultas por parte de la administración concursal y superior al mínimo legal (25 días por año de servicio).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

los convenios colectivos⁵²². En el concreto caso de la de las consultas en el seno de la adopción de medidas de ajuste de plantilla la doctrina reciente también ha resaltado que la obligación de negociar de buena fe opera sobre las dos partes⁵²³.

El problema en este punto radica entonces en determinar las consecuencias derivadas del incumplimiento de negociar de buena fe en una parte y en otra. En el ámbito laboral los efectos para el empresario son bastante claros. Así, si se demuestra que éste no ha negociado de buena fe la concreta medida de ajuste ejecutada deberá declararse nula. Por su parte, cuando han sido los representantes de los trabajadores los que no han llevado a cabo una efectiva negociación la única sanción pensable lo sería en términos electorales o en una posible acción de revocación por parte de sus representados, así como por la pérdida de la oportunidad de poder incidir en la decisión extintiva empresarial, como consecuencia de su pasividad o falta de actitud negociadora⁵²⁴.

En el procedimiento concursal desde el momento en que la decisión última reside en el Juez del Concurso las soluciones ofrecidas deben de ser razonablemente distintas. En este sentido, no se producirá la nulidad de la medida puesto que ésta aún no ha sido tomada –será más avanzado el procedimiento cuando el juzgador se pronuncie sobre el particular-. Por ello, el Juez del Concurso deberá en estos casos inadmitir la “demanda” de extinción, modificación sustancial o suspensión cuando

⁵²² Por todas: SAN de 18 de noviembre de 1997 (AS/1997/4279), en la que se dice que: “*la buena fe no es un elemento unilateral, sino que se exige que todas las partes negociadoras, “teniendo todas ellas el derecho de exigir de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta...”*”

⁵²³ BLASCO PELLICER, A. *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012...Op. Cit.* Página 61.

⁵²⁴ NORES TORRES, L.E. *Periodo de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial... Op. Cit.* Página 210.

aprecie una conducta de mala fe por parte del solicitante, que se enervará en el caso de que la contraparte también hubiera actuado sin buena fe. En el ámbito extraconcursal, cuando ninguna de las dos partes ha realizado una negociación real o efectiva no debería aceptarse la nulidad del despido. De esta forma, si el empresario no negocia de buena fe no podrá considerarse nulo el despido si, por su parte, los representantes de los trabajadores tampoco han propiciado un debate real. En este sentido, coincido plenamente con la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2013⁵²⁵ cuando argumenta que *“no estamos, por tanto, ante una negociación ejemplar, pero no deja de ser cierto, que los representantes de los trabajadores, al margen de las desafecciones genéricas ya citadas, no hicieron ni una sola proposición constructiva, que pudiera considerarse por la empresa, ni para evitar, ni para reducir el número de los despedidos, ni criticaron, ni ofrecieron alternativa alguna al plan de acompañamiento social, que se les propuso por la demandada, por lo que no podemos anular el despido por ausencia de voluntad negociadora empresarial, por cuenta las limitaciones de la negociación efectuada son imputables a ambas partes”*.

Bajo mi punto de vista, la exigencia de la buena fe en la negociación se asemejaría a las obligaciones sinalagmáticas en las que existe un compromiso de dar o hacer por las dos partes. Por lo tanto, en la negociación durante el periodo de consultas una parte no puede reclamar a la otra su cometido si ella misma no ha dado cumplimiento a su obligación. En esta sede, las obligaciones de las partes corresponderían con su deber de negociar de buena fe, por lo tanto, los representantes de los trabajadores no van a poder achacar la mala fe del empresario cuando ellos tampoco

⁵²⁵ SAN de 13 de mayo de 2013, 1756/2013.

hubieran actuado de buena fe, por ende, en estos casos no se podrá colegir la nulidad del despido. En el plano concursal, si ha existido acuerdo el juez no quedaría vinculado al mismo y tendría que resolver como si éste no se hubiera producido.

6.5. *La parte final de las consultas: las mayorías pertinentes y otras formas de conclusión.*

Como ha sido puesto de manifiesto con anterioridad, la negociación entre las partes legitimadas no es *sine die* y debe de finalizar preferiblemente en los plazos fijados por la propia Ley Concursal. La conclusión de las consultas responde a un problema de naturaleza binomial, es decir, solamente admite dos posibilidades distintas, ambas con importantes repercusiones en la posterior decisión del Juez del Concurso, así como en el posible recurso planteado contra su auto. Resumidamente, las consultas pueden terminar de dos posible formas: con acuerdo o sin acuerdo.

a) La culminación de este incidente con acuerdo supone que las partes que han intervenido en las reuniones han conseguido confluír en sus pareceres y finalmente se produce un asentimiento mutuo o acuerdo el cual deberán de reflejar por escrito. En consecuencia, aquello que ha sido pactado deberá de quedar debidamente firmado y rubricado por las partes negociadoras de forma libre. Del lado empresarial tiene que constar ineludiblemente la firma del administrador concursal, puesto que éste es el órgano que tiene capacidad para comprometer todos aquellos aspectos relacionados con el concurso y que afecten al patrimonio del deudor y porque éste ha sido un participante reconocido *ex lege* durante el periodo de

consultas. El nuevo artículo 33.1 c) LC, modificado intensamente por Ley 17/2014, de 30 de septiembre y afectado posteriormente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, señala entre las funciones de la administración concursal de intervenir en los procedimientos de ERE Concursal “y, *en su caso, acordar los mismos con los representantes de los trabajadores*”. En este sentido, bastaría con una firma, la del administrador concursal, para dar por válido el consentimiento de una de las partes intervinientes. En el caso de que la administración concursal estuviera compuesta por dos miembros la decisión será adoptada de forma mancomunada, por lo que bajo mi punto de vista será preciso la concurrencia de la firma de los dos para considerar válido el acuerdo (*vid.* artículo 35.2 LC).

Aunque no es indispensable, cuando el deudor participe de las consultas también podrá rubricar el acuerdo. La firma del empresario, unida a la del administrador concursal y los representantes de los trabajadores puede suponer una motivación agregada que puede llegar a contribuir a la convicción del Juez del Concurso, en el sentido que presumiblemente ha existido una efectiva negociación y que el resultado alcanzado tiene la aprobación de todas las partes, lo que supondría albergar un plus de consenso. Lo que no cabría en ningún caso es que el acuerdo sea adoptado por el empresario y los representantes de los trabajadores al margen del administrador concursal, puesto que éste no tendrá efecto alguno, al no ser el primero, en principio, parte negociadora, sobre todo, cuando siquiera intervenga en las consultas⁵²⁶.

El artículo 64.6 LC sí que regula expresamente las mayorías que deben de concurrir del lado de los representantes de los trabajadores para poder vincular con su rúbrica la posterior decisión del Juez del Concurso.

⁵²⁶ *Vid.* AJM nº 1 de Alicante de 27 de mayo de 2010, asunto núm. 136/2010.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

La exigencia de que se llegue a un umbral concreto encuentra su explicación en que los representantes de los trabajadores encargados de negociar van a ser un número que por lo general se encuentre compuesto entre 3 y 13 personas. En concreto, el artículo 64.6 II LC expone que el acuerdo deberá contener -se entiende que para su efectividad- la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, siempre que, en ambos supuestos, éstos representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. El precepto utiliza genéricamente la dicción “representantes legales de los trabajadores” y ya no cita a los miembros del comité de empresa, a los delegados de personal y a las representaciones sindicales como hacía en su redacción de 2003 y 2011 (donde se añadió a la comisión de trabajadores)⁵²⁷. Se trata de una redacción mucho más simplista y con un carácter omnicompreensivo y sin primar ninguna de ellas (cuestión que ya se hace para designar los sujetos legitimados). Por lo tanto, tras la redacción dada por el RDL 11/2012, de 2 de agosto primero y la Ley 1/2014, de 28 de febrero después, solamente se cita a los representantes legales de los trabajados, así como al comité designado ante la ausencia de los anteriores. En este sentido, para poder validar el acuerdo deberán de haberlo rubricado la mayoría de las personas que compongan el comité de

⁵²⁷ En su redacción originaria formaba parte del primer párrafo del artículo 64.6 LC, es decir, no se encontraba separado y decía textualmente que “*el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos*”. Tras la Reforma Concursal de 2011 se separó la cuestión de las mayorías en un segundo párrafo y se dispuso de forma independiente. Añadió la referencia a la comisión de trabajadores en clara alusión a la comisión *ad hoc* nombrada por los trabajadores o en última instancia por el Juez del Concurso. El pasaje quedó tal que así: “*el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen la mayoría de aquellos*”.

negociación. Por ello, en el caso de que se constituya en su momento con el número máximo de miembros, es decir, 13 personas, se requerirá que voten a favor 7 personas o más. Además, ha de sumarse que estas personas tendrían que representar a la mayoría de los trabajadores del centro o centros a los que afecte la medida negociada. Para el caso de que el comité negociador se constituya con un número inferior a 13 se calculará con la mayoría de los votos dependiendo del número concreto de representantes que intervengan, debiendo representar igualmente a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados. Esta misma solución también persiste cuando no existan representantes legales de los trabajadores y se haya nombrado una comisión *ad hoc* compuesta por 3 personas. Como vemos, el legislador ha instituido un régimen de doble mayoría en el que, indirectamente, se está aludiendo a las elecciones representativas votadas por los trabajadores. Así, se requerirá una mayoría de votos de los miembros que negocien, unido veladamente a su grado de representación en la empresa por mor de sus resultados electorales. En este sentido, lo que se estaría intentando en estos casos es trasladar la decisión de la mayoría de los trabajadores para la consecución de un acuerdo, cuestión que parece totalmente sensata y democrática, pero que, como contrapartida, conjetura unas mayores dificultades a la hora de poder firmar un pacto tras el desarrollo de las consultas.

En el contenido de este acuerdo se van a tener que incorporar los nombres de los trabajadores afectados por la medida proyectada, así como las indemnizaciones que, en su caso, les correspondan. El acuerdo significa que las partes están conforme con que existe causa suficiente para poder acometer las medidas de ajuste pretendidas que, por lo demás podrán combinarse entre sí en un mismo acuerdo, por ejemplo: se puede pactar la

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

extinción de cierto número de contratos y modificar la cuantía salarial al resto de empleados o, también, suspender algunos contratos y extinguir otros tantos, etc. Las partes, habrán tenido que llegar a un acuerdo sobre los concretos trabajadores afectados y por ello resulta forzoso que en el mismo se contengan con nombres y apellidos los trabajadores a los que debe de afectar la/s medida/s alcanzada/s, así como el puesto que ocupan y su antigüedad a efectos de calcular la eventual indemnización. Con todo, esta predicada relación de trabajadores afectados por la medida no tiene por qué coincidir necesariamente con la presentada en la solicitud ante el Juez del Concurso. Antes al contrario, el hecho de que se hayan producido cambios podría ser un signo más que pudiera denotar que efectivamente se ha negociado de buena fe mediante las consultas y que finalmente se han plasmado todo ello en un acuerdo. Como se ha anticipado, otro dato importante a incorporar junto con los trabajadores afectados es la indemnización que le correspondería a cada uno, o como mínimo los datos suficientes para que el juez pueda calcularla, y ello porque la indemnización es otro de los aspectos negociables durante las consultas, siempre y cuando se respete el mínimo legal establecido por la normativa laboral supletoria⁵²⁸.

Desde la doctrina se ha echado en falta la incorporación expresa en el tenor legal de otra serie de exigencias legales sobre el contenido del acuerdo, tales como el criterio de selección de los trabajadores o las concretas medidas de acompañamiento social adoptadas⁵²⁹. Respecto a estas últimas, recordemos que su aplicación en sede concursal quedaba

⁵²⁸ Sobre el tema de las indemnizaciones volveré más adelante con mayor hondura al tratar los problemas derivados del auto del Juez del Concurso, por lo que en este punto remito a las conclusiones allí alcanzadas.

⁵²⁹ SÁEZ LARA, C. "Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal"...*Op. Cit.* Página 18 (Ref. CISS 1939/2012).

bastante limitada, tanto por el número de trabajadores de la empresa como por la exigencia de concurrencia de su mejora en viabilidad futura de la empresa, cuestión que no acontecería en caso de que el expediente se inicie a causa de un cierre empresarial o por estar la concursada en fase de liquidación, así como por su menor cabida cuando lo que se pretenda sea la modificación de condiciones o suspensión de contratos en vez de extinciones colectivas. Por este motivo, no me parece tan significativa esta omisión legislativa producida en el tenor de este apartado destinado al acuerdo alcanzado en las consultas. En todo caso, esta cuestión se regula expresamente en el contenido o cuestiones que deben tratarse durante las consultas, por lo que considero que aunque no aparezca en el artículo 64.6 LC, el juez deberá de atender a la adopción de estas medidas sociales a la hora de dictar su auto. Respecto a los mencionados criterios de selección de los trabajadores afectados tampoco se dice nada por el artículo 64.6 LC. Esta omisión no es baladí, puesto que el Juez del Concurso deberá de tener en cuenta estos criterios en su auto, ya que fueron establecidos en la solicitud y también se supone que debieron de ser tratados en la negociación. Por ello, considero que éstos deberán quedar reflejados también en el acuerdo alcanzado. No obstante, si algún empleado considerara que ha sido erróneamente incluido en el expediente, podrá impugnar esta circunstancia por la vía del incidente concursal laboral regulado en el artículo 195 LC.

b) La segunda forma de concluir las consultas es que no se haya alcanzado ningún acuerdo una vez superado el plazo fijado para negociar. En este sentido, puede darse perfectamente la situación de que tras entablarse las pertinentes reuniones y tras haber estado negociando de buena fe sobre las medidas laborales propuestas las partes legitimadas no consigan

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

firmar ningún acuerdo. Un aspecto crucial dentro del procedimiento concursal es que en estos casos no va ser el empresario el que decida el signo de las medidas de ajuste cuando no se llegue a ningún acuerdo, tal y como sucede en las situaciones extraconcursoales desde que entrara en vigor el RDL 3/2012, de 10 de febrero y su posterior Ley 3/2012, de 6 de julio. Como pudiera deducirse a simple vista, tampoco corresponderá esta misión al administrador concursal, sino que va a ser el Juez del Concurso quien decidirá el devenir de las medidas de ajuste solicitadas, tanto si hay acuerdo como si no lo hay. Sin embargo, las consecuencias en uno u otro caso van a ser determinantes para la resolución por parte del juez, puesto que tal y como se analizará en profundidad más adelante, si hay acuerdo el órgano judicial se verá prácticamente compelido a aceptarlo en sus justos términos y si hubiera desacuerdo podrá resolver con total discrecionalidad. Por lo tanto, en el procedimiento concursal normalmente el empresario preferirá que la administración concursal y los representantes lleguen a un acuerdo sobre las medidas de aligeramiento de plantilla, puesto que de lo contrario recaerá toda la decisión en manos de un tercero, mientras que el plano “extraconcursoal” la adquisición de un consenso no sería tan atrayente para éste puesto que, de no lograrse, decidirá lo que le convenga.

En fin, concluido el periodo de consultas, hubiera mediado acuerdo o no, las partes comunicarán este acontecimiento al Juez del Concurso para que prosiga con la tramitación del ERE Concursal y de comienzo a la siguiente fase.

7. Sustitución de las consultas por arbitraje

La posibilidad de sustituir la negociación de las consultas por un procedimiento arbitral era posible deducirlo de la legislación concursal al tiempo de dictarse la conocida Ley 22/2003. El artículo 64 LC no decía nada sobre la hipótesis de que las partes pudieran recurrir a un laudo arbitral para resolver sus controversias. De este modo, era comprensible que utilizando la remisión genérica para suplir posibles lagunas jurídicas que se contiene por el artículo 64.11 LC, se pudiera llegar plantear la posibilidad de recurrir a un posible arbitraje. Sin embargo, esta opción era descartada por algún sector de la doctrina con base en el artículo 52.1 LC, dedicado a la regulación de los procedimientos arbitrales en el concurso⁵³⁰. El texto original de este último precepto expresaba que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Por este motivo, podría tener sentido limitar el recurso al procedimiento arbitral en sustitución del periodo de consultas entre las partes legitimadas.

Posteriormente, tras la aprobación de la Ley 11/2011, de 20 de mayo se modificó la redacción del anterior precepto y se estableció que la declaración de concurso no afecta a los pactos de mediación y convenios arbitrales suscritos por el concursado, salvo que el juez considere que los anteriores suponen un perjuicio para el concurso, pudiendo dejarlos en estos últimos supuestos en suspenso. En cualquier caso, la posterior Ley 38/2011,

⁵³⁰ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a, T. “Artículo 64 LC”...*Op. Cit.* Página 1214; DESDENTADO BONETE, A. “La intervención de los trabajadores en el proceso concursal”. En *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Y MERCADER UGUINA, J.R. Coords.). Ed. La Ley. 2004. Página 753.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal introdujo un nuevo apartado dentro del artículo 64.5 LC aceptando expresamente la posibilidad de sustitución de las consultas por un procedimiento arbitral. En este sentido, el actual artículo 64.5 LC, *in fine*, indica que “*el juez, a instancias de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por la aplicación por el procedimiento de mediación y arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo*”. Por lo tanto, la sustitución de las consultas por un laudo arbitral o por un procedimiento de mediación se permite formalmente para el expediente judicial de regulación de empleo. Veamos ahora con detenimiento las características de esta solución arbitral dentro del concurso.

a) El Juez del Concurso no puede someter de oficio a las partes a un procedimiento de mediación o arbitraje. Antes al contrario, lo que el órgano judicial está compelido es a convocar a las partes al desarrollo de un periodo de consultas (salvo en los casos en los que se adjunte un acuerdo junto con la solicitud).

b) La idea de sustituir las consultas por un proceso de solución extrajudicial de conflictos debe provenir, por tanto, de las partes habitualmente llamadas a negociar en los expedientes judiciales de regulación de empleo -el administrador concursal o los representantes de los trabajadores-. Vuelve aquí a omitirse la figura del deudor, si bien entiendo en esta ocasión que éste no podría sumarse a la solicitud ni siquiera cuando hubiera sido autorizado a participar en las consultas, porque no resulta adecuado que éste pueda decidir llevar a un arbitraje o mediación al administrador concursal y a los representantes de los trabajadores, puesto

que estos últimos son los sujetos de obligada presencia en las consultas. Por su parte, no hace falta la confluencia de las dos partes para solicitar el arbitraje de aplicación en el ámbito de la empresa. Como en la empresa ya hay un procedimiento arbitral ya ha existido un sometimiento mutuo de las partes, colmando las exigencias propias de las formas de solución extrajudicial de conflictos. De esta forma, puede una de las partes solicitar que el juez sustituya el periodo de consultas por un arbitraje o procedimiento de mediación, también podría suceder que ambas partes lo soliciten, si bien, en ningún caso dicho *petitum* vincula al órgano judicial.

c) Las partes no van a poder recurrir a la mediación o al arbitraje por su propia voluntad, puesto que siempre deben contar con la aquiescencia del Juez del Concurso para poder abandonar la negociación. Por lo tanto, éstos deberán solicitar esta vicisitud ante el Juez del Concurso a quien le competirá aceptar la sustitución del periodo de consultas por el sometimiento a medidas de solución extrajudicial de conflictos o, en caso de contrario, motivar su negativa.

d) La solicitud podrá realizarse en cualquier momento, ya sea al inicio de las consultas o ya avanzado este periodo. En este sentido, puede darse el caso de que cualquiera de las partes desde un principio considere más eficaz someter sus discrepancias a la solución de un mediador o de un árbitro, o puede ser que comiencen a negociar y se produzca un bloqueo en las distintas posturas enfrentadas y por ello se pretenda *ex post* desatascar esta situación con la ayuda de un tercero (árbitro o mediador). Pero, lo que sí que parece bastante claro es que sea cual fuere el momento en el que se recurra a estas soluciones extrajudiciales de solución de conflictos, no podrían demorarse más allá del plazo genérico establecido para la duración total del periodo de consultas. El precepto señala que esta solución

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

extrajudicial “deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período”, es decir, de 15 días para empresas con menos de 50 trabajadores o 30 días en los restantes supuestos.

e) Por último, se puede plantear la duda de si el laudo arbitral o convenio de mediación equivalen al auto y por tanto son ejecutivos o si asemejaría a un acuerdo alcanzado en las consultas. Es esta última de las soluciones la que parece desprenderse claramente de la intención del legislador que ubica la posibilidad de sustituir las consultas por un arbitraje o proceso de mediación en el artículo 64.5 LC *in fine*, sometiéndolo precisamente al mismo plazo que las anteriores, significando con ello una continuación del procedimiento de ERE Concursal. Por lo tanto, emitido el laudo o firmado un convenio de mediación seguirá teniéndose que evacuar el informe de la Autoridad Laboral y el procedimiento culminará con la resolución judicial pertinente. Por este motivo, considero que este laudo o convenio de mediación deberá de contener las mismas informaciones y presentar los mismos extremos que los exigidos para el acuerdo y, en todo caso, la relación de trabajadores afectados, así como la cuantía de la indemnización cuando esta proceda. De esta forma, en principio, el Juez del Concurso deberá de aceptar el laudo o convenio de mediación alcanzado y las medidas de ajuste dispuestas a través de en estos instrumentos, salvo claro está, que aprecie algún tipo de vicio que lo invalide. Con ello, al poder ser objeto de impugnación el auto del Juez del Concurso, podrían plantearse en segunda instancia cuestiones relativas a los motivos de impugnación de los laudos⁵³¹.

⁵³¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. *Aspectos laborales de la reforma concursal*. Ed. Francis Lefèbvre. 2011. Páginas 36-37; MERCADER UGUINA, J.A. “Asimetrías, dudas e inconsistencia en los aspectos laborales del concurso”...*Op. Cit.* Página 15 (BIB 2013/2572).

8. El informe no vinculante emitido por parte la Autoridad Laboral

El siguiente paso tras recibir la noticia del resultado de las consultas va ser la evacuación de un informe que deberá de emitir la Autoridad Laboral competente. En este sentido, el artículo 64.5 V LC dispone que recibida la comunicación anteriormente citada, *“el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá de ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión”*.

La solicitud de este informe supone un trámite de obligado cumplimiento y que forma parte de la tramitación de los expedientes judiciales de regulación de empleo. Quizás el legislador concursal, tras sustraer en sede concursal las competencias que fuera del concurso tenía atribuidas la Autoridad Laboral y posiblemente consciente de la práctica que estos entes reúnen en materia de suspensiones y despidos colectivos quiso otorgarle cierta participación dentro del procedimiento. Hoy en día, como es de sobra conocido, la Autoridad Laboral ya no ostenta la competencia para autorizar las suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo ordinarios, si bien mantiene su presencia a lo largo de toda la tramitación de estas concretas medidas de ajuste.

La intervención de la Autoridad Laboral en el procedimiento de ERE Concursal, aunque ya no es tan distante con la normativa laboral como lo era con anterioridad a la aprobación de la Ley 3/2012, todavía sigue siendo si cabe aún más tenue que en las situaciones “extraconcursoales”. En este sentido, su intervención en el expediente judicial de regulación de

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

empleo se reduce únicamente a los momentos finales de su tramitación. Una explicación lógica que se ha ofrecido sobre esta intervención de la Autoridad Laboral sería la consistente en que de este modo el Juez de lo Mercantil puede tener más datos para su mejor resolver⁵³². Por lo tanto, el informe de la Autoridad Laboral pronunciándose sobre las medidas propuestas puede servir de gran utilidad para la convicción del Juez del Concurso, puesto que este órgano administrativo presenta una larga experiencia en esta materia. En todo caso, no deja de sorprender el carácter no vinculante con el que se ha querido revestir a este informe. En este sentido, la Ley Concursal no se pronuncia de forma expresa sobre si el juez debe de quedar vinculado o no por el dictamen de la autoridad laboral, pero sí atribuye esta condición de forma indirecta, puesto que fácilmente puede deducirse esta cuestión cuando en el mismo artículo 64.6 LC *in fine*, se dispone que “*recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones*”. Este plazo lo fija la propia Ley Concursal en 15 días, cuyo *dies a quo* debemos establecerlo en el día en que el Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil que estuviera conociendo del concurso traslade a la Autoridad Laboral los datos del expediente para que éste emita su dictamen. Por este motivo, desde el momento en que la Ley permite que una vez transcurrido este plazo sin que se hubiera evacuado el informe el juez puede seguir con el curso de la tramitación, significa que en su resolución mediante auto puede prescindir del contenido del mismo.

Pese al carácter no vinculante de este informe, su evacuación responde a un trámite de carácter imperativo. De este modo, si este informe

⁵³² HERRERA CUEVAS. E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”... *Op. Cit.* Página 25 (Ref. CISS 4381/2005).

entrara en el juzgado de forma extemporánea, pero antes de que se haya dictado auto, se concluye por el artículo 64.6 LC que éste “*podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución*”. Como vemos, también confirma esta tesis la utilización del verbo “podrá” que no deja más que denotar la posibilidad de que el Juez del Concurso lo tenga en cuenta o que, por el contrario, decida prescindir del mismo, quizá por tener clara la resolución del expediente, o por otros motivos. Por lo tanto, debemos concluir –y así lo ha venido admitiendo pacíficamente la doctrina- que el informe de la Autoridad Laboral tiene carácter preceptivo pero no vinculante para la resolución del Juez del Concurso⁵³³. En todo caso, como señalara MOLERO MARAÑÓN, la aportación de este informe no debe de ser concebida como una actuación “*reiterativa o innecesaria*”, antes al contrario, cabe pensar que “*puede ser realmente útil y esclarecedora a la hora de resolver fundadamente la medida colectiva por el juez del concurso*”, puesto que no se puede pasar por alto que la evacuación de dicho informe “*provoca la entrada dentro del expediente de una instancia especializada en el ámbito laboral que aporta una perspectiva muy distinta sobre el conflicto*”⁵³⁴.

La Ley Concursal no da pistas sobre la concreta Autoridad Laboral a la que se deba de encargar la emisión de este informe, aunque cabría pensar que el órgano que habrá de participar en los supuestos concursales

⁵³³ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64”...*Op. Cit.* Página 743; RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 7 (Ref. CISS 1244/2005).

⁵³⁴ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Página 249. También se dice por GARCÍA MURCIA que este informe, pese a no estar dotado de carácter vinculante “*puede servir de base para la valoración y aplicación por parte del juez de las medidas propuestas*”: GARCÍA MURCIA, J. “El despido en empresa en concurso”...*Op. Cit.* Página 188.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

será la misma que la que intervendría en supuestos ordinarios⁵³⁵. Esta cuestión se regula en el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y suspensiones de contrato (RD 1483/2012, de 29 de octubre). En concreto, el artículo 25 de este reglamento diferencia el órgano territorial competente en función de la ubicación de los centros de trabajo donde afecten las medidas de ajuste suspensivas o extintivas –en sede concursal se extenderá también a las modificaciones sustanciales de contrato-. De este modo, cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o que se encuentren adscritos a centros de trabajo de una sola Comunidad Autónoma deberá emitir este informe la Autoridad Laboral correspondiente dependiendo de cada Comunidad Autónoma. Por el contrario, si la medida afecta a centros de trabajo ubicados en distintas Comunidades Autónomas el informe lo deberá de pronunciar la Dirección General de Empleo, adscrita como se sabe, al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Por lo tanto, la elección de la concreta Autoridad Laboral competente no se va a hacer depender en función del lugar donde resida territorialmente el Juzgado de lo Mercantil que estuviere conociendo del concurso, que si recordamos, era donde el empresario tenga el “centro de sus intereses principales” (artículo 10.1 LC), sino de los centros donde afecten las medidas de ajuste de plantilla (que podrán coincidir con la competencia territorial de Juez del Concurso o no)⁵³⁶.

⁵³⁵ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 64”... *Op. Cit.* Página 1215.

⁵³⁶ Esta opción ya parecía esbozarse en el año 2007 por algún autor, en concreto, BLASCO PELLICER argumentaba que en los casos en los que el Juzgado competente se encontrara territorialmente muy alejado del lugar donde prestan sus servicios los trabajadores afectados la Autoridad Laboral encargada de emitir el preceptivo informe será la de este último lugar, y en el caso de que éstos se encontraran dispersados en el territorio de varias Comunidades Autónomas deberá recaer en el Ministerio de Trabajo. En BLASCO PELLICER, A. “El expediente concursal de regulación de empleo”... *Op. Cit.* Página 43.

El contenido de este informe se encuentra sucintamente regulado en la normativa concursal, donde únicamente se expresa que se recabará un informe de la autoridad laboral “*sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado*”. Por lo tanto, una primera idea que merece la pena destacar es que el informe será preceptivo con independencia del devenir de las consultas, es decir, tanto si éstas han concluido con acuerdo o como en desacuerdo. Por consiguiente, desde la Secretaría del Juzgado se deberá de solicitar este informe siempre y todo caso. Si bien, la virtualidad práctica del mismo en uno y otro supuesto va a ser bien distinta. De entrada, parece que tendría más sentido cuando las consultas acaben en desacuerdo y ello porque como se verá en el epígrafe destinado al tratamiento del auto del Juez del Concurso la intervención de este órgano judicial resulta más determinante, puesto que deberá decidir con un amplio margen. Por este motivo, quizá el apoyo en un informe emitido por un órgano administrativo con experiencia en asuntos laborales pueda suponer un punto de apoyo útil para el juzgador, aunque como bien sabemos, éste podría desoír sus conclusiones si no lo estima oportuno. En los casos de desacuerdo, aunque la Ley Concursal no lo diga, la Autoridad Laboral deberá pronunciarse sobre las medidas contenidas en la solicitud y lo hará con un amplio margen, pudiendo formular su opinión sobre las causas, las personas a las que debería afectar e incluso, por qué no, plantear alguna alternativa sin desvirtuar el contenido de la solicitud, así como proponer alguna medida paliativa. Por su parte, cuando las consultas hubieran concluido con éxito la Autoridad Laboral se deberá de pronunciar sobre el acuerdo alcanzado. En estos casos su informe resultará más limitado puesto que no podría alterar lo pactado, ya que posteriormente el Juez del Concurso deberá, en principio, aceptarlo sin más. Por este motivo, algún autor no ha alcanzado a ver el

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

valor que tendría este informe cuando el juez ha de aceptar el acuerdo⁵³⁷. En todo caso, lo que la Administración realizará en estos supuestos será un control sobre la legalidad del acuerdo alcanzado, para guiar así la decisión postrera el juez⁵³⁸. En este sentido, la tarea de la Autoridad Laboral en estos casos será la de pronunciarse sobre la posible existencia de dolo, coacción, abuso de derecho, fraude de ley o cualquier otra acción ilegal que vicie o invalide el acuerdo.

Para llevar a cabo este informe, el ente administrativo puede servirse de la opinión de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores. En este sentido, antes de su emisión puede oír las alegaciones de cualquiera de las partes, precisamente para ayudar a la convicción de sus razonamientos, aunque desde la doctrina se ha alzado alguna voz que ha considerado que si la Autoridad Laboral decide otorgar audiencia debe de oír a ambas partes⁵³⁹. Quizás el empleo de la conjunción copulativa “y” coadyuve a esta interpretación. Pero, lo que sí que parece bastante claro es que, en todo caso, esta opción es potestativa puesto que la Ley Concursal no obliga a la administración a cumplir con este cometido, el cual resulta claramente desprendible de la utilización del verbo “podrá”. Por lo tanto, si la Autoridad Laboral considera prescindible oír a las partes porque tiene claro el sentido de su dictamen, no las citará. Si, por el contrario, cree oportuno emplazarlas porque su testimonio puede resultar útil para la confección de su informe, naturalmente, podrá hacerlo porque la

⁵³⁷ Vid. DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en la relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 10 (Ref. CISS 1038/2005).

⁵³⁸ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. *El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal. Op. Cit.* Página 247.

⁵³⁹ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en la relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 10 (Ref. CISS 1038/2005).

ley otorga esta posibilidad. Llama la atención el hecho de que en este precepto no se cite al deudor, cuestión que parece lógica desde la perspectiva de que éste sólo participará en las consultas si sus facultades están meramente intervenidas y si así lo considera oportuno el Juez del Concurso.

La posibilidad de intervención del concursado en las negociaciones se introdujo en 2011 y se dispuso en el inicio del artículo 64.5 LC y ya no se le vuelve a nombrar en el resto del procedimiento de consultas. De esta forma, para ser oídas por parte de la Autoridad Laboral, el precepto en cuestión solamente enuncia a las partes cuya presencia en las consultas resulta obligatoria, es decir, al administrador concursal y a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, en este concreto punto, pienso que habría que salvar el tenor literal del artículo 64.6 LC -penúltimo párrafo-, considerado que la omisión del deudor es un mero error material del legislador y por tanto concluir que éste podría ser oído por la Autoridad Laboral. Esta opción, naturalmente, se reduciría solamente en los casos en los que el empresario hubiera intervenido en el periodo de consultas y no así en el caso inverso. La posibilidad de que el deudor pueda exponer lo que considere oportuno a la Autoridad Laboral en ningún caso parece entorpecer o complicar el procedimiento, sino más bien todo lo contrario, pues supondría tener a disposición de este ente administrativo un elemento más de valoración, que puede resultar útil en algunos supuestos concretos. En este sentido, cuánto más puntos de vista pueda recoger la Autoridad Laboral en su informe mayor riqueza y utilidad podrá adquirir. Con todo, recordemos que la posibilidad de citar al deudor, al administrador concursal o a los representantes de los trabajadores, queda al arbitrio de la propia Autoridad Laboral.

9. El auto del Juez del Concurso: asimetrías y otra serie de problemas.

El último eslabón del procedimiento lo compone la resolución judicial que debe dictar el Juez del Concurso, quien se deberá de pronunciar expresamente sobre las medidas que le fueron solicitadas. De las diversas formas que pueden adquirir las decisiones judiciales –providencias, autos y sentencias- la que pone fin a la tramitación del ERE Concursal corresponde con la del auto. La elección de este tipo de resolución se explica porque la sustanciación de un expediente judicial de regulación de empleo no es más que un incidente dentro de los que pueden albergarse en el proceso concursal. Esto es así porque el objetivo del concurso no es, ni mucho menos, la adopción de medidas *sociolaborales*, sino el pago a los acreedores, es decir, que el concurso persigue el principio solutorio –y en menor medida también el principio de conservación de la empresa-. En este sentido, las sentencias son las resoluciones que concluyen un procedimiento judicial y qué duda cabe que las medidas laborales no son el fin del procedimiento, ni suponen la conclusión del concurso, por ello, como resolución intermedia, el instrumento apropiado para llevarlas a cabo a través de un auto.

9.1. El plazo legal para resolver: interpretación del “silencio judicial”.

Las cuestiones relativas a la resolución del Juez del Concurso se encuentran reguladas en el artículo 64.7 LC. Este último comienza disponiendo que: “*cumplidos los trámites ordenados en los apartados*

anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”. Siguiendo un esquema temporal, la primera cuestión sobre la que conviene arrojar luz es la referida al plazo del que dispone el Juez del Concurso para dictar el auto. Como se vio en otro epígrafe, justo antes de la fase final del expediente judicial de regulación de empleo el Juez del Concurso debe recabar un informe a la Autoridad Laboral para que se pronuncie en el plazo de 15 días sobre las medidas propuestas o sobre el acuerdo alcanzado. Por lo tanto, un vez recibido el resultado obtenido tras la celebración del periodo de consultas y una vez emitido el informe de la Autoridad Laboral o en su defecto cuando hayan pasado más de 15 días desde su evacuación, el Juez del Concurso deberá resolver sobre las medidas colectivas de los contratos de trabajo solicitadas, según dicción literal, en un plazo de 5 días. Aquí nace la primera de las dudas interpretativas que se suscitan en torno al presente auto. Ésta consistiría en intentar convenir que es lo que sucede en el supuesto nada infrecuente, dado el elevado volumen de trabajo que soportan estos juzgados, en que el juez rebasara el plazo para dictar resolución, y si esta superación puede entenderse bien como una suerte aceptación de las medidas solicitadas o bien como la denegación tácita de las mismas.

Esta circunstancia no ha sido resuelta por la Ley Concursal, que omite cualquier referencia expresa sobre esta cuestión. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 64.11 LC, que remite a la legislación laboral en todo lo no previsto en este precepto, es preciso acudir al Estatuto de los

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Trabajadores para intentar colmar esta laguna. Un problema añadido que se genera tras examinar detenidamente el artículo 51 ET es que en la actualidad la regulación sobre despidos colectivos no es comparable en muchos aspectos con la regulación contenida en el artículo 64 LC (siendo esta cuestión una de las situaciones difícilmente confrontables o ajustables de forma analógica). En efecto, en consonancia con la normativa laboral actual el poder decisorio final sobre las extinciones colectivas de los contratos de trabajo por causas económicas reside en el propio empresario. Es éste quien deberá de comunicar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas a la Autoridad Laboral o quién, en su caso, informará tanto a este ente administrativo como a los representantes de los trabajadores sobre su decisión final -en caso de no haberse obtenido acuerdo-, siendo que, si no lo hiciera pasados 15 días se produciría la caducidad del procedimiento. Por lo tanto, la solución ofrecida por la normativa laboral, en concreto por el art. 51.2 ET *in fine*, sería la de la caducidad del procedimiento. Sin embargo, no parece que sea apropiado transponer la solución propuesta por la legislación laboral vigente al expediente judicial de regulación de empleo y ello porque las diferencias entre un procedimiento y otro, tras la predicada reforma laboral de 2012, son bastante notorias. En este sentido, no resultaría conveniente razonar la caducidad del procedimiento en el caso de que el Juez del Concurso superase el plazo dispuesto para dictar auto, puesto que el sujeto que acuerda las medidas laborales es precisamente el órgano judicial, al contrario de lo que sucede fuera de la institución concursal dónde es el propio empresario quien adopta finalmente la modificación de condiciones, la suspensión o extinción de carácter colectivo.

Por ello, entiendo que no sería apropiado deducir la caducidad del procedimiento en caso de superación del plazo de 5 días concedidos al Juez

del Concurso, principalmente por los siguientes motivos: a) legalmente, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil no predica la caducidad cuando los órganos judiciales incumplan cualquier plazo que las leyes establezcan, antes al contrario, el artículo 211.2 LEC dispone que *“la inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no mediar justa causa, que se hará constar en la resolución”*; b) también porque en este supuesto no existiría la *“identidad de razón”* necesaria para poder aplicar la analogía normativa, tal y como se infiere del artículo 4 del Código Civil, puesto que la razón por la que en el concurso la decisión la toma un juez es para preservar los diferentes intereses en juego y por ello la predicada *“identidad de razón”* difiere entre los procedimientos de reestructuración concursal y el *“extraconcursal”*; c) en último término, por una razón meramente práctica y de sentido común, puesto que no es lo mismo que el empresario incumpla el plazo para efectuar despidos colectivos en su propia plantilla que lo haga un juez que se encarga de varios concursos a la vez y cuyo volumen de trabajo se agudiza en tiempos de recesión económica. Por lo tanto, como primera conclusión, cabría apuntar que el transcurso del plazo de 5 días concedido al Juez del Concurso para resolver a través de auto sobre el sentido de las medidas solicitadas no produciría en ningún caso la caducidad del procedimiento, como así ocurre en los despidos colectivos fuera del concurso, sin poderse con ello aplicar la solución ofrecida actualmente por el Estatuto de los Trabajadores.

De este modo, tal y como se ha anticipado, la Reforma Laboral de 2012 optó por eliminar la autorización administrativa para el caso de los despidos colectivos y suspensiones de contrato. Pero, también se ha comentado que el procedimiento del artículo 64 LC reprodujo desde sus inicios, en esencia, la tramitación del artículo 51 ET antepuesto a la referida

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

reforma. Por lo tanto, resulta inevitable acometer una interpretación histórica para comprender si la solución facilitada por la normativa laboral con el procedimiento anterior, es decir, cuando existía autorización administrativa previa -que es más acorde con el actual expediente judicial de regulación de empleo- puede arrojar luz sobre el problema evidenciado en este epígrafe. En este sentido, con la anterior regulación laboral en la mano observamos como la Administración Laboral también disponía de un plazo de 15 días para resolver el expediente una vez concluido el periodo de consultas. Ahora bien, en caso de acuerdo, siguiendo la anterior redacción del artículo 51.5 ET, se expresaba que *“si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo”*. Por su parte, en caso de concluir las consultas con desacuerdo, el antiguo artículo 51.6 ET establecía que superado el plazo de 15 días sin resolver *“se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud”*. Como puede apreciarse a simple vista, la solución procurada por la normativa laboral pasaba por otorgar valor al silencio administrativo. En concreto, el signo del silencio administrativo se entendía dado en forma positiva, es decir, equivalía a la autorización del expediente y por lo tanto el empresario quedaba habilitado para extinguir los contratos (atendiendo al acuerdo suscrito con los representantes de los trabajadores o, en caso contrario, siguiendo lo dispuesto en su solicitud). Lo que aquí nos debemos de plantear es si el transcurso de estos 5 días sin que el Juez del Concurso resuelva sobre el expediente judicial de regulación de empleo mediante auto equivale a la “autorización” del mismo y por ende a la efectividad de las medidas solicitadas. Aunque esta solución no se avista en la actual normativa laboral, que es de carácter subsidiaria en aquello que no esté

contemplado en la concursal, se debe plantear precisamente si una posible interpretación histórica favorable podría mantenerse hoy en día (por la mayor conexión entre el anterior procedimiento laboral y el concursal).

Sobre este asunto, resulta interesante la postura que mantuvo CRUZ VILLALÓN en un estudio realizado al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal allá por el año 2003. Para este autor, la solución era distinta para el caso de que el periodo de consultas hubiera concluido con acuerdo o sin acuerdo. De este modo, de existir pacto, a falta de resolución en plazo jugaría el efecto del silencio positivo y el resultado sería que la medida acordada entre administrador concursal y representantes de los trabajadores quedaría validada tácitamente por el juez⁵⁴⁰. *A sensu contrario*, los efectos de esta suerte de “silencio judicial positivo” no jugarían en caso de desacuerdo. Sin embargo, la mayoría de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión han terminado, sin entrar demasiado en detalles, por negar la aplicación del silencio administrativo a las resoluciones judiciales⁵⁴¹. Bajo mi punto de vista, esta última sería la solución más adecuada, y ello con base en los siguientes razonamientos: a) en primer lugar, porque estamos ante una decisión judicial y no administrativa, por más que el procedimiento de ERE concursal se aleje en algunos puntos de lo que sería propiamente un proceso judicial en sentido lato y se asemeje

⁵⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”... *Op. Cit.* Página 138.

⁵⁴¹ En este sentido, véase, por ejemplo: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y se Seguridad Social*, Ed. Lex Nova. 2004. Página 237; RÍOS SALMERÓN, B. “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”. En *Actualidad Laboral*, núm. 21. 2003. Página 367; MOLINA NAVARRETE, C. “Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: El artículo 64 LC” En *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006. Página 226.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

más a un expediente de jurisdicción voluntaria o a un trámite que, en su esencia, sea más administrativo que procesal; b) en segundo término, porque la facultad del Juez del Concurso respecto a las medidas colectivas de ajuste de plantilla en sede concursal no consiste en una mera autorización, sino que es el propio juez quien las acuerda, por lo que la falta de resolución mediante auto no habilita para la efectividad de la medida extintiva (sobre el concreto asunto de los efectos del auto se ahondará más adelante, *vid. Infra*); c) por último, nuevamente, por razones de índole práctico también debe negarse la tesis del “silencio judicial positivo”, puesto que la elevada carga judicial de los Juzgados de lo Mercantil debe hacer comprender que en ocasiones el breve plazo de 5 días para resolver se vea rebasado, precisamente causado por el elevado volumen de trabajo que estos órganos soportan.

En suma, como se habrá podido deducir de las argumentaciones anteriores, la Ley Concursal, en concreto su artículo 64.7, concede un plazo de 5 días al Juez del Concurso para resolver mediante auto acerca de las medidas de ajuste de plantilla solicitadas en su momento y que se pretendan llevar a cabo durante la pendencia de un proceso concursal. No obstante, nada se dice acerca de lo que deba suceder en caso de extemporaneidad o superación de este plazo sin que se hubiera tomado la decisión correspondiente. En este sentido, la solución no podría pasar por considerar acordados los despidos con base a una suerte de “autorización tácita”, ni tampoco otorgando valor al posible “silencio”, ni mucho menos cabría considerar caducado el procedimiento por este motivo y reanudarse de nuevo otro ERE concursal. La solución jurídicamente correcta en estos casos, bajo mi punto de vista, pasaría por esperar a la resolución mediante auto por parte del Juez del Concurso, puesto que este órgano es el único

capaz *ex lege* de acordar las extinciones, suspensiones o modificaciones de condiciones, las cuales no podrán llevarse a cabo sin esta connivencia judicial. Por lo tanto, la situación deseable sería que el Juez del Concurso resolviera dentro del plazo máximo de 5 días, dando cumplimiento con ello al mandato legal, pero en caso de no ser así, habría que esperar inexorablemente a su auto, pese a que éste sea dictado en un plazo posterior, a través del cual, efectivamente, cobrarán valor las medidas propuestas (o no, pues cabe también el que Juez del Concurso considere conveniente su no adopción).

9.2. Forma del auto del Juez del Concurso: invalidez por la ausencia de hechos probados.

Pasando a la siguiente cuestión que se suscita en torno al auto del Juez del Concurso, la consecuente parada debe de realizarse respecto a la forma o estructura que debe contener este auto. En efecto, una vez examinado el problema de la laguna existente en cuanto a la ausencia de resolución en plazo y antes de pasar a las dudas interpretativas que puedan darse respecto al contenido material del auto, así como sobre sus efectos, merece la pena detenerse en otra cuestión debatida y carente de regulación concursal específica. Me estoy refiriendo al tema de la estructura del auto y al inconveniente de que en éste no se comprenda una relación de hechos probados.

El problema en este punto radica, nuevamente, en la indeterminación de la normativa concursal. El procedimiento del expediente judicial de regulación de empleo posee una naturaleza un tanto peculiar, puesto que es de carácter jurisdiccional, si bien guarda también

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

ciertas semejanzas con un procedimiento administrativo⁵⁴². Por este motivo, se ha llegado a afirmar que el auto no tendría por qué contener una relación de hechos probados⁵⁴³. Sobre este extremo GULLÓN RODRÍGUEZ aseveró que de la propia simplicidad del expediente pueden desprenderse efectos que se compaginen mal con esa posibilidad de que el Juez del Concurso termine mediante un auto en el que se detallan las condiciones laborales e indemnizaciones de los trabajadores, admitiendo, ya que no se prohíbe, que se pueda concluir con un auto genérico, cabiendo una posterior concreción por medio de autos complementarios⁵⁴⁴.

Para una correcta solución sobre este interrogante, es decir, sobre el contenido formal del auto dictado por parte del Juez del Concurso, es preciso, bajo mi punto de vista, acudir a la normativa procesal supletoria que identifique en qué consiste esta resolución judicial. Por más que el procedimiento de ERE Concursal pueda llegarse a considerar más administrativo que judicial o más afín a un expediente de jurisdicción voluntaria o, por el contrario, como un auténtico procedimiento jurisdiccional, lo cierto es que, *ex lege*, su conclusión debe realizarse mediante auto, y como tal, entiendo que debe reunir las exigencias formales que acompañan a este tipo de resoluciones judiciales. Para centralizar estas exigencias se debe atender a la normativa estrictamente procesal. Así, en

⁵⁴² Para RÍOS SALMERÓN y RÍOS MESTRE estamos ante un auténtico proceso, si bien de carácter atípico, siendo la obligación de incorporar unas consultas previas lo que produce esta atipicidad. *Vid.* RÍOS SALMERÓN, B. Y RÍOS MESTRE, J.M. “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011”. En *Despido y crisis económica de los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía* (DE LA PUEBLA PINILLA, A. Coord. y DESDENTADO BONETE A. Dir.). Ed. Lex Nova 2011. Página 280.

⁵⁴³ GULLÓN RODRÍGUEZ. J. “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo den la situación de concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2006. Página 151.

⁵⁴⁴ GULLÓN RODRÍGUEZ. J....*Op. Cit.* En la cita anterior. Página 152.

primer lugar, por su mayor importancia, se acudirá a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, en concreto, a su artículo 248.2 que dispone que: *“los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten”*. Junto con ello, también se hace referencia a cómo debe de materializarse un auto en el artículo 208.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que reza lo siguiente: *“los decretos y los autos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo”*. Por lo tanto, los autos dictados por el Juez del Concurso en el contexto de un expediente judicial de regulación de empleo, ante el silencio que la normativa concursal ofrece al respecto, deben de contener, como mínimo, todos los extremos que pergeñan la LOPJ y la LEC. Consiguientemente, de los anteriores preceptos debemos desprender que los autos deben de contener los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y un fallo, debiendo quedar todas estas partes debidamente separadas de forma clara.

El inconveniente que se suscita principalmente en esta sede es que los jueces de lo mercantil, ante la ausencia de previsión expresa en la normativa concursal, y al tratarse el ERE Concursal de un procedimiento con una naturaleza peculiar, con notas tanto administrativas como judiciales, en ocasiones han emitido autos sin detallar los antecedentes de hecho o quedando exentos de otra serie de formalidades, quizá trasladando erróneamente el contenido de la antigua resolución administrativa de la Autoridad Laboral. En este sentido, de presentarse estos defectos, la tarea revisora en segunda instancia (recurso de suplicación frente al auto dictado

por parte del Juez del Concurso) se torna un tanto compleja. En efecto, los Tribunales Superiores de Justicia están obligados a revisar sentencias, las cuales, formalmente contienen todos los datos y formalidades necesarias para que pueda realizarse una efectiva actuación revisora. Por los motivos anteriormente indicados, los jueces de lo mercantil han venido en ocasiones a resolver de forma parca o quizá un tanto más informal, produciéndose algunas trabas cuando estos autos eran recurridos en suplicación. Por ello, la necesidad de que el auto del Juez del Concurso cuente con antecedentes de hecho ha sido indicada por alguna sentencia de segunda instancia. Así, por ejemplo, recientemente se ha considerado por la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012⁵⁴⁵ refiriéndose a estos autos que: *“siendo aquellos recurribles en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, se hace necesario que se precisen en los antecedentes de hecho aquellos que el Magistrado ha deducido en la valoración de la prueba que efectúa.”* En este caso, la sentencia de suplicación solamente exterioriza esta necesidad, siendo que, en el caso concreto que conoce llega a la conclusión de que el juez *a quo* ha realizado correctamente esta tarea en su auto. Pero, junto con ello, también podemos encontrar algún pronunciamiento de suplicación que ha optado por anular el auto de un Juez del Concurso precisamente por no constar en el mismo la relación de hechos probados, dificultándose con ello la actividad revisora en suplicación. Esta fue la solución procurada por la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012⁵⁴⁶ que consideró que el auto realizado por el Juez del Concurso adolecía de importantes defectos en su aspecto fáctico, impidiéndose con ello la debida resolución de la suplicación. En concreto,

⁵⁴⁵ STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012 (AS/2012/896).

⁵⁴⁶ STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012 (AS/2012/1136).

no constaron en los hechos probados circunstancias tales como la relación laboral de los trabajadores que permitiera fijar las indemnizaciones. El resultado fue que la Sentencia del TSJ de Galicia procedió a anular la resolución recurrida para que “*con absoluta libertad de criterio se proceda a dictar otra en la que se tenga en cuenta lo expresado en los anteriores fundamentos, y se entre a resolver sobre el fondo del asunto*”.

En síntesis, el auto dictado por parte del Juez del Concurso mediante el cual se adopten o denieguen las medidas de extinción, suspensión o modificaciones colectivas de contratos de trabajo deberá contar con unos antecedentes de hecho adecuadamente separados y numerados, sustentarse en unos fundamentos de derecho y contener una parte dispositiva en forma de “fallo” o más concretamente de “acuerdo”, debiendo, por lo demás, en todo caso estar motivado. Junto con ello, también se debe hacer constar, naturalmente, el lugar y la fecha donde se adopta, así como la indicación del juez que lo acuerda y los recursos que proceden contra el mismo. En cuanto a su contenido, en caso de aceptarse la concreta medida solicitada, el Juez deberá de identificar correctamente a los trabajadores afectados con sus respectivos datos personales y profesionales y, además, disponer la fecha en que se harán efectivas y, en su caso, el monto de las indemnizaciones. Cualquier omisión de las exigencias formales sobre el auto que resuelve este expediente judicial de regulación de empleo llevaría aparejada su anulación, y con ello la devolución del auto para que el propio Juez del Concurso proceda a corregir los extremos que resulten insuficientes.

9.3. Aspectos materiales del auto del juez del concurso

9.3.1. Resolución del Juez del Concurso en caso de que haya existido acuerdo en el periodo de consultas.

El supuesto en el que las partes negociadoras hayan concluido las consultas alcanzando un acuerdo es la solución más sencilla, puesto que tal y como se infiere del artículo 64.7 LC el Juez resolverá “*aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho*”. La normativa concursal ha optado por seguir miméticamente la regulación contenida en el pretérito artículo 51.6 ET cuando se refería a la actuación de la Autoridad Laboral en el supuesto de acuerdo en el seno de un expediente ordinario⁵⁴⁷. Por lo tanto, tras una primera lectura del precepto, parece que en estos supuestos el Juez del Concurso vendría forzado a aceptar el contenido del acuerdo, salvo que constate la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución del mencionado acuerdo⁵⁴⁸. En este sentido, según ha razonado GARCÍA MURCIA la consecución de un acuerdo no se traduce simplemente en un objetivo del legislador, sino que también parece imponerse al propio Juez del Concurso que “*cede su posición de primacía en los sustantivo a las partes, y se conviene en un mero tramitador o ratificador de carácter formal*”⁵⁴⁹. Sin embargo, bajo mi punto de vista, el control de juridicidad realizado por parte del Juez del Concurso no debe de

⁵⁴⁷ BLASCO PELLICER. A. “El expediente concursal de regulación de empleo”. En *Anuario de Derecho Concursal* núm. 14. 2008. Página 32 (del ejemplar en pdf).

⁵⁴⁸ Así se ha expresado en algún auto judicial, por ejemplo, por el AJM de Madrid de 27 de enero de 2005 (AC/2005/149) o por el AJM de Vizcaya, Bilbao, de 3 de marzo de 2005 (AC/2005/332).

⁵⁴⁹ GARCÍA MURCIA, J. “El despido en empresa en concurso”...*Op. Cit.* Página 187. Continúa aseverando este autor que ciertos defectos formales o circunstancias legalmente no previstas se relativizan si las partes presentan un acuerdo.

quedarse en un mero examen de la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, sino que también se debe de extender hacia el resto de vicisitudes invalidantes que aprecie, bien de oficio o bien a instancia de parte. Así, en el desarrollo del procedimiento de consultas pueden aparecer una serie de actuaciones en las que, pese a que se hubiera alcanzado un acuerdo, se haya contravenido una cuestión legal. Sería este el caso, por ejemplo, de la carencia de legitimación para negociar por parte de algunas de las partes, de la adopción del acuerdo sin las mayorías exigidas o de la ausencia de un efectivo intercambio de pareceres etc.

Esta cuestión podría abordarse desde dos perspectivas o tesis distintas. Una primera tesis pasaría por defender una interpretación literal de la norma. De seguirse esta tesis únicamente incumbiría al Juez del Concurso la no aprobación de un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas cuando, de oficio o instancia de parte, apreciara que el mismo ha sido suscrito mediando fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En caso contrario, de no existir las anteriores circunstancias el juez debería de aceptar el acuerdo logrado en las consultas. Esta es la opción que parece acoger la mayoría de la doctrina científica y judicial que vienen aceptando, sin más, el contenido literal de la norma. Si bien, en mi opinión, esta primera interpretación o tesis, aun siendo válida resultaría un tanto simplista, amén de que supondría desconocer el papel que juega el Juez de lo Mercantil cuando se encuentra ante una solicitud de medidas de ajuste de plantilla en el contexto concursal, que es muy superior al homónimo y extinto papel que representaba la Autoridad Laboral con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012. La segunda interpretación pasaría por superar la dicción literal del precepto y considerar la facultad del Juez del Concurso para oponerse al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas cuando medie también alguna

irregularidad distinta a un supuesto de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Esta opción es la que parece que han defendido DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO cuando apuntan de forma somera que “*no parece que el juez mercantil tenga que quedar vinculado por un acuerdo ilegal*”. Mayor hincapié realiza en defensa de esta segunda interpretación MONTOYA MELGAR para quien “*el juez no es un mero y mecánico refrendador de los acuerdos obtenidos en los periodos de consultas, sino que está legitimado (y obligado) a realizar un control de juridicidad del acuerdo*”⁵⁵⁰. Se trataría más bien, como señalara DESDENTADO BONETE, de un acto de homologación judicial⁵⁵¹, siendo que, la RAE define la palabra homologar, cuando se pone en relación con la actividad de una autoridad, como “*contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción*”. De este modo, el Juez del Concurso deberá de contrastar que el procedimiento se ha desarrollado con todas las garantías y de una forma completamente legal.

Esta situación contrasta con lo que sucede en la actualidad cuando se pretende realizar un despido colectivo o suspensión ordinarios (en situaciones no concursales). En estos últimos casos, cuando exista acuerdo el empresario deberá adoptar la medida siguiendo este pacto y, correlativamente, los representantes de los trabajadores no podrán combatirlo judicialmente, salvo que éste hubiera sido alcanzado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Sí que podría combatirlo un tercero, por ejemplo, un sindicato no firmante, o bien de manera individual y ante el Juez de lo Social un trabajador cuando pretenda combatir una cuestión

⁵⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho laboral concursal...Op. Cit.* Página 222.

⁵⁵¹ DESDENTADO BONETE, A. “La intervención de los trabajadores en el proceso concursal”. En *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Y MERCADER UGUINA, J.R. Coords.). Ed. La Ley. 2004. Página 753.

particular, verbigracia, su antigüedad, su salario etc. Esta situación no puede sostenerse en el ámbito concursal, donde los diferentes y especiales intereses en juego (mayormente respecto a la masa pasiva del concurso) terminaron por dejar en manos del Juez de lo Mercantil la tarea de adoptar las medidas colectivas de carácter extintivo, suspensivo y modificativo de condiciones de los contratos de trabajo.

No cabe desconocer que, tras la nombrada reforma laboral, en la situación de concurso el propio concursado y la administración concursal tienen menos facultades que las atribuidas al empresario fuera de esta institución y que el Juez de lo Mercantil, como órgano encargado de aceptar o denegar el acuerdo, no puede validarlo cuando aprecie algún tipo de vicio o ilegalidad en su procedimiento o contenido⁵⁵². En este sentido, lo que la norma (artículo 64.7 LC) viene a decir no es que el Juez del Concurso deba aceptar, sin más, como si se tratara de un autómata el acuerdo alcanzado en las consultas, salvo apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Más bien, significa -o debe significar- que en caso de lograrse un acuerdo en el periodo de consultas el Juez deberá aceptar u homologar este pacto en cuanto a su contenido, es decir, el número de trabajadores afectados, planes de recolocación incorporados, indemnizaciones convenidas y demás cuestiones, no pudiendo validar nada extramuros de este acuerdo. Ahora bien, en caso de existir algún vicio o ilegalidad quedaría facultado, de oficio o a instancia de parte, a dictar lo que proceda.

Relacionado con este aspecto se encuentra la posibilidad de que el Juez del Concurso pueda acordar u homologar que se hayan pactado indemnizaciones superiores al mínimo legal establecido por el Estatuto de

⁵⁵² MONTOYA MELGAR. A. *Derecho laboral concursal...Op. Cit.* Página 222. Quien cita también a favor de esta interpretación los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008 y del nº 2 de Bilbao de 16 de febrero de 2010.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

los Trabajadores, es decir, que superen el monto de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades. Esta cuestión, que fuera de las situaciones de concurso no ofrece lugar a dudas, reviste un matiz especial cuando estamos en un contexto concursal. Ello es así porque en un escenario concursal coexisten una pluralidad de acreedores a los que es necesario satisfacer. Por lo tanto, no es una cuestión exenta de dudas el hecho de que se puedan pactar indemnizaciones superiores a las legales, en tanto en cuanto de esta forma podría llegar a perjudicarse a la masa pasiva del concurso. La Ley Concursal, en su redacción original no decía nada respecto de las indemnizaciones que debían de percibir los trabajadores. Como se ha aseverado en el párrafo anterior, el auto del Juez del Concurso debe aceptar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, salvo que aprecie algún tipo de vicio o ilegalidad, y entre los extremos sobre los que queda compelido autorizar los despidos está el de las indemnizaciones fijadas en las consultas concluidas mediante acuerdo. Por lo tanto, de existir un acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, el problema radica en dilucidar si éstos pueden pactar indemnizaciones superiores a las establecidas supletoriamente como mínimas en la legislación laboral (antiguo artículo 51.8 ET y actual artículo 51 ET en su remisión al 53.1 ET). El *quid* de la cuestión se encontraba, tal y como señalaron DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO, en la “finalidad esencial del concurso”, cuál es la satisfacción de los acreedores, conviniendo en que es difícil que esta finalidad pueda lograrse mediante un aumento que grave la masa activa⁵⁵³. Sin embargo, tanto estos autores como

⁵⁵³ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO. N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas... Op. Cit.* Página 161.

la posición dominante en la doctrina científica razonaban que el establecimiento de indemnizaciones superiores a las legales no es contraria al interés de los acreedores y que no existe inconveniente en que la administración concursal (órgano necesario del concurso y velador del mismo) y los representantes de los trabajadores pudieran concertar sobre este extremo,⁵⁵⁴ -aunque también podía verse alguna opinión disidente o en contra⁵⁵⁵.

Desde la doctrina judicial también se venía aceptando tradicionalmente que las partes negociadoras estaban capacitadas para pactar una indemnización superior a la legal. Por su interesante carácter dogmático y por la novedad que supuso en su momento, resulta imprescindible comentar los razonamientos ofrecidos por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de 19 de diciembre de 2005, confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006⁵⁵⁶. En el anterior supuesto, las partes negociadoras acordaron fijar una indemnización de 33 días de salario trabajado con un tope de 27 mensualidades, extremo éste que resultó

⁵⁵⁴ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 161; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”...*Op. Cit.* Página 237; ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 74; BLASCO PELLICER, A. “El expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 27 (del ejemplar en pdf). MONTOYA MELGAR, A. *Derecho laboral concursal...Op. Cit.* Páginas 233-234.

⁵⁵⁵ DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”...*Op. Cit.* Página 10 (Ref. CISS 1038/2005)

⁵⁵⁶ STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 (AS/2006/2284). Puede verse un crítica a esta sentencia en SEGALÉS FIDALGO, J. “La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)”. En *Aranzadi Social*, núm. 17. 2003.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

validado y considerado ajustado a derecho con base a los siguientes argumentos⁵⁵⁷:

1) Por razones de índole práctica. En este sentido, se consideró que si no se pudiera sobrepasar la indemnización mínima legal establecida en la normativa laboral *“se reduciría sobremanera la posibilidad de alcanzar un acuerdo de medidas laborales colectivas en estos procedimientos concursales”*.

2) Porque los créditos indemnizatorios resultantes de un despido colectivo llevado a cabo una vez declarado el concurso y acordado por el Juez del Concurso son contra la masa, *“siendo por ello su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, créditos guiados por el criterio de oportunidad”*.

3) De igual forma, porque en los despidos colectivos extraconcursoales pueden derivarse indemnizaciones superiores a las legales siendo la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral. En este sentido, sería un *“contrasentido que se admita más indemnización que la tasada legalmente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida y su liquidación reúne garantías”*.

Junto a los anteriores razonamientos se podrían aducir otra serie de argumentos a favor de la posibilidad de pactar en situación de concurso indemnizaciones superiores a las legales. De un lado, porque como viene entendiendo el Tribunal Supremo, las indemnizaciones de mínimos no

⁵⁵⁷ También aceptan indemnizaciones superiores a las legales, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2011 (Rec. 163/2011, JUR/2011/167991); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de febrero de 2008; o varios Autos de los Juzgados de lo Mercantil, tales como el del nº 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005, nº 1 de Cádiz, de 2 de febrero de 2006, nº 2 de Bilbao de 1 de febrero de 2007, etc.

constituyen normas de derecho necesario absoluto, sino que contemplan la posibilidad de acuerdo y por ello tienen carácter modificable⁵⁵⁸. También, porque en el periodo de consultas quien pacta es la administración concursal, que es quien representa los intereses generales del concurso (también, claro está, el de los acreedores)⁵⁵⁹. Junto con ello, se ha dicho también que el Juez está sometido al principio de legalidad y que la norma le ordena aceptar lo acordado aunque la indemnización supere la mínima legal⁵⁶⁰, salvo que, como sabemos, apreciara cualquier tipo de vicio.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal terminó por acoger esta posición dominante. En concreto, el artículo 64.6 LC dispone, tras esta reforma, que *“en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores”*. Por tanto, a día de hoy la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores a las legales contiene una previsión *ex lege* en la que se previene, asimismo, que este aumento no sea

⁵⁵⁸ Por ejemplo, STS de 21 enero de 1997 (recurso 1063/96).

⁵⁵⁹ BLASCO PELLICER, A. *“El expediente concursal de regulación de empleo”...Op. Cit.* Página 27 (del ejemplar en pdf). También puede verse esta afirmación en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2010 (Rec. 163/2011, JUR/2011/167991) cuando el recurrente alega un posible perjuicio para los demás acreedores por el hecho de fijar una indemnización superior a la legal. En este sentido, dice la sentencia que *“hay que tener en cuenta que el acuerdo se ha suscrito por los administradores concursales, quienes tienen precisamente la misión de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administradores y un representantes legal (art. 35.1 LC), estando sometidos a la supervisión del juez del concurso (art. 34.6 LC) y sujetos a responsabilidad frente al deudor y acreedores por sus actos (art. 36 LC) y debiendo atender a la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (Art. 43 LC)”*.

⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. *“Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal”*. En *Repertorio de Jurisprudencia*, núm., 10. 2005. Página 2 (BIB 2005/1138).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

incondicionado, sino que se adopte ponderando los intereses afectados por el concurso. Por ello, parece que la norma opta por aceptar que se puedan pactar indemnizaciones superiores, si bien, la contempla como una opción residual. En este sentido, la opción prioritaria será la de acordar la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, si bien una mejora de la misma va a ser lícita mientras no se demuestre su carácter perjudicial para los demás acreedores o se perciba la existencia de algún tipo de vicio o fraude, extremo éste que por lo demás, no se presume.⁵⁶¹

En suma, según lo examinado en este punto, las partes compelidas a negociar un despido de carácter colectivo en un contexto concursal van a poder convenir una indemnización superior a la mínima establecida en la legislación laboral supletoria, y ello pese a que existan otros intereses en conflicto. En estos supuestos, en lo que aquí interesa, el Juez del Concurso deberá incorporar esta mejora indemnizatoria en su Auto (en caso de aceptar y validar la concreta medida solicitada), lo que ocurrirá en todo caso, salvo cuando éste aprecie fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o cualquier otra incidencia ilegal. Esta situación, que en caso de acuerdo alcanzado en el periodo de consultas no parece ofrecer lugar a dudas, se torna un tanto más compleja cuando las consultas concluyen sin avenencia, situación que será abordada seguidamente.

⁵⁶¹ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. Derecho concursal laboral...*Op. Cit.* Página 235.

9.3.2. Resolución del Juez del Concurso en caso de que no haya existido acuerdo en el periodo de consultas.

Una de las cuestiones más controvertidas se da cuándo el periodo de consultas ha concluido sin acuerdo, pues en estos casos la normativa legal solamente indica que “*el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral*”⁵⁶². Esta remisión se topaba con importantes problemas con la anterior redacción del artículo 51 ET, las cuales se magnifican a día de hoy por la falta de identidad de hecho entre la normativa laboral actual y la concursal. En este sentido, entendemos acertada la postura adoptada por SEMPERE NAVARRO, para quien, lo sensato y usual, tal y como se encuentran actualmente regulados los despidos colectivos por causas económicas en la normativa laboral y concursal, consistiría en entender que no hay una remisión incondicionada al bloque normativo laboral⁵⁶³. De este modo, la mayoría de interrogantes que surjan se deberán tratar de solucionar con la doctrina tradicional específica que ha ido asentándose en esta materia.

Lo primero sobre lo que convendría centrar la atención es respecto al hecho de que dentro del concurso de acreedores va a ser el juez y no así el empresario, ni siquiera el administrador concursal, el sujeto que tiene la decisión última sobre los despidos –y las restantes medidas sobre las que extiende su competencia laboral-. Como es sabido, fuera del concurso es el propio empresario quien a falta de acuerdo decide sobre este extremo con

⁵⁶² Esta dicción ha supuesto que algún autor la haya calificado de “escandalosamente incompleta”: *vid.* MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I (SAGRERA, J.M.; SALA, A. Y FERRER, A. Coords.). Ed. Bosch. 2004. Página 769.

⁵⁶³ SEMPERE NAVARRO, A.V. “La reforma laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social* número 6. 2012. Página 14 (ejemplar en pdf).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

total libertad y discrecionalidad, es decir, el empresario puede considerar finalmente más apropiado reducir el número de personas afectadas, suspender algunos contratos y extinguir otros o incluso terminar por renegar de las medidas. En fin, tal y como se proclama por el artículo 51.2 ET, a falta de acuerdo, el empresario *“remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”*. Esta situación no puede trasladarse a la decisión del Juez del Concurso cuando las partes negociadoras no han alcanzado un acuerdo, por más que la normativa concursal disponga en estos casos que *“el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”*, y ello porque en ningún caso el juez es empresario, amén de que al pertenecer a un órgano jurisdiccional debe regirse por los principios de legalidad y congruencia. En este sentido, últimamente ya han ido apareciendo criterios judiciales en suplicación que han ido en esta línea. Así, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2011⁵⁶⁴ se considera que ni el juez de lo mercantil ni los Tribunales Superiores de Justicia pueden aportar soluciones alternativas a los despidos pues ello, dice textualmente la sentencia *“significaría convertir a los jueces en empresarios o en gestores de empresas, para lo que no le habilita la norma, debiendo limitarse, ante la falta de acuerdo existente entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en el periodo de consultas, a determinar si concurren las causas y analizar la razonabilidad y justificación de las medidas”*.

Desde la doctrina científica más cercana a la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal, se venía entendiendo que ante la falta de acuerdo en las consultas el Juez del Concurso disponía de amplias

⁵⁶⁴ STSJ de Galicia de 20 de julio de 2011 (AS/2011/2467).

facultades para decidir acerca de las medidas solicitadas, asemejando su posición a la de un empresario⁵⁶⁵. En este sentido, se llegaba a considerar que el Juez del Concurso estaba capacitado para acordar la medida más pertinente o incluso otra distinta a la solicitada (recordemos en este punto que el Juez del Concurso no es solamente competente para acordar extinciones, sino también suspensiones y modificaciones sustanciales de contrato colectivas). Por el contrario, GULLÓN RODRÍGUEZ mantuvo que el juez no podría conceder más de lo solicitado por la administración concursal ni menos de lo admitido por la representación de los trabajadores, si bien apreció ciertas deficiencias en el control de la congruencia, puesto que con anterioridad a la Reforma Concursal de 2011 el procedimiento no contaba con alegaciones, contradicción y prueba, armonizando con un procedimiento más administrativo que judicial⁵⁶⁶. En la misma línea, afirmó MARTÍNEZ GARRIDO la problemática que existía respecto al principio de

⁵⁶⁵ Por ejemplo: MOLINA NAVARRETE, C. “Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: El artículo 64 LC”... *Op. Cit.* Página 228 cuando dice que “*en definitiva, si la presencia de un acuerdo priva al Juez de una capacidad de gestión material, aunque le incumba la decisión formal de reestructuración, su ausencia le permite recuperar todo el espacio de intervención que el procedimiento concursal le ha querido dar al Juez con carácter general*”. Si bien también reconoce este autor que, al contrario de lo que sucedía con la Autoridad Laboral, aquí el Juez deberá de respetar el principio de congruencia entre lo solicitado y lo otorgado; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”... *Op. Cit.* Página 237, aseveró que cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo que: “*probablemente haya que interpretar que el Juez de lo Mercantil tienen amplias posibilidades de apreciación, sin que tenga que atenerse estrictamente a las causas que permiten recurrir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo*”. Asimismo se reafirma en el mayor margen de apreciación que tiene el Juez de lo Mercantil (página 238); Por su parte, DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...* *Op. Cit.* Página 164 dicen que “*si no hay acuerdo, el juez decide sobre la propuesta con poderes propios sin condicionamiento previo*”.

⁵⁶⁶ GULLÓN RODRÍGUEZ, J. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”... *Op. Cit.* Página 150.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

congruencia debido a la ausencia de una pretensión y una resistencia en el sentido procesal del término⁵⁶⁷.

Como se acaba de anticipar, esta situación ha cambiado tras la Reforma Concursal de 2011 y como inmediatamente se verá, en caso de desacuerdo el juez debe dar audiencia a las partes para que éstas muestren sus alegaciones y aporten la prueba documental que precisen. Sobre esta posibilidad de que el Juez del Concurso pueda adoptar medidas distintas a las solicitadas argumentó BLASCO PELLICER en su momento que finalistamente esta opción estaría justificada, puesto que el órgano judicial podría acordar las medidas que estimase más convenientes para el aseguramiento de los intereses en juego. Sin embargo, terminó por afirmar que el principio de congruencia impediría tal solución y de este modo no quedaría más que admitir que las medidas solicitadas actúan como límite al contenido del auto⁵⁶⁸. En este mismo sentido se ha pronunciado MONTOYA MELGAR cuando señala que el principio de congruencia impedirá que el Juez del Concurso pueda adoptar una medida distinta de la pedida o que se conceda más de lo pedido.⁵⁶⁹ En suma, la congruencia va a suponer que el contenido del auto judicial deba atenerse al *petitum*⁵⁷⁰. Por lo tanto, desde estas líneas entiendo que el Juez del Concurso va a poder rechazar o admitir la concreta medida solicitada en todo o en parte, pero no va a poder acordar otra/s medida/s distintas, por ejemplo, una suspensión del contrato cuando

⁵⁶⁷ MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I... *Op. Cit.* Página 769.

⁵⁶⁸ BLASCO PELLICER, A. “*El expediente concursal de regulación de empleo*”...*Op. Cit.* Página 35 (del ejemplar en pdf).

⁵⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho concursal laboral*...*Op. Cit.* Página 226.

⁵⁷⁰ BARROS GARCÍA, M. “Sobre la facultad del juez del concurso de fijar una indemnización diferente a la legal en caso de conclusión sin acuerdo del periodo de consultar de un expediente de regulación de empleo (AAJM 3 Barcelona 19.5.2008 y 7 Madrid 7.12.2009). En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20. 2010. Página 9 (BIB 2010/210).

lo proyectado sea un despido colectivo, puesto que el órgano judicial no es empresario, sino un velador de la legalidad del procedimiento en unas circunstancias tan excepcionales como las que se reproducen en el concurso de acreedores.

La Reforma de la Ley Concursal de 2011 sí que ha dado solución a otro aspecto relacionado con el auto del juez del concurso cuando no ha existido acuerdo en las consultas, como era el de la falta de alegación de las partes o aportación probatoria, es decir, la ausencia de contradicción procesal una vez concluido el periodo de consultas. Esta falta de regulación ya fue alertada por parte de la doctrina científica, advirtiéndose uno de los problemas que suscitaba el control de la congruencia predicable del Juez del Concurso al no existir un trámite de alegaciones, contradicción, ni prueba en el ERE Concursal⁵⁷¹. Especialmente críticos con esta dicción legal, que como se está comentando, no observaba el principio de contradicción procesal, se mostraron también ALBIOL MONTESINOS⁵⁷² y BLASCO PELLICER⁵⁷³. Ambos consideraban que la opción de dar un plazo para formular alegaciones, sobre todo, en los supuestos de falta de acuerdo en las consultas, resultaría mucho más garantista. En este sentido, consideraban aplicable lo dispuesto por el artículo 188.2 LC que bajo el rótulo “autorizaciones judiciales” compelia a conceder un plazo no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión.

⁵⁷¹ GULLÓN RODRÍGUEZ, J. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”...*Op. Cit.* Página 150.

⁵⁷² ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Página 72.

⁵⁷³ BLASCO PELLICER, A. “El expediente concursal de regulación de empleo”...*Op. Cit.* Página 31 (del ejemplar en pdf). En su estudio considera adecuado que a falta de acuerdo exista este trámite de alegaciones, pese a que ello implique alargar el procedimiento, puesto que esta opción, además de legal es más garantista.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

La Reforma Concursal operada en 2011 terminó por disipar las dudas que existían hasta ese momento y acabó por incorporar en el propio tenor del artículo 64.7 LC una solución que, como se acaba de advertir, ya se venía considerando por algún sector doctrinal. En este orden de valores, el artículo 64.7 LC contiene en la actualidad un párrafo intermedio que reza lo siguiente: *“si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días”*. Como se puede apreciar, ahora es preceptivo que el Secretario Judicial convoque a las partes negociadoras cuando no se haya alcanzado un acuerdo. Por su parte, es obligado para el Juez del Concurso oír sus alegaciones y observar la prueba documental aportada para tomar su decisión final. En cualquier caso, y de forma alternativa, si así lo considera conveniente, el Juez puede sustituir esta comparecencia por unas alegaciones por escrito. De esta forma, se judicializa un tanto el procedimiento y se le brindan al juez unas mejores armas para poder dictar su fallo. Considero que es importante que se ofrezca a las partes la posibilidad de argumentar o probar las cuestiones disidentes porque en caso de desacuerdo en las consultas parece que sí que existirían dos verdaderas partes procesales. Por el contrario, en caso de existir acuerdo solamente existiría, *de facto*, una parte, puesto que todos los suscriptores del mismo pretenden lo mismo. Por lo tanto, en caso de no alcanzarse un pacto existen dos partes procesales con intereses contrapuestos y que vienen representados por la administración concursal de un lado y por los representantes de los trabajadores de otro (más el propio deudor, que por lo

general tendrá interés en la postura adoptada por la administración concursal). Por ello, para una resolución eficaz por parte de un tercero, como lo es el juez, es necesario que éste haya escuchado las posiciones de las partes en conflicto. Sólo de este modo va a poder valorar correctamente lo que se pide y se podrá acatar el predicado principio de congruencia con total plenitud, pues como se ha defendido anteriormente, éste opera como un límite a la actuación del Juez del Concurso cuando no ha existido acuerdo en el periodo de consultas. La Reforma Concursal de 2011 ha supuesto en este punto un acercamiento hacia la judicialización del procedimiento, siendo un tanto más jurisdiccional que administrativo y con ello, en principio, también algo más garantista.

Por lo que respecta a la posibilidad de mejora de las indemnizaciones cuando el periodo de consultas haya concluido en desacuerdo, la solución ofrecida por la doctrina se encuentra más dividida que en caso de mediar pacto. En este sentido, tal y como se ha tenido ocasión de ver en el epígrafe anterior, tanto en la doctrina científica como en la judicial no existían demasiados problemas en admitir la posibilidad de que los sujetos negociadores de los despidos colectivos pudieran pactar una indemnización superior a la mínima establecida en la normativa laboral. Esta eventual mejora indemnizatoria fue objeto de previsión legal, siendo incorporada esta facultad por la Ley 38/2011, en los términos anteriormente comentados (*vid. Supra*). El escenario cuando las partes negociadoras no han conseguido llegar a ningún acuerdo se torna un tanto más complejo, puesto que será el Juez del Concurso quien en estos casos debe de reflejar este menester en su auto (evidentemente, cuando opte por llevar a cabos los despidos, pues en caso contrario no cabría ninguna indemnización). El problema se agudiza ante la falta de previsión legal al respecto, pues al

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

contrario de lo que sucede con el incremento de la indemnización mínima cuando así se hubiera pactado y reflejado en el acuerdo alcanzado por los negociadores, después de la Reforma Concursal de 2011 no se ha previsto nada sobre esta cuestión cuando no ha existido connivencia entre las partes. En consecuencia, en estos casos se debe de aplicar la norma supletoria contenida en el propio artículo 64.7 LC que estable que *“en este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”*. Ahora bien, si acudimos a la normativa laboral la situación de contraste es muy diferente, sobre todo ahora que ha desaparecido la autorización administrativa para poder llevar a cabo los despidos colectivos.

Tras leer todos los preceptos en liza, solamente parece que algo está claro y es que la indemnización que como mínimo debe de pagar aquel empresario que extinga varios contratos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción debe ser, como se sabe, de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de 12 mensualidades. Fuera de este dato, no existe ninguna otra previsión que sirva para despejar las dudas acerca de lo que se debería de aplicar en el caso de concurso de acreedores cuando en el periodo de consultas no haya existido pacto.

Sobre este problema la doctrina científica se encuentra extensamente dividida. No son pocos los autores los que se muestran partidarios de que el Juez del Concurso no pueda acordar indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas por la normativa laboral cuando

terminen las consultas sin acuerdo⁵⁷⁴. La explicación sobre esta interpretación se podría encontrar en el principio de congruencia que acompaña a la resolución del Juez del Concurso, así como en que solamente podrían convenirse indemnizaciones superiores a las legales por acuerdo entre los sujetos negociadores de los despidos. De seguirse esta opción, en caso de que no se hubiera llegado a ningún acuerdo, la solución pasaría porque el juez se limitara, en caso de autorizar los despidos, a reconocer en su auto una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. En la actualidad también servirían estas mismas consideraciones, si bien cabría aportar un argumento añadido en defensa de esta primera tesis, como sería el hecho de que tras la Reforma Concursal de 2011 el artículo 64.6 LC ha establecido la posibilidad de fijar indemnizaciones superiores a las legales por medio de pacto en el periodo de consultas. Empero, no ha hecho lo propio con el problema que aquí se está abordando, guardando silencio sobre la posibilidad de que el Juez del Concurso pueda fijar una indemnización superior a la legal en caso de no existir acuerdo entre las partes negociadoras en las consultas.

Desde la doctrina de los Jueces de lo Mercantil la cuestión se encuentra, si cabe, más dividida, existiendo autos que se han ceñido al

⁵⁷⁴ GULLÓN RODRÍGUEZ, J. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”...*Op. Cit.* Página 153; DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*...*Op. Cit.* Página 164; COSTA REYES, A. *Los trabajadores en el Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Aranzadi. 2007. Página 100; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”...*Op. Cit.* Página 237; MALDONADO, J.P. “El Despido colectivo en el concurso y el sistema de Derecho del Trabajo (STJS Asturias 16.4.2010). En *Anuario de Derecho Concursal*, número 21. 2010. Página 21 (ejemplar en pdf); o BAJO GARCÍA, I. “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2013. Páginas 9 y 10 (ejemplar en pdf).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

mínimo legal y otros que a falta de acuerdo han considerado procedente incrementar la indemnización⁵⁷⁵. En cualquier caso, cabe tener presente en este punto, que existe doctrina judicial de suplicación que considera ajustado a derecho que un Juez del Concurso convenga una indemnización superior a la mínima legal cuando han concluido con desacuerdo las consultas. En concreto, avala este modo de proceder la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011⁵⁷⁶ en la que se razona que *“aun cuando los trabajadores solicitaban 29 días por año y la empresa sólo ofrecía 20 días por año, la Administración Concursal en su informe proponía una indemnización de 25 días por año sin que la misma comprometiera la viabilidad de la empresa y ésta fue la que se aceptó en el Auto, y ello, aunque no hubiera formalizado un acuerdo entra la administración concursal y la representación de los trabajadores, en la de medida de que hubo una tácita aceptación por éste puede considerarse un acuerdo tácito entre la representación de los trabajadores y la administración concursal que permite apoyar lo resuelto en el artículo 64.7 LC, sin que, en consecuencia, se aprecien cometidas las infracciones alegas por la empresa, cuyo recurso debe ser desestimado”*. Esta opción, que ya va calando en la práctica judicial es la que desde estas líneas entiendo que sería la más apropiada. Si bien, no encuentro del todo afortunado el argumento utilizado por la referida sentencia acerca del acuerdo tácito, pues considero que no haría falta forzar hacia una situación de acuerdo, expreso o tácito, para considerar ajustada a

⁵⁷⁵ Propusieron una indemnización superior a la mínima legal en caso de falta de acuerdo, entre otros, los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008 y nº 7 de Madrid de 7 de diciembre de 2009.

⁵⁷⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011 (JUR/2011/290162).

derecho una indemnización fijada por el juez que sea superior a los 20 días por año.

9.4. Efectos del auto

9.4.1. ¿Autorización o ejecutividad?

El artículo 64.7 LC se limitaba a decir que el auto producirá los mismos efectos que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso a la situación legal de desempleo. Como podrá fácilmente colegirse, esta regulación concursal se encontraba obsoleta, en el sentido que seguía remitiendo en lo referente a sus efectos a una resolución administrativa hoy en día desaparecida. No fue hasta la aprobación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, cuando el precepto se ha puesto al día -en parte-. Ahora se dice que el auto del Juez del Concurso *“producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo”*. El nuevo tenor legal sigue haciendo referencia a los expedientes de regulación de empleo, quizás para evitar problemas en expedientes en curso, aunque en la fecha en la que se suscita este cambio, más o menos 3 años después de la supresión de la autorización administrativa para llevar a cabo despidos colectivos y suspensiones de contrato no parece que queden procedimientos iniciados con la normativa anterior a la RDL 3/2012. Quizás, más bien sea una cláusula amplia para albergar ambas circunstancias en un futuro. Con todo, la técnica jurídica empleada en este punto es bastante deficiente.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

En todo caso, la respuesta a la que se tratará de dar solución en el presente epígrafe es la de determinar la naturaleza jurídica de la propia resolución judicial, es decir, si se trata de una mera autorización o si por el contrario ésta tiene efectos constitutivos y con ello sería ejecutable por sí misma. Si se conviene que la resolución del juez actúa como una autorización hará falta una actuación posterior por parte del administrador concursal (o del deudor concursado en casos de mera intervención de sus facultades) que ejecute la medida autorizada. Este era el sistema que acaecía fuera del concurso con anterioridad al RDL 3/2012. De este modo, la autoridad laboral autorizaba la medida extintiva, siendo el empresario quien una vez tomada ésta se encargaba de concluir el expediente extinguiendo efectivamente los contratos (cabía también, aunque era menos usual, que con la autorización en la mano el empresario diera marcha atrás y no ejecutara estas extinciones previamente autorizadas). No han sido pocos los autores que a lo largo de estos años se han posicionado a favor de esta opción. Así, por ejemplo, partidario de esta postura se ha mantenido, decididamente, ALBIOL MONTESINOS, para quien la autorización del juez requeriría de una posterior ejecución por parte del empresario o administración concursal⁵⁷⁷. En similares términos se ha postulado FERNÁNDEZ LÓPEZ para quien el Juez de lo Mercantil debería limitarse a autorizar la medida en abstracto, es decir, sin concretar los trabajadores afectados⁵⁷⁸. Por su parte, MOLINA NAVARRETE concluyó que el auto permite a la administración del concurso llevar a la práctica las medidas

⁵⁷⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal... Op. Cit.* Páginas 72 a 76.

⁵⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la ley 22/2003, concursal. En *Revista de Derecho Social* núm. 26. 2004. Página 29.

propuestas, correspondiendo a ésta su materialización, cuyo alcance no podrá ser alterado por tal decisión⁵⁷⁹. En el mismo sentido, MERCADER UGUINA Y ALAMEDA CASTILLO razonaron que el órgano judicial autoriza más que decide sobre las medidas laborales y, en este sentido, la materialización de las medidas colectivas las difiere también a la administración concursal⁵⁸⁰. También CRUZ VILLALÓN consideró que debía de ser la administración concursal la que debía de materializar las extinciones⁵⁸¹.

La postura contraria radica en abogar por los efectos constitutivos de la resolución judicial, es decir, que la misma posee efectos extintivos sin requerirse de una ulterior actuación por parte del deudor concursado, o más comúnmente por el administrador concursal. A favor de esta postura se han mantenido también una pluralidad de autores: RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA PINILLA⁵⁸², RODRÍGUEZ ACHUTEGUI,⁵⁸³ BLASCO PELLICER⁵⁸⁴,

⁵⁷⁹ MOLINA NAVARRETE, C. “Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: El artículo 64 LC”... *Op. Cit.* Página 229. Esta parece ser la postura defendida por el autor, puesto que así lo defiende en primera persona, si bien, reconoce, ya en el año 2006 como la doctrina judicial comienza a interpretar el carácter decisorio del auto.

⁵⁸⁰ MERCADER UGUINA, J. R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Comentario al artículo 64”... *Op. Cit.* Página 1218.

⁵⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”... *Op. Cit.* Página 140.

⁵⁸² RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El expediente judicial de regulación de empleo: art 64 de la Ley Concursal”. En *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, (BORRAJO DACRUZ, E. Dir.). Ed. MTAS-La Ley Actualidad. 2004. Páginas 86 y 87.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. “Sobre el particular régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal”... *Op. Cit.* Página 2 (BIB 2005/1138).

⁵⁸⁴ BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Páginas 430 a 432.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

CAVAS MARTÍNEZ⁵⁸⁵, VIQUEIRA PÉREZ⁵⁸⁶, SÁEZ LARA⁵⁸⁷, o BAJO GARCÍA⁵⁸⁸, o entre otros. Entre los argumentos que se han desprendido para defender esta tesis están: a) el hecho de que la Ley Concursal permita acciones individuales contra el auto del juez, haciendo entrever que es éste el que da como fin la medida; b) también el hecho ya comentado de que en el auto, el juez, debe de incorporar una relación nominativa de los trabajadores afectados, así como las indemnizaciones debidas, pasando desde ese mismo momento a considerarse como créditos contra la masa; c) que el Juez del Concurso ordena créditos sin acudir al régimen general de comunicación; d) por último, que el artículo 208.1 a) reconoce que se estará en situación legal de desempleo cuando se extinga la relación laboral del trabajador en virtud “*de resolución judicial adoptada en el seno de un proceso concursal*”. También se ha defendido que esta opción favorecería la rapidez en la ejecución de las medidas que se estiman necesarias para garantizar la viabilidad de la empresa⁵⁸⁹. Comparte también esta idea alguna resolución judicial de suplicación, por todas: la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005⁵⁹⁰. Igualmente, se puede ver esta misma interpretación

⁵⁸⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. “La competencia laboral de los jueces del concurso”. En *Aranzadi Social* núm. 9. 2009. Página 2 (del ejemplar en pdf).

⁵⁸⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación...*Op. Cit.* Página 4 (La Ley 13015/2010)”

⁵⁸⁷ SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 3 (Ref. CISS 1939/2012).

⁵⁸⁸ BAJO GARCÍA, I. “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2013. Página 10 (del ejemplar en pdf).

⁵⁸⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Comentario al artículo 64”...*Op. Cit.* Página 747.

⁵⁹⁰ STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005 (AS/2005/2699). En la misma argumenta la recurrente que el juez de lo mercantil debería haberse limitado a decretar la autorización de la extinción colectiva del contrato de trabajo en lugar de acordar la resolución que es objeto de recurso. En este sentido la sala argumenta que: “*Tampoco este argumento puede prosperar pues el Art. 64-7 de la Ley Concursal señala que “...El Auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo...” y por su parte el Art. 44-4 de la propia norma legal indica que “Como excepción a lo dispuesto en los*

en alguna resolución dictada por los propios juzgados de lo mercantil, por ejemplo, en el AJM de Cádiz de 22 de julio de 2011, donde se dice que “*mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción, es criterio de esta juzgadora, que el Juez del Concurso no se limite a una mera autorización*”⁵⁹¹.

Esta segunda interpretación, que supone que el auto del Juez del Concurso tiene efectos constitutivos y que por sí mismo declara efectiva la medida de carácter colectivo proyectada, sin requerirse de una ulterior actuación por parte de la administración concursal, es la que considero más acertada a la luz de los argumentos acabados de esgrimir. En este sentido, el auto del Juez del Concurso es de ejecutividad inmediata y por tanto produce efectos *ex nunc*. Este órgano judicial toma una decisión que es inmediatamente ejecutiva y sin efectos retroactivos, es decir, que mediante la misma no se convalida una medida de ajuste de plantilla previa⁵⁹². Así, en la propia legislación concursal vemos como en su ordinal 84.2 5º se

apartados anteriores el juez a solicitud de la Administración Concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor; así como cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o suspensión total o parcial de ésta. Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2º del artículo 8 y en el artículo 64”. De la lectura de estos preceptos se deduce la posibilidad que la Ley Concursal contempla de que el Juez de lo mercantil acuerde en el Auto que dicte la extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el Art. 64-11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio Art. 64 de la L.C., pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al Art. 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación de concurso, cabe la posibilidad de que el Juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo. El motivo no puede ser acogido”.

⁵⁹¹ AJM de Cádiz de 22 de julio de 2011 (AC/2011/2108). Ponente NURIA ORELLANA CANO. En este caso se refiere el auto a una suspensión de contratos y no a una extinción colectiva, pero la solución es la misma y extensible para las tres medidas que puede tomar el juez del concurso.

⁵⁹² Así se indicó en el AJM nº 1 de Bilbao de 4 de abril de 2005.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

expresa que “*los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento*”. En la Legislación de la Seguridad Social, el artículo 208.1 a) LGSS considera en situación legal de desempleo al trabajador “*en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal*”.

En consecuencia, el auto del Juez del Concurso extingue por sí mismo los contratos de trabajo en él contemplados, así como adopta la suspensión de los contratos o las concretas medidas de modificación de condiciones proyectadas. Razón por la cual, tanto en la solicitud de las medidas como en el propio auto deberán hacerse constar la relación nominativa de trabajadores afectados por el expediente judicial de regulación de empleo, su antigüedad a efectos del cómputo de la indemnización, así como, en los casos en que proceda, la fijación de esta última.

9.4.2. El factor temporal de efectividad del auto.

En su redacción originaria, el segundo párrafo del artículo 64.7 LC establecía únicamente lo siguiente: “*el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo*”. Como puede

fácilmente observarse, el precepto no indicaba en un primer momento nada sobre los efectos temporales de las medidas de ajuste, es decir, si a efectos de situación legal de desempleo la fecha que se debe tener en cuenta es la del día en que se dicta el auto o, en su caso, la establecida por el juez en su parte dispositiva. Esta segunda opción ya fue acogida por parte la doctrina judicial de suplicación. Así, la STSJ de Aragón de 21 de Junio de 2010⁵⁹³ conoció de un caso en el que el Servicio Público de Empleo reconoció la prestación por desempleo considerando como punto de partida la fecha del auto del Juez del Concurso. Si bien, en la parte dispositiva del mismo, este órgano reconoció las medidas con efecto retroactivo en una fecha anterior de algo más de tres meses a la que se dictó el auto. Sobre este particular, la referida Sentencia del TSJ de Aragón consideró que la fecha que se debía tener en cuenta es la que específica y especialmente se fijó en la parte dispositiva del auto.

También resolvió en este mismo sentido la STSJ de Asturias de 27 de julio de 2012⁵⁹⁴. Aunque en fecha de la resolución del Tribunal Superior de Justicia ya había entrado en vigor la Ley 38/2011 (1 de enero de 2012), no lo había hecho cuando se dictó el auto por parte del Juzgado de lo Mercantil, que se produjo en fecha de 29 de julio de 2011. Éste retrotraía los efectos de la medida tomada al día 30 de mayo de 2011. En este sentido, la STSJ concluyó que *“la redacción original no limita las facultades judiciales para adoptar durante el procedimiento de concurso medidas*

⁵⁹³ STSJ de Aragón de 21 de Junio de 2010 (AS/2011/240). Aunque esta sentencia resuelve el caso de varias suspensiones de contrato de trabajo la solución es completamente aplicable para el caso de extinciones colectivas.

⁵⁹⁴ STSJ de Asturias de 27 de julio de 2012 (AS/2012/2511). Puede verse un comentario sobre esta sentencia en MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “Validez del acuerdo de suspensión colectiva con eficacia retroactiva de los contratos de trabajo en empresas concursadas y acceso a la prestación por desempleo”. En *Aranzadi Social*, paraf. núm. 84/201311/2013.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

laborales colectivas con eficacia retroactiva en función de las circunstancias concurrentes. Tampoco la equiparación de sus consecuencias, en materia de desempleo, con las de la resolución administrativa adoptada en un expediente de regulación de empleo, establecida en el citado art. 64.7 de la Ley Concursal, supone un impedimento para esa retroacción de efectos”.

La Reforma Concursal llevada a cabo en octubre de 2011 ha incidido sobre esta cuestión incorporando expresamente una previsión en el segundo párrafo del artículo 64.7 LC que actualmente comienza estableciendo que “*el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior (...)*”. Por lo tanto, se instituye una regla general consistente en que la fecha a tomar en cuenta a efectos de desempleo será la del auto que acuerde las extinciones colectivas, situación que se dará siempre que el juez no haya fijado ninguna fecha distinta. Ahora bien, cuando de forma expresa ordene que sus efectos se dilaten a una fecha posterior a la emisión del auto será ésta la que se deba de tomar en cuenta tanto para el posible acceso a la prestación por desempleo, como para el cómputo del plazo de caducidad para combatir la medida aprobada. El hecho de que, ahora, el precepto analizado contemple expresamente “*salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior*” plantea dudas sobre la posible aplicación retroactiva de los efectos de la medida adoptada, tal y como se venía reconociendo y aceptando por parte de la práctica judicial con la redacción anterior. Bajo mi punto de vista, ahora no cabe duda de que esta posibilidad se encuentra manifiestamente vetada por la propia dicción legal, que sólo contempla la alteración de los efectos desde la fecha del auto cuando el propio juez disponga otra fecha

posterior. Cuestión distinta hubiera sido que en la incorporación efectuada por la reforma de 2011 se hubiera establecido, por ejemplo, “*salvo que en el auto se disponga otra cosa*” u “*otra fecha*” o alguna fórmula similar que pudiera llevar a aceptar una postura más abierta. Por este motivo, la interpretación no sería otra que la de considerar que el legislador solamente prevé que el juez pueda, si así lo considera oportuno, postergar los efectos de las medidas acordadas. Por lo tanto, la fecha a tomar en cuenta a efectos de la posible prestación por desempleo, así como para el comienzo del cómputo del plazo de caducidad para impugnar el auto judicial, va a ser la del día en que se dictó el propio auto, salvo que en este último se hubiera dispuesto expresamente una fecha ulterior, en cuyo caso, será esta postrera data la que se deberá de tenerse en cuenta para los efectos señalados, sin que pueda contemplarse una anterior al auto. Como apuntan RÍOS SALMERÓN y RÍOS MESTRE esta postergación sería especialmente útil en casos en los que el despido colectivo –o quizás también la suspensión– afectase a la totalidad de la plantilla, siendo común que se acuerde que alguno de ellos siga en activo hasta una fecha más tardía para contribuir con las actividades de la empresa hasta su liquidación⁵⁹⁵. Por último, cabe esgrimir que el propio Juez del Concurso deberá dar traslado del auto al Servicio Público de Empleo para el reconocimiento de la prestación, puesto que aquí cabría la aplicación supletoria del artículo 51.13 ET⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ RÍOS SALMERÓN, B. Y RÍOS MESTRE, J.M. “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011”...*Op. Cit.* Página 294.

⁵⁹⁶ MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 13 (Ref. CISS 223/2012).

10. La suspensión de la posibilidad de rescisión indemnizada en caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada según el procedimiento del artículo 64 LC

El artículo 64 LC, en su apartado noveno, esconde una previsión particular referida solamente para los casos en los que lo pactado sean modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo. Se trata, sin duda, de una declaración aislada donde las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo encuentran una regulación específica al margen de la concepción general del sistema contemplado en el mencionado artículo 64 LC que, como sabemos, se viene a fijar preponderantemente en los despidos colectivos del artículo 51 ET.

La especificidad en el fondo proviene de una restricción crediticia basada, esta vez, en una suspensión de la indemnización que correspondería al trabajador que decidiera extinguir su contrato con base a una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En el plano extraconcursal esta posibilidad viene expresamente contemplada en el artículo 41.3 ET donde se previene que en los supuestos de modificación sustancial de condiciones adoptada colectivamente, salvo que ésta se refiera al sistema de trabajo y rendimiento, el trabajador tiene derecho a rescindir su contrato, devengándose con ello una indemnización que se fija en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 meses. Es precisamente este derecho el que se restringe por mención expresa del artículo 64.9 LC. No en vano, la posibilidad de indemnizar esta salida de la empresa no se ha eliminado por completo, sino que se suspenderá hasta la conclusión del concurso o, en su caso, como máximo durante 1 año.

Esta disposición lleva a que nos preguntemos si este derecho se suspende siempre que se acuerde una medida de modificación colectiva, o también cuando ésta sea plural o incluso individual, así como cuando la misma haya sido tomada con anterioridad a la declaración del concurso. Si observamos lo dispuesto por el artículo 41.3 ET vemos como el derecho a rescindir el contrato de trabajo con el correspondiente lucro de la indemnización señalada por el referido precepto se concede *uti singuli* a cada trabajador, que podrá ejercitarlo tanto si la alteración de las condiciones se ha efectuado de forma individual, plural o colectiva.

Por su parte, el artículo 64.9 LC habla expresamente de suspensión de este derecho “*durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación*”. En consecuencia, lo refiere exclusivamente a las modificaciones sustanciales colectivas del contrato de trabajo llevadas a cabo una vez declarado el concurso de acreedores por los trámites del artículo 64 LC, que como sabemos, concluye con el auto del Juez del Concurso que se pronuncia sobre el particular. Lo que, *a sensu contrario*, me lleva a interpretar que aquellas modificaciones sustanciales de carácter individual o plural, es decir, cuando no lleguen a los umbrales fijados en el artículo 41.1 ET vistos en otro punto, se deberá devengar el correspondiente crédito contra la masa por esta indemnización. Si recordamos, cuando la empresa está en concurso todas las modificaciones individuales o plurales siguen sustanciándose por la vía del artículo 41 ET, que sí que lleva aparejado en su apartado tercero la posibilidad de que el trabajador rescinda el contrato de trabajo con derecho a la indemnización señalada, así como la opción de combatir la medida ante los tribunales, que en el presente supuesto corresponderá competencialmente a los órganos del orden

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

jurisdiccional social. En este sentido, como el crédito ha sido devengado durante el concurso, es decir, con posterioridad a su declaración, deberá tratarse según las reglas de reconocimiento y pago de los devengados contra la masa, que como se tratará ampliamente en su respectivo apartado, serán pagaderos a sus respectivos vencimientos.

Por su parte, todas aquellas modificaciones sustanciales, incluidas las colectivas, consumadas con anterioridad a la declaración de concurso también conservarán el derecho al abono de una indemnización por 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades, naturalmente, en caso de que el trabajador opte por la rescisión del contrato en caso de que sea posible. Ahora bien, si la empresa no satisface ese crédito y entra en concurso serán tratados como créditos concursales, recibiendo la clasificación que proceda y ejecutándose según las reglas propias de esta legislación especial. En adición, si durante la tramitación de una modificación sustancial *ex* artículo 41 ET se declarara el concurso tendríamos que estar a lo dispuesto por el artículo 64.1 LC, y de seguirse con el procedimiento, ahora ya por la senda del artículo 64 LC, se concluirá con un auto judicial y entraremos de lleno en el tipo legal que previene la suspensión de dicha indemnización.

El hecho de que el legislador solamente haya previsto esta suspensión para los casos de modificaciones colectivas dentro del concurso vendría justificado, posiblemente, para evitar que un numeroso grupo de acreedores laborales optaran por rescindir sus contratos y con ello obtener unas indemnizaciones contra la masa que pudieran llegar a perjudicar a los restantes acreedores o poner en entredicho en el salvamento de la empresa. Por el contrario, el legislador parece haber presumido que las rescisiones individuales o plurales no suponen un daño suficiente contra la masa del

concurso como para considerar aplicable la suspensión de este derecho. Bajo mi punto de vista, esta previsión contenida en la redacción originaria de la Ley Concursal guardaba una estrecha relación con el anterior instituto del artículo 64.10 LC, que también identificaba, tal y como veremos más adelante con hondura, una distinta consecuencia en función de que se superaran o no ciertos umbrales, presumiéndose que la rescisión del contrato de muchos trabajadores *ex* artículo 50 ET dañaba la masa. Como se tendrá ocasión de abordar en profundidad a la hora de analizar la sistemática del artículo 64.10 LC, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dio un giro copernicano a la redacción de este precepto, siendo que no hizo lo propio con las previsiones del artículo 64.9 LC, que como se está aseverando, mantienen en el actualidad el mismo sistema de suspensión indemnizatorio. Quizás la explicación provenga de la utilización del derecho que emana del artículo 50 ET, que era bastante más acusado que el del artículo 41.3 ET, debido: a) a que la falta de abono de los salarios es una constante durante la situación concursal y; b) que las medidas más adoptadas entre las predicadas por el artículo 64 LC eran directamente las extintivas. Por lo demás, la duda sobre la afectación contra la masa del concurso y los intereses subyacentes del concurso no se plantea respecto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo adoptadas con anterioridad a la declaración del concurso, pese a que estas sean de carácter colectivo, porque como se acaba de anticipar hace un instante, dichas eventuales indemnizaciones recibirían un tratamiento de crédito concursal, y por lo tanto, se pondrían en cola de espera para su efectiva satisfacción.

Por lo que respecta al plazo de la suspensión, el artículo 64.9 LC indica, en primer lugar, “durante la tramitación del concurso”, por lo que hay que entender que ésta se levantaría a su conclusión, en cualquiera de las

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

formas que contempla el artículo 176 LC. Por lo tanto, en principio, hasta la conclusión del concurso no se entraría a valorar la posibilidad de cobro de tales créditos. Ahora bien, continúa estableciéndose por el citado precepto “con el límite máximo de un año”. De estén modo, si el concurso concluyera antes de un año desde la fecha del auto del Juez del Concurso que ordena la modificación sustancial de los contratos de trabajo será éste el momento oportuno para levantar la suspensión, mientras que si pasado 1 año, contados de fecha a fecha desde esta vicisitud, no se hubiera concluido el concurso, tendríamos que atender a esta última, es decir, tras 1 año. Una vez llegado al plazo de finalización de la suspensión los créditos laborales se deberán de abonar conforme a las reglas establecidas en los artículos 84 LC y 154 LC, es decir, a sus respectivos vencimientos contra la masa activa del concurso. Sobre el particular entiendo que el respectivo “vencimiento” será el de la enervación de la suspensión del derecho. Por lo tanto, los trabajadores tendrían en este punto una expectativa de cobro, que dependerá en gran medida de la situación empresarial tras esa espera -hasta la conclusión del concurso o de 1 año desde que se dictara el auto constitutivo del Juez de lo Mercantil decretando las medidas-. En consecuencia, cuando la modificación de las condiciones de trabajo se ha producido de forma colectiva al hilo de un procedimiento concursal, no parece que la opción por rescindir el contrato por esta casusa sea la más conveniente para los trabajadores.

El propio artículo 64.9 LC, en su segundo párrafo, establece otra excepción para la referida suspensión. En el mismo se expresa textualmente que *“la suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre*

en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo". En sentido contrario, sí que se podrá rescindir el contrato con derecho a indemnización cuando el traslado colectivo se encuentre en distinta provincia a la del centro de trabajo de origen o a más de 60 km de éste o cuando se acredite que el tiempo destinado para ir y volver del trabajo supera el 25% de la duración de la jornada diaria de trabajo. Solamente en estos supuestos el crédito contra la masa devengado por la conclusión del contrato de trabajo se devengará a su respectivo vencimiento y sin comportar su suspensión. La Ley marca unos lindes geográficos y espacio-temporales inexistentes en la normativa laboral contemplada en el artículo 40 ET. El artículo 40.1 especifica que el traslado de trabajadores a un centro de trabajo distinto que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y cuando adquiera tintes de colectividad irá precedido del respectivo periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Con todo, la ley abre la posibilidad al trabajador de acoger el traslado, impugnándolo en su caso judicialmente si entiende que no concurren las causas o requisitos para llevarlo a cabo, o bien directamente dar por extinguido el contrato percibiendo una indemnización de 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades⁵⁹⁷.

En lo que aquí interesa, cabe tener presente que fuera del concurso la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo con derecho a

⁵⁹⁷ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)". En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores veinte años después). 2000. Página 860.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

indemnización no se hace depender de la intensidad del traslado a un centro de trabajo distinto, siempre y cuando exista cambio de residencia. Cuando la empresa está inmersa en un procedimiento concursal se producirá la suspensión de la indemnización relativa al derecho de rescisión del contrato de trabajo siempre y cuando el traslado se produzca en un centro de trabajo dentro de la misma provincia y a menos de 60 km del centro de origen. En el manejo de la conjunción copulativa “y” en vez de la disyuntiva “o” indica que se deben de dar ambas condiciones. De esta forma, si el nuevo centro de trabajo se sitúa a más de 60 km dentro de la misma provincia o a menos de 60 km en otra provincia distinta no podrá proyectarse la consecuencia dispuesta por el artículo 64.9 LC, es decir, la suspensión de la indemnización generada por la extinción del contrato que está en manos del trabajador. Tampoco se producirá esta suspensión, cuando pese a que se traslade al trabajador a otro centro dentro de la misma provincia y a menos de 60 km se acredite que el tiempo de ida y vuelta al trabajo supera el 25% de la jornada diaria de trabajo. Nuevamente, entiendo que la suspensión de la indemnización sólo tendría lugar en los casos en los que se proyecten traslados colectivos según los trámites del artículo 64 LC y no así los realizados de forma individual o plural sin sometimiento al régimen del ERE Concursal.

Con todo, el artículo 64.9 LC *in fine* establece que la improcedencia del ejercicio de la rescisión del contrato puede efectuarse en la situación de concurso dentro del periodo máximo de 12 meses a contar desde el auto del Juez del Concurso que ordena la modificación, pero no más allá de este lapso.

II. Competencia del juez del concurso para conocer de las extinciones del artículo 50 ET.

Uno de los síntomas más comunes de la situación de crisis empresarial, en nuestro caso, de insolvencia, es el incumplimiento por parte del empleador de su obligación de abonar los salarios, bien a toda la plantilla o parte de la misma. En la normativa laboral esta inobservancia legitima al trabajador para solicitar la resolución del contrato de trabajo, la cual deberá plantearse ante el Juez de lo Social (artículo 50 ET). La indemnización señalada para los casos en los que el órgano judicial acoja la pretensión del trabajador y extinga el contrato es la misma que la proyectada para el despido improcedente, es decir, de treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades en la actualidad⁵⁹⁸. En este sentido, cuando estamos en una situación de concurso puede ocurrir que no sólo el deudor tenga interés en adoptar medidas extintivas, sino sean también los propios trabajadores quienes, en atención al perjuicio causado decidan poner fin a su relación laboral, alcanzado de este modo una indemnización más elevada que la que les correspondería en caso de resultar incluidos en un despido colectivo⁵⁹⁹.

Una de las cuestiones más debatidas hace algunos años atrás giró en torno a la posibilidad acudir a la figura de la acción resolutoria *ex* artículo 50.1 b) mientras pendía un expediente de regulación de empleo donde se pretendiera llevar a cabo un despido colectivo. En su momento y con buena

⁵⁹⁸ *Quantum* reducido por el RDL 3/2012. Recordemos que la indemnización por despido improcedente hasta la fecha era de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

⁵⁹⁹ En este sentido, ALTÉS TÁRREGA, J. A. *La competencia del juez del concurso en materia laboral...Op. Cit.* Página 107.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

lógica no existieron problemas en admitir la posibilidad de interponer una acción de incumplimiento por retraso en el pago del salario presentada con anterioridad al inicio de un expediente de regulación de empleo⁶⁰⁰.

Si fue un tanto más convulsa la cuestión a la hora de dilucidar si una vez iniciado un ERE los trabajadores podían acudir al Juez de lo Social para reclamar la extinción de su contrato por la vía del artículo 50 ET, logrando de este modo una indemnización superior a la obtenida por mor del despido colectivo. Tras una inicial postura judicial⁶⁰¹ donde se venía entendiendo que el ejercicio de la acción resolutoria *ex* artículo 50 ET quedaba precluido una vez incoado un expediente de regulación de empleo, se impuso otra tendencia que sentó el Tribunal Supremo ya desde el año 2001 y que se mantiene invariable hasta nuestros días (STS de 5 de abril de 2001, donde se interpretó que *“en tanto en cuanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de la aludida demanda y, por ende, que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla (...)”*).⁶⁰² Naturalmente, la posibilidad de iniciar e incluso de obtener una sentencia favorable de extinción con base en el artículo 50 ET será viable

⁶⁰⁰ Recientemente, puede verse en la STS de 5 de febrero de 2015, rec. 406/2014 (RJ/2015/776), referida a la regulación anterior a la reforma concursal de 2011 permitió sin ambages que estando pendiente de resolución una acción *ex* artículo 50.1 b) ET en el juzgado de lo social, puede perfectamente iniciarse un ERE Concursal que afecta al/los trabajador/es que plantearon esa demanda extintiva por causas imputables al empresario.

⁶⁰¹ Por todas: STS de 12 de mayo de 1988 (RJ/1988/4233). También recogida, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1992 (AS/1992/980) donde se puede leer que *“ante la dualidad de procedimientos de extinción del contrato de trabajo contemplados en los artículos 50 y 51 ET y sus diferentes consecuencias jurídicas y económicas ha de entenderse en estos casos excluida la facultad resolutoria de los trabajadores”*.

⁶⁰² STS de 5 de abril de 2001, rec. 2164/2000 (RJ/2001/4885). Véase, asimismo, la STS de 22 de diciembre de 2008, rec. 294/2008

sólo hasta el momento en que se extingan los contratos por mor del despido colectivo⁶⁰³. A partir de aquí, la cuestión se convertirá en una carrera de fondo, en el sentido de que habrá que observar cuál es la extinción que se produce primero. En este sentido, si el procedimiento de despido colectivo concluye antes de que se dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento del artículo 50 ET, el contrato se extinguirá según las reglas del primero, puesto que sólo cabe extinguir lo que esté vivo en el momento del pronunciamiento judicial. Este es el caso resuelto por la STS de 26 de octubre de 2010 donde podemos leer textualmente lo siguiente: *“mal se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización (45 días por año de servicio), si el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de una legítima decisión administrativa con otra indemnización (20 días por año de servicio); por definición, sólo cabe ‘extinguir’ lo que esté ‘vivo’”*⁶⁰⁴. Cabe indicar, que la eliminación de la exigencia de recabar una autorización administrativa previa a la consumación de las extinciones de carácter colectivas por mor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, su tramitación suele ser más corta, por lo que, bajo la regulación vigente será más difícil articular conductas estratégicas que pretendan una mayor indemnización por la vía del artículo 50 ET, puesto que por regla general el procedimiento diseñado

⁶⁰³ Un ejemplo en la STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2008, rec. 893/2008, en el estudio de GOERLICH PESET, J.M^a. “La extinción causal por voluntad del trabajador”. En *Extinción del Contrato de Trabajo* (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011. Página 861.

⁶⁰⁴ STS de 26 de octubre de 2010, recud. 471/2010. Hoy en día debemos de tener presente que la indemnización señalada para los despidos improcedentes, aplicable a los casos de extinción ex artículo 50 ET ya no es de 45 días sino la inferior de 33 días con un máximo de 24 mensualidades y que ya no existe ninguna “legítima decisión administrativa”, puesto que ésta desaparición igualmente con la reforma laboral de 2012, sino que existirá, en su caso, una “legítima decisión del empresario”

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

por el artículo 51 ET concluirá con anterioridad al tramitado por los colapsados órganos judiciales.

Consciente de esta doctrina y ante la posibilidad bastante frecuente de que en el concurso de acreedores los trabajadores prefieran extinguir su contrato de trabajo al margen de un expediente judicial de regulación de empleo, el legislador concursal diseñó originariamente un complejo y censurado apartado décimo dentro del propio artículo 64 LC. El problema de base volvió a ser, nuevamente, el solapamiento entre la acción resolutoria del contrato de trabajo y la incoación de un ERE Concursal, sin perder de vista que en seno concursal resulta de aplicación el conocido brocardo de la *par conditio creditorum*. En virtud del mismo es dable pensar que se frene la salida de créditos laborales por esta vía, fruto de la mayor indemnización que se devenga por la extinción del contrato de trabajo solicitada ante el Juez de lo Social por falta de abono del salario.

Así, parece prudente pensar que en un contexto especial, como lo es el concursal, el legislador ambicione no perjudicar al resto de acreedores y opte por cercenar de alguna manera la posible fuga pecuniaria que pudiera producirse a través de las acciones singulares llevadas a cabo extramuros de la tramitación de un ERE Concursal. De este modo, es razonable pensar que cuando existen otros intereses en juego, tales como la continuación de la actividad o la presencia de otra serie de acreedores con sus respectivos derechos de cobro ordenados conforme a una prelación común y unitaria, se tienda a preservarlos. Con todo, el problema en este punto no reside tanto en el fin perseguido *-ratio legis-* que lleva a articular un mecanismo que regule este tipo de acciones, sino más bien en el modo en que éste se materializa en la normativa.

En este orden de cosas, cabe apuntar que la opción legislativa escogida en la fecha de promulgación de la Ley 22/2033, de 9 de julio, Concursal, resultó plenamente insatisfactoria y abiertamente criticada desde los distintos sectores de la doctrina científica. En líneas generales, lo que vino a establecer el primigenio artículo 64.10 LC fue, en definitiva, abrigar bajo el manto competencial del Juez de lo Mercantil todas aquellas acciones interpuestas ante el Juez de lo Social *ex* artículo 50.1 b) que superaran unos ciertos umbrales fijados por el propio precepto. Con ello, el régimen que se instauró en un primer momento consistió en considerar como colectivas todas aquellas acciones resolutorias que superaran un número concreto, momento a partir del cual entraba en juego la competencia del Juez del Concurso, mientras que, si no se llegaba al umbral referido en el propio precepto, estas acciones continuaban su cauce natural por la senda de la jurisdicción social⁶⁰⁵. De esta forma, lo que vino a instaurar en su momento el artículo 64.10 LC fue una auténtica “colectivización” de todas aquellas acciones individuales que pretendían resolver su contrato *ex* artículo 50.1 b) ET y que superasen tal y como hemos visto unos ciertos umbrales⁶⁰⁶, produciéndose de este modo una alteración competencial, puesto que los jueces de lo mercantil entraban a valorar una cuestión que fuera del concurso quedaba radicada en el orden jurisdiccional social. Se producía así un cambio de jurisdicción competente para el conocimiento de estas resoluciones colectivizadas, que pasaban a abandonar el orden social a favor de los jueces de lo mercantil, a los que se les atribuía la

⁶⁰⁵ El artículo 64.10 LC disponía que eran colectivas las extinciones que afectarían: a diez trabajadores en empresas con menos de 100 empleados; el 10% para empresas entre 100 y 300 trabajadores; y el 25% para empresas cuya plantilla superara los 300 empleados.

⁶⁰⁶ MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 16 (del pdf).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

competencia exclusiva y excluyente en esta materia⁶⁰⁷. En este sentido, el dato relevante para residenciar la competencia en la esfera de las atribuciones conferidas al Juez del Concurso era el alcance cuantitativo de las pretensiones instadas ante el Juez de lo Social⁶⁰⁸. Por lo tanto, cuando se llegaba a un número elevado de solicitudes de rescisión del contrato de trabajo el legislador entendía que se podría producir una fuga dineraria contra la masa sobre la que era preciso actuar y, *a sensu contrario*, asumía que no se dañaba el derecho del resto de acreedores si eran pocos los trabajadores que instaban dicha resolución indemnizada. Visto el problema desde esta perspectiva se alzaron algunas voces críticas, por ejemplo, DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO que consideraron que la medida adoptada por el legislador concursal era demasiado tímida “*y había que haber llevado al procedimiento del artículo 64.10 LC toda acción resolutoria que, sea o no colectiva, trata en realidad de “huir” del tratamiento aplicable a los despidos colectivos*”⁶⁰⁹.

El hecho de que fuera el juez natural quien tenía la competencia cuando no se rebasara el umbral fijado por el legislador, ocasionaba importantes problemas a la hora de ordenar su cómputo, sobretodo, cuando las demandas interpuestas ante los juzgados de lo social iban presentándose una a una, siendo en estos casos bastante complicado advertir cuando se había superado el límite legal y, por ende, era necesario traspasar la

⁶⁰⁷ En este sentido, GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 53. 2011. Página 59.

⁶⁰⁸ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M^a. “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”...*Op. Cit.* Página 1 (del pdf).

⁶⁰⁹ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 121.

competencia al Juez del Concurso⁶¹⁰. Esta situación se agravaba todavía más en aquellos casos en los que las demandas habían sido planteadas en circunscripciones distintas, exigiéndose en estos casos una mayor y más eficaz conexión entre juzgados. Por lo tanto, planteaba numerosos problemas procesales a la hora de conseguir el agrupamiento. De este modo, el Juez de lo Social ante el que se presentaban las últimas demandas debía de abstenerse y remitir a los demandantes al Juez del Concurso y de no ser así era la administración concursal la que se veía compelida a oponer en el acto del juicio social la excepción de incompetencia, para lograr este mismo efecto⁶¹¹. Por su parte, se venía defendiendo que en dicho cómputo no se debían de tomar en consideración las eventuales demandas de resolución causal del contrato por incumplimientos salariales formuladas por el personal de alta dirección, por cuanto pese a que se les reconoce este derecho, la norma invocable no es el artículo 50 ET, sino el artículo 10.3 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección⁶¹².

Otra de las cuestiones que caracterizaba la antigua dicción del artículo 64.10 LC era que éste únicamente hacía referencia a la causa de extinción contemplada por el apartado b) del artículo 50.1 ET, y no así a las restantes causas de extinción del contrato por voluntad del trabajador. Esta opción presentaba bastantes problemas prácticos a la hora de acoger

⁶¹⁰ En este sentido, MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”... *Op. Cit.* Página 78.

⁶¹¹ Así, BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...* *Op. Cit.* Páginas 448 y 449.

⁶¹² LOUSADA AROCHENA, J. F. “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 27. 2004. Página 67; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”... *Op. Cit.* Página 61.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

posibles “acciones pluricausales”, en especial, si se alegaba la extinción del contrato, por ejemplo, tanto por la ausencia de pago de los salarios unida a la falta de ocupación efectiva o virtual “despido tácito”, ciertamente, algo más comunes en las situaciones de concurso⁶¹³.

Pero, sin lugar a dudas, el mayor inconveniente que acusaba la anterior redacción del artículo 64.10 LC era que se remitía a la tramitación del ERE Concursal para sustanciar las pretensiones resolutorias con base al artículo 50.1 b) ET. En concreto, el artículo 64.10 LC indicaba que: *“tendrán la consideración de extinción de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento establecido en el presente artículo”*. Por lo tanto, la opción que adoptó el legislador en aquel momento fue la de abrigar dentro del procedimiento del artículo 64 LC, destinado como sabemos a resolver las modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas de contratos de trabajo, todas aquellas pretensiones de resolución indemnizada por voluntad de los propios trabajadores tildadas de “colectivas”, lo que evidenciaba patentes dificultades de encaje procedimental. Así, por ejemplo, BLASCO PELLICER llegó a afirmar que *“resulta difícil, casi imposible, aplicar instrumentos pensados para la reorganización productiva de la empresa en orden a tratar de mantener su viabilidad o, al límite, para proceder a su cierre ordenado, a situaciones absolutamente diferentes”*⁶¹⁴. Los problemas de encaje podrían sintetizarse, *grosso modo*, en las dificultades de celebrar en estos supuestos un periodo

⁶¹³ Sobre el particular algún autor sostuvo que la impugnación por falta de abono del salario y falta de ocupación efectiva quedaba en el ámbito competencial del juez de lo mercantil, si bien, en caso de rechazarse la pretensión extintiva el resto de incumplimientos debían de retornar a la jurisdicción social. En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J. F. “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”... *Op. Cit.* Página 67.

⁶¹⁴ BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...* *Op. Cit.* Página 449.

de consultas, en la falta de acomodo de los sujetos legitimados para el caso de medidas de reorganización, el diferente objeto de la resolución judicial en uno y otro caso, o incluso las propias diferencias entre la indemnización convenida. Todos estos contratiempos llevaron a que la mayoría de la doctrina considerara que este precepto estaba en sus orígenes falto de rigor y que resultara criticable por presentar una serie de problemas interpretativos de carácter práctico⁶¹⁵. Tal previsión normativa fue evocada por VIQUEIRA PÉREZ como una de las innovaciones más llamativas de la Ley Concursal, respecto claro está, de los aspectos relacionados con la materia laboral, puesto que ninguna de las modificaciones relacionadas con esta disciplina alteraba tanto el esquema de las figuras extintivas previsto en el Estatuto de los Trabajadores⁶¹⁶.

Vistos los precedentes que han sido comentados de forma sucinta en el párrafo anterior, no es de extrañar que el predicado artículo 64.10 LC mudara de aires, situación que no aconteció hasta la entrada en vigor de la conocida Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reformó la Ley Concursal. Desde la perspectiva *sociolaboral*, el cambio producido sobre el artículo 64.10 LC fue, sin ningún género de dudas, el más intenso y profundo. El legislador intentó dar solución a la mayoría de problemas jurídicos que se desprendían de la ordenación anterior del precepto y para ello tuvo que dar un giro radical sobre la técnica y sistematicidad del mismo, lo que se consiguió a través de una palmaria simplificación. En esencia, lo que

⁶¹⁵ Por todos: MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 16 (del pdf). DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas.* *Op. Cit.* Página 120; o BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...* *Op. Cit.* Páginas 446 a 451 etc.

⁶¹⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C. *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal.* Ed. Thomson-Civitas. 2007. Página 33.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

propone la actual redacción del artículo 64.10 LC ya no es una *vis attractiva* hacia el conocimiento por parte del Juez del Concurso cuando se superen un número concreto de demandas y a través de una tramitación un tanto extravagante, sino que se mantiene el procedimiento iniciado ante la jurisdicción social, si bien suspendiéndolo cuando dé comienzo un ERE Concursal, naturalmente extintivo, y desplegando el auto que lo resuelva efectos de cosa juzgada sobre el proceso social paralizado.

En síntesis, las modificaciones formales y materiales más significativas de esta nueva regulación del artículo 64.10 LC –que sigue vigente en nuestros días- son las siguientes: a) la ampliación de las acciones resolutorias que ahora no se refieren en exclusiva al artículo 50.1 apartado b) ET⁶¹⁷, sino que se extiende a todas las causas extintivas del citado precepto; b) desaparecen los umbrales exigidos con anterioridad y que se hacían coincidir con los predicados por el artículo 51 ET. De esta manera, ahora ya no existe ninguna referencia cuantitativa, produciéndose de este modo la suspensión del procedimiento social aunque un sólo trabajador sea el que entable la acción resolutoria; c) el elemento de contraste a tener en cuenta no va a ser la declaración del concurso, sino la incoación de un expediente concursal de regulación de empleo. Advertidas de forma sintetizada las líneas básicas del nuevo tratamiento de las acciones extintivas solicitadas por los propios trabajadores por causas imputables al

⁶¹⁷ Recordemos en este punto, que el TS viene estableciendo que para poder conceder la extinción del contrato por falta de abono en el salario, ante la indeterminación de la norma, basta con se produzca el retraso en como mínimo 3 meses. Criterio fijado desde lejos, por ejemplo STS de 25 de septiembre de 1995, rec. 756/1995 (RJ/1995/6892), que se ha mantenido más o menos sin fisuras hasta nuestros días, donde podemos observarlo, por ejemplo en la STS de 25 de marzo de 2014, rec. 1268/2013 (RJ/2014/2417).

concurado, en las sucesivas líneas trataré de elucidar las cuestiones que suscita este régimen jurídico⁶¹⁸.

La primera consideración que cabe matizar respecto del nuevo régimen jurídico del artículo 64.10 LC es que en la actualidad, este precepto se refiere, *in extenso*, a todo el artículo 50 ET. Ya no se menciona únicamente el apartado b) del artículo 50.1 ET, que como es sabido se refiere a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Esta última circunstancia suponía que el resto de causas previstas en el artículo 50 ET persistieran siempre y en todo caso bajo la competencia del Juez de lo Social⁶¹⁹. Hay que significar por ende que hoy en día y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, el referido artículo 64.10 LC extiende su contenido no sólo al concreto artículo 50.1 b) sino a todo incumplimiento

⁶¹⁸ Por lo pronto, dada la notable reforma realizada sobre el artículo 64.10 LC y para mayor comprensión del lector merece la pena transcribir su sentido literal e ir desgranando a partir del mismo todos los posibles aspectos controvertidos que suscita dicha redacción. Así, el mencionado precepto reza lo siguiente:

“Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos”.

⁶¹⁹BADIOLA SÁNCHEZ. A.Mª. “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”. En Aranzadi Social paraf. 64. 2005. Página 2 (del pdf).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

empresarial⁶²⁰. De este modo, se da solución a los posibles inconvenientes con los que se topaban las posibles demandas en las que se alegara más de un causa, por ejemplo, retraso en el pago del salario junto a la falta de ocupación efectiva. La consecuencia jurídica ordenada por el artículo 64.10 LC, tal y como lo conocemos hoy en día, es que incluye tanto de forma individualizada como combinada todas aquellas solicitudes de extinción basadas por causas imputables al empresario.

La segunda nota significativa del régimen actual del artículo 64.10 LC radica en el hecho de que todas y cada una de las acciones individuales planteadas ante su juez natural van a ser consideradas colectivas. Se trata, sin duda, de una ficción legal que conjetura que todas aquellas acciones individuales basadas en el artículo 50 ET estén revestidas de una colectividad *ex lege*, circunstancia que se dará desde el momento en que se inicie un ERE Concursal extintivo, todo ello, sin que se fije umbral alguno. Sin embargo, existen ciertas dudas a la hora de interpretar la utilización por parte del legislador del plural “*las acciones resolutorias individuales*”. En este sentido, convive dentro de la doctrina algún sector que ha opinado que se requieren al menos dos trabajadores para alcanzar dicho objetivo⁶²¹. No obstante, bajo mi punto de vista la opción del legislador compadecería más con el manejo de un plural “estilístico”, ampliamente conocido en la redacción de normas jurídicas y sin presentar en esta sede un mayor

⁶²⁰GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”...*Op. Cit.* Página 78; GARCÍA MURCIA, J. “Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011...*Op. Cit.* Página 8 (Ref. CISS 22039/2011); MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16. 2012. Página 16 (Ref. CISS 223/2012).

⁶²¹*Vid.* VALENCIANO SAL, A. “El art. 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011”. En *Aranzadi Social*, núm. 3. 2013. Página 8 (BIB/2013/1247).

alcance⁶²². Se ha expresado anteriormente que la colectivización de estas acciones supone una auténtica ficción legal ya que todas estas acciones resolutorias individuales “*tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo*”. En consecuencia, lo que está haciendo en este punto el legislador es dotar de carácter colectivo a una situación que, en condiciones “normales” no revestiría tal cualidad, pues qué duda cabe que considerar como colectiva una demanda individual supone cierto forcejeo del lenguaje. Si bien, a pesar del tenor literal, la norma no colectiviza nada. Más bien, supone la sujeción del proceso social al resultado de un ERE Concursal, con independencia del número de trabajadores que acudan a la vía resolutoria del artículo 50 ET. Con todo, en mi opinión, la *ratio legis* que animó en 2011 para llevar a cabo este cambio me parece clara, y podría resumirse en las siguientes palabras: ante el problema de comportamientos estratégicos consistentes en la solicitud de extinción del contrato de trabajo mientras se está tramitando un expediente judicial de regulación de empleo, naturalmente para lograr así una indemnización mayor, se ha optado por dotar un nivel de protección total y absoluto sobre los intereses concurrentes dentro del concurso.

La razón que lleva a confirmar esta aseveración se basa en que el artículo 64.10 LC ya no permite que se pueda solicitar ni una sola extinción amparada en alguna de las causas del artículo 50 ET desde el preciso instante en el que dé comienzo la tramitación de un ERE Concursal. En

⁶²² En empleo del término “estilístico” es la forma en que se denomina en el estudio de RÍOS MESTRE, quien pone como ejemplo de otros preceptos que utilizan este mismo *modus operandi* al artículo 59.1 ET que comienza estableciendo “las acciones derivadas del contrato que no tengan señalado plazo especial (...)”, sin que ello haya producido dudas a que se refiera a más de una acción. *Vid.* RÍOS MESTRE, J.M^a. “Nota de urgencia sobre la resolución del contrato de trabajo por impago o retrasos salariales y el proyecto de Ley de Reforma Concursal de 2011”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151. 2011. Página 21 (BIB/2011/1085).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

cualquier caso, entiendo que no hacía falta hacer una ficción legal en el sentido de que se tengan como extinciones colectivas todas aquellas acciones resolutorias individuales. Quizá, se podría haber llegado a la misma solución jurídica sin tener que hacer pasar como colectiva una cosa que en puridad no lo es. Así, podría haberse dispuesto perfectamente que todas y cada una de estas acciones individuales presentadas ante el Juez de lo Social, una vez iniciado un expediente judicial de regulación empleo según los términos del artículo 64 LC, pasan a suspenderse hasta que concluya la resolución de este último. Sería una forma más sencilla de decir lo mismo sin tener por ello que atropellar el lenguaje al llegar a considerar como “colectiva” la acción planteada por una persona individual⁶²³.

Otra de las cuestiones que suscita la reciente regulación del artículo 64.10 LC es la de determinar el momento a partir del cual opera la consecuencia jurídica contemplada por este mismo precepto, a la que enseguida me referiré. De este modo, si bajo la redacción originaria del artículo 64.10 LC la conversión del procedimiento se deducía desde la declaración del concurso, en la actualidad el citado precepto reitera en dos ocasiones que su consecuencia jurídica entra en escena: “*desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo*” y “*acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo*”. Por consiguiente, la suspensión del/los procedimiento/s tramitado/s ante el Juez de lo Social no se producirá con la declaración el concurso, sino precisamente cuando se dé inicio, en su caso, a un despido colectivo tramitado según las reglas del propio artículo 64 LC. Con todo, entiendo que el *dies a quo* a partir del cual se producirá la suspensión de los procedimientos judiciales sociales no

⁶²³ La RAE considera define colectivo como. 1. Perteneciente o relativo a una agrupación de individuos. 2. Que tiene virtud de recoger o reunir. 3. Grupo único por lazos profesionales, laborales etc.

coincidirá con la solicitud de despido interpuesto por alguno de los sujetos legitimados para ello, puesto que el tenor legal expresa en todo momento que su inicio coincidirá acordada la iniciación del ERE Concursal, por lo que, según mi parecer, este momento se dará con la admisión a trámite dictada por parte del Juez del Concurso. En este orden de cosas, la suspensión de las acciones interpuestas ante la jurisdicción social, sobre la que seguidamente me detendré en profundidad, no se originará hasta que el Juez del Concurso admita a trámite una solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo. Por ello, podríamos convenir que, por regla general, durante el concurso los trabajadores van a poder plantear sin ningún género de dudas y sin mayores problemas la extinción de su contrato de trabajo cuando se produzca cualquiera de las causas contempladas en el artículo 50 ET, alcanzándose en caso prosperar dicha acción judicial una indemnización que armoniza con la dispuesta para los casos de improcedencia -de los despidos-. Así, a grandes rasgos, como señalara la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de marzo de 2012⁶²⁴ “*el Juzgado de lo Mercantil es competente para resolver los contratos de trabajo al amparo del artículo 64 de la Ley Concursal, si concurren las exigencias en éste establecidas, y el Juzgado de lo Social es competente para resolver los contratos de trabajo al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)*”. Desde este prisma, aquí lo determinante no será cuál de los dos órganos será el competente para declarar la extinción, puesto que al tratarse de dos causas diferentes ambos lo son, sino el momento en el que el Juez del Concurso admita a trámite una petición de extinción de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En estos casos, el proceso social quedará en

⁶²⁴ STSJ de Galicia de 9 de marzo de 2012 (AS/2012/758).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

suspenso, vicisitud que se mantendrá hasta la conclusión del expediente judicial de regulación de empleo con el objeto precisamente de evitar conductas estratégicas de los trabajadores por las que, una vez iniciado este expediente o previniendo su proximidad, pretendan resolver su contrato por la vía del art. 50 ET obteniendo de este modo una indemnización mayor y perjudicando *ultima ratio* a la continuidad de la empresa o a los restantes acreedores de la misma.

Pero quizá, la novedad más trascendente, que se impulsó con la reforma concursal de 2011, fue la de abandonar por completo la asunción de competencias a favor del Juez de Concurso⁶²⁵. Como sabemos, la redacción originaria del artículo 64.10 LC preveía que la tramitación de estas acciones siguiera el mismo mecanismo que se empleaba para la sustanciación de las extinciones, suspensiones y modificaciones colectivas de los contratos de trabajo. En la actualidad, la consecuencia jurídica resultante, si se dan todos los condicionantes que han sido tratados con anterioridad, pasa por suspender todos los procesos individuales seguidos frente al deudor ante la jurisdicción social y que estén pendientes de resolución firme, situación que se prolongará hasta que adquiera firmeza el auto del Juez del Concurso que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. Esta suspensión se produce, según reza este precepto, frente a *“la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada*

⁶²⁵ Puede verse una tesis contraria en GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª. “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”...*Op. Cit.* Página 79. Para esta autora *“cumplidos los requisitos legales, estas demandas resolutorias deberán formularse directamente ante el juez mercantil, al que se atribuye la competencia exclusiva y excluyente ex art. 8.2 LCon, para su tramitación en el seno del ERE, pero en caso de promoverse ante el juez social, éste deberá abstenerse o inhibirse a favor del juez mercantil –conforme a la regla del art. 50.1 LCon-, o bien habrá de producirse la acumulación acordada por el juez mercantil prescrita en el art. 51.1 LCon.”* Esta es la solución que ofrece la autora para los casos en los que el ERE Concursal ya se hubiera iniciado, y en los casos se encuentre pendiente se produciría la suspensión.

posteriores a la solicitud del concurso". Por consiguiente, esta paralización se dará sobre todos y cada uno de los procesos abiertos ante la jurisdicción social, sea sólo uno -bien por un único trabajador o por más de uno conjuntamente- o sean varios procedimientos distintos. En adición, todas aquellas acciones resolutorias planteadas con anterioridad a la solicitud del concurso deberán seguir su curso natural y no soportarán suspensión alguna, compadeciendo así con las reglas generales sobre continuación de juicios declarativos pendientes contenida en el artículo 51 LC, si bien, cabe hacer notar que en este último precepto, el momento procesal a tener en cuenta es el de la declaración del concurso y no el de la solicitud, como así se expresa por el artículo 64.10 LC. Por lo tanto, en estos casos, de prosperar la demanda resolutoria del contrato, el Juez de lo Social ordenará el pago de una indemnización por cuantía igual a la advertida para los despidos improcedentes, la cual se integrará dentro de la ejecución concursal con la calificación crediticia que proceda. En consecuencia, para que se paralicen los procedimientos de extinción basados en el artículo 50 ET ante la jurisdicción social el legislador ha establecido un doble límite: a) en primer lugar, que las pretensiones extintivas sean planteadas una vez solicitado el concurso; b) en segundo lugar, que el Juez del Concurso haya admitido a trámite una solicitud de despido colectivo.

Adentrándome en la consecuencia jurídica concreta prevista por el artículo 64.10 LC, cabe apuntar que la predicada suspensión provoca una anomalía frente al desarrollo normal de un proceso. Por regla general, un proceso judicial debe desenvolverse regularmente hasta su conclusión, salvo que se produzca algún hecho que modifique este tránsito. En el supuesto aquí analizado, la anomalía procesal viene marcada por una suspensión, que por lo demás viene impuesta por la sustanciación de otro

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

procedimiento iniciado ante una jurisdicción distinta a la social y que era totalmente desconocida hasta la promulgación de la Ley Concursal. Con todo, esta suspensión, como su propio nombre indica, consiste en una auténtica quietud o paralización de la actividad judicial iniciada por parte del Juez de lo Social conecedor de la pretensión de resolución del contrato de trabajo. No en vano, el órgano encargado de efectuar esta suspensión no aparece clarificado por el artículo 64.10 LC, que solamente expone que *“la resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión”*. En este sentido, entiendo que el único órgano capaz de acordar mediante auto la suspensión del procedimiento es aquél que está conociendo del caso, por lo tanto, será el Juez de lo Social el que deba efectuar la suspensión del proceso que se encuentra dirigiendo. Ahora bien, comúnmente, esta decisión vendrá inducida por el Juez del Concurso, que es quien admite a trámite la demanda de extinción colectiva, cuestión que podría pasar desapercibida para el Juez de lo Social. Visto este particular escenario donde entran en juego órganos de diferentes órdenes jurisdiccionales, se erige como requisito transcendental que se dé una efectiva comunicación entre ambos órganos judiciales, o bien que la administración concursal comunique al Juez de lo Social la admisión a trámite de un ERE Concursal o dicho de otro modo: la comunicación entre los órganos judiciales se producirá normalmente a petición de parte interesada.

Por último, es preciso advertir que esta predicada suspensión, que supone como se ha dicho una anomalía sobre el desarrollo normal del proceso, no es caprichosa, sino que lleva anejo un resultado que variará

según sea el resultado final del procedimiento de extinción colectiva (ERE Concursal). La última locución del artículo 64.10 LC indica que *“el auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos”*. Según palabras textuales ofrecidas por MONTOYA MELGAR, esta cláusula significa que los *“procesos individuales, que no quedaron sobreesidos sino meramente suspendidos, quedan libres de la suspensión (“una vez alzada la suspensión”) y procede su continuación, sólo que quedando el juez laboral vinculado por lo resuelto en el ERE concursal, que goza de carácter de cosa juzgada material (art. 421.1 II en relación con el art. 222.4 LEC), lo que obligará a rechazar la pretensión deducida, invocando la existencia de la cosa juzgada”*⁶²⁶. Como ha quedado constatado, lo que se deduce del artículo 64.10 LC es la suspensión del proceso laboral que esté conociendo sobre cualquier demanda de extinción contractual *ex* artículo 50 ET cuando se inicie un ERE concursal y mientras dure su tramitación. Se simplifica, de este modo, una operación que suponía extraños trastornos procedimentales y que coadyuva a restar trabajo a los saturados Juzgados de lo Mercantil. Con todo, el resultado del ERE concursal adoptado por medio de auto va gozar de efectos de cosa juzgada sobre el proceso laboral suspendido, es decir, que el auto dictado por parte del Juez del Concurso va a condicionar el subsiguiente desarrollo del procedimiento social suspendido. En palabras de RÍOS MESTRE, lo que establece legalmente el artículo 64.10 LC es *“una especial y peculiar prejudicialidad mercantil sobre lo social, en el sentido de lo que se decida en un paralelo expediente de extinción colectiva*

⁶²⁶MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 17.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

concurzal influirá directamente en los procesos en que se litiga sobre acciones individuales resolutorias”⁶²⁷. Por tanto, el resultado práctico que se deduce de todo este sistema es que si un trabajador que solicita la resolución de su contrato por incumplimiento grave del empleador queda afectado por un despido colectivo, éste se terminará extinguiendo en virtud del auto del Juez del Concurso, con efectos desde el día de su firma u otro distinto si así se ha fijado en el mismo, y con la indemnización reconocida por éste. Por su parte, el proceso social en suspenso decaerá y el Juez de lo Social deberá mandar archivar las actuaciones (no cabría, por ende, reanudar el proceso laboral paralizado⁶²⁸). El supuesto contrario se daría

⁶²⁷RÍOS MESTRE, J.Mª. “Nota de urgencia sobre la resolución del contrato de trabajo por impago o retrasos salariales y el proyecto de Ley de Reforma Concurzal de 2011”...*Op. Cit.* Página 26 (BIB/2011/1085).

⁶²⁸ La aplicación de cosa juzgada ya era interpretada por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma concurzal. Lo hacía para el caso de que recayera un auto por parte del juez del concurso declarando una extinción siguiendo la tramitación del artículo 64 LC, mientras pendía un proceso laboral por extinción de ex artículo 50.1b) ET. Se decía que el auto tenía eficacia constitutiva y no era meramente declarativa. Virtud de ello se establecía la indemnización de veinte días de salario por año de servicio. Se puede citar, por ejemplo la Sentencia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de diciembre de 2011 (AS/2012/234) que dice lo siguiente:

“Pues bien, la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.010 (RJ 2011, 1345), recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 471/2010, ha matizado la doctrina del propio Tribunal contenida en su sentencia de fecha 5 de abril de 2.001 (RJ 2001, 4885), RCU 2194/200, y otras muchas concordantes, en el sentido de que la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, por incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, no puede darse si la relación ya se había extinguido por decisión empresarial adoptada en virtud de autorización administrativa concedida en el marco de un ERE, en este caso, por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 8 recurrido en este procedimiento, siendo esto así ya que es consolidada doctrina del TS que exige para el éxito de la acción basada en dicho artículo 50 ET (RCL 1995, 997) que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque ésta tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta, lo que sucede, incluso, aunque la sentencia del Juzgado de lo Social ya se haya dictado pero esté en fase de recurso de suplicación, como sucede en las presentes actuaciones, al afirmar que para que el ejercicio de la acción por impago de salarios sea posible la relación laboral ha de estar vigente para que la sentencia pueda declarar -con

cuando el trabajador que ha visto paralizado el proceso social en el que actúa como parte demandante no quede finalmente afectado por el despido colectivo, en cuyo caso, la solución jurídico-práctica pasaría por reanudar de nuevo la tramitación jurisdiccional social para concluir el proceso según su forma normal, es decir, mediante sentencia. Por lo tanto, sólo en el caso de que los trabajadores no hayan sido incluidos en el expediente recobrarán su derecho a continuar la tramitación del proceso de extinción ante su juez natural y obtener, en su caso, la indemnización señalada para estos supuestos, coincidente con la del despido improcedente⁶²⁹. Naturalmente, esta segunda opción nunca podrá darse cuando se extingan la totalidad de los contratos de trabajo a causa del cierre empresarial durante la fase común del concurso o por entrar la empresa en liquidación, puesto que estos casos se verá afectada toda la plantilla, por lo que una vez acordada esta opción por parte del Juez del Concurso a través del correspondiente auto, la única salida posible será, en mi opinión, la del sobreseimiento directo del proceso jurisdiccional social.

Con base a todo lo que ha ido disertándose hasta el momento, y para concluir este apartado, pasaré a sintetizar de una forma un tanto más práctica los diversos escenarios que pueden producirse con el nuevo régimen jurídico del artículo 64.10 LC como telón de fondo:

carácter constitutivo y ex nunc- la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, ya que mal se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización [45 días por año de servicio], si el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de una legítima decisión administrativa (en este caso judicial mercantil) y con otra indemnización [20 días por año de servicio], ya que por definición, sólo cabe «extinguir» lo que esté «vivo».

⁶²⁹Así, ALTÉS TÁRREGA, J.A. *La competencia del Juez del Concurso en materia laboral...Op. Cit.* Página 112.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

a) La primera realidad consistiría en que con anterioridad a la solicitud del concurso uno o varios trabajadores acudan a la jurisdicción social para que el juez extinga su/s contrato/s de trabajo a razón de algún incumplimiento empresarial de los tasados en el artículo 50 ET⁶³⁰. En estos supuestos, el proceso social seguirá su curso sin producirse en ningún momento suspensión alguna por el mero hecho de que el empresario entre en situación de concurso, aunque tampoco se producirá cuando se acuerde el inicio de un expediente judicial de regulación de empleo. En consecuencia, cuando la acción de resolución del contrato por incumplimiento grave del empresario sea interpuesta con anterioridad a la solicitud de concurso de acreedores, el procedimiento judicial ante el juez de lo social deberá, inexorablemente, llegar a su fin, lo que por regla general llevará a su conclusión mediante sentencia estimatoria o desestimatoria sobre la pretensión extintiva. Ahora bien, la posible indemnización que se desprenda en caso de concluirse con el contrato no podrá ejecutarse singularmente, sino que la misma recaerá dentro de los cauces concursales, y ello con base en los artículos 8.3 LC y 55 LC, que se refieren a la distribución de competencias en materia de ejecución.

Entiendo que este es el sentido que debe de otorgarse al tenor del artículo 64.10 LC cuando expresa que *“acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán”*. De este aserto habría que entender que solamente se producirá la suspensión del procedimiento sobre el que se encuentra conociendo el juzgado de lo social

⁶³⁰ Llama la atención como aquí la fecha de contraste no es la efectiva declaración de concurso, tal y como viene lugar común en otros preceptos de la Ley Concursal, sino que el artículo 64.10 LS se refiera a la solicitud del mismo.

cuando se acuerde dar inicio a un expediente judicial de regulación de empleo y, asimismo, las demandas de extinción *ex* artículo 50 ET han sido interpuestas con posterioridad a la solicitud del concurso de acreedores, y no así cuando hayan sido presentadas con anterioridad. Por lo tanto, parece que los designios del legislador en este punto han consistido en suspender simplemente las acciones judiciales más próximas a un posible ERE concursal, quizá por presumir que en estos casos los trabajadores podrían estar actuando de una forma estratégica para conseguir unas indemnizaciones superiores.

Una de las eventualidades que podría llegar suceder en la práctica, debido a la lentitud que están sufriendo en algunos casos los juzgados de lo social, sería la consistente en que mientras penda una demanda de extinción *ex* artículo 50 ET el empresario haya entrado en concurso e incluso le hubiera dado tiempo a conseguir un auto dictado por parte del Juez del Concurso por medio del cual se extinga el contrato de todos o varios trabajadores. En estos casos, si el trabajador que ha presentado demanda ante el juzgado de lo social no queda afectado por el ERE Concursal no existirían mayores inconvenientes en aceptar la prosecución de este procedimiento social hasta su efectiva conclusión. El problema se nos plantea cuando el trabajador se encuentra entre los damnificados por el despido colectivo acordado por parte del Juez del Concurso, puesto que, en principio, la admisión a trámite del procedimiento concursal de despido colectivo no va a suspender la tramitación del proceso social que ha sido iniciado con anterioridad a la solicitud de concurso. Cabría tener presente en estos casos la doctrina emitida por parte del Tribunal Supremo que en reiteradas ocasiones ha manifestado que sólo cabe extinguir lo que esté vivo

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

(por todas: SSTTS de 26 de octubre de 2010 o de 11 de julio de 2011)⁶³¹. En ambas se expresa que la extinción del contrato *ex* artículo 50 ET posee eficacia constitutiva o *ex nunc*, puesto que la extinción el contrato se produce desde la misma fecha en que se dicta la sentencia, para lo cual resulta completamente necesario la subsistencia de la relación laboral en ese momento. En consecuencia, el éxito de la acción basada en el referido artículo estatutario precisa que el contrato de trabajo esté vivo en el momento de dictarse la sentencia. Por consiguiente, aunque en estos supuestos no existe prejudicialidad mercantil sobre el proceso seguido ante el orden jurisdiccional social y por ello este último no sufre ningún tipo de suspensión o paralización, la respuesta no puede ser otra que considerar que el contrato de trabajo ha sido efectivamente extinguido por el auto del Juez del Concurso, devengándose por ende la indemnización fijada por éste.

b) La segunda de las posibilidades consiste en que uno o varios trabajadores presente/n una vez ya solicitado concurso –voluntario o necesario- una demanda por la que se pretenda dar por terminada la relación laboral ocasionada por el incumplimiento del empleador. La primera cuestión que cabe despejar es ante que órgano deberá de plantearse la demanda. La respuesta en este casos es bastante sencilla, puesto que la competencia recaerá claramente en los juzgados de lo social y ello porque la declaración de concurso no altera la competencia para conocer de las demandas individuales o conjuntas de extinción por incumplimiento grave por parte del deudor, pues ni el artículo 86 LOPJ ni el artículo 8 LC predicen la *vis attractiva* del Juez de Concurso para conocer sobre este concreto aspecto. Curiosamente, este régimen competencial se rompía con la

⁶³¹Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de octubre de 2010, rec. 471/2010 (RJ/2011/1345) y de 11 de julio de 2011, rec. 3334/2010 (RJ/2012/672).

redacción ofrecida por el tenor originario del artículo 64.10 LC, donde se especificaba que el Juez del Concurso asumía la competencia para conocer sobre todas estas cuestiones cuando las demandas presentadas ante el Juez de lo Social superaban los umbrales numéricos que el propio precepto preveía. Sin embargo, desterrada esta forma de proceder, la competencia declarativa sobre todas estas acciones va a residir en todo momento dentro del orden jurisdiccional social.

Aclarado este extremo, cuando la acción por el incumplimiento del empresario se ha presentado una vez ha sido solicitado el concurso su tramitación seguirá, en principio, su curso habitual, llegando de esta manera hasta su conclusión siempre y cuando durante el concurso no se inicien posteriormente los trámites para llevar a cabo un despido colectivo o bien se haga una vez alcanzada la firmeza del proceso social. En este sentido, se ha de afirmar que si el proceso laboral concluye y adquiere firmeza antes de la admisión a trámite de un expediente judicial de regulación de empleo la sentencia declarativa dictada por parte del órgano de la jurisdicción social será completamente válida y eficaz. En estos casos, si hay sentencia social estimatoria de la extinción, el posterior auto mercantil que autorice el ERE Concursal dictado con posterioridad a la misma, no podrá afectar a los derechos de los trabajadores que la primera les reconoce⁶³². Nuevamente, aquí la ejecución de sentencia, en concreto, la indemnización resultante, deberá transitar según las normas de la ordenación concursal.

c) La tercera posibilidad también presupone que se hayan presentado una o varias acciones ante el juzgado de lo social competente con el fin de resolverse el contrato de trabajo ya en pleno proceso concursal,

⁶³² STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2012, rec. Suplicación 6312/2011 o SAP de Vizcaya de 22 de abril de 2014, rec. Apelación 411/2013 (AC/2014/981). En esta última se discutía a efectos del importe de los créditos contra la masa.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

pero con la particularidad de que mientras pende el primero se incoa por parte del Juez del Concurso la tramitación de un despido colectivo. En estos casos la respuesta debe de ser radicalmente opuesta a la ofrecida en los supuestos anteriores, puesto que se va a entrar de lleno en la consecuencia jurídica que se contempla por el artículo 64.10 LC, es decir, la paralización del proceso de instancia en curso. En este sentido, si admitida a trámite por parte del Juez del Concurso una solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo existe algún proceso judicial social en curso donde se esté resolviendo una pretensión *ex* artículo 50 ET, el resultado será la suspensión de este último, siendo el *dies ad quem* de esta paralización el día del auto dictado por el Juez de lo Mercantil que resuelva sobre un despido colectivo. A partir de ahí, el desenlace dependerá de la inclusión o no del trabajador o trabajadores concretos en la lista de afectados por la extinción colectiva. En este sentido, si el trabajador no resulta afectado por la medida extintiva acordada por el Juez del Concurso se deberá de reanudar el procedimiento judicial social en suspenso. En estos casos, cuando la pretensión extintiva concluya con éxito se devengará una indemnización de 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Por el contrario, si el trabajador o trabajadores resulta/n afectado/s por el despido colectivo resuelto por el Juez del Concurso se procederá a dictar el archivo de actuaciones del procedimiento previamente suspendido, puesto que el contrato del empleado en cuestión se extinguirá por mor del auto mercantil, devengándose con ello la indemnización acordada para estos casos, algo menor, y que coincidirá con la cuantía de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (o la que se fijare en el auto del Juez del Concurso).

d) La última de las opciones correspondería con que una vez admitida a trámite por parte del Juez del Concurso una solicitud de despido colectivo planteada por cualquier sujeto legitimado al efecto, un trabajador individual o varios trabajadores presenten una demanda de extinción de contrato *ex* artículo 50 ET ante la jurisdicción social. Pese a que este supuesto no esté contemplado expresamente por el artículo 64.10 LC, habría que concluir que la opción jurídica prudente sería que el concreto Juez de lo Social sobre el que recaiga el conocimiento la demanda suspenda *ab initio* la incoación del procedimiento y se opte en este sentido por no dar impulso al mismo, quedando así a la espera de la resolución del Juez del Concurso⁶³³. De esta forma, si el auto fuera favorable y entre los contratos que extingue se encuentra el del trabajador accionante del proceso laboral, el Juez de lo Social ordenará archivar las actuaciones. Por su parte, si el trabajador no se ha visto afectado por el despido colectivo el Juez de lo Social procederá con la incoación del proceso paralizado *ab initio*.

III. El tratamiento del personal laboral de alta dirección.

El artículo 65 LC regula un régimen particular para el caso de los contratos celebrados con el personal laboral de alta dirección. Este precepto presenta un cuerpo bastante más reducido si lo comparamos con el encargado de regular las vicisitudes de las relaciones laborales comunes (artículo 64 LC). Encierra una lectura que, en principio, a simple vista podría parecer bastante sencilla y elocuente. Pero, antes al contrario, el

⁶³³ Por su parte, algún pronunciamiento de instancia ha considerado que en estos casos procede acordarse la acumulación de la demanda individual al proceso concursal, en aplicación del art. 50.1 de la Ley Concursal (Sentencias del Juzgado de lo Social número 16 de Barcelona de 26 de enero de 2015, proc. 454/2014 (AS/2015/173)).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

referido precepto confina un sinnúmero de dudas interpretativas fruto del laconismo con el que está redactado y de las dificultades que se derivan a la hora de enlazarlo con la normativa sustantiva aplicable a este colectivo, algunas de ellas con una importante repercusión práctica.

Como aspecto introductorio cabe apuntar en este momento que el artículo 65 LC supuso la primera manifestación en nuestro ordenamiento jurídico de un tratamiento singularizado sobre el personal de alta dirección tras la declaración del concurso⁶³⁴. No existió hasta la fecha de la promulgación de la Ley Concursal previsión alguna sobre las eventualidades del contrato de alta dirección en las situaciones de insolvencia, por lo que eran normalmente reconducidas al régimen exclusivo contemplado en el RD 1328/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de Alta Dirección (en adelante RDAD). El primer antecedente sobre esta cuestión se encuentra en un trabajo pre legislativo del año 1995 donde se establecía la posibilidad de que los síndicos pudieran extinguir o suspender los contratos del personal de alta dirección⁶³⁵. Así las cosas, ya en el Anteproyecto de Ley Concursal y en su posterior Proyecto de Ley se advertían ciertas particularidades respecto al tratamiento del personal de alta dirección dentro del concurso que, en esencia, vinieron a coincidir con la regulación que posteriormente vio la luz con la definitiva promulgación de la citada ley. Con todo, cabe apuntar que el artículo 65 LC ha permanecido prácticamente invariable hasta nuestros días, conservando casi la misma redacción desde el año 2003, salvando una ligera incorporación aclaratoria de corte procesal que fue

⁶³⁴ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006. Página 7.

⁶³⁵ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 8.

introducida por la reforma concursal del año 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre) y que en el fondo venía a determinar *ex lege* la vía del incidente laboral en materia concursal previsto en el artículo 195 LC para sustanciar todas aquellas cuestiones derivadas de la aplicación del artículo 65 LC.

1. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 65 LC.

Antes que nada debemos de delimitar quiénes son los sujetos a los que va dirigido el artículo 65 LC y con ello sus particulares previsiones. El citado precepto utiliza a lo largo de sus diversos apartados indistintamente los términos “personal de alta dirección” y “alto directivo”, por lo que sin demasiados esfuerzos interpretativos parece que se estaría refiriendo a los trabajadores comprendidos dentro del artículo 1.2 RDAD. La referencia exclusiva a los sujetos enmarcados dentro del citado precepto reglamentario ha sido explicada por ALTÉS TÁRREGA con base a categóricos argumentos: tanto por la propia ubicación sistemática del artículo 65 LC, integrado junto al artículo 64 LC y 66 LC, es decir, dentro de lo que ha denominado como “efectos del concurso sobre los contratos de trabajo”; por la alusión a categorías laborales tales como “extinción” o “suspensión del contrato”; por la utilización de la misma terminología empleada en el RDAD; así como, que en el apartado tercero de este artículo habla de “contrato de trabajo” de este alto directivo y hace referencia en el mismo a una indemnización laboral⁶³⁶. De este modo, debemos de diferenciar la aplicación exclusiva del artículo 65 LC respecto de otras figuras más o menos afines, tales como podrían ser, de un lado, el personal orgánico o societario de la empresa, y

⁶³⁶ ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. 2010. Página 3 (del pdf).

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

de otro lado, aquellos directivos encuadrables dentro de los lindes de la regulación estatutaria y para los que resulta de aplicación el artículo 64 LC, puesto que no cabe olvidar que la naturaleza jurídica del personal de alta dirección contemplado en el RDAD se sitúa a caballo entre estas dos figuras. Para ello hemos de partir indubitadamente de la definición que el artículo 1.2 RDAD ofrece sobre lo que debemos de considerar como personal de alta dirección, puesto que únicamente a estos sujetos les resultará de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 65 LC. En este sentido, el art. 1.2 RDAD establece textualmente que son personal de alta dirección *“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”*.

Sin entrar en demasiados detalles, debemos de advertir que, con independencia del nombre que quieran dar las partes a un determinado contrato, para denotar la existencia de una relación laboral de alta dirección lo primordial va a ser determinar las funciones que efectivamente desarrollen estos trabajadores de carácter especial. En este sentido, la jurisprudencia suele acogerse a tres elementos o criterios característicos que revelan que en una persona se dan las notas propias del contrato de alta dirección, y estos son: a) que ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa; b) que los citados poderes se refieran a objetivos generales o estratégicos; c) que actúe con plena autonomía y responsabilidad y con ello solamente limitados por órdenes provenientes de la persona o personas que ocupen los puestos de los órganos superiores de

gobierno, es decir, de la administración de la empresa. De esta suerte, tradicionalmente se ha venido a considerar a este directivo como un “alter ego” del empresario con funciones inherentes a la titularidad de la empresa, es decir, en la participación en la toma de decisiones y relativas a los objetivos generales de la empresa y no a las meramente técnicas⁶³⁷. Así, pese a que el alto directivo no es titular de la empresa ejerce en muchos casos la función de empresario, puesto que entra a definir los objetivos de la empresa, suele contratar en su nombre comprometiendo su patrimonio, contratando y despidiendo personal, endeudándose, abriendo cuentas y otro sinfín de tareas cuyas facultades provienen del propio empresario⁶³⁸, no siendo necesario que se formalicen en escritura pública, sino que tales funciones efectivamente vengán ejercitadas de hecho⁶³⁹. En consecuencia, las facultades del alto directivo han de afectar a las áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa o bien a los aspectos trascendentales de sus objetivos⁶⁴⁰. En este sentido, todos aquellos ejecutivos que pese a que desempeñen su labor en puestos ciertamente significativos o de sobrada importancia para la empresa pero que sean simplemente técnicos, como podrían ser, por ejemplo, los directores de área (de marketing, de recursos humanos etc.) y demás mandos intermedios, tienen la consideración de “trabajadores comunes” y quedan sujetos a la ordenación estatutaria⁶⁴¹. Consiguientemente, cuando la empresa para la

⁶³⁷ STS de 3 de octubre de 2000, rec. 3918/1999.

⁶³⁸ TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004. Página 765.

⁶³⁹ STS de 18 de marzo de 1991 citada en la obra de MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal... Op. Cit.* Página 13.

⁶⁴⁰ STS de 18 de diciembre de 2000, rec. 923/2000.

⁶⁴¹ En este mismo sentido, MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65 LC”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (SAGRERA, J. M^a. SALA, A. Y FERRER, A. Coords.). Ed. Bosch. 2004. Página 781.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

que prestan servicios estos directivos “intermedios” entre en concurso, les resultará de aplicación las previsiones del artículo 64 LC, sin poder alcanzarles por el contrario las disposiciones del artículo 65 LC, que solamente se reservan a los directivos que compadezcan con la definición de alta dirección que aquí se está intentando bosquejar.

Otro de los elementos caracterizadores del personal de alta dirección es, según se ha visto, la facultad con la que estos sujetos ejercen sus funciones con plena independencia y responsabilidad, lo que les permite decidir autónomamente según su leal y saber entender muchas de las pautas de organización en el seno de la empresa. Este extremo podría no darse cuando al directivo se le obliga a solicitar la autorización de sus superiores para realizar algunas actividades concretas, o cuando ostente poderes limitados cuantitativamente, por ejemplo, a la hora de efectuar operaciones bancarias⁶⁴². En cualquier caso, la predicada autonomía de estos sujetos en nada obsta para que el empresario pueda desplegar sobre el alto cargo su poder organizativo, rector y disciplinario⁶⁴³. Con todo, la dependencia del alto directivo debe de provenir directamente del empresario, puesto que si debiera su respeto a cualquier otro superior en rango que no sea el titular de la empresa (sino otro directivo) ya no estaríamos hablando de personal laboral de carácter especial, sino de un “trabajador común” al que le resultaría de aplicación la ordenación dispuesta por el Estatuto de los Trabajadores fuera del concurso y en el artículo 64 LC dentro de esta institución.

La distinción entre el alto cargo y el personal laboral común según las notas que han sido esgrimidas para identificar al primero es bastante

⁶⁴² ORELLANA CANO, A.Mª. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 149.

⁶⁴³ TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 766.

significativa, puesto que, normalmente, al trabajador le interesará recibir la consideración de “ordinario” o “común”, ya que de este modo alcanzará una mayor y más sólida protección que viene amparada por la regulación dispensada por el artículo 64 LC y subsidiariamente por el Estatuto de los Trabajadores. Como es sabido, para modificar, suspender o extinguir colectivamente el contrato de un trabajador común dentro de la ordenación concursal se deberá activar un procedimiento guiado por el Juez del Concurso quien deberá en última instancia decidir acerca de la concreta medida solicitada. Por su parte, todas aquellas medidas laborales que tengan carácter individual contarán con la protección genérica ofrecida por los distintos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. Bien distinta es la protección dispensada al alto cargo, a quien se le aplicará cuando la empresa esté en concurso las especialidades propias del artículo 65 LC, que como en seguida veremos, permite llevar cabo sobre estos contratos una suspensión y extinción *ad nutum* o sin causa por la simple voluntad del administrador concursal, junto con la posibilidad de moderar y/o aplazar la indemnización originada por esta circunstancia. Por ello, cuando entren en liza tales condiciones laborales existirá un presunción *iuris tantum* a favor de la relación común, debiendo probarse la relación especial de alta dirección, con base a la limitación que sufren los derechos del personal de alta dirección respecto a los reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena⁶⁴⁴.

Se nos plantea entonces la duda de qué órgano judicial es el competente para resolver cuestiones sobre la existencia de la relación

⁶⁴⁴ En este sentido, ORELLANA CANO, A.Mª. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 150. La autora se apoya en algunas Sentencias emitidas por la Sala Social del Tribunal Supremo, tales como las de 15 de octubre de 1986, 12 de septiembre de 1990 o 4 de junio de 1999.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

especial o común del directivo. Debemos tener en cuenta en este punto que el artículo 8.2 LC declara la competencia del Juez del Concurso para resolver sobre ciertas materias de índole laboral, entre las que se citan expresamente las relativas a “*la suspensión o extinción de contratos de alta dirección*”. En cualquier caso, tal y como sucedía con el caso de los trabajadores sujetos al Estatuto de los Trabajadores, resulta preciso realizar un interpretación sistemática y descender al precepto concreto que regula tales relaciones laborales, en este caso, al artículo 65 LC, para denotar de esta forma sobre qué concretas materias va ser competente el Juez del Concurso. Operando de este modo deducimos que este órgano judicial lo será únicamente para conocer acerca de la impugnación que traiga causa en la suspensión y extinción del contrato del alto directivo, así como las disputas en torno al *quantum* indemnizatorio –su moderación o reconocimiento como crédito concursal o contra la masa-. Por consiguiente, las controversias que se funden en la existencia o no de una relación laboral de carácter especial deberán debatirse en un proceso ventilado ante su juez natural, es decir, el correspondiente al orden jurisdiccional social. Así lo ha venido considerando también algún Auto, como es el caso del dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 22 de febrero de 2010⁶⁴⁵, donde podemos leer el criterio mantenido por dicho órgano, que considera que “*la competencia del juez mercantil no puede extenderse, ni aún con carácter prejudicial, al examen concreto de la exacta calificación de la relación laboral-ordinaria o especial- cuando esta es discutida, cuestión para la que son competentes los órganos jurisdiccionales sociales, si se tiene en cuenta la limitada jurisdicción del juez del concurso en relación con las cuestiones laborales, y las competencias decididamente no*

⁶⁴⁵ AJM de Pontevedra de 22 de febrero de 2010, proc. 143/2009 (JUR/2011/353998).

expansivas de los juzgados de lo mercantil”. El conocimiento prejudicial podría alcanzar no obstante a los problemas relacionados con la existencia y cuantificación del crédito del alto directivo, por su posible afectación a la masa del concurso⁶⁴⁶, pero no así para decidir sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral dimanante.

La otra de las situaciones jurídicas que no cabría incardinar dentro del ámbito de aplicación del artículo 65 LC es la de aquellos administradores o consejeros de una sociedad, es decir, los que representan la titularidad de la empresa y mantienen un nexo orgánico con la misma, tradicionalmente simplificados en nuestra disciplina bajo la calificación de “empresario”. Desde esta otra orilla, lo más frecuente será que un sujeto que tuviera una relación de tipo societario pretendiera ser considerado como personal de alta dirección, puesto que cuando la entidad se encuentra inmersa en un proceso concursal podría llegar a lucrar una indemnización sobre la que un miembro orgánico no tendría derecho. Asimismo, si una relación es calificada de alta dirección, el FOGASA podría hacer frente a todo o parte del crédito indemnizatorio resultante de su extinción, en consonancia con la Disposición adicional 5ª ET que remite a las garantías del artículo 33 ET para las retribuciones de estos trabajadores de carácter especial. Por el contrario, si la relación del sujeto en cuestión es tildada de mercantil quedaría excluida toda protección procurada por parte del FOGASA⁶⁴⁷. Todos estos aspectos revisten una gran importancia en los

⁶⁴⁶ Un ejemplo de ello: SJM de Murcia de 2 de julio de 2013, proc. 622/2008 (JUR/2013/254807).

⁶⁴⁷ Esta es la solución alcanzada recientemente por la STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2012, rec. Suplicación 441/2012 (JUR/2012/402938), donde se consideró que una persona que simultaneaba un relación de alta dirección junto con la función de secretario del consejo de administración de la sociedad debía de ser considerado administrador de la misma, y en virtud de esta relación mercantil no le resultaba de

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

casos bastante usuales de personas que simultanean al mismo tiempo una relación de tipo orgánico -de carácter mercantil-, junto con otra de índole laboral, ya sea de alta dirección o común. En este sentido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se pueden encontrar ejemplos donde se asevera que una misma persona no puede ser remunerada al mismo tiempo por su condición de administrador de una sociedad y por la de trabajador común o especial, ya que la función de administrador absorbería a la del personal laboral. Esta es la conocida como “teoría del vínculo” que vendría a considerar que la relación laboral quedaría subsumida dentro de la orgánica. En cualquier caso, tampoco son escasos aquellos pronunciamientos que han considerado que ambas funciones son perfectamente compatibles. En suma, se trata de una cuestión debatida en la que no existe a día de hoy un criterio unificador o sentado que despeje totalmente las dudas sobre esta cuestión, aunque parece que la teoría del vínculo ha ido asentándose poco a poco como la dominante, sobre todo, en la doctrina emanada del Tribunal Supremo. En el fondo, el conflicto en la práctica surge por las mayores exigencias que se presumen para el caso de una persona que es miembro de un órgano de administración, en especial las retributivas.

Como se ha anticipado en el párrafo anterior, sobre el particular existen varios pronunciamientos jurisprudenciales que consideran la imposibilidad de superponer un vínculo laboral de alta dirección con la condición de administrador de la sociedad⁶⁴⁸. En otras palabras, vienen a

aplicación las garantías del FOGASA a los créditos indemnizatorios debidos por la extinción de su contrato.

⁶⁴⁸ Por ejemplo, prohíben el doble vínculo sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tales como: la del 29 de septiembre de 1988 o de 4 de junio de 1996. También existen pronunciamientos de la Sala civil de este mismo sentido, como por ejemplo: la de

prohibir la posibilidad de “laboralizar” a los administradores societarios. El problema de la doble condición de administrador y directivo no es nuevo, y desde la lógica económica trasluce el conflicto de una posible doble remuneración (una como administrador y otra como personal directivo), así como la posibilidad de devengar una indemnización por rescisión del contrato, comúnmente denominada “cláusula blindaje”. Mayores son los problemas si lo observamos desde el prisma jurídico, puesto que de aceptarse la convivencia de estos dos *status* dentro de la empresa podrían existir desconexiones típicas al darse una duplicidad de normativas.

Por ello, aquellos autores que han defendido esta postura doctrinal esgrimen que todos los miembros del Consejo de administración - desde el Presidente hasta el último vocal-, tienen el mismo rango en lo que se refiere a su consideración de administrador y, por ende, a todos ellos se les debería de excluir la relación laboral⁶⁴⁹. En este sentido, entre otras, la STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 1992 esgrimió que “*en modo alguno se puede aplicar ni por analogía a una relación entre la sociedad y un miembro del Consejo de administración las normas que rigen los contratos de personal de alta dirección, entre ellas, por la importancia para el caso litigioso, el art. 11 del RD 1382/1985...*” Por su parte, en otra sentencia de este mismo año dictada esta vez por la Sala de lo Social con fecha de 7 de abril de 1992 se afirmó que “*ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio pueden acudir al contrato de alta*

8 de junio de 1994 o la de 26 de abril de 2002. Todas ellas coinciden en que la relación de administrador absorbe a la de directivo y que el administrador está excluido del régimen laboral, debiéndose aplicar para estos la normativa mercantil.

⁶⁴⁹ Vid. Por ejemplo, FARRANDO MIGUEL, I. “La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos. (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo penal, de 17 de julio de 2006)”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27. 2006. Página 406.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

*dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala*⁶⁵⁰.

Esta postura se ha mantenido como dominante hasta nuestros días, pudiendo traer a colación pronunciamientos más recientes que continúan en esta misma línea, v.gr. la STS de 24 de mayo de 2011⁶⁵¹ que persiste en la idea de que lo que determina la calificación de la relación de un sujeto que simultanea el cargo de administrador y alta dirección o gerencia no es el contenido de las funciones que desempeña sino la naturaleza del vínculo. De este modo, se asevera por la referida sentencia que *“si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y una relación de carácter laboral”*. La solución correcta, si se considera como válida esta postura pasaría por suponer tales percepciones como contrarias a derecho, por incumplir los requisitos establecidos en las leyes mercantiles. Por lo tanto, una indemnización por despido o demás retribuciones laborales obtenidas por un consejero o administrador que a su vez sea alto directivo quedaría vinculada por su relación mercantil y, por ende, bajo la exigencia estatutaria y aprobación por parte de la junta de

⁶⁵⁰Sentencias extraídas del estudio de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)”. En *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 28. 2007. Página 30. SÁNCHEZ-CALERO, POLO y FARRANDO MIGUEL, entre otros tantos, parecen posicionarse a favor de esta teoría.

⁶⁵¹ Rec. 1427/2010.

socios. Ello no quita para que los administradores puedan legalmente prestar otro tipo de servicios distintos al de su condición gobernadora, obviamente siempre y cuando sean radicalmente distintos de las funciones directivas, como por ejemplo un contrato de prestación de servicios o de obra más o menos esporádico (así entiendo que se desprendería del artículo 220 Ley de Sociedades de Capital).

En sentido contrario también existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales aislados que han venido admitiendo la posibilidad de convivencia bajo una relación de doble vínculo⁶⁵². Así, por ejemplo, la STS de 27 de marzo de 2003 entendió perfectamente posible la combinación entre una relación mercantil y laboral, exigiéndose la previsión estatutaria en el caso de que se retribuya por el ejercicio del cargo de administrador, y la posibilidad de otra retribución distinta de índole laboral para el caso de sus servicios de alta dirección. De este modo, en caso de despido podrían tener cabida las distintas causas indemnizadas presentes en el RD 1328/1985. Pero, sin lugar a dudas, uno de los pronunciamientos más sonados a favor de esta tesis fue el que realizó el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en su sentencia de 17 de julio del año 2006. En ella se debatieron unas cantidades exorbitantes que percibieron dos miembros del consejo de administración al poco tiempo de lograrse la fusión entre el Banco de Santander y el Banco Central Hispanoamericano, para conformar el Banco Santander Central Hispano⁶⁵³. En este caso los magistrados, pese a

⁶⁵² Por ejemplo así parecen posicionarse las STS de 9 de mayo de 2001, de 27 de marzo de 2003 o 26 de abril de 2002.

⁶⁵³ Concretamente recibieron cuantiosas cantidades tanto el Sr. XXX y el Sr. YYY. Ambos eran dirigentes del Banco Central Hispano. El primero recibió una pensión vitalicia de jubilación y un bonus de 43.750.000 de euros y diversas retribuciones en especie. El segundo recibió en su marcha 108.182.178,78 euros que con debida retención quedó en 56.254.732,98 euros.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

considerar tales remuneraciones como integrantes de una posible violación de carácter ético, razonaron que la misma depende, en definitiva del mercado. Con ello terminaron por afirmar que “*el mercado es el que fija sus altísimas retribuciones, cuyas cifras estamos acostumbrados a ver en los medios de comunicación social, y son producto de los beneficios que reporten a las empresas a las que dedican sus esfuerzos profesionales*”. La Sala entendió que las percepciones fueron aprobadas por la junta general y fueron realizadas de acuerdo con el normal proceder societario. Con todo, alguna de estas retribuciones no aparecía en los estatutos, siendo que lo que vino a permitir esta sentencia es la compatibilidad de que una misma persona integre la figura de consejero y gerente.

De este modo, según SÁNCHEZ ÁLVAREZ podría existir división dentro del propio Consejo de administración y coexistir consejeros con relación meramente mercantil junto con otros que puedan combinar, según esta segunda tesis, un contrato mercantil y laboral, si bien referido simplemente para el caso de sociedades cotizadas en bolsa, donde la posibilidad de salvar la teoría del vínculo tiene una mayor acogida⁶⁵⁴. Esta

⁶⁵⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. “¿Debe modularse la doctrina del TS y de la DGRN sobre la retribución de los administradores a la luz del art. 35.D) del CUBG?”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28. 2007. Páginas 302-303. Esta postura también se defiende en TALÉNS VISCONTI, E.E. “La retribución de los administradores y directores generales de las sociedades cotizadas”. En *Derecho de los Negocios*, núm. 267. 2013. En mi opinión, en el caso de las sociedades cotizadas, que es el tipo societario que se está analizando en estas líneas, debe primar la segunda de las tesis. En otras palabras, en el caso de sociedades cotizadas un consejero puede ser gerente sin ser este puesto absorbido por su condición de consejero. Ello llevaría a que tengan cabida los contratos de alta dirección, blindajes, indemnizaciones y demás aspectos propios de una relación laboral. El porqué de esta afirmación la baso en la existencia del Código de Buen Gobierno Corporativo. Por lo tanto, parece que se está legitimando esta posibilidad. Por otro lado, se definen dos tipos de consejeros más: los dominicales y los independientes, permitiéndose así distintos roles dentro del Consejo de Administración. Además, en las recomendaciones referentes a la retribución de consejeros se habla de la posibilidad de indemnizaciones y blindajes en el caso de consejeros ejecutivos. Por su parte, la Ley del Mercado de Valores exige la

idea se basa en que dentro del propio consejo se permite, en virtud del artículo 124.2 d) del Reglamento del Registro Mercantil, registrar a qué consejeros se les permite individual o conjuntamente ostentar la representación. Es precisamente esta división del trabajo lo que puede llevar a que efectivamente puedan darse distintas retribuciones. Similar opinión ha ofrecido sobre el particular PAZ-ARES, para quien la primera tesis descansa sobre una falacia o error “*que es juzgar por el mismo rasero las formas simples de organizar la administración de una sociedad – administrador único, administradores solidarios y administradores mancomunados- y las formas complejas –el consejo de administración*”⁶⁵⁵. Para éste autor la doctrina del vínculo o absorción de la función ejecutiva en la de administración solamente tendría sentido en el caso de administradores con formas simples. Por su parte, las formas complejas, es decir, en el seno del consejo de administración la función deliberatoria se realiza de forma intermitente y colegiada, mientras que la función ejecutiva se derivaría de su calidad de consejeros.

presentación del informe de buen gobierno basado en el CUBG, el cual como se ha dicho, permite este tipo de consejeros y estas retribuciones de carácter laboral. También en el artículo 61 bis LMV cuando se regula el contenido mínimo de este informe, se menciona dentro del apartado c) (que habla de su estructura), que se indique la existencia de consejeros cruzados o vinculados. De las anteriores consideraciones se deduce una discusión en absoluto cerrada, pero que en el caso de sociedades cotizadas, por la propia normativa dispuesta en la LMV y el CUBG considero que de forma bastante clara es posible un doble vínculo en una persona que aúne la figura de consejero y de directivo. Ello va a suponer la posibilidad de remunerar de acuerdo a la legislación laboral y de evitar los requisitos formales de la relación mercantil. Con ello no se está diciendo que todos los miembros del consejo puedan regularse conforme a esta situación, ya que los que únicamente sean personal del consejo de administración solo pueden ser retribuidos conforme a la legislación y las exigencias mercantiles. Incluso los propios consejeros ejecutivos deberían someterse a estas exigencias mercantiles en lo que atañe a sus funciones meramente como consejero.

⁶⁵⁵ PAZ-ARES, C. “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”. En *Revista para el análisis del derecho, InDret*, núm. 2. 2009. Páginas 10 y 11.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Sobre la virtualidad de esta doctrina del vínculo tenemos que tener presente, no en vano, la reciente reforma llevada a cabo por mor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que entre otros, ha actuado de manera decidida sobre el artículo 249 LSC. Este último precepto, que lleva por título “delegación de facultades del consejo de administración” ha instaurado la necesidad de que la sociedad celebre un contrato entre ésta y el consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas que deberá ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con el voto favorable de 2/3 de sus miembros (entre los que naturalmente no se debe de encontrar el consejero en cuestión). En el artículo 249 LSC *in fine* se expresa que en dicho contrato se deberán detallar todos aquellos conceptos por los que estos consejeros podrán obtener una retribución por el desempeño de sus funciones ejecutivas y se cita explícitamente la posibilidad de contener indemnizaciones por su cese anticipado, así como la contribución de la sociedad a primas de seguro o sistemas de ahorro. Se prevé, junto con ello, que el consejero no pueda recibir ninguna retribución que no esté prevista en dicho contrato. Subsiguientemente, surge la duda inmediata sobre la naturaleza jurídica que alberga dicho contrato que, aunque la ley no lo diga directamente, guarda una estrecha relación con el de alta dirección establecido en artículo 4 RDAD donde, por lo demás, solamente se hace hincapié en el sistema retributivo e indemnizatorio, así como en las funciones concretas que debe desempeñar el alto directivo, si bien, el resto de formalidades son de uso común: carácter escrito, identificación de las partes y objeto del contrato. Por ello, considero que con la nueva regulación del artículo 249 LSC estos consejeros ejecutivos podrían ser considerados al mismo tiempo como administradores de la

sociedad y como altos directivos, por lo que todo apunta a que el legislador ha pretendido romper con la imperante doctrina del vínculo y terminar por “laboralizar” de esta forma el *status* de estos sujetos⁶⁵⁶. En cualquier caso, el aspecto más interesante para el desarrollo de este estudio sería que, de prosperar esta opción interpretativa, todas estas personas podrían ser consideradas personal de alta dirección si, naturalmente, cumplen con la definición dada por el artículo 1.2 RDAD. En este sentido, estos consejeros delegados o ejecutivos podrían verse afectados, para bien o para mal, por las cláusulas contenidas en el artículo 65 LC. Cabría, no en vano, que finalmente el Tribunal Supremo optara por mantener de alguna u otra forma y pese a este cambio normativo su teoría sobre el doble vínculo, en virtud de la cual llegara a declarar que en estas situaciones la relación orgánica absorbería a la laboral, por lo que de prosperar esta segunda interpretación los consejeros delegados o figuras afines no entrarían finalmente dentro del ámbito de aplicación del predicado artículo 65 LC.

Con todo, surge otra vez la duda consistente en determinar ante qué jurisdicción cabría reivindicar la relación laboral de alta dirección que, nuevamente, esta respuesta coincidirá con la anterior, por lo que cabe asentir que el Juez de lo Social sería el órgano competente para dilucidar la

⁶⁵⁶En sentido contrario, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con ‘omnicomprensividad retributiva’”. En *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2. 2015. Página 182. Expresa el referido autor: “*Ahora bien, dicho eso, y teniendo en cuenta la finalidad a la que atendió la construcción jurisprudencial de la teoría del vínculo, no creo que la idea más feliz sea considerar que ése es un contrato laboral. La LSC no identifica su naturaleza, no califica el contrato, pero no podemos desconocer la existencia de una práctica de mercado -que no creo que haya motivo alguno para romper- que en las más importantes sociedades cotizadas denomina al contrato del consejero delegado "de prestación de servicios interno" y que, con independencia de su denominación y calificación -que no se define- se entiende que no es un contrato laboral*”.

naturaleza jurídica de esta relación. El Juez de lo Mercantil podría, no obstante, entrar a valorar si se concurre o no la cualidad de alto directivo al hilo de una solicitud de moderación o suspensión de la indemnización debida cuando esta cuestión sea pacífica⁶⁵⁷. Ahora bien, cuando lo que se discute es la naturaleza del contrato en cuestión, dicho pronunciamiento declarativo corresponderá al Juzgado de lo Social competente en virtud del territorio y del reparto funcional de dicha circunscripción.

2. Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: una modalidad del cese *ad nutum*.

El artículo 65 LC comienza su exposición estableciendo que “*durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.*” La simple lectura de este pasaje evoca a la posibilidad de desistimiento *ad nutum* contemplada por el artículo 11.1 RDAD. Ese último precepto admite la posibilidad de extinguir el contrato del alto directivo por parte del empresario sin observarse causa alguna. El único requisito establecido es que el empresario preavise dicha extinción con 3 meses de antelación como mínimo, que podrá aumentarse hasta 6 meses cuando así se haya establecido por escrito en los contratos celebrados de forma indefinida o con una duración superior a los 5 años. Por descontado, esta opción empresarial extintiva libre de causa llevará aparejada la necesidad de acompañamiento mediante la

⁶⁵⁷ Así se puede observar en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 26 de julio de 2010, proc. 190/2010 (AC/2010/1440), en la que, por lo demás, pensamos que se realiza una incorrecta interpretación sobre la doctrina del vínculo que hubiera dado lugar al pronunciamiento de un fallo distinto.

correspondiente indemnización. La razón de ser de esta vicisitud se asienta sobre los cimientos de la confianza mutua que está presente en la relación entre el empresario y alto directivo, en virtud de la cual se consideró proporcionado ampliar significativamente las posibilidades de actuación sobre estos contratos, pudiéndose incluso, como se está advirtiendo, llevarse a cabo de forma prácticamente libre⁶⁵⁸. En consecuencia, la autonomía de la voluntad que rige toda celebración de estos contratos lleva a la ordenación de una tutela en el empleo de este personal menos intensa y caracterizada por una menor garantía de permanencia en la empresa⁶⁵⁹.

Como era de esperar, también va a mantenerse la posibilidad de extinguir el contrato de alta dirección sin alegarse causa alguna cuando la empresa está inmersa en un proceso concursal. Lo que materializa el artículo 65.1 LC es simplemente el hecho de trasladar esta facultad decisoria a la administración concursal. En este sentido, se ha llegado a decir que lo único que la Ley Concursal ha previsto en este punto ha sido el hecho de transferir a la administración concursal una facultad que fuera del concurso ostenta el empresario⁶⁶⁰. Las posibilidades de actuación frente al contrato de alta dirección durante el concurso contrastan sobremanera con las predisuestas para la extinción colectiva de los trabajadores comunes, donde como se habrá podido advertir a lo largo del presente estudio, su decisión corresponde en exclusiva al Juez del Concurso. Por consiguiente, tal y como se podrá advertir a simple vista, la extinción del contrato del alto directivo cuando la empresa está en concurso presenta un procedimiento

⁶⁵⁸ MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 65”. En *Comentario de la Ley Concursal*, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 1231.

⁶⁵⁹ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 21.

⁶⁶⁰ MARTÍNEZ GARRIDO. L. “Artículo 65 LC”...*Op. Cit.* Página 782.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

mucho más ágil que el observado para los restantes trabajadores, para los que habrá que acudir al artículo 64 LC. La asunción de esta capacidad extintiva por parte de la administración concursal ha venido explicándose con el fin de facilitar que este órgano concursal pueda prescindir de los servicios de aquellos directivos que podrían resultar culpables por el fracaso del proyecto empresarial o de la insolvencia empresarial⁶⁶¹. También se ha dicho que el objetivo de esta encomienda podría radicar en la posibilidad de que se puedan amortizar algunos cargos que podrían resultar redundantes, ya que la administración concursal va asumir una vez aceptado el cargo la dirección empresarial de la concursada⁶⁶². Igualmente, se puede aducir el carácter oneroso de estos contratos, que pueden justificar que la empresa se vea en la necesidad de aligerar el pago de unos salarios elevados⁶⁶³. Estamos por tanto, como han señalado MORENO VIDA Y FERNÁNDEZ AVILÉS, ante una excepción importante del principio de la relatividad de los efectos del contrato (art. 1091 del Código Civil), puesto que los administradores concursales encargados de concluirlo no son parte del mismo, ni tampoco están investidos de potestad jurisdiccional⁶⁶⁴. Por este motivo, algunos autores no han dudado en calificar como exorbitante la facultad extintiva

⁶⁶¹ TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004. Página 763; MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 47.

⁶⁶² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. “Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal”...*Op. Cit.* Página 44; VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”...*Op. Cit.* Página 6 (La Ley 13015/2010).

⁶⁶³ STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 2014, rec. Suplicación 1694/2014 (AS/2015/101).

⁶⁶⁴ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 55.

que la Ley Concursal reserva a la administración concursal⁶⁶⁵. Y es que, el ejercicio de esta facultad se otorga inaudita parte, es decir, que el administrador concursal no tiene ninguna obligación de oír al empresario, ni mucho menos al directivo cuyo contrato se pretende extinguir. De esta suerte, va a ser el administrador concursal quien deberá de valorar en cada empresa la importancia que puedan revestir las aportaciones de los directivos, o bien considerar su carácter redundante para los intereses del concurso, que por regla general, tendrá como contrapeso el importante coste que suele suponer su mantenimiento.

El artículo 65.1 LC expresa con meridiana claridad que el sujeto encargado de llevar a cabo la extinción *ad nutum* del alto directivo es la administración concursal, jugando por ende el empresario un papel secundario en dicha decisión, puesto que éste solamente puede limitarse a proponer la adopción de dicha medida. Nada indica el artículo 65.1 LC sobre el grado de intervención exigible para poder llevar a cabo esta extinción. Ante el silencio del legislador la mayoría de la doctrina ha venido entendiendo que la facultad extintiva la ostenta el administrador concursal con independencia del grado de intervención que represente sobre las facultades de administración del deudor, es decir, que este órgano puede actuar de oficio tanto en los casos los que el auto declarativo del concurso ha previsto la mera intervención de las facultades representativas y de gestión del deudor como, *ad maiore ad minus*, cuando éstas se encuentra totalmente suspendidas⁶⁶⁶. También alguna resolución judicial de

⁶⁶⁵ Por ejemplo VIGUERA RUBIO, J. M^a. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”. En *Relaciones Laborales*, núm. 14. 2004. Página 6 (Ref. CISS 1685/2004).

⁶⁶⁶ Salvo alguna postura minoritaria que ha defendido que la administración concursal solamente puede actuar de oficio cuando está sustituyendo las facultades de administración

suplicación se ha situado en esta misma dirección y ha considerado que el artículo 40.1 LC se ha de poner en relación con el artículo 65.1 LC y su carácter específico y, por tanto, concluye que la administración concursal es competente para adoptar esta medida cualquiera que sea el régimen del concursado (*vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 8 de noviembre de 2007⁶⁶⁷). Sin embargo, existen mayores dudas interpretativas sobre el papel que debe jugar el empresario en esta decisión y, en este sentido, algunos autores han defendido que éste solamente podrá proponer a la administración concursal la adopción de la medida cuando sus facultades de administración y disposición estén meramente intervenidas y no así cuando estén suspendidas⁶⁶⁸. No obstante, desde estas líneas se llega a una solución opuesta, con base en que el derecho que ostenta el empresario en esta materia consiste simplemente en solicitar de la administración concursal la adopción de esta medida, no así la de ejecutarla por sí mismo, cuestión que no podrá realizar bajo ningún concepto. De este modo, si recordamos lo defendido cuando se trataron los aspectos relacionados con la legitimación del empresario para solicitar el inicio de un ERE Concursal y guardando coherencia con lo aseverado en aquel momento, se ha de asentir que dicha facultad puede llevarse a cabo con independencia del grado de intervención decretado, puesto que en ambos casos actúa como un

del deudor, puesto que en caso contrario solamente podrá tomar esta decisión con acuerdo del concursado o a instancia del mismo. En este sentido, TAPIA HERMIDA, A “Efectos del concurso sobre la relación laboral de alta dirección”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 264. 2005. Páginas 70 y 83.

⁶⁶⁷ STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de noviembre de 2007, rec. 285/2007.

⁶⁶⁸ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 56; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 5 (del pdf); o MONTOYA MEDINA, D. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*. Ed. Thomson-Cívitas. 2008. Página 140.

mero resorte para lograr la concreta medida solicitada. En consecuencia, como el empresario evidencia un simple derecho “a pedir”, considero que podrá instar la extinción del contrato del alto directivo tanto si sus capacidades de administración y disposición están meramente intervenidas, tanto como si lo están totalmente suspendidas.

Otra de las dudas interpretativas que suscita la redacción del artículo 65.1 LC se da respecto al plazo o lapso temporal durante el cual puede prolongarse la decisión de extinción *ad nutum* del alto directivo, y ello porque dicho precepto comienza su exposición expresando que está posibilidad podrá llevarse a cabo “*durante la tramitación del concurso*”. En ese sentido, se aprecia como el legislador no ha optado por escoger un momento concreto durante el cual pueda tomarse esta medida, sino que ha utilizado por el contrario un concepto bastante extenso. Pese a la amplitud con la que está configurado el lapso temporal durante el cual es posible acometer esta medida extintiva, el *dies a quo* o momento a partir del cual podrá dar comienzo la misma no será hasta que el administrador concursal haya aceptado su cargo y sea efectivamente nombrado. Cuestión que entiendo bastante lógica puesto que el órgano encargado de ejecutar la extinción es el propio administrador concursal. Llama la atención que no se haya prevenido un límite temporal como el predispuesto para el caso de la solicitud de medidas de ajuste de plantilla, el señalado por el artículo 64 LC, que hace esperar al momento en que el administrador concursal haya elaborado y presentado el informe avistado en los artículos 74 y 75 LC. El motivo de la supresión de este requisito podría encontrarse, como ha señalado VIGUERA RUBIO, en que el informe de situación emitido por el administrador concursal es un elemento de juicio previo a la negociación sobre la que tienen necesariamente que participar los representantes de los

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

trabajadores⁶⁶⁹. Por tanto, el hecho de que el administrador concursal no tenga que esperar a la elaboración y presentación de su propio informe facilita en gran medida la adopción de estas medidas sobre el personal de alta dirección. Por su parte, el límite posterior o *dies ad quem* será, consecuentemente, el de la conclusión del concurso. En este sentido, mientras el concurso continúe abierto va a poder actuarse sobre los contratos de los altos directivos según las previsiones del artículo 65 LC, aunque la opción más lógica será que el administrador concursal prescinda de los servicios de este colectivo en momentos iniciales del concurso, salvo en los casos en los que algún directivo aporte un valor extra para la empresa que contribuya al saneamiento o conservación de la misma. El cualquier caso, hay que tener presente que cuando se aprueba un convenio cesan los efectos del concurso y con ello también el cargo del administrador concursal, por lo que razonablemente durante este periodo no se podrá actuar contra los contratos del personal de alta dirección a través del artículo 65 LC (art. 133.1 LC), sino que habrá que hacerlo conforme las disposiciones del RD 1382/1985. No obstante, en los casos de “reinsolvencia” por incumplimiento del convenio, que dará lugar a la apertura de la fase de liquidación (142.2 LC), así como en los casos en los que se acuerde la reapertura del concurso (art. 179 LC) sí que se podría actuarse contra los directivos conforme a las prerrogativas del artículo 65 LC.

Otra de las cuestiones que cabe esclarecer acerca de este sistema es el referido al órgano judicial competente para conocer sobre la eventual impugnación de la extinción o suspensión del contrato de alta dirección ejecutada por parte la administración concursal. Esta circunstancia era

⁶⁶⁹ VIGUERA RUBIO, J. M^a. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”... *Op. Cit.* Página 9 (Ref. CISS 1685/2004).

bastante problemática bajo la redacción originaria del artículo 65 LC, puesto que éste guarda absoluto silencio sobre el particular, situación que dio lugar al enfrentamiento de dos posturas interpretativas diferentes: a) la primera pasaba por incardinar estas acciones a través del incidente concursal “común” del artículo 192 LC. Esta opción era defendible porque el artículo 195 LC, encargado de regular el incidente concursal en materia laboral, no daba la cobertura necesaria para acoger en su seno estas acciones, pues no lo contemplaba explícitamente. Por consiguiente, a falta de mención expresa tanto por el artículo 65 LC como por el propio artículo 195 LC, cabía interpretar que los pleitos suscitados entre el alto directivo y la administración concursal debían de sustanciarse a través del procedimiento incidental del artículo 192 LC, el cual, a grandes rasgos, está diseñado conforme a las reglas del juicio verbal civil⁶⁷⁰. Sin embargo, otra parte de la doctrina consideraba que pese a la falta de inclusión de esta materia dentro del mencionado artículo 195 LC y teniendo en cuenta la *vis attractiva* del artículo 192 LC frente a las acciones que no tuvieran designación específica, la reclamación del alto cargo debía de sustanciarse por la vía del incidente concursal en materia laboral⁶⁷¹. Apoyaba esta tesis la naturaleza

⁶⁷⁰ Entre otros, MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Páginas 64 a 66; TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 778; MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 785; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Páginas 12 y 13 (del pdf); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 248

⁶⁷¹ Entre otros, MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 1232; MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 70 y 71; DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 77; FALGUERÁ BARÓ, M^a. A. “Las competencias de los de los jueces de lo mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales”...*Op. Cit.* Página 60.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

laboral de la controversia, unido a la disfunción que se produciría si el alto directivo se encontrara afectado por un ERE Concursal, donde la posterior impugnación sí que iría por la vía del artículo 195 LC, así como las ventajas que esta opción presenta en segunda instancia donde se retoma la competencia por parte del orden jurisdiccional social.

Sobre esta evidente controversia se hizo eco la reforma concursal llevada a cabo a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, donde el legislador se decidió finalmente por acoger *ex lege* la segunda de estas opciones que, por lo demás, resulta bastante más deseable para los intereses del alto directivo en particular y para la rama del derecho que sustenta esta relación. En este sentido, la reforma concursal de 2011 llevó a cabo esta tarea complementando el apartado primero del artículo 65 LC a través de la siguientes proposiciones: *“la decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”*. Por consiguiente, en la actualidad ya no existe ninguna duda sobre el cauce procesal adecuado para combatir la decisión de la administración concursal consistente en extinguir o suspender el contrato del alto directivo, puesto que deberá regirse de forma indubitada por las reglas del artículo 195 LC, más afines con las dispuestas por el proceso laboral. Otra de las consecuencias que se desprende de la utilización de esta vía procesal va a consistir en que la sentencia que dicte el Juez del Concurso resolviendo el litigio puede ser objeto de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se halle ubicado el juzgado de instancia. Esta afirmación podría alcanzarse sin que el artículo 65.1 LC *in fine* exprese que *“la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”*. Por ello, este último aserto sería

un tanto redundante y quizá prescindible puesto que esta cuestión ya quedaría aclarada con la simple remisión efectuada hacia el incidente del artículo 195 LC establecida por el artículo 65.1 LC, sin más aditamentos, porque la intervención del TSJ en segunda instancia ya viene deducida de lo dispuesto en el artículo 197.8 LC que establece que “*contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del concurso, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral*”.

Otra de las incertidumbres que suscita el laconismo con el que está redactado el artículo 65 LC consiste en interpretar si cuando la empresa está en concurso solamente existe la opción de cesar *ad nutum* al personal de alta dirección, o si por el contrario también perviven dentro de este instituto el resto de causas contempladas supletoriamente por el RD1382/1985. En esencia, se debe despejar la duda de si durante el concurso también tiene cabida la decisión del empresario de extinguir el contrato del alto directivo mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable de éste, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores (art. 11.2 RDAD). Pues bien, comoquiera que el artículo 65 LC resulta de aplicación a los trabajadores que entran dentro de la definición dada por el artículo 1.2 RDAD y puesto que el primero solamente brinda una serie de soluciones que podrán adoptarse únicamente cuando la empresa está en concurso, nada obsta para una posible aplicación supletoria de este Real Decreto regulador de la relación laboral de alta dirección. De igual modo, a lo que también sucede con los trabajadores comunes que también podrían resultar despedidos según las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, los mayores interrogantes respecto a esta

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

cuestión no residen tanto en la aplicación supletoria del RDAD, que como ya se ha anticipado es perfectamente posible, sino más bien en quien deberá llevarlo a cabo y qué juez será el competente de conocer sobre la impugnación del despido. Respecto a la respuesta sobre la primera de las incógnitas planteadas hay que tener presente lo que se ha aseverado respecto de la decisión extintiva *ad nutum* establecida específicamente por el artículo 65.1 LC que, si recordamos, residía en el administrador concursal cualquiera que fuera el nivel de intervención decretado sobre las facultades administrativas y dispositivas sobre el empresario. No parece que este régimen, que ha sido defendido para el caso de la extinción *ad nutum*, resulte de aplicación para los despidos disciplinarios dictados *ex* artículo 11.2 RDAD. Más bien al contrario, la opción jurídica ajustable para estos casos sería de la compatibilizar estos despidos con las normas ordinarias que disciplinan el estatuto jurídico de la administración concursal⁶⁷². Así las cosas, cuando las facultades del empresario estén totalmente suspendidas el despido deberá ejercitarlo el administrador concursal, mientras que si están meramente intervenidas será el propio deudor con refrendo de este órgano concursal el que podrá adoptar la medida extintiva. De otro lado, en respuesta al segundo de los interrogantes, considero que la competencia jurisdiccional para resolver sobre estos supuestos la conservan los Jueces y Magistrados del orden jurisdiccional social tal y como reza el artículo 14 RDAD, puesto que el Juez del Concurso solamente extiende su competencia sobre las medidas establecidas explícitamente a lo largo del artículo 65 LC⁶⁷³.

⁶⁷² En este sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 774.

⁶⁷³ De igual forma, la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2014 expresó que todas estas acciones que quedan fuera de la previsión legal expresa del artículo 65 LC “*habrán*

Relacionado con el aspecto señalado anteriormente, debemos ubicar la posibilidad de que el alto directivo pueda incluirse en un despido colectivo, o bien ver extinguido su contrato conforme al artículo 52 ET. Esta opción está permitida por la aplicación supletoria del RD 1382/1985, donde en su artículo 12 se dice que *“dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”*. Por lo tanto, si consideremos aplicable supletoriamente este precepto debemos de concluir que también durante la situación concursal pervive la posibilidad de que el contrato de alta dirección pueda extinguirse por mor de un despido colectivo o individual basado en el artículo 52 ET. Ahora bien, resulta necesario establecer las siguientes precisiones. Si lo que se pretende es incluir a un alto directivo dentro de un despido colectivo, naturalmente el mismo deberá de llevarse a cabo según el procedimiento del artículo 64 LC, ampliamente analizado a lo largo de este estudio. La posibilidad de que el alto directivo sea incluido en un despido colectivo ya era admitida ampliamente por la doctrina judicial y la jurisprudencia con anterioridad a la promulgación de la Ley Concursal, situación que naturalmente debemos de extender dentro de la órbita del concurso⁶⁷⁴. De otro lado, tanto en el expediente judicial de regulación de empleo, como en los despidos ordenados conforme al artículo 52 c) ET el resultado crematístico será el establecimiento de un *quantum*

de ejercitarse con sujeción a la legislación sustantiva y procesal laboral, esto es, deberán ventilarse ante el juez de lo social, sin perjuicio de que la ejecución deberá incorporarse al concurso”.

⁶⁷⁴ Por todas, STS de 17 de abril de 1996, 22 de mayo de ese mismo año, o 15 de junio de 1999. Sentencias todas ellas obtenidas del estudio de: ORELLANA CANO, A.M^a. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 172.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

indemnizatorio para los trabajadores afectados consistente en 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de una anualidad. Por descontado, el directivo en estos casos no tendrá derecho a ninguna indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso, por provenir dicha extinción de causas ajenas al empresario⁶⁷⁵. En cualquier caso, esta opción no parece del todo aconsejable cuando en el contrato celebrado con el alto directivo se hubiera pactado una indemnización menor a la acabada de mencionar o cuando no se hubiera pactado nada, puesto que en estos casos si acudimos supletoriamente al artículo 11.1 RDAD vemos como la indemnización devengada será la de 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades, puesto que en estos casos sería menos costoso acudir al libre desistimiento o extinción *ad nutum* permitido por el artículo 65.1 LC.

En resumidas cuentas, el sistema de extinción *ad nutum* del contrato de alta dirección cuando la empresa está en concurso corresponde en exclusiva al administrador concursal, y ello con total independencia del grado de intervención que este órgano disponga. Esta opción ha sido criticada porque merma las garantías del personal de alta dirección frente a decisiones arbitrarias⁶⁷⁶. En cualquier caso, bajo mi punto de vista, el hecho de que pueda adoptarse sin sustento en causa legal alguna no quiere decir que el administrador concursal vaya a tomar esa decisión de forma arbitraria, caprichosa o injustificadamente, sino que serán el interés del

⁶⁷⁵ Así lo consideró, acertadamente, la STSJ de Aragón de 31 de mayo de 2005. Rec. 310/2005.

⁶⁷⁶ Así lo ha expresado VIGUERA RUBIO, J. M^a. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 7 (Ref. CISS 1685/2004). Esta autor indica que resulta censurable que, por regla general, se atribuya esta competencia en exclusiva a la administración concursal quien puede, ante sí y por sí, acordar la extinción.

concurso y la buena gestión de la empresa los motivos que guíen la decisión de este órgano⁶⁷⁷. Por ello, aunque bastante limitada causalmente, esta decisión puede impugnarse por parte del alto directivo, competencia que por lo demás recaerá en el Juez del Concurso, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 8.2 LC y 65 LC. Para ello, el procedimiento que se deberá seguir será el del incidente concursal en materia laboral contemplado en el artículo 195 LC, a mitad camino entre un juicio verbal civil y aderezado con algunos criterios propios del proceso social. Con todo, el recurso que cabrá interponer frente a la sentencia dictada por parte del Juez del Concurso será el de suplicación y con ello la competencia para conocer sobre el mismo residirá en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda en virtud del territorio.

3. La suspensión del contrato del alto directivo y la posterior extinción por su propia voluntad.

3.1. *La suspensión ad nutum del contrato*

Junto con la facultad de extinguir el contrato del personal de alta dirección, el artículo 65.1 LC brinda la posibilidad al administrador concursal para poder suspenderlo si así lo considera más conveniente. De esta suerte, el citado precepto expresa textualmente que “*durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección*”. Por consiguiente, en

⁶⁷⁷ En este sentido, ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos de trabajo del personal de alta dirección en las empresas en concurso”... *Op. Cit.* Páginas 7 (del pdf); o MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...* *Op. Cit.* Páginas 63 y 64.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

manos de la administración concursal no se encuentra simplemente la facultad de extinguir *ad nutum* el contrato del alto directivo, sino que también va a poder suspenderlo sin alegar tampoco causa alguna. Esta segunda posibilidad supone una auténtica especialidad sobre el régimen jurídico de los contratos de alta dirección, puesto que solamente se existe cuando la empresa está incurso en un procedimiento concursal, no estando esta opción prevista en el RD 1382/1985. Se trata, sin lugar a dudas, de un instrumento de flexibilización al servicio del administrador concursal para acudir a figuras de alteración del contrato menos agresivas que la extinción en unas circunstancias de dificultades económicas tales que hayan terminado por significar la entrada en concurso de acreedores. Así, en la previsión de esta medida subyace la idea de obtener un ahorro en los costes fijos de la empresa, puesto que los elevados sueldos que suelen acompañar al puesto de alta dirección pueden constituir una carga demasiado onerosa para el deudor⁶⁷⁸. Se trata, en suma, de que cuando la empresa está inmersa en un concurso de acreedores, la administración concursal tenga la opción de calibrar las posibilidades de continuidad de la empresa y el mantenimiento del empleo de los altos directivos, sosteniendo en suspenso aquellos contratos en función del posible reflotamiento o mejora de la situación económica empresarial⁶⁷⁹. Por consiguiente, estamos ante una nueva causa de suspensión, que por lo demás podrá ser adoptada *ad nutum*, es decir, sin necesidad de alegar una causa tipificada legalmente que la justifique. Parece claro que, si la causa de esta medida es el concurso, no

⁶⁷⁸ MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal...Op. Cit.* Páginas 65.

⁶⁷⁹ COSTA REYES, A. "El tratamiento concursal del personal de alta dirección". En *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 80. 2005. Página 136.

podrá prolongarse más allá de lo que dure éste y que una vez finalizado el mismo finalizará la suspensión y el trabajador retornará, en caso de que sea posible, a su puesto de trabajo⁶⁸⁰.

La utilización de la partícula disyuntiva “o” por parte del artículo 65.1 LC: “*podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección*”, ha sido interpretada por algún autor como una facultad alternativa que la ley brinda al administrador concursal y que se agota una vez ejercida en alguno de los sentidos previstos⁶⁸¹. Esta interpretación supondría que al administrador concursal solamente le restaría una alternativa donde elegir, es decir, jugar las posibilidades de actuación frente a los contratos de alta dirección con base a una sola carta. Sin embargo, esta opción no me parece del todo razonable puesto que con toda probabilidad ante la duda de qué decisión tomar, se terminaría por extinguir el contrato en cuestión. Por ello, en aras de promover las medidas de flexibilidad interna y con el fin de favorecer la estabilidad en el empleo parece más prudente interpretar que el contrato del alto directivo puede suspenderse y posteriormente, si la crisis empresarial persiste o empeora extinguirse finalmente sobre la base del propio artículo 65.1 LC. En este sentido, no parece que el empleo de la partícula disyuntiva “o” establezca una opción excluyente entre ambas medidas, forzando al administrador concursal a optar entre una u otra y sin poder posteriormente extinguir en función de la evolución de las circunstancias⁶⁸². Más bien, lo que debe significar el

⁶⁸⁰ En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”...*Op. Cit.* Página 6 (La Ley 13015/2010).

⁶⁸¹ VIGUERA RUBIO, J. M^a. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 13 (Ref. CISS 1685/2004).

⁶⁸² Así lo vienen entendiendo algunos autores: MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 66; o COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 131.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

manejo de la partícula “o” es que el administrador concursal tiene a su disposición la posibilidad de adoptar dos potenciales medidas *ad nutum*: o bien puede suspender el contrato del alto directivo o bien puede extinguirlo –naturalmente las dos cosas a la vez no pueden realizarse–, por lo que nada impide que este órgano pueda ejercitar la primera, menos agresiva y posteriormente terminar por acordar la conclusión del contrato.

Las vicisitudes de esta decisión coinciden, en esencia, con las observadas para la extinción del contrato, a la que me remito en orden de no reproducir los mismos razonamientos allí esgrimidos. Si bien, de forma resumida, se ha de insistir en que la decisión de suspender el contrato del alto directivo se encuentra en manos del administrador concursal, con independencia del grado de intervención fijado por parte del Juez del Concurso sobre las facultades empresariales del deudor. Por su parte, el empresario podrá plantear la suspensión del contrato de algún directivo al administrador concursal, también cuando sus facultades estén meramente intervenidas, permaneciendo en todo caso la decisión en este último. El momento temporal durante el cual se puede llevar a cabo la presente medida también coincide con lo que ha sido argumentado para el supuesto extintivo. Asimismo, las posibles controversias que surjan al socaire de esta decisión serán, nuevamente, competencia del Juez del Concurso a través del incidente en materia laboral regulado por el artículo 195 LC, pasando la sentencia dictada bajo este procedimiento a ser impugnada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Otorgando valor al silencio que guarda la Ley Concursal al respecto, entiendo que las consecuencias jurídicas que asumirá la suspensión del contrato serán las mismas que las reflejadas supletoriamente por la normativa laboral común y que, en esencia, significará la pérdida de

los elementos configuradores básicos de toda relación laboral, es decir, las obligaciones recíprocas de prestar trabajo y de su correspondiente remuneración (artículo 45 ET). Parece razonable, aunque el artículo 65 LC nada indique al respecto, que por seguridad jurídica la suspensión se realice por escrito y que en la misma se contenga con claridad su duración exacta o en su defecto la fijación de una condición resolutoria, marcando de este modo el momento a partir del cual el directivo deberá retornar a la empresa, puesto que la propia naturaleza jurídica de la suspensión evoca a una medida limitada en el tiempo.

3.2. Rescisión indemnizada por voluntad del alto directivo en caso de acordarse la suspensión de su contrato.

El artículo 65.2 LC contempla una posibilidad que como tal no existe en la regulación extraconcursal, que guarda una estrecha relación con la facultad extintiva por voluntad del propio directivo *ex* artículo 10.3 a) RDAD. Este último precepto previene sobre la facultad que ostenta este personal laboral especial para extinguir su contrato con derecho a la indemnización pactada, entre otras, por las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad o que sean decididas con grave transgresión de la buena fe. Ahora bien, la Ley Concursal no regula específicamente la posibilidad de modificación sustancial del contrato de alta dirección, sino que simplemente se refiere a su extinción y suspensión, por lo que, consecuentemente, la opción extintiva que se le presenta al directivo responderá simplemente a este último avatar. Por esta razón, parte de la doctrina ha tildado la posibilidad que brinda la Ley al

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

personal de alta dirección dentro del concurso como un híbrido⁶⁸³ o *tertium genus*⁶⁸⁴ entre la facultad de dimisión *ad nutum* por parte del propio directivo contemplada en el artículo 10.1 RDAD y la resolución indemnizada llevada a cabo también a instancia del propio trabajador en respuesta al incumplimiento empresarial, tal y como se acaba de advertir hace unos instantes (art. 10.3 RDAD).

En cualquier caso, bajo mi punto de vista, no estaríamos ante ninguna regulación híbrida puesto que mientras la empresa esté en concurso las previsiones reglamentarias del personal de alta dirección mantienen su vigencia y resultan de aplicación en todo aquello que no haya sido matizado expresamente por el legislador concursal. En concreto, durante el concurso el trabajador alto directivo mantiene intacta la posibilidad de dimitir sin causa y preavisando como mínimo con 3 meses de antelación –o 6 en caso de que así se hubiera establecido por escrito para contratos de duración indefinida o superiores a los 5 años-, naturalmente, sin derecho a indemnización. También conserva la facultad de extinguir su contrato, esta vez con derecho a indemnización y sin obligación de preaviso, cuando esta decisión se funde en un incumplimiento grave por parte del empresario. Por lo tanto, la opción por resolver el contrato de trabajo cuando éste se encuentra suspendido no es una “mitad entre dos cosas”, sino más bien una especialidad que la Ley Concursal prevé para reaccionar frente a este incumplimiento del empresario, posibilidad que fuera del concurso no existe, puesto que el RD1382/1985 no regula la suspensión del contrato del

⁶⁸³ MONTOYA MEDINA, D. “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes”... *Op. Cit.* Página 8 (del pdf).

⁶⁸⁴ ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”... *Op. Cit.* Página 8 (del pdf).

alto directivo. Más bien, lo que lleva a cabo el legislador concursal en este punto es una auténtica traslación de la capacidad que tiene el personal laboral de alta dirección de rescindir con derecho a indemnización su contrato de trabajo por el incumplimiento grave del empresario (artículo 10.3 RDAD) a la nueva vicisitud que incorpora cuando la empresa está en concurso, es decir, a la suspensión del contrato. Por ello, en mi opinión, esta decisión contiene un carácter causal que se encuentra suficiente avalado por la falta de ocupación efectiva o suspensión del contrato, circunstancia que puede repercutir en importantes perjuicios para este tipo de sujetos.

Tal y como se está aseverando en este apartado, sabemos que el legislador concursal brinda al trabajador alto directivo la oportunidad de poder extinguir su contrato cuando previamente la administración concursal haya optado por suspenderlo. Cabe esgrimir, por consiguiente, que esta forma de extinción tampoco requiere de ninguna aprobación por parte del Juez Concurso, sino que nace por voluntad unilateral del propio directivo. Por su parte, la indemnización que se le adeude va a ser la misma que le corresponda para el caso de que haya sido despedido por el administrador concursal, cuestión sobre la que no vamos a entrar por el momento puesto que será objeto de un amplio tratamiento en los epígrafes subsiguientes. En cualquier caso, sí que cabe afirmar en este preciso instante que el derecho a la indemnización deriva en estos casos porque la voluntad extintiva del alto directivo no es caprichosa, ni obedece a un acto de puro desistimiento sin causa,⁶⁸⁵ sino que proviene de un acto previo ejercitado por parte del

⁶⁸⁵ Vid. MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 18 (del pdf). VIQUEIRA PÉREZ dirá que esta previsión “encierra el mecanismo de un despido indirecto: ante la falta de ocupación, de salario y de prestación por desempleo que implica la suspensión del contrato, es altamente probable que el directivo opte por solicitar la extinción. Por eso, la indemnización a la que tiene derecho el trabajador es la

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

administrador concursal que perjudica a sus intereses, pues recordemos que el personal de alta dirección ocupa un cargo de confianza dentro de la empresa que, en ocasiones, es considerado como un *alter ego* del empresario.

Una de las especialidades que se contempla dentro del artículo 65.2 LC, junto a la ya de por sí novedad de que esta clase de contratos puedan suspenderse *ad nutum* por la simple voluntad del administrador concursal, es la presencia de un preaviso por parte del directivo para poder ejercitar el derecho de rescisión total del contrato. En este sentido, la obligación que se le reclama al trabajador de alta dirección para poder extinguir su contrato es que dé cumplimiento con el preaviso mínimo de 1 mes de antelación, tres veces menor que el contemplado por artículo 10.1 RDAD. La necesidad de imponer un preaviso, siquiera emitido con poca antelación por la especial consideración del tiempo que se presume en los procedimientos concursales, puede encontrar cierto sentido con el fin de evitar posibles daños a la masa activa y demás intereses del concurso, en especial, los presentes en el resto de acreedores, pues no olvidemos que esta decisión da origen a una indemnización, que dicho sea de paso, recibirá el calificativo de crédito contra la masa. Por ello, resulta del todo adecuado que se deba de avisar dicha decisión de abandono justificado para que el administrador concursal y la empresa tengan en cuenta dicha contingencia y puedan acomodar los haberes de la masa del concurso para el pago de la

que le hubiera correspondido si la administración concursal hubiera acordado la extinción directamente". Hoy en día sí que existe el derecho a percibir la prestación por desempleo en los casos de suspensión del contrato de trabajo, si bien la falta de salario y ocupación persisten como notas definitorias de la suspensión del mismo y que puede empujar al directivo a instar su extinción. VIQUEIRA PÉREZ, C. "Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación"...*Op. Cit.* Página 6 (La Ley 13015/2010).

indemnización resultante. Con todo, la norma concursal no contempla las consecuencias que se derivan del incumplimiento de este preaviso de 1 mes. La singularidad que reviste esta figura deja un panorama nada exento de dudas, razón por la cual se suceden opiniones tan dispares como la de considerar aplicable analógicamente la regla contenida en el artículo 10.2 RDAD, en virtud de la cual es el directivo quien debe de indemnizar a la empresa por dicho incumplimiento⁶⁸⁶. Otras alcanzan una solución contraria, basándose en la especialidad de la figura del artículo 65.2 LC que no refiere en ningún momento ninguna consecuencia posible, o bien en que durante la suspensión del contrato el directivo permanece sin retribución alguna, o que los servicios de éste no deben de ser de utilidad en la medida de que está suspendido de empleo y sueldo⁶⁸⁷. En cualquier caso, en mi opinión, la opción legal más adecuada coincidiría con la resultante de aplicar analógicamente el artículo 10.2 RDAD que dispone que: *“el empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido”*. Esto sería así porque el propio artículo 65.2 LC asigna un *quantum* indemnizatorio a favor del alto directivo que decida extinguir su contrato cuando éste ha sido previamente suspendido, por lo que la ausencia de retribución no sería suficiente para avalar esta tesis, siendo que el mes de salario debido a la

⁶⁸⁶ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 8 (del pdf); TRUJILLO DÍEZ, I.J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 778; o MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Páginas 78 y 79.

⁶⁸⁷DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23. 2005; MONTOYA MEDINA, D. *La extinción del contrato del alto directivo*. Ed. Thomson-Cívitas. 2008. Página 148; o MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 784.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

empresa por contravenir esta obligación legal podrá detraerse perfectamente del monto indemnizatorio que le corresponda al directivo. Pero, principalmente, porque el preaviso, pese a que la extinción por voluntad del alto directivo estuviera provocada, cumple una función cautelar dentro del concurso para que el administrador concursal y el deudor puedan prever con cierta antelación este crédito y acomodar de este modo la masa activa para su efectiva satisfacción, siendo que, una marcha repentina por parte del directivo podría ocasionar bastantes perjuicios para la masa del concurso. Por ello, pese a la regulación específica que ofrece la Ley Concursal sobre esta vicisitud del contrato del alto directivo, entiendo que habría que aplicar analógicamente la sanción del artículo 10.2 RDAD por falta de preaviso, puesto que, de otro modo, no existiría tampoco ningún aliciente para que éste cumpla con el deber que el propio artículo 65.2 LC expresa con meridiana claridad y que consiste como sabemos en preavisar como mínimo con 1 mes de antelación a la consumación de la efectiva extinción.

Otra de las cuestiones que se silencia por el artículo 65.2 LC es el relativo al plazo durante el cual el alto directivo puede ejercitar su derecho de rescisión del contrato. Sin embargo, fácilmente descartable sería que esta opción pudiera prorrogarse *sine die*, puesto que sólo podrá llevarse a cabo mientras perdure la suspensión del contrato y siempre dentro del concurso⁶⁸⁸. De este modo, el *dies a quo* de la decisión podrá situarse desde el mismo momento en que el alto directivo recibe la notificación mediante la cual se procede a la suspensión de su contrato, donde tendrá que advertir

⁶⁸⁸ En este sentido, MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal... Op. Cit.* Página 78; ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”... *Op. Cit.* Página 8 (del pdf); o COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”... *Op. Cit.* Página 138.

que en el plazo de 1 mes romperá su relación contractual, puesto que en caso contrario tendría que reparar esta falta, según se ha examinado, con el equivalente a 1 mes de salario a favor de la concursada. Por su parte, el *dies ad quem* vendrá condicionado con base a dos circunstancias. Por un lado, que el contrato siga suspendido. De este modo, si el contrato se extingue porque la empresa ha cesado en su actividad no tendría sentido ejercitar este derecho puesto que no podría pretenderse dar por terminado lo que ya ha sido previamente extinguido. Tampoco podría extinguirse cuando el directivo ya hubiera retornado a la empresa tras la suspensión, ya que razonablemente ya no podría acogerse a la rescisión indemnizada del artículo 65.2 LC (pudiendo no obstante acudir a cualquiera de las opciones que brinda el RD 1382/1985, ya sea sin alegar causa, donde no disfrutará de indemnización, o bien con derecho a ésta si se diera cualquiera de las causas del artículo 10.3 de este reglamento). Por otro lado, será necesario que la situación de concurso continúe abierta puesto que concluido éste no pueden regir para la empresa las prescripciones de la Ley Concursal, que ya no será vigente para la misma, salvo reapertura judicial del concurso. Por lo que, una vez concluido, el contrato de alta dirección habrá de tutelarse según las normas laborales. Surge en estos casos la duda sobre qué es lo que sucede cuando se apruebe judicialmente un convenio, donde según mi punto de vista parece que también debería decaer esta opción, puesto que el artículo 133 LC manda desaparecer los efectos de la declaración del concurso, entre los que se encuentra inserto el artículo 65 LC.

4. El tratamiento de la indemnización por extinción del contrato del alto directivo

Tanto la extinción *ad nutum* del contrato adoptada por el administrador concursal, como la reacción del alto directivo frente a la decisión suspensiva del mismo, dan lugar a la correspondiente indemnización. La primera opción la lleva aparejada porque se trata de una extinción sin causa, consecuencia que por lo demás viene siendo tradicionalmente admitida por el artículo 11.1 RDAD. Por su parte, el propio artículo 65.3 LC hace referencia expresa a la obligación de compensar esta circunstancia cuando dispone que el Juez del Concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, por lo que implícitamente está admitiendo la necesidad resarcir la extinción *ad nutum* llevada a cabo dentro del procedimiento concursal. Por lo que respecta a la extinción del contrato laboral por voluntad del alto directivo cuando previamente el administrador concursal ha decidido suspenderlo, tampoco existen inconvenientes en aceptar la necesidad de activar una compensación económica, ya que el propio artículo 65.2 LC enuncia esta consecuencia cuando dispone que mediante esta vicisitud el directivo conserva “*el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente*”. En fin, tanto la extinción del contrato por voluntad del administrador concursal, como la decidida por el propio trabajador de carácter especial como respuesta a la suspensión del mismo, llevan aparejada la obligación por parte del concursado de indemnizar según los términos y singularidades que serán observadas en las siguientes líneas.

En principio, cabe indicar que muchos de los aspectos relativos a la cuantía indemnizatoria no están contemplados en el artículo 65 LC. Este

último precepto únicamente señala aquellas especificidades que son de aplicación a las empresas en concurso y que consisten tanto en la facultad de moderación de la cuantía indemnizatoria, como en la posibilidad de aplazamiento de la misma, ambas contempladas en los apartados tercero y cuarto del artículo 65.3 LC, respectivamente. Esto significa que, por regla general, los aspectos referidos a la cuantía indemnizatoria deberán inquirirse en la normativa supletoria. En este sentido, si acudimos al artículo 11.1 RDAD podremos constatar que para la relación laboral especial de alta dirección las indemnizaciones resultantes de la extinción del contrato serán, en primer lugar, las pactadas por las partes. Estos pactos son tradicionalmente conocidos en el acervo popular como “cláusulas de blindaje”⁶⁸⁹. Se trata de aquel acuerdo o pacto alcanzado por las partes contratantes de una relación laboral especial de alta dirección mediante el cual se aplican unos montos indemnizatorios superiores a los que la normativa residualmente fija para algunos de los supuestos de extinción de este tipo de contratos. Una de las razones que explica esta regulación se encuentra en la recíproca confianza que reina en este tipo de relaciones, donde la voluntad de las partes aparece ya en el artículo 3.1 RDAD como la primera de las fuentes de derecho y obligaciones del personal de alta dirección –siempre con sujeción al RD 1382/1985 y las restantes normas supletorias-. Otra de las argumentaciones que avalaría la presencia de pactos indemnizatorios vendría animada por el exiguo *quantum* reflejado por el artículo 11.1 RDAD, lo que supone que sea bastante común en la práctica la proliferación de cláusulas de blindaje en este tipo de contratos. En último término, la necesidad de establecer pactos indemnizatorios surgiría como

⁶⁸⁹ Algún autor los ha llegado a denominar “paraguas dorados”. En este sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 780.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

reacción ante la facultad extintiva carente de causa que permite dar por finalizados a esta clase de contratos. En este orden de cosas, cabe destacar que, en principio, cuando la empresa esté en concurso van a resultar de aplicación las indemnizaciones pactadas entre la empresa y el alto directivo en el contrato individual que guía esta relación laboral especial, sin perjuicio de su moderación por parte del Juez del Concurso tal y como veremos a continuación.

En defecto de pacto, por lo general menos común, se devengará la cantidad reflejada expresamente por el artículo 11.1 RDAD, es decir, el equivalente a 7 días del salario en metálico por año de servicio con el límite de 6 mensualidades. No parece existir ningún género de dudas acerca de que la cantidad que entraría en juego en defecto de pacto cuando se den cualquiera de las vicisitudes extintivas contenidas en el párrafo primero del artículo 65 LC. Esto es así porque la extinción sin causa es una de las peculiaridades que presenta este contrato laboral especial, que en caso de concurso supone únicamente la traslación del sujeto decisor. Por ello, suele ser bastante habitual que las partes acuerden para los casos de rescisión *ad nutum* una indemnización privativa superior a la mínima reglamentaria, operando esta última residualmente. Esta situación, por tanto, es totalmente extensible al procedimiento concursal. Sin embargo, algún autor ha recelado esta posibilidad cuando la extinción ha venido ocasionada por la suspensión del contrato⁶⁹⁰. Según la postura mantenida por este sector doctrinal cuando el directivo ha extinguido su relación laboral especial como reacción frente a la suspensión previa del contrato, habrá que estar a

⁶⁹⁰ DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”... *Op. Cit.* Página 25; y MONTROYA MEDINA, D. “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes”... *Op. Cit.* Página 9 (del pdf).

la indemnización pactada “específicamente” para esta dimisión *sui generis*. De no ser así, se ha expresado que la falta de pacto no conllevaría indemnización alguna, apoyándose esta tesis minoritaria en el hecho de que lo que regula el artículo 65.2 LC es una variante de la dimisión del directivo que, como regla general, no lleva aparejada compensación.

Con todo, bajo mi punto de vista, no parece que esta sea la interpretación más adecuada sobre el precepto en cuestión. De un lado, porque lo que se contempla por el artículo 65.2 LC no sería una variante de la dimisión *ex* artículo 10.1 RDAD, sino más bien una subespecie en los casos de concurso de acreedores dimisión del directivo, si bien provocada por un incumplimiento previo del empleador, más acorde con la previsión del artículo 10.3 RDAD que sí que resulta resarcida económicamente. De otro lado, porque el propio artículo 65.2 LC concluye que para estos casos el directivo conserva “el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente”, por lo que debemos de interpretar que el legislador ha optado por conceder a sendas vicisitudes contractuales la misma consecuencia jurídica. Por ello, desde estas líneas se afirma que cuando la extinción de este contrato haya surgido al albur de una suspensión llevada a cabo por parte del administrador concursal, el alto directivo conservará siempre y en todo caso un mínimo indemnizatorio coincidente con la cifra de 7 días de salario por año con el límite de 6 mensualidades.

4.1. La facultad moderadora de la indemnización por parte del Juez del Concurso

El artículo 65.3 LC expresa textualmente que “*en caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la*

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto 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”. Como ya ha sido señalado, la extinción a la que se refiere este apartado podrá devenir bien por la decisión directa del administrador concursal o bien por voluntad del propio directivo cuando su contrato estuviere en suspenso. Ahora bien, la parquedad con las que está redactada la norma dificulta la comprensión sobre si la facultad mitigadora que está en manos del Juez del Concurso opera únicamente frente a la indemnización desprendida por estas dos vicisitudes o si, por el contrario, alcanza a otras eventuales extinciones que puedan darse también cuando la empresa está inmersa en un procedimiento concursal. Como sabemos, durante el concurso también cabe la posibilidad de llevar a cabo despidos disciplinarios sobre el personal de alta dirección, que si bien en principio no dan lugar a indemnización, podría llegar a lograrse posteriormente en caso de que éste sea declarado judicialmente improcedente, devengándose la indemnización pactada en el contrato o en su defecto la supletoria de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Asimismo, también es posible que el contrato del alto directivo se extinga por causas objetivas o en virtud de un despido colectivo, ambas con derecho a indemnización equivalente a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Junto con ello, también devengaría indemnización cualquiera de las vicisitudes del artículo 10.3 RDAD donde la extinción se produce por voluntad del propio directivo originada por un incumplimiento contractual grave por parte del empresario. Sin embargo, no parece que la moderación de la indemnización pueda darse en cualquiera de estas modalidades extintivas, puesto que una lectura sistemática llevada a cabo

sobre todos los apartados que componen el artículo 65 LC invita a que dicha posibilidad solamente alcance a los supuestos contemplados por este mismo precepto⁶⁹¹.

Una exégesis ampliatoria o extensiva sin duda favorecería la tutela de los intereses subyacentes del concurso, pero como se ha señalado desde la doctrina “*socava la posición jurídica del alto directivo y fricciona con la regla del pacta sunt servanda*”⁶⁹². Por las razones esgrimidas, la facultad de moderación de las indemnizaciones por extinción del contrato del alto directivo solamente puede tener lugar cuando ésta proviene o bien por la decisión *ad nutum* del administrador concursal o bien por la reacción del propio directivo frente a la suspensión de su contrato, es decir, por las posibilidades expresamente contenidas en el artículo 65 LC⁶⁹³. El resultado de esta interpretación restrictiva, aquí defendida, supone que cuando el contrato de alta dirección se extinga con arreglo a otra serie de causas previstas tanto el RDAD como en el Estatuto de los Trabajadores entrarán en juego, con todo su esplendor, las indemnizaciones pactadas en el contrato, o en su defecto, las derivadas en ausencia de pacto para cada caso

⁶⁹¹De igual forma: RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”, En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2005. Página 3 (La Ley 4466/2005); ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 15 (del pdf); DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”...*Op. Cit.* Páginas 27-28.

⁶⁹² Así lo expresaron MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Página 81.

⁶⁹³ En contra, VIQUEIRA PÉREZ, C. “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”...*Op. Cit.* Página 6 (La Ley 13015/2010). Para esta autora la facultad de moderación de la cuantía de la indemnización tiene como objeto aliviar la presión económica sobre la masa activa reduciendo las cláusulas de blindaje, por ello, expresa que: “*parece que la conclusión ha de ser que tal finalidad sólo se cumple si la moderación puede operar con respecto a la indemnización que se deviene de la extinción contractual fuere cual fuere su causa*”

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

concreto, sin que el Juez del Concurso pueda rebajar su cuantía, posibilidad que solamente alcanza a las modalidades instauradas por el propio artículo 65 LC.

Con todo, la reducción de la cuantía indemnizatoria para los supuestos no contemplados por el citado precepto concursal, podría intentarse mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por una alteración sobrevenida de condiciones ocasionada quizá por la excesiva onerosidad de la indemnización pactada en una situación tan especial como sería la concursal⁶⁹⁴. No obstante, su apreciación no es del todo segura, ni el éxito de tal pretensión una cuestión despejada. En su caso, el órgano competente para conocer sobre tal pretensión podría ser el propio Juez del Concurso en virtud de la regla prejudicial contenida en el artículo 9 LC, puesto que la elevada cuantía de la indemnización con clara afección sobre del patrimonio del concursado así lo justificaría⁶⁹⁵. Otra opción posible y que sería si cabe más complicada, pasaría por intentar buscar una declaración de nulidad de la cláusula de blindaje por considerarse abusiva⁶⁹⁶. Se trataría, en suma, de una medida excepcional pero que podría llegar a resultar viable cuando se hubiera actuado con mala fe o con abuso de derecho, lo que sucedería, por ejemplo, cuando dicha cláusula se pactara de forma sobrevenida tras la declaración de concurso o ante su inminencia.

Por los razonamientos ofrecidos hasta el momento, se puede llegar a la conclusión de que cuando la empresa está en situación de concurso

⁶⁹⁴ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Página 3 (La Ley 4466/2005).

⁶⁹⁵ Así, MORENO VIDA, M^a.N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Página 82.

⁶⁹⁶ Opción que contempla alguna doctrina, por ejemplo, ORELLANA CANO, A. M^a. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 177.

resulta mucho más barato despedir al alto directivo sin alegar ninguna causa que haciéndolo con sujeción a cualesquiera de los motivos establecidos en la RDAD o ET, puesto que en el primer caso será posible instar la moderación de la indemnización resultante. Como podrá apreciarse, esta regulación tiende a que la mayoría de causas de extinción se canalicen por la vía del artículo 65.1 LC, otorgando un privilegio demasiado amplio al administrador concursal, por lo que entiendo que esta cuestión debería de revisarse. Con ello, desde estas líneas se propone abrir la puerta para que legislativamente se extienda la moderación indemnizatoria a otra serie de extinciones y de esta forma terminar con otro argumento más que actúe a favor de la extinción sin causa.

Por lo que se refiere a la presencia de la facultad de moderación indemnizatoria por parte del Juez del Concurso, ésta podría explicarse razonablemente con el fin de lograr, en una situación de insolvencia genérica, la inoperatividad de las cláusulas blindaje. De este modo, se está dando la opción a que empresas inmersas en un concurso de acreedores puedan poner coto a los abusos que se hayan producido en la celebración de este tipo de contratos al albur de la nueva situación empresarial. Se ha dicho por algún autor que tal previsión ha sido incluida con toda probabilidad por la posible responsabilidad o culpa del alto directivo en la situación de insolvencia⁶⁹⁷. Sin embargo, considero que la explicación vendría dada más bien por las aseveraciones anteriormente procuradas, puesto que para la eventual culpabilidad del alto directivo en la insolvencia empresarial ya

⁶⁹⁷ALTÉS TÁRREGA, J.A. “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”...*Op. Cit.* Página 14 (del pdf); CRESPO CHAMPIÓN, F. “Especialidades respecto al personal de alta dirección”. *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 321.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

tenemos otra previsión distinta, reflejada en el artículo 65.4 LC. Con todo, la moderación de la indemnización no surge como una obligación que deba de operar siempre que exista una extinción *ad nutum* o por voluntad del propio directivo producida durante el concurso, sino que se trata de una facultad sobre la que el Juez del Concurso podrá hacer uso potestativamente. Por lo tanto, cabe asentar que la facultad moderadora no opera en nuestro derecho de forma automática. Esta es la lectura unívoca que merece el término jurídico empleado por la norma concursal, que expone textualmente “podrá moderar”.

No obstante, surgen algunas dudas sobre si el Juez del Concurso puede hacer uso de esta facultad *motu proprio* o de oficio, situación sobre la que existe cierta armonía en la doctrina, que se ha ido decantando hacía una respuesta negativa. En este sentido, la facultad que el artículo 65.3 LC brinda al Juez del Concurso siempre deberá contar con la petición del administrador concursal, por lo que el órgano judicial deberá actuar a instancia de parte⁶⁹⁸. En adición, considero que el silencio que guarda el precepto en este punto puede abrir la posibilidad a que no sea solamente el administrador concursal el único sujeto legitimado para solicitar del Juez del Concurso la predicada moderación indemnizatoria, sino que esta podrá alcanzar a cualquier persona que tenga un interés legítimo en la misma, en especial, el propio deudor, así como incluso cualquier acreedor que pueda verse afectado por el elevado crédito a favor del directivo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Entre otros muchos: MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 782; VIGUERA RUBIO, J. M^a. “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 17 (Ref. CISS 1685/2004) etc. En contrario, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Páginas 6 y 7 (La Ley 4466/2005).

⁶⁹⁹ En este sentido, COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”...*Op. Cit.* Página 143.

Respecto a la moderación de la indemnización en sí misma, basta recordar que solamente podrá devengarse cuando su cuantía se hubiera pactado expresamente en el contrato de alta dirección, puesto que en caso contrario se deberá aplicar irremediablemente la suma establecida supletoriamente por el art. 11.1 RDAD, es decir, la sabida cifra de 7 días de salario con un máximo de 6 meses. Esta fijación expresa o cláusula de blindaje puede ser la que se hubiera determinado para el desistimiento empresarial *ad nutum* previsto por el artículo 11.1 RDAD, aunque nada obstaculiza que ésta se prevea expresamente para los casos de extinción *ex artículo 65 LC* y en este sentido que se pueda válidamente acordar una indemnización inferior para estos concretos supuestos, asegurando de esta forma un menor coste con independencia de la eventual moderación judicial⁷⁰⁰. De la lectura correcta que se infiere de la locución del artículo 65.4 LC, que expresa lo siguiente: “*quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato*” se deduce que la ponderación de la indemnización sólo procedería, en su caso, cuando ésta haya sido establecida consensualmente. Junto con ello, cabe añadir que la facultad moderadora no se hace depender de ninguna causa o razón concreta, por lo que se deja a la libre discrecionalidad del Juez del Concurso, la cual, en ningún caso deberíamos de confundir con su total arbitrio⁷⁰¹, más bien al contrario, pienso que el órgano judicial deberá, como es natural, motivar el fallo de su resolución. Asimismo, para poder tomar esta decisión, entiendo que el juzgador tendrá que tener en cuenta las circunstancias de cada caso

⁷⁰⁰ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Página 4 (La Ley 4466/2005).

⁷⁰¹ MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 782; TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”...*Op. Cit.* Página 781.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

concreto, valorando la situación en que se encuentra la empresa y el concurso en general⁷⁰².

Con todo, la referida moderación judicial encuentra un límite que se encuentra establecido dentro del propio tenor del artículo 65.3 LC y que consiste en “*la indemnización establecida en la legislación laboral para los despidos colectivos*”, es decir, de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Por lo tanto, la discrecionalidad de la que dispone el Juez del Concurso para decidir si modera o no la indemnización que corresponde al personal de alta dirección se topa con un límite que viene representado en forma de cláusula suelo o módulo indemnizatorio mínimo. En este sentido, el Juez del Concurso podrá menguar la indemnización pactada entre la empresa y alto directivo hasta el límite inferior de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. De este modo, si se hubiera pactado un *quantum* indemnizatorio superior a esa cantidad el Juez podrá manejarse entre la horquilla que dista entre la cantidad allí dispuesta y la banda inferior del despido por razones objetivas dispuesto para los trabajadores “comunes”. Como el precepto en cuestión está destinado para dotar de un mecanismo que evite la satisfacción de unas indemnizaciones desmesuradas dentro de un contexto de insolvencia generalizada por parte del empresario, considero que solamente puede accionarse esta moderación cuando la cantidad establecida en el contrato de alta dirección sea superior a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. *A sensu contrario*, si la cantidad pactada es menor a la señalada habrá que respetar la autonomía de las partes respecto

⁷⁰² En este sentido, ORELLANA CANO, A.Mª. “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”...*Op. Cit.* Página 176.

a su libre fijación y atender a la cantidad dispuesta en el contrato. Parece, desde este prisma, que el legislador ha entendido que una indemnización menor a la contemplada para los casos extinción del contrato por razones objetivas y despidos colectivos guarda la necesaria proporcionalidad y medida aún en los casos en los que la empresa esté en concurso, pues solamente prevé la limitación de aquéllas que se hubieran pactado por encima de dicha cantidad. Por descontado, ante la ausencia de pacto entrará en juego la indemnización reglamentaria supletoria, fijada como sabemos en 7 días de salario por año de servicio con un máximo de 6 mensualidades, importe que, evidentemente, no podrá rebajarse en ningún caso. Su explicación podría deberse a que la finalidad de la actuación moderadora en el contexto de concurso parece ser la de atemperar las elevadas cantidades pactadas en el contrato. De esta suerte, una cantidad tan exigua como la establecida para los casos de defectos de pacto no pondría en peligro el patrimonio empresarial de la concursada⁷⁰³. Para concluir debemos de señalar que la indemnización resultante deberá de satisfacerse con cargo a la masa del concurso, aunque tampoco en este punto existe unanimidad doctrinal. En cualquier caso, sobre todas estas cuestiones volveremos más adelante con mayor detenimiento cuando tratemos el tema de los créditos laborales dentro del concurso.

⁷⁰³ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”...*Op. Cit.* Página 6 (La Ley 4466/2005).

4.2. La facultad de aplazamiento de la indemnización por parte del Juez del Concurso

La segunda de las medidas que el legislador ha prevenido respecto a la cuestión indemnizatoria consiste en la posibilidad de aplazar dicho pago. En concreto, el último apartado del artículo 65 LC establece de forma un tanto lacónica que *“la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación”*. Nuevamente, será el Juez del Concurso el órgano encargado de declarar por medio de auto el aplazamiento del pago de dicha indemnización. Para lo cual, dispondrá de plena discrecionalidad, aunque su decisión no podría ser arbitraria, por lo que consecuentemente deberá de motivarla. Junto con ello, y coincidiendo la actuación del Juez del Concurso respecto a lo visto en la moderación indemnizatoria, esta postergación contenida en el apartado cuarto del artículo 65 LC no cabría entenderla de oficio, sino que va a precisar de una previa solicitud de parte. Al contrario de lo que sucedía con la facultad moderadora, aquí el precepto sí cita expresamente a la administración concursal como órgano encargado de solicitar dicha suspensión indemnizatoria, por lo que para accionar la sustanciación de este incidente concursal parece que esta vez no estarían legitimados otra serie de sujetos interesados, en concreto, el deudor u otros acreedores.

La existencia de esta previsión radica en la posibilidad de que el alto directivo haya sido cooperador o incluso causante de la situación de insolvencia, con potenciales responsabilidades a su cargo⁷⁰⁴. Si nos vamos al artículo 172.2 LC podremos observar como una de las consecuencias de

⁷⁰⁴ MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 65 LC”...*Op. Cit.* Página 783.

que el concurso sea declarado culpable será el de *“la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”*. Por ello, como anticipación ante dicha posible responsabilidad que lleve a la adjetivación como sujeto culpable de la insolvencia al alto directivo en cuestión, el artículo 65.4 LC permite suspender la indemnización debida a causa de la extinción de su contrato. No se trata de un pérdida total de la indemnización devengada contra la masa por la extinción del contrato de trabajo del alto directivo, sino más bien una paralización de su pago a resultas del contenido de la sentencia de calificación. Por consiguiente, lo que el legislador ha previsto en este precepto compadecería con una suerte de medida cautelar, en el sentido de que se está sujetando un derecho económico devengado a favor del alto directivo hasta la firmeza de un proceso, en este caso de un incidente concursal que coincide con la pieza sexta o sección de calificación del concurso. De este modo, la indemnización fijada por la sentencia se deberá desembolsar desde el momento en que se sepa que el directivo no ha participado de la insolvencia empresarial o, dicho de otro modo, no se haya considerado culpable de la misma. No obstante, si la extinción se ha producido durante la fase común del concurso el término el fin de la suspensión indemnizatoria podrá darse tanto cuando se habrá la sección de calificación y este concluya mediante sentencia firme en la que se declara no culpable el concurso o directivo en cuestión o directamente desde el momento en que no quepa abrir esta sección sexta.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Sobre el particular se han producido algunas modificaciones legislativas. Así, si con la redacción originaria de la Ley Concursal el artículo 163.1 LC establecía con carácter positivo cuando cabía abrir la sección de calificación, la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 octubre, aparte de trasladar esta cuestión sistemáticamente al artículo 167 LC optó por ampliar las posibilidades de apertura de esta sección sexta. En este sentido, acontecerá cuando se apruebe un convenio y cuando se abra la fase de liquidación, es decir, en las dos salidas del concurso procederá la formación de la pieza de calificación, salvo para aquellos casos en los que finalmente se acuerde un convenio “poco gravoso”, que la ley lo fija cuando se establezca en el mismo una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a 3 años. Posteriormente el RD 11/2014 incorporó la regla de que este convenio “poco gravoso” podría afectar a todos los acreedores o solamente a las clases de acreedores establecidas en el artículo 94.2 LC, es decir, laborales –excluyéndose los de alta dirección-, públicos, financieros y los restantes –que serían los no incluidos dentro de las categorías anteriores-. Por lo tanto, cuando las quitas o esperas de alguna de esta “clase de acreedores” o, a mayor abundamiento para todos ellos, se pacte una quita o espera en los términos anteriormente reflejados el Juez del Concurso no procederá la formación de la pieza de calificación y por ello entiendo que será en ese preciso momento cuando se tendrá que acabar con la suspensión del abono del crédito el alto directivo, salvando de este modo la literalidad del precepto que indica “*hasta que sea firme la sentencia de calificación*”. Puede darse el caso que de incumplirse este convenio “no gravoso” se produzca una suerte de “reinsolvencia” y con ello se proceda a abrir la fase de liquidación y junto con ello la sección de calificación el concurso, pero parece que sujetar el crédito del alto directivo y esperar a

que se produzca un posible incumplimiento del convenio es una medida un tanto gravosa para estos sujetos cuyo contrato ha sido extinguido, con lo que ya no han podido participar de esta nueva insolvencia o “reinsolvencia”. Su culpabilidad en la insolvencia inicial tampoco parece que haya sido determinante, puesto que la situación en la que se dejó la empresa ya habría pasado por un extremo tal que ni siquiera dio lugar a depurar las posibles responsabilidades de los gestores. Por lo tanto, considero que en estos casos el levantamiento de la medida cautelar deberá de llevarse a cabo en la fecha en que se apruebe un convenio “no gravoso”, puesto que en estos casos tal y como se ha tenido ocasión de advertir, no se abre la sección de calificación.

En los restantes casos, es decir, cuando el convenio alcanzado por los acreedores sea considerado “gravoso” o cuando se abra la fase de liquidación, el Juez procederá a formalizar resoluciones la pieza de calificación, por lo tanto, en estos casos, más comunes, razono que habrá que estar a la literalidad del artículo 65.4 LC y esperar a que se dicte la sentencia que declare la culpabilidad o no del concurso y en caso afirmativo qué concretos sujetos son los que se van a ver afectados por dicha determinación. En este sentido, si la responsabilidad de la situación de insolvencia alcanza al directivo en cuestión, ya se ha comentado con anterioridad que una de las consecuencias que la Ley Concursal reserva para tales casos es la privación de los créditos que estos tengan a su favor, razón por la cual la indemnización extintiva finalmente no se devengará. Por su parte, si el concurso ha sido declarado no culpable o aun siéndolo el directivo no entre dentro de los sujetos responsables se levantará la medida cautelar que pesa sobre su crédito y podrá finalmente cobrarlo dependiendo del orden de prelación y de los haberes de la empresa.

Capítulo IV. Las Medidas Laborales en el Concurso

Finalmente, cabe indicar que el artículo 65 LC no establece ningún orden de prelación o incompatibilidad entre la solicitud de moderación del crédito del personal de alta dirección y el aplazamiento de su pago, por ello entiendo que ambas opciones pueden actuar tanto alternativamente como cumulativamente. En este sentido, el sujeto legitimado podrá requerir perfectamente del Juez del Concurso una resolución mediante la cual se modere la indemnización del directivo pero donde no se diga nada sobre su posible suspensión, quizá por entenderse que éste no ha influido en la situación empresarial deficitaria. Asimismo, podría optar por solicitar un aplazamiento, precisamente por pensar en una posible responsabilidad en la insolvencia empresarial pero no así su moderación, quizá por entenderse que esta resulta proporcionada o no poder efectuarse al resultar ésta inferior al límite legal. En último término, también podría pedirse en una misma solicitud ambas vicisitudes, debiéndose pronunciar el Juez del Concurso sobre ambas cuestiones en una misma resolución, donde perfectamente cabría estimar una de ellas, las dos, o ninguna, motivándose en todo caso la decisión adoptada.

CAPÍTULO V. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO QUE RESUELVE EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO.

El auto que pone fin al procedimiento judicial de regulación de empleo es constitutivo y suerte efectos *ex nunc* desde la propia fecha en la que ha sido dictado, salvo que en la propia resolución se indique expresamente otro momento posterior. Por lo tanto, en principio, la tramitación del expediente concluye con el referido auto, si bien, éste puede impugnarse por las partes. De este modo, mientras este auto no devenga firme caben contra el mismo los recursos judiciales que la propia Ley Concursal contempla.

En este orden de cosas, para combatir el auto de Juez del Concurso que resuelve sobre el expediente judicial de regulación de empleo, el legislador concursal ha optado por diseñar dos posibles vías, una colectiva y otra individual. De esta forma, por un lado, cabe impugnar al auto a través un recurso para que un órgano judicial superior en jerarquía revise las cuestiones procesales o de fondo de la resolución del Juez de lo Mercantil. En principio, nada nuevo nos estaría desvelando la anterior aseveración sino llega a ser porque, sorprendentemente, el órgano judicial encargado de conocer sobre este recurso va a ser la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en la que esté circunscrito el Juez de lo Mercantil que haya dictado dicho auto, a través, claro está, del recurso de suplicación –que es el específico de la jurisdicción social-.

La otra posibilidad que concede la Ley Concursal para poder impugnar el referido auto que resuelve el expediente judicial de regulación de empleo es la interposición de un recurso ante el mismo juez que lo ha

dictado, es decir, ante el propio Juez del Concurso, que esta vez deberá resolver por medio de sentencia. Las cuestiones que cabrían impugnar a través de este recurso son aquellas que afecten únicamente a la relación individual de un trabajador, por ejemplo, su indebida inclusión en el expediente o por la presencia de errores en la apreciación de su antigüedad u otra serie de vicisitudes relacionadas con su contrato de trabajo en particular. Por ello, la sentencia del Juez de lo Mercantil que lo resuelva solamente producirá efectos sobre el contrato del trabajador recurrente y en ningún caso lo hará sobre la medida de ajuste en sí misma, ni sobre la colectividad de trabajadores. La vía para sustanciar este recurso será a través del incidente concursal en materia laboral, cuyo procedimiento encuentra acomodo en el artículo 195 LC. Frente a esta sentencia dictada por la senda del incidente concursal laboral cabría, de nuevo, recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente, por lo que, aunque esta opción supone realizar un trayecto con más paradas, la competencia vuelve a retomarse por el orden jurisdiccional habitual para conocer sobre los aspectos sociales. En ambos casos, tanto a partir del recurso de suplicación contra el auto que resuelve el ERE Concursal, como del recurso de suplicación contra la sentencia que decide sobre el incidente concursal en materia laboral, ya no se va a abandonar la senda laboral y el último eslabón del recorrido judicial concluirá ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación para la unificación de doctrina. Así, como ha sido señalado, este doble cauce impugnatorio provoca serios interrogantes, pues *“no encuentran parangón en la ordenación laboral (...) al mezclarse dos jurisdicciones en un mismo*

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

proceso y simultáneamente dos clases de reclamaciones frente a una misma resolución”⁷⁰⁵.

De este modo, el legislador concursal instauró un sistema competencial entrelazado que conecta entre sí dos órdenes jurisdiccionales distintos, como son el civil y el social. Esta miscelánea de jurisdicciones es un supuesto poco común en nuestro ordenamiento jurídico, donde por regla general las materias que son competencia de un orden jurisdiccional no la suelen abandonar hasta llegar al término del respectivo camino procesal.

En este orden de cosas, podemos llegar al convencimiento de que lo se ha pretendido elaborar en el ordinal octavo del artículo 64 LC es un doble cauce o dos posibles vías de recurso para poder combatir el auto del Juez del Concurso que concluye con el procedimiento de ERE concursal, y así:

a) Por una parte, el auto que resuelve sobre las medidas extintivas, modificativas o suspensivas de carácter colectivo va a ser susceptible de recurso de suplicación.

b) Por otra parte, se permite que se realicen acciones por parte de los trabajadores y por el Fondo de Garantía Salarial a través del incidente concursal en materia laboral, referidas en todo caso a la relación laboral estrictamente individual.

Sobre esta cuestión, la doctrina judicial mercantil⁷⁰⁶ viene interpretando sin fisuras que lo que configura el legislador con este sistema

⁷⁰⁵ MOLERO MARAÑÓN. M^a. L. “Régimen de impugnación contra el auto del juez del concurso sobre medidas colectivas”. En *Aranzadi Social*, paraf. núm. 46/200713/2007. 2007. Página 1 (BIB 2007/1683).

⁷⁰⁶ Por todas: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de 2 de octubre de 2012 (Proc. 280/2011) donde se dice que **“no es por tanto una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del procedimiento sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación**

de recursos en materia concursal-laboral no es una doble vía para pedir lo mismo, es decir, que no estamos ante una alternativa en manos del solicitante que permita acudir indistintamente al recurso de suplicación y/o al incidente concursal⁷⁰⁷ (también la doctrina judicial de suplicación comparte de forma pacífica esta interpretación⁷⁰⁸). Este convencimiento

colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de sus formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc.”.

⁷⁰⁶ También sería el caso de que uno o varios trabajadores estuvieran disconformes con el importe fijado respecto a la indemnización, o sobre su inclusión errónea en el expediente, por ejemplo, si se hubiera incluido indebidamente a un representante de los trabajadores (que gozan de preferencia para quedarse en la empresa) o por otra circunstancia fijada por convenio colectivo.

⁷⁰⁷ Vid. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de 24 de abril de 2006. Extraída de: DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el proceso concursal. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* (repertorio judicial del Anexo de la obra).

⁷⁰⁸ Por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de diciembre de 2010 (AS/2011/1307), la cual cita otras resoluciones en suplicación que dan cuenta de este asunto. En la misma se dice: “**Por tanto, la Ley concursal no configura una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso, sino que es el fundamento material que persigue la reclamación la diferencia prioritaria para seleccionar una u otra vía: el anuncio del recurso de suplicación (en el que se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, si el acuerdo entre la administración concursal y los trabajadores es ajustado a derecho, o está viciado por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho...) o el planteamiento del incidente concursal laboral (aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente...).** Esta es la doctrina que han fijado la STSJ País Vasco de 6.2.2007 (AS 2007, 1241) (rec. 2823/2006), la SSTSJ Cataluña de 19.5.2008 (PROV 2008, 195601) (rec. 1363/2008) y 23.12.2009 (PROV 2010, 115857) (rec. 5682/2008) y la STSJ Castilla-La Mancha de 21.5.2009 (PROV 2009, 281395) (rec. 344/2009). PROV 2010, 115857) (rec. 5682/2008) y la STSJ Castilla-La Mancha de 21.5.2009 (PROV 2009, 281395) (rec. 344/2009).”

También puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de noviembre de 2009, que en el mismo sentido establece esta doble vía: tiene dos cauces de impugnación claramente diferenciados en el art. 64. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: “1) *El recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la legislación*

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

debe ser así por el objeto pretendido a través de una y otra vía. Así, en primer lugar, el recurso de suplicación queda expedito para plantear cuestiones surgidas por la propia decisión de las extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales colectivas, es decir, contra el auto (por ejemplo, por la inexistencia de causa para adoptar estas medidas). En segundo lugar, la previsión establecida en el apartado segundo del artículo 64.8 LC iría referida a los aspectos individuales de uno o de varios trabajadores que ven afectado algún aspecto jurídico-individual de su relación contractual (v.gr. errores en la formulación de su salario diario o pluses, o por la antigüedad en la empresa etc.)⁷⁰⁹. La razón de ser de esta previsión es que estos trabajadores individuales puedan tener un medio idóneo para poder plantear todas estas vicisitudes. En este sentido, la existencia de esta vía incidental se encuentra probablemente en que el expediente judicial de regulación de empleo no es un procedimiento que se articule a través de una auténtica contradicción entre partes, sobre todo si el periodo de consultas termina con

laboral, en tanto en cuanto se cuestione la decisión judicial de suspensión, modificación o extinción de las relaciones laborales en su vertiente colectiva, desligada, por tanto, de la afectación particularizada a los intereses concretos de determinados trabajadores. Estos recursos contra la decisión judicial colectiva no tendrán efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. 2) Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (por ej.: salario, cuantía de las indemnizaciones, categoría profesional, ejercicio del derecho preferente de permanencia en la empresa por los representantes de los trabajadores, etc.), se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, promovido en el seno del propio concurso ante el Juez de lo Mercantil que conoce de éste, quien ha de tramitarlo por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral previsto en los arts. 195 y 196 LC, y que concluirá por sentencia de dicho órgano judicial recurrible en suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia”.

⁷⁰⁹ También sería el caso de que uno o varios trabajadores estuvieran disconformes con el importe fijado respecto a la indemnización, o sobre su inclusión errónea en el expediente, por ejemplo, si se hubiera incluido indebidamente a un representante de los trabajadores (que gozan de preferencia para quedarse en la empresa) o por otra circunstancia fijada por convenio colectivo.

acuerdo, puesto que el carácter procesal del procedimiento desaparece. Con todo, no se trata de que los trabajadores puedan ejercer sus acciones con anterioridad al auto del juez, sino que se presupone la existencia de este pronunciamiento judicial.

Con todo, el sistema de recursos concursal guarda una cierta similitud con el procedimiento de despido colectivo diseñado a raíz de la Reforma Laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Esta última normativa incidió de manera decidida sobre el artículo 124 LRJS acometiendo un profundo cambio sobre su redacción y donde, en la actualidad, también subsisten dos vías distintas de impugnación contra la decisión del empresario. Así, en el ámbito netamente social, para combatir las extinciones desde la colectividad es necesario plantear demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (o la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para los casos en los que la medida despliegue sus efectos en más de una Comunidad Autónoma). Por su parte, las cuestiones puramente individuales deben de recabarse ante el Juzgado de lo Social correspondiente. Por consiguiente, sendos procedimientos confluyen en el sentido de que en ambos se diseñan dos vías distintas de impugnación dependiendo de si lo que se pretende impugnar sea colectivo o individual. Pero, aparte de esto, ambos procedimientos presentan insalvables diferencias. Así, en la legislación procesal laboral se contienen estrictas previsiones en orden a la preferencia entre ambas vías de impugnación, cuidándose detenidamente en otorgar prioridad a la demanda colectiva, cuestión ésta que resulta un tanto más difusa en la legislación concursal. En realidad, la legislación social es, por lo general, mucho más detallada en lo que se refiere al sistema de recursos que la concursal, que viene siendo algo más parca -tal y como se tendrá ocasión de ver minuciosamente en los

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

subsiguientes epígrafes-. Junto con ello, ambos sistemas también mantienen importantes diferencias en otra serie de aspectos. Por ejemplo, lo que se impugna fuera de las situaciones de concurso es la decisión del empresario, mientras que en sede concursal es el auto del órgano judicial, en este caso, del Juez de lo Mercantil. De este modo, la demanda colectiva ante el Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional es en la regulación jurisdiccional social una primera instancia procesal. Por su parte, en el ámbito concursal, aunque no sea exactamente así, la impugnación del auto compadece más con una segunda instancia judicial, razón por la cual la Ley Concursal utiliza el término “recurso”⁷¹⁰.

Por lo que respecta a la impugnación individual frente al auto, ésta no se plantea *ex novo* ante un juez como podría ser el de lo social, sino ante el propio Juez del Concurso conocedor del procedimiento y que ha concluido su tramitación mediante auto, por lo que nos estaríamos moviendo en un escenario donde la naturaleza jurídica compadecería más bien con la de recurso de reposición ante el mismo órgano que dicta una disposición. Este incidente concursal -esta vez sí- concluye mediante sentencia y contra la misma cabría interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia competente territorialmente.

Tal y como se ha visto, en esta materia no se va a seguir un *íter* frecuente o usual, el cual viene marcado porque un recurso interpuesto en

⁷¹⁰ No es estrictamente igual porque el Juez del Concurso no viene a sustituir la competencia del Juez de lo Social, sino a la extinta autorización de la Autoridad Laboral, por lo que su participación no es plenamente coincidente con una primera instancia, puesto que se compone de un procedimiento al que le faltan algunas notas típicas del proceso judicial (por eso se ha dicho que lo que el artículo 64 LC configura es una tramitación en la que se compaginan notas administrativas y judiciales; Vid. *Supra*). Además, la resolución del Juez del Concurso concluye mediante auto y no por sentencia.

instancia ante un orden jurisdiccional concreto logra alcanzar posteriormente a su órgano superior. En este sentido, en el concreto caso de las resoluciones dictadas por el Juez de lo Mercantil el tribunal competente es, generalmente, la Audiencia Provincial mediante el recurso de apelación, produciéndose así un *continuum* procesal que transita por la vía civil. Sin embargo, cuando la intervención del Juez de lo Mercantil consiste en resolver sobre las medidas colectivas de extinción, suspensión o modificación sustancial de contratos de trabajo, el órgano superior *ad quem* encargado de revisar su decisión, en caso de resultar impugnada, va a ser la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. En este sentido, la Ley Concursal bosqueja una primera instancia en la que algunas materias van a ser conocidas por parte del Juez del Concurso y una segunda, revisora, cuya competencia va a retornarse a su orden jurisdiccional natural,⁷¹¹ por lo que se ha llegado a hablar en este punto de “camino de ida y vuelta al Derecho del Trabajo”⁷¹². Esta situación supone que el sistema de recursos en materia laboral diseñado dentro del procedimiento concursal resulte, como se verá inmediatamente, bastante complejo y dé lugar a diversos interrogantes.

Por todo ello, me atrevo a decir que el sistema de recursos regulado en la Ley Concursal supone un auténtico *tertium genus* con una fisionomía e idiosincrasia muy particulares. En las siguientes líneas trataré privativamente las notas definitorias de este específico sistema de recursos, así como intentaré arrojar luz sobre alguno de los complejos interrogantes que se plantean en torno al mismo.

⁷¹¹ FALGUERA BARÓ, M.A. “Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales”. En *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 166. 2004. Página 59.

⁷¹² MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones extintivas y modificativas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 375.

I. La competencia colectiva: el recurso de suplicación contra el auto del Juez del Concurso.

1. El fundamento legal de la singular atribución competencial en materia de recursos.

El sistema de recursos señalado no pretendió ser en todo momento tal y como lo conocemos en la actualidad, puesto que en las primeras fases de la tramitación de la Ley Concursal no se contenía este retorno a las competencias del orden jurisdiccional social. En este sentido, la idea primigenia era la de que el recurso destinado a las resoluciones emitidas por parte del Juez de lo Mercantil fuera el de apelación. Este recurso también era el predestinado para todas las resoluciones, autos o sentencias que el Juez del Concursal dictara en materia laboral. Pero, finalmente el legislador acogió las críticas que por aquél entonces se realizaron contra el texto del Anteproyecto de Ley Concursal⁷¹³ y terminó por residenciar en el orden jurisdiccional social la competencia sobre aquellas resoluciones del Juez del Concurso dictadas al socaire de las extinciones, suspensiones y modificaciones sustanciales de contrato.

Los fundamentos legales se encuentran, como norma con mayor rango, en el artículo 75.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto se encarga de sistematizar las competencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. Concretamente, en su apartado segundo, que fue reformado por mor de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio se asevera que el Tribunal Superior de Justicia tiene competencia sobre *“los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los*

⁷¹³Entro otros, por RÍOS SALMERÓN, B. “El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?”...*Op. Cit.*

Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia". Descendiendo a normas con rango legal, pero con carácter ordinario, hay que tener presente lo dispuesto por la Ley Concursal y, en concreto, a sus artículos 64.8 LC y 197.8 LC, así como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en esencia, sus preceptos 190.1 y 191.4 b) LRJS. En la normativa concursal, el citado artículo 64.8 LC recoge la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra el auto que resuelve sobre el ERE Concursal. Se trata de un recurso directo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente contra el auto dictado por el Juez de lo Mercantil. Por su parte, el artículo 197.8 LC se refiere al recurso de suplicación contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del Concurso. También la normativa procesal laboral colige similares consideraciones en sus artículos 190 LRJS y siguientes, destinados a la regulación del característico recurso de suplicación. Respecto al asunto que nos ocupa el artículo 190.1 LRJS dispone que: *"las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como contra los autos y sentencias que puedan dictar los Jueces de lo Mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral"*. De forma paralela, el artículo 191.4 b) LRJS nos enuncia que podrá interponerse recurso de suplicación frente a las siguientes resoluciones: *"los autos y sentencias que se dicten por los Juzgados de lo Mercantil en el proceso concursal en cuestiones de carácter*

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

laboral. En dichas resoluciones deberán consignarse expresamente y por separado, los hechos que se estimen probados”.

En este orden de cosas, si se realiza una interpretación conjunta de todos estos preceptos en aras de conseguir una respuesta acertada sobre este complejo sistema de recursos en alzada, *grosso modo* podemos deducir que la razón de ser de la competencia del orden social de la jurisdicción podría consistir en que no se produzcan desviaciones respecto de la doctrina especializada en materia laboral⁷¹⁴. Cabe esgrimir que, con anterioridad a la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social también se llegaba a argumentar que con el establecimiento de la competencia del Tribunal Superior de Justicia a través del recurso de suplicación no suponía tampoco una unificación de criterios, desde la óptica de que la competencia para conocer sobre los expedientes de regulación de empleo residía en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por lo que, se llegaba a argumentar que esta recuperación competencial no serviría para el fin de la unificación de doctrina⁷¹⁵. Sin embargo, esta última postura, que perfectamente cabía al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal y que bien se podía extender hasta la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debemos entenderla a día de hoy obsoleta, ya que, como sabemos, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se ha extinguido con la

⁷¹⁴FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 5 (del ejemplar en pdf); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Artículo 64”. En *Comentarios a la legislación concursal*. Tomo II, (SÁNCHEZ-CALERO, J Y GUILARTE, V. Dirs). Ed. Lex Nova. 2004. Páginas 1202; MONEREO PÉREZ, J.L. “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración del concurso”...*Op. Cit.* Página 574.

⁷¹⁵DESDENTADO BONETE, A Y LIMÓN LUQUE, M.A. “Aspectos procesales de la Ley Concursal”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, (MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2006. Página 63.

modificación de esta última ley procesal laboral. En este sentido, en la actualidad es el orden jurisdiccional social el competente para conocer de las impugnaciones contra las medidas de regulación de empleo (tanto despidos colectivos, como suspensiones o modificaciones sustanciales de contrato de carácter colectivo). Por este motivo, entendemos que esta recuperación competencial en suplicación diseñada por la Ley Concursal debe acogerse con buenos ojos en el sentido de que va a permitir avanzar en una elaboración judicial unificada, sobre todo, ahora que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia tienen una experiencia mucho mayor en lo que a estas medidas de ajuste se refiere, puesto que son los órganos que conocen sobre los despidos colectivos en instancia (cuando éste afecte a una Comunidad Autónoma). Junto con ello, al poderse plantearse recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala Social del Tribunal Supremo, su jurisprudencia produce una mayor difusión sobre el orden jurisdiccional social. No en vano, también existen en este punto voces discrepantes⁷¹⁶.

2. La materia laboral como base de la atribución de competencial al orden social.

Existe cierta problemática doctrinal derivada del hecho de que el artículo 75.2 LOPJ se refiere a la competencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia para aquellas resoluciones del Juez de lo Mercantil

⁷¹⁶En este sentido, DESDENTADO BONETE quien ha afirmado que “*no es una buena idea fragmentar la misma competencia entre distintos órdenes judiciales, porque es probable que actúen con criterios demasiado diversos y el coste de la unificación resulte también demasiado costoso*”. En DESDENTADO BONETE, A. “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”...*Op. Cit.* Página 49.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

dictadas *en materia laboral*. Asimismo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social también utiliza un término similar, como es el de establecer la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para cuestiones de *carácter laboral*. Empero, no se especifica en ningún precepto que es lo que debemos de entender por “materia laboral”, concepto, en principio, bastante amplio. La amplitud del término utilizado en ambas normas (una de ellas de carácter orgánico y otra específicamente laboral) nos obliga a plantearnos si toda resolución que dicte el Juez de lo Mercantil “en materia laboral” va a ser susceptible de recurrirse mediante recurso de suplicación, o si por el contrario tendríamos que acotar esta locución, teniendo en cuenta sistemáticamente otros preceptos de la Ley Concursal. En concreto, podrían acometerse sobre el particular dos posibles interpretaciones:

1) Por un lado, se podría sostener una interpretación meramente literal. De seguirse esta tesis se debería de considerar que toda resolución que dicte el Juez del Concurso en “materia laboral” va a poder recurrirse ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Esta conclusión es a la que se podría llegar si se realiza una lectura simple sobre los artículos 75.2 LOPJ y 191.4 b) LRJS, ya que, no cabe duda de que en ellos se reserva este recurso para aquellas resoluciones dictadas en “materia laboral”. Se trataría, en suma, de una interpretación extensiva que supondría que cualquier pretensión resuelta por parte del Juez del Concurso sobre una materia que afectara a los trabajadores podría recurrirse ante el orden jurisdiccional social. También apoyaría esta primera tesis la dicción literal del artículo 82.4 LOPJ que sustrae de la competencia de las Audiencias Provinciales aquellas resoluciones que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de *naturaleza laboral*.

2) Por otro lado, se podría acometer una segunda interpretación que se apoyaría en una tesis sistemática o finalista. Para poder llegar a esta exégesis habría que tener presente otra serie de preceptos de la Ley Concursal y no atender a la mera literalidad sobre los artículos enunciados en el párrafo anterior. En concreto, lo que se encontraría en el trasfondo de esta tesis sería el hecho de que sólo se pudieran recurrir en suplicación aquellas sentencias que resuelvan los incidentes concursales laborales *ex artículo* 195 LC, así como la impugnación contra aquellos autos que declararan una extinción, suspensión o modificación sustancial del contrato de trabajo en seno concursal, tal y como se refleja en los artículo 197.8 LC y 64.8 LC, respectivamente. En suma, estaríamos ante una interpretación restringida, ya que en ésta no se contempla la posibilidad de recurrir en suplicación toda cuestión relacionada con la “materia laboral”, sino solamente frente a las materias expresamente contempladas en los referidos artículos 197.8 LC y 64.8 LC. En este sentido, la Ley Concursal, como norma especial, vendría a concretar aquellas disposiciones más generales contempladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Contra estas dos interpretaciones ladeadas, DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO mantuvieron una postura ecléctica y pese a que aceptaron como válida la tesis restrictiva, consideraron que el recurso frente a la sentencia que resolvía la extinción o suspensión del contrato del alto directivo debía de ventilarse ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia⁷¹⁷. Por lo tanto, se postularon a favor la tesis sistemática

⁷¹⁷ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...Op. Cit.* Página 135. También aparece este postura en el estudio de VELA TORRES que apostando por esta solución intermedia dio cuenta de la

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

(restrictiva), si bien, ampliaron el abanico para incorporar los autos del Juez del Concurso que resolvían las medidas de ajuste sobre del personal de alta dirección. Hoy en día esta postura intermedia habría desaparecido, puesto que la competencia para conocer sobre la impugnación de los altos directivos se ha resuelto expresamente tras la Reforma Concursal de 2011 a favor de la vía del incidente laboral del artículo 195 LC y por ello, en todo caso, su recurso compadecería con el de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia competente. Por ello, a mi entender, el problema que se debe de resolver en este punto es de naturaleza binomial, es decir, responder si las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia solamente van a conocer de los recursos provenientes de los incidentes laborales del artículo 195 LC y de los autos dictados bajo el procedimiento del artículo 64 LC, o si por el contrario se extiende a toda la “materia laboral” o impugnación en la que participen los trabajadores.

Bajo mi punto de vista, la opción que debería de prevalecer es la de la tesis restrictiva. No obstante, la tesis expansiva también puede ser defendida con razonables argumentos⁷¹⁸, sobre todo dogmáticamente, ya que podría ser conveniente, o cuanto menos interesante, que todas las resoluciones en materia laboral dictadas por el Juez del Concurso fueran a parar posteriormente a manos de la jurisdicción social⁷¹⁹. En concreto, algún

modificación que sobre el particular llevó a cabo la Ley 38/2011 sobre el artículo 65.1 LC. En VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”. En *El Concurso Laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 187.

⁷¹⁸Es tomada como base, por ejemplo, por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”... *Op. Cit. Páginas 6-9* (La Ley 1448/2003).

⁷¹⁹ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.)... *Op. Cit. Página 39*.

autor ha defendido que la suplicación cabría frente a la decisión del Juez de lo Mercantil adoptada a la luz del artículo 149.2 LC, es decir, los que se deriven de la existencia o no de una sucesión empresarial, sobre la cuantía que deba de subrogarse el adquirente o sobre las indemnizaciones pendientes de pago con anterioridad a la enajenación asumidas por el Fondo de Garantía Salarial⁷²⁰. Sin embargo, una aplicación extensiva chocaría con los pretendidos principios de unidad y universalidad del concurso con los que se iniciaba el *excursus* de este estudio (legal, de disciplina y de jurisdicción). Asimismo, la tesis restrictiva obtendría su mayor fundamentación jurídica en el hecho de que en el texto normativo especial dedicado al concurso, es decir, la Ley Concursal, sólo se contempla esta competencia del orden social para los casos de recurso frente al auto que resuelve el expediente judicial de regulación de empleo (artículo 64.8 LC) y frente a la sentencia dictada siguiendo los cauces del incidente laboral (artículo 197.8 LC). Ésta parece ser, además, la postura dominante en la doctrina científica y judicial. En suma, lo que desde aquí se pretende opinar es que hay interpretar el vocablo “materia laboral” refiriéndolo únicamente para aquellos asuntos que la propia Ley Concursal ha atribuido con carácter *exclusivo* y *excluyente* al Juez del Concurso en su fase declarativa en el artículo 8.2 LC⁷²¹, es decir, queda circunscrita a la impugnación del auto dictado por este órgano judicial en temas de extinción, suspensión o modificaciones sustanciales colectivas del contrato de trabajo (así como

⁷²⁰ VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”...*Op. Cit.* Página 188. Expresa este autor que en todos estos supuestos se tratan materias laborales y que parece lógico que la resolución judicial tenga acceso a la suplicación.

⁷²¹ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.)...*Op. Cit.* Página 42.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

para las reclamaciones relativas a los contratos de alta dirección que tengan fundamento en el artículo 65 LC)⁷²².

El supuesto más sencillo y que quizá sería redundante comentar, es el de las sentencias interpuestas ante el orden jurisdiccional social (Juzgados de lo Social). Recordemos que, pese a que la empresa esté en concurso, el orden social de la jurisdicción sigue teniendo competencia para resolver sobre gran parte de las cuestiones sociolaborales, en concreto, por la conexión que guarda con nuestro tema, para conocer sobre las modificaciones sustanciales o extinciones no colectivas o las extinciones de contrato *ex* artículo 50 ET (siempre y cuando no queden suspendidas por el inicio de un ERE Concursal). Como es natural, en estos casos el sistema de recursos coincidirá con el diseñado por la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y de forma comprensible no se abandonará en ningún momento el *íter* procesal dentro de este orden jurisdiccional. Como aspecto controvertido, podría suceder que un Juez de lo Mercantil tramite en instancia un procedimiento sobre una materia que debería haber recaído en su juez natural (social). En este sentido, si se siguiera una interpretación extensiva de la norma, habría que llegar a la conclusión de que su resolución sería objeto de recurso de suplicación, mientras que, si se atiende a una postura restrictiva se tendría que considerar que cabría recurso de apelación. Aunque estas posibles dudas deberían disiparse desde el momento en que la solución acertada para estos casos pasaría porque alguno de estos órganos declara la nulidad en segunda instancia de lo actuado por parte del Juez de lo Mercantil, que ha comenzado a conocer sobre un asunto del cual carecía de competencia, y remitir de este modo el asunto a su juez competente.

⁷²² MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones extintivas y modificativas del contrato de trabajo”...*Op. Cit.* Página 375

Centrando el tema en las materias que sí que son competencia del Juez de lo Mercantil, queda claro que frente al auto que resuelve sobre el ERE Concursal, en su vertiente colectiva, cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia, tal y como se establece como corolario del procedimiento en el artículo 64.8 LC, en su primer párrafo. De este modo, la impugnación del auto realizado por inexistencia de causa, falta de cumplimiento de los límites colectivos, ilegalidad en el periodo las consultas o demás requisitos de índole general que suponga el decaimiento de tal expediente, deberá efectuarse ante la respectiva Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. Por tanto, ha de tratarse de un error de hecho o de derecho que afecte al expediente de regulación y con ello a la totalidad de trabajadores contemplados en éste. Por el contrario, las acciones individuales deberán pasar primero por el cauce del incidente concursal en materia laboral ante el propio Juez del Concurso, pero una vez dictada sentencia por este mismo órgano el asunto terminará recayendo, de nuevo, en la jurisdicción social (pues señala el artículo 197.8 LC que contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del Concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de la Jurisdicción Laboral). Cabe recordar en este preciso instante, tras la Reforma Concursal operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la impugnación de la extinción o suspensión del contrato del alto directivo (regulada en el artículo 65 LC) también se va a tramitar por el incidente concursal laboral del artículo 195 LC, por lo que, ya no existen dudas sobre la cuestión de la competencia del órgano receptor del recurso interpuesto por estos particulares trabajadores, ya que hoy en día es claramente la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

Más problemáticas son las materias que siendo en su inicio propias de la disciplina del Derecho del Trabajo son consideradas como concursales cuando el empresario se encuentra inmerso en un procedimiento de insolvencia dentro del marco de la Ley 22/2003. Este el caso de los créditos laborales, los cuáles dejan de ser sociales para entrar de lleno en la rama de la disciplina Concursal. En este sentido, el inicial carácter social del crédito no determina el hecho de que en seno concursal la controversia que se sustancia sea laboral, sino más bien al contrario, puesto que estos créditos entran dentro de una ordenación concursal. Así, la Disposición final decimocuarta de la Ley Concursal alteró el sentido del artículo 32.5 ET, terminando con el clásico privilegio de la ejecución separada laboral, pasando a indicar que en caso de concurso serán de aplicación las disposiciones de dicha ley relativas a la clasificación de créditos y a las ejecuciones y apremios. Por tanto, estas materias quedaron excluidas del Derecho del Trabajo⁷²³. De este modo, debemos de considerar que el recurso que cabe en estos casos es el de apelación ante el orden jurisdiccional civil. Por ende, van a situarse extramuros del recurso de suplicación todas aquellas cuestiones relativas, entre otras, la impugnación de las lista de acreedores o sobre la eficacia del convenio⁷²⁴. Respecto a un posible crédito reconocido por el orden social, también se alcanzarían estas mismas conclusiones. De este modo, la competencia ejecutiva entra dentro de las competencias concursales y trasciende del propio interés del acreedor laboral, pasando a participar así de un interés general. Por este motivo, considero que deben recibir el tratamiento de los derechos concursales. Esta

⁷²³ VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”...*Op. Cit.* Página 188.

⁷²⁴ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*...*Op. Cit.* Página 135.

situación conlleva a que un recurso sobre la tutela ejecutiva no tendrá que ser interpuesto ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia cuando el concurso ya esté declarado y ello pese a que su reconocimiento haya provenído de una resolución judicial laboral. Por consiguiente, aquí el recurso también irá por la vía jurisdiccional civil. Idéntica suerte debería correr la impugnación relacionada con una medida cautelar de carácter patrimonial, puesto que como se comentó en su respectivo epígrafe, son competencia del Juez Mercantil y por ello no podrá ser tratada como materia laboral, lo que supone que el recurso de suplicación no va a ser su cauce legal para recurrir, sino que será el de la apelación civil⁷²⁵.

3. La competencia de la Audiencia Provincial.

Como contrapartida al epígrafe anterior, y siguiendo la línea constructiva que se estaba esbozando al final del mismo, cabe apuntar que, en el contexto concursal van a existir una serie de materias sociales, mejor dicho -inicialmente sociales-, que van a entrar de lleno en el proceso civil y su subsiguiente sistema de recursos. Sobre el particular la Ley Orgánica del Poder Judicial opta por ofrecer una definición residual para todos estos supuestos, ya que en su artículo 82.2.2 se expone que las Audiencias Provinciales conocerán *“de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral, debiendo especializarse a tal fin una o varias*

⁷²⁵MOLINER TAMBORERO, G. “La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”. En *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana...* Op. Cit. Páginas 80 y 81.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica”. Lo mismo sucede con el artículo 192 LC que reproduce una suerte de *vis attractiva*, al atraer para sí toda impugnación incidental que no esté contemplada ni en el artículo 195 LC ni por cualquier otra norma concursal. Por lo tanto, quedarán bajo las reglas procesales del recurso de apelación y bajo el conocimiento de la Audiencia Provincial aquellas cuestiones que, teniendo como actores a los trabajadores, no sean competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia según lo visto a lo largo de esta parte del estudio. Esta circunstancia lleva a considerar que será competencia de la Audiencia Provincial toda impugnación realizada en sede concursal relativa a la clasificación crediticia e interpuesta frente a una ejecución con carácter patrimonial o medida cautelar con carácter patrimonial⁷²⁶. Baste recordar que, por lo demás, el artículo 32.5 ET dispone que, en caso de concurso serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios, quedando así excluido su conocimiento de la disciplina del Derecho del Trabajo⁷²⁷.

Cabe apuntar también que este mismo precepto de la LOPJ supuso un mandato para la creación de nuevas secciones en la Audiencia Provincial especializadas para conocer sobre estos recursos. En este sentido, resulta del todo lógico, tal y como apuntó MOLINER TAMBORERO que si se

⁷²⁶ No será el caso de la excepción contemplada en el artículo 55.1 *in fine* LC, en el que considere que el recurso deberá ser interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que, la competencia en estos casos la conserva el juez de lo social (esta situación se dará para “*las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*”).

⁷²⁷ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 17. 2003. Página 4 (BIB 2003/1495).

constituyeron unos juzgados especializados en esta materia (los Juzgados de lo Mercantil) se realizará algo similar para el caso de los tribunales que van a conocer mayormente de los recursos entablados frente a las resoluciones dictadas por éstos⁷²⁸. De este modo, se adoptó la decisión de crear una o varias secciones especializadas con competencia exclusiva en el conocimiento de este tipo recursos (provenientes de procedimientos concursales).

Como se ha visto, estos tribunales van a recibir el grueso de los recursos dictados en el seno del concurso, salvo la de aquellas cuestiones que las leyes han atribuido bajo el conocimiento de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia mediante el recurso de suplicación. Esta situación, en lo que aquí nos atañe, no hace sino que remitirnos al citado artículo 75.2 LOPJ, para que, *a sensu contrario*, hayamos determinado qué materia, inicialmente social, van a conocer las Audiencias Provinciales.

4. El recurso de suplicación: algunas consideraciones de interés suscitadas en el seno del concurso.

Es conveniente precisar que, arbitrar un recurso de suplicación supone acudir a la normativa procesal laboral contenida en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Por ello, en esencia, será el citado texto laboral el que se siga para la tramitación del recurso de suplicación. No obstante, la legislación concursal aporta alguna especialidad sobre la sustanciación de este recurso, la cual viene focalizada

⁷²⁸ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.)...*Op. Cit.* Página 59.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

tanto en lo que se refiere a la legitimación para interponerlo, como en la previsión específica de no paralizar con su interposición la resolución adoptada por parte del Juez del Concurso.

Una primera aproximación sobre la naturaleza jurídica del recurso de suplicación laboral obliga deparar en su carácter extraordinario y alcance limitado, similar a la del recurso de casación con el que guarda una identidad sustancial⁷²⁹, salvo algunas diferencias que son de matiz, marcadas por los criterios de “sencillez y celeridad”⁷³⁰. Quiere esto decir que no se trata de un recurso que pueda establecerse siempre y en todos los casos, como así sucede con el recurso ordinario de apelación (y ello pese a que la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, haya establecido sobre este último un *quantum* mínimo para su acceso). El Tribunal Superior de Justicia tiene limitada legalmente la cognición, respecto de los hechos probados, las resoluciones recurribles, así como la necesidad de consignación de un depósito dinerario. Este hecho podría llevar a pensar que la opción por ordenar el recurso de suplicación va a ser más restrictiva que la apelación y quizá podría llegar a considerarse que por este medio se podría estar desfavoreciendo a los trabajadores dentro del concurso. Sin embargo, no alcanzo a ver por ninguna parte esta posible diferencia de trato cuando lo que se está pretendiendo precisamente es intentar que a los trabajadores se les aplique su normativa específica y que los recursos los resuelvan unos tribunales acostumbrados a tratar asuntos

⁷²⁹ “Casi casacional” se expresa por la STC 3/1983.

⁷³⁰ ALONSO OLEA, M Y MIÑAMBRES PUIG, C. *Derecho Procesal del Trabajo*. Ed. Cívitas (10ª edición). 1999. Página 319. MERCADER UGUINA ha expresado más recientemente que la diferencia entre el recurso de suplicación con los de casación laboral y civil, es “tenue, por lo que pueden considerarse como recursos análogos.”: MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch (5ª edición). 2012. Página 997.

relacionados con la materia social. Con todo, las cuestiones susceptibles de recurrirse a través del recurso extraordinario de suplicación, según refleja el artículo 193 LJS son para:

a) Reponer los autos al Estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Entre estos tres motivos, la doctrina judicial y científica viene achacando en el proceso concursal varios problemas al segundo de ellos, es decir, al relativo a los hechos probados. Esto es así porque el auto del juez del concurso puede no contener una relación de hechos probados⁷³¹, ya que sería suerte de autorización con ciertas notas que lo asemejan a un procedimiento un tanto más administrativo que judicial⁷³². En este sentido, la falta de hechos probados causaría indefensión⁷³³ y por ello existe alguna resolución judicial que ha resuelto esta cuestión considerando la nulidad del auto por estas mismas circunstancias⁷³⁴ (opción que también se ha apuntado

⁷³¹MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 69; GULLÓN RODRÍGUEZ, J. “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo den la situación de concurso”...*Op. Cit.* Página 151.

⁷³² *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 27 de septiembre de 2005.

⁷³³ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*...*Op. Cit.* Página 90.

⁷³⁴ *Vid.* STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012, que consideró que el auto realizado por el Juez del Concurso adolecía de importantes defectos en su aspecto fáctico, impidiéndose con ello la debida resolución de la suplicación. En concreto, no constaron en los hechos probados circunstancias tales como la relación laboral de los trabajadores que permitiera fijar las indemnizaciones. El resultado fue que la Sentencia del TSJ de Galicia procedió a anular la resolución recurrida para que “*con absoluta libertad de criterio se proceda a*

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

desde la doctrina científica)⁷³⁵. No obstante, baste recordar que con la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se expresa en el artículo 191.4 b) que podrá interponerse recurso de suplicación frente a “*los autos y sentencias que se dicten por los Juzgados de lo Mercantil en el proceso concursal en cuestiones de carácter laboral. En dichas resoluciones deberán consignarse expresamente y por separado, los hechos que se estimen probados*”. Por consiguiente, existe un mandato, ahora ya *ex lege*, de que los autos y sentencias contengan una relación de hechos probados para evitar posteriores problemas cuando se pretenda recurrir en suplicación. Aunque se disponga en la LRJS, esta previsión va destinada a los Jueces de lo Mercantil. Quizá, por ello, hubiese sido interesante su inclusión, de forma específica, en la normativa concursal que es la comúnmente manejada por los Jueces de lo Mercantil. Aunque, en todo caso, en virtud del principio *iura novit curia* estos jueces deben ser conocedores del ordenamiento jurídico en general y, en concreto, están acostumbrados a manejarse también en otras disciplinas, entra las que incluimos la social, por lo que este dato no tendría mayor transcendencia (aunque, es cierto, que tal vez hubiera sido preferible incorporar esta aclaración en el artículo 64.8 LC).

En otro orden de valores, el recurso de suplicación podríamos dividirlo en 2 fases distintas, siendo que, en el concreto caso concursal, se va a producir un contacto entre dos órganos jurisdiccionales de diferente

dictar otra en la que se tenga en cuenta lo expresado en los anteriores fundamentos, y se entre a resolver sobre el fondo del asunto”.

⁷³⁵ MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 1. (SAGRERA, J.M. SALA, A. Y FERRER, A. Coords.)...*Op. Cit.* Página 771. Este autor expresa que “*la impugnación de un auto que base su decisión en hechos que se estiman inciertos, únicamente podrá interponerse por la escabrosa vía de la nulidad de actuaciones del apartado a) del artículo 191 LPL*”.

orden. Por lo tanto, va a ser en el Juzgado de lo Mercantil donde se tendrían que formalizar tanto el anuncio del recurso, el escrito de interposición, así como los depósitos y consignaciones necesarios para efectuar el mismo. Sin embargo, en este punto tampoco existe unanimidad en la doctrina. En este sentido, RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA PINILLA consideraron que la tramitación de la suplicación corresponde a la Sala de lo Social interpretando que la locución “*se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social*” contenida en el propio artículo 64.8 LC referido al recurso de suplicación supone una intención de descargar al Juez de lo Mercantil de una actividad que le sería “sumamente extraña y engorrosa”⁷³⁶. En cualquier caso, la mayor parte de la doctrina científica se ha decantado por otorgar al Juez del Concurso las competencias sobre el anuncio del recurso de suplicación. En este sentido, será el mismo Juzgado de lo Mercantil el que dará traslado del mismo a las partes recurridas y también ante quién se presentarán los escritos de impugnación⁷³⁷, ocupando así el lugar que la LRJS asigna a los Juzgados de lo Social, y como indicara DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR cabría recurso de queja ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia si el Juez del Concurso cierra el paso a la tramitación de este recurso⁷³⁸. Posteriormente, se elevarán los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. La segunda fase se desarrollaría íntegramente por este último órgano jurisdiccional, ya dentro del orden social, siendo éste, en su caso, quien optará por inadmitir

⁷³⁶ RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”...*Op. Cit.* Página 13 (Ref. CISS 1244/2005).

⁷³⁷ HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 2. 2005. Página 40 (Ref. CISS 4381/2005).

⁷³⁸ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 6 (BIB 2003/1495).

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

el recurso o en caso de admitirlo designará ponente, examinará, votará y fallará⁷³⁹. Como podrá apreciarse, el reparto de este recurso de casación va poner en contacto a juzgados de diferente orden jurisdiccional, por lo que el nivel de coordinación entre ellos tiene que ser muy elevado.

Otra de las cuestiones que se han suscitado en torno a la tramitación del recurso de suplicación en el contexto concursal es respecto a las consignaciones que deben de tenerse en cuenta en este recurso (ya sea el depósito de una cantidad fija, como el importe de la condena, que no siempre procederá en caso de modificaciones sustanciales y suspensiones, pero que resultará obligatoria para los despidos). En el trasfondo de esta problemática reside la obligación de realizar la correspondiente consigna por parte de la administración concursal o el deudor cuando se alega iliquidez, cuestión que por lo demás suele ser bastante común cuando el empresario se encuentra inmerso en un proceso concursal. Este interrogante que se suscita respecto al recurso de suplicación no encuentra regulación expresa en la Ley Concursal (tampoco después de la importante Ley 38/2011 y las sucesivas reformas en materia concursal). La doctrina judicial ha abordado esta cuestión de forma heterogénea y por ello podemos encontrar pronunciamientos que se muestran favorables a la inaplicación de esta consignación⁷⁴⁰, junto con otros en los que se exige este requisito⁷⁴¹. En todo caso, parece que la opción preponderante en la doctrina judicial es esta última. Coadyuva a inclinar la balanza hacia la obligación de cumplir

⁷³⁹Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 87; o BLASCO PELLICER, A. *Los procedimientos de regulación de empleo...Op. Cit.* Página 438.

⁷⁴⁰ Por ejemplo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga de 29 de octubre de 2009 (Rec. 1660/09).

⁷⁴¹ Por ejemplo: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2008 o del País Vasco de 13 de mayo de ese mismo año.

con la correspondiente consignación para poder entablar recurso de suplicación el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en su auto de 7 de junio de 2011⁷⁴² que consideró por no preparado un recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de consignación del depósito y del importe de la condena (que fue suplido por un certificado acreditativo del administrador concursal que atestiguaba la falta de liquidez, así como el hecho de que se había hecho efectiva una dotación de cuentas en la que se asumía este crédito)⁷⁴³. En este supuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Valencia dictó auto el 7 de febrero de 2011 por el que tuvo por no preparado el recurso y contra éste se interpuso recurso de queja ante el Tribunal Supremo. Este último órgano comienza su exposición afirmando que con carácter general la consignación es un presupuesto necesario para poder recurrir y que constituye un defecto insubsanable (solo salvable por la facultad de sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario)⁷⁴⁴.

⁷⁴² ATS de 7 de junio de 2011, rec. 21/2011.

⁷⁴³ *"Se acompaña como medio alternativo a la consignación judicial, certificado acreditativo de administrador concursal..., que asume el crédito en relación a la indemnización... con suficientes activos del patrimonio, a causa de la imposibilidad de disponer de liquidez o adquirir aval..." (...)"esta Administración Concursal ha hecho efectiva una dotación en las cuentas...[de la empresa]... que se hará efectiva a la actora como crédito contra la masa una vez desaparezca la contingencia de dicho crédito y por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su caso se confirme el fallo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana".*

⁷⁴⁴ *"La jurisprudencia tiene dicho de manera uniforme que la consignación del importe de la condena es un presupuesto necesario para poder recurrir contra la sentencia que la establece, en garantía de su ejecución, y que el incumplimiento absoluto de ese requisito constituye un defecto insubsanable." (...)* Este carácter insubsanable de la falta de consignación ha sido acogido por esta Sala, entre otras muchas resoluciones, en autos de 3 de marzo de 1997, 11 de enero de 1999 y 20 de septiembre de 2002 (R. 4551/96, 4291/98 y 24/02) y en sentencia de 11 de diciembre de 2002 (R. 727/02)".

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

Una vez aclarado el carácter insubsanable que por regla general tiene este requisito, resta conectar esta circunstancia con un contexto especial, como es el de la situación concursal del recurrente y su posible falta de liquidez derivada de esta realidad. Sobre el particular, el Tribunal Supremo aseveró las siguientes consideraciones:

a) La Ley Concursal no ha establecido ninguna modificación ni previsión especial acerca de la obligación de efectuar depósitos y consignaciones.

b) La mera existencia del Concurso no es equiparable a la insolvencia del empresario ni puede suponer la falta de liquidez porque *“de la misma forma que los administradores judiciales pueden autorizar el pago de facturas o de los salarios de quienes continúan trabajando, también podrían efectuar consignaciones en metálico o mediante aval bancario solidario”*. En el último extremo, también podrían solicitar del Juez del Concurso autorización para gravar o enajenar bienes de la masa activa.

c) La consignación es un requisito de recurribilidad que no afecta a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, sino únicamente al acceso al recurso que, como se sabe, por lo que respecta al ámbito laboral es de configuración legal y no constitucional.

d) No consta que la entidad recurrente tuviera reconocido, ni siquiera solicitado el beneficio de la asistencia jurídica gratuita, cuestión obvia si se tiene en cuenta que es un sujeto con personalidad jurídica y por ello no podrían resultarle de aplicación las dispensas sobre el desembolso de los depósitos y consignaciones para recurrir que se encuentran establecidas en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Por lo tanto, a tenor de lo examinado, también cuando el deudor se encuentra inmerso en un procedimiento concursal e incluso cuando se alegue falta de liquidez por este motivo, debe de realizar las consignaciones dinerarias exigidas por la normativa para poder entablar recurso de suplicación contra el auto del Juez del Concurso que resuelve un ERE Concursal (y también para el póstumo recurso de casación). Consiguientemente, los administradores concursales deberán autorizar el desembolso de las cantidades de estas consignaciones en metálico, presentar el correspondiente aval bancario o, en su caso, solicitar autorización al Juez de lo Mercantil para enajenar o gravar algún bien de la masa activa para este fin.

4.1. Legitimación para impugnar en suplicación el auto del Juez del Concurso.

El tema de la legitimación activa para poder interponer recurso de suplicación ha sido otra de las cuestiones debatidas en el contexto del concurso de acreedores. Desde los inicios de la norma concursal la doctrina ha venido estableciendo que sólo los participantes en el expediente judicial de regulación de empleo (en concreto en las consultas) van a estar legitimados para recurrir el mismo. Por este motivo, se venía argumentando que solamente tenían legitimación para recurrir el auto los representantes de los trabajadores y la administración concursal⁷⁴⁵. Sin embargo, ya existían algunas voces que opinaban que en las consultas había que tener en cuenta al empresario deudor y permitir su participación, sobre todo, en caso

⁷⁴⁵ BAJO GARCÍA, I. “En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social* paraf. 63. 2005. Página 2 (del ejemplar en online).

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

de que sus facultades se encontraran meramente intervenidas. Por ello, podía también discutirse si éstos ostentaban o no legitimación para recurrir el auto que pone fin al procedimiento de ERE Concursal. Esta problemática debe entenderse zanjada tras la inclusión expresa del empresario entre los sujetos legitimados para impugnar el auto del Juez del Concurso. En este sentido, en la actualidad, tras la Reforma Concursal de 2011, el artículo 64.8 LC ha incorporado los sujetos que ostentan legitimación para poder recurrir el auto y en estos momentos se indica que: “*contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial podrán interponer recurso de suplicación*”. Por lo tanto, el deudor estaría perfectamente legitimado para recurrir el auto en los casos en los que el Juez del Concurso haya permitido su participación en el periodo de consultas.

Por lo que respecta a los trabajadores individuales, en líneas generales, cabe esgrimir que éstos no van a poder combatir el auto de extinción, suspensión o modificación sustancial en su vertiente colectiva. La generalidad de la doctrina venía negando de raíz tal posibilidad, basándose para ello en el hecho de que éstos ya poseen un cauce especial para recurrir el auto -por medio de la acción individual del incidente concursal laboral-. También se aducía que los trabajadores no van a tener presencia a lo largo de la tramitación del expediente, siendo esta tarea llevada a cabo por sus representantes y, por este motivo, no estarían legitimados para recurrir el auto en suplicación⁷⁴⁶. Esencialmente por estas

⁷⁴⁶ En sentido contrario lo representantes de los trabajadores, que ostentan legitimación colectiva, no pueden introducirse en aspectos de la relación laboral individual. *Vid.* HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”...*Op. Cit.* Página 39 (Ref. CISS 4381/2005).

razones, en principio, a los trabajadores se les veda cualquier posibilidad de intervención con el fin de controlar la legalidad de la resolución judicial desde una dimensión general⁷⁴⁷ (colectiva). Sin embargo, la doctrina judicial parecía admitirla en ciertos supuestos⁷⁴⁸. Interesa destacar, tanto por su claridad expositiva como por el somero repaso que realiza sobre las cuestiones relacionadas con la legitimación, la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012, sobre la cual considero oportuno reproducir un fragmento concreto⁷⁴⁹:

“Pues bien, la legitimación para intervenir como parte en el citado expediente la ostentan, según resulta de los artículos 64 y 184.1 de la Ley Concursal , de acuerdo con su naturaleza colectiva: 1º El deudor; 2º La administración concursal; 3º Los representantes de los trabajadores y 4º El Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo.

Por ello, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte, y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su relación jurídica individual a través del cauce específico regulado en el artículo 195, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral, en el que podrán defender sus

⁷⁴⁷ MOLERO MARAÑÓN, M^a. L. “Régimen de impugnación contra el auto del juez del concurso sobre medidas colectivas”...*Op. Cit.* Página 4 (BIB 2007/1683).

⁷⁴⁸ Por ejemplo, el AJM de Bilbao de 1 de julio de 2009; o la STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010.

⁷⁴⁹ STS de Galicia de 20 de marzo de 2012 (JUR/2102/128988).

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

derechos e intereses individuales y que se resolverá mediante sentencia que podrán recurrir en suplicación.

En el presente caso y ante la ausencia de representantes de los trabajadores, han sido llamados al procedimiento todos los trabajadores de la empresa, que han participado, así mismo, en el periodo de consultas y en la adopción del acuerdo extintivo que luego ha sido homologado por el juez de lo mercantil, por lo que, como excepción y ante su consideración de interesado llamado al procedimiento, el actor tiene legitimación para recurrir en suplicación el auto que declara la extinción de las relaciones laborales de diez de los trabajadores, entre los que él se encuentra”.

La inclusión en el artículo 64.8 LC de los sujetos habilitados para interponer recurso de suplicación ha sido interpretada como una fundamentación para que los trabajadores no puedan recurrir el auto directamente sino es por medio de sus representantes, ya que con anterioridad a la reforma de 2011 esta información no se contenía en el citado precepto⁷⁵⁰. También se han alzado otras voces que han negado la posibilidad de que los trabajadores puedan interponer recurso de suplicación⁷⁵¹. Sin embargo, bajo mi punto de vista, como la inclusión en el artículo 64.8 LC respecto al recurso de suplicación coincide con los sujetos que ya se incluían (y se siguen incluyendo) en el artículo 64.2 LC respecto a la legitimación para iniciar el expediente, el resultado debería coincidir con lo que ha sido defendido con anterioridad para estos supuestos. En este sentido, entiendo apropiado que cuando no exista representación legal de

⁷⁵⁰ ALTÉS TÁRREGA, J. A. La competencia del juez del concurso en materia laboral... *Op. Cit.* Páginas 101-102.

⁷⁵¹ Por ejemplo, ORELLANA CANO, N. “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”. En *El concurso laboral*, ORELLANA CANO, N. (Directora). Ed. La Ley. 2012. Página 137.

los trabajadores podrían interponer recurso de suplicación los trabajadores siempre y cuando éstos hayan participado en el expediente judicial de regulación de empleo (pues de otro modo no podrían). En cualquier caso, esta facultad podrá devenir de la representación *ad hoc*, que tras la Reforma Concursal de 2011 regula el propio artículo 64.2 LC. Se trata, si recordamos, de la designación de una comisión conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET conformada por un máximo de tres miembros e integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca. Por lo tanto, estos trabajadores elegidos democráticamente para este cometido, en tanto en cuanto van a participar activamente en el desarrollo del expediente judicial en representación de los demás empleados, podrían recurrir el auto.

Esta situación sería muy similar a la planteada para la impugnación ante la jurisdicción social de las medidas de ajuste de plantilla en un contexto “extraconcursal”. Bajo la regulación estatutaria no existen inconvenientes en admitir la facultad de esta comisión de trabajadores para entablar demanda colectiva. Así lo considera, entre otras muchas sentencias, la emitida por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 2012⁷⁵². Se utiliza, el argumento lógico, y el cual comparto, de que carecería de sentido que una representación que es capaz de negociar la extinción colectiva de los contratos de trabajo no tuviera *a posteriori* abierta la posibilidad de poder combatirla bajo la modalidad procesal del despido colectivo. Trasladables estas soluciones laborales al punto que aquí nos interesa, así como, teniendo en cuenta los argumentos que esgrimidos con anterioridad, me inclino por considerar que los trabajadores podrán recurrir en suplicación el auto dictado por parte del Juez del Concurso cuando: a)

⁷⁵² STS de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS/2012/1049).

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

formen parte de la comisión negociadora *ad hoc* compuesta por 3 trabajadores y cuyas de reglas de composición se encuentran reguladas en el artículo 41.2 ET; b) en el supuesto de que intervengan en el periodo de consultas todos los trabajadores de la empresa (cuestión permitida por la citada STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012 y que es más residual por cuanto afectaría a empresas de reducida dimensión, pues lo normal será que el propio Juez del Concurso acuerde la intervención de una comisión de un máximo de 3 miembros, tal y como reza el artículo 64.2 LC *in fine*.). Con todo, aquellos trabajadores que, de uno y otro modo, hubieran terminado por sentarse a negociar durante las consultas con el administrador concursal o, en su caso, también con el deudor, van a quedar habilitados para impugnar el auto del Juez del Concurso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, mediante, claro está, el pertinente recurso de suplicación.

Por lo demás, en el supuesto de que se interponga recurso de suplicación frente a la sentencia que resuelve un incidente concursal laboral planteado individualmente por un concreto trabajador, quedarán legitimados: a) la administración concursal; b) el propio trabajador que ha promovido el incidente; c) el empresario en los términos vistos con anterioridad; d) el FOGASA cuando haya sido citado como parte al derivarse su responsabilidad en el abono de créditos laborales.

4.2. La concurrencia de gravamen para poder recurrir el auto en suplicación.

Relacionado con el tema de la legitimación, se encuentra el hecho de que para poder recurrir en suplicación ante el Tribunal Superior de

Justicia se ha de producir un gravamen, siendo que, tan sólo la parte que haya sido perjudicada por la resolución va a poder interponer este recurso. Se produciría gravamen cuando hubiera una diferencia entre aquello que se ha pedido y lo que finalmente ha concedido la resolución judicial. En un primer momento, los jueces eran bastante rigurosos a la hora de considerar cuando se producía un gravamen⁷⁵³. Aunque también coexistían otros que, por el contrario, adoptaron una postura más flexible⁷⁵⁴. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social terminó por decantarse por esta segunda interpretación, más laxa, por cuando introdujo un nuevo apartado dentro del artículo 17 LRJS donde tras admitir la idea de que el recurso de suplicación solamente procede contra resoluciones que afectan “desfavorablemente” a las partes, predica esta circunstancia respecto de diferentes situaciones⁷⁵⁵: *“haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”*. Por esta razón, en principio, el sujeto que podrá recurrir será el vencido y no así el vencedor, pues que este último no habrá sufrido, por lo general, ningún perjuicio o gravamen. En el contexto concursal, podemos destacar, siguiendo la

⁷⁵³ Por ejemplo, SSTs de 21 de febrero de 2000, 20 de noviembre de 2001 o 2 de julio de 2002 (extraídas del Manual *Derecho Procesal Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch (11ª edición), página 396).

⁷⁵⁴ SSTs 8 de junio de 1999, 10 de noviembre de 2004, rec. 4131/2003 o 25 de enero de 2010 (esta última también del antedicho Manual).

⁷⁵⁵ GOERLICH PESET, J.Mª. “Los medios de impugnación (II): el recurso de suplicación”. En *Derecho Procesal Laboral* (ALBIOL ORTUÑO, M. ALFONSO MELLADO, C. BLASCO PELLICER, A. GOERLICH PESET, J.Mª.). E. Tirant lo Blanch (11ª edición). 2015. Página 396.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

enumeración ofrecida por ALBIOL MONTESINOS, diversos escenarios referidos al expediente judicial de regulación de empleo⁷⁵⁶:

a) Si ha existido acuerdo durante el periodo de consultas y el Juez del Concurso basa su auto en el mismo, podríamos convenir, en un primer momento, que no existe perjuicio para las partes. Por ello, parece razonable pensar que las partes no podrían recurrirlo⁷⁵⁷, o cuanto menos, su posible admisión a trámite resultaría bastante más complicada. Con todo, entiendo que pese a que se hubiera alcanzado un acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, el deudor concursado podría recurrir en suplicación el auto del Juez del Concurso cuando no hubiera participado en dicho acuerdo (pues recordemos en este punto que, pese a que el empresario puede intervenir en determinados casos en las negociaciones, en principio, la adopción del acuerdo corresponde al administrador concursal y a los representantes de los trabajadores).

b) El caso contrario se daría cuando no hay acuerdo por parte de los llamados al periodo de consultas o cuando el juez hubiera convenido la nulidad del acuerdo alcanzado. En estos supuestos se podrían convenir varias posibilidades: 1) en primer lugar, si el juez acepta en su totalidad la solicitud de la administración concursal (o en el menor de los casos del concursado) podrían recurrir el auto los representantes legales de los

⁷⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Páginas 87 y 88.

⁷⁵⁷ Se expresa por MOLERO MARAÑÓN que *“la ley concursal confiere legitimación negociadora en exclusiva al sujeto colectivo constituido por la representación de los trabajadores y, consecuentemente, y por derivación es dicho sujeto el único legitimado por la parte de los trabajadores para la interposición directa del recurso de suplicación, en su condición de parte principal en el proceso previo, sin perjuicio de que, con carácter general, si ha habido acuerdo, a dicho sujeto le faltará la condición de perjudicado por la resolución recurrida”*. En MOLERO MARAÑÓN M^a.L. *“Régimen de impugnación contra el auto del juez del concurso sobre medidas colectivas”...Op. Cit.* Página 3 (BIB/2007/1683).

trabajadores (o los propios trabajadores en los supuestos expuestos en el epígrafe anterior) y viceversa; 2) en segundo lugar, si la aceptación ha sido parcial, parece que ambas partes podrían alegar un gravamen, por lo que quedarían habilitadas para recurrir (también resultarían perjudicadas el juez se aparta de los criterios propios del principio de congruencia).

4.3. La inexistencia de efecto suspensivo de la interposición de recurso de suplicación.

Otra de las particularidades que se da en la situación de concurso sobre el recurso de suplicación y que mayores rechazos ha suscitado es el hecho de que su interposición no va a suspender la medida adoptada en instancia por parte del Juez de lo Mercantil. De esta circunstancia dan cuenta tanto el artículo 64.8 LC respecto del recurso directo frente al auto que resuelve un ERE concursal, como el artículo 197.8 LC que lo establece frente a la sentencia que pone fin al incidente laboral (regulado por el artículo 195 LC). Así, en el primero de estos artículos se dice *-in fine-*, “*que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales*”, refiriéndose tanto al recurso de suplicación como al resto de recursos establecidos en la normativa sobre proceso laboral. Correlativamente, en el segundo de estos preceptos se establece que “*ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas*”, en relación también con el recurso de suplicación y demás recursos contemplados en la ley procesal laboral. Esta situación choca de frente con la situación evidenciada desde la perspectiva de la jurisdicción social, donde los recursos sí que poseen efecto suspensivo. En el proceso concursal se ha negado tal efecto,

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

seguramente, por la mayor celeridad que se le exige al procedimiento de insolvencia. *A sensu contrario*, al sistematizar el recurso de apelación el artículo 197.6 LC dispone que “*el juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución*”. Como vemos, cuando lo que procede interponer es un recurso de apelación contra cualquier resolución dictada por parte del Juez del Concurso el legislador reserva a éste la potestad de suspender de forma motivada las actuaciones que han sido objeto de apelación, con lo que la solución ofrecida para estos casos difiere respecto a la dispuesta para el recurso de suplicación.

Este escenario ha sido abiertamente criticado por algún autor. Se ha razonado que se debe abogar que las resoluciones judiciales se cumplan y con ello no se llegue a transgredir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva dispuesto en el artículo 24 CE⁷⁵⁸. Esta contundente crítica encuentra su explicación en el hecho de que si no se suspende la resolución dictada por parte del Juez de lo Mercantil los trabajadores van a resultar efectivamente despedidos, con su contrato suspendido, o bien con alguna de sus condiciones laborales modificada. Los trabajadores despedidos o con suspensión de contrato irían percibiendo la correspondiente prestación por desempleo (obviamente, si cumplen los requisitos necesarios para su percibo) y tendrán derecho a la correspondiente indemnización (sólo en caso de despido). En estas circunstancias, una resolución dictada por parte

⁷⁵⁸ Decididamente, por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 19 (del ejemplar en pdf). Consideró que las resoluciones dictadas por el orden social deben cumplirse y no deben suponer “*meras victorias morales frente a la administración del concurso, o frente a nadie, llegado el caso.*”

del TSJ competente que deniegue la medida adoptada, sea por el motivo que sea, supondría la revocación del auto que la interpone, siendo que, en ese momento es perfectamente posible que el concurso haya concluido por convenio o por liquidación o en el peor de los casos que la empresa haya desaparecido. Por ello, esta solución puede acarrear notables problemas en lo que se refiere a la ejecución. Con ello, en algunos casos esta carencia de efectos suspensivos podría privar de eficacia a las resoluciones dictadas en segunda instancia respecto a estas materias, o lo que es lo mismo, dejar dichos pronunciamientos en meras declaraciones sin posibilidad real de ejecución⁷⁵⁹. Sin embargo, optar por la suspensión de los efectos del auto dictado por el Juez del Concurso produciría una situación latente que, en el peor de los casos, podría auspiciar la conclusión de la actividad o el cierre empresarial. En este sentido, se ha dicho, no sin razón, que predicar la suspensión de este auto podría acarrear graves consecuencias para la empresa en situación de concurso, que ante la imposibilidad de poner en marcha las medidas proyectadas podría ver empeorada la ya de por sí frágil situación financiera⁷⁶⁰. De esta manera, si la medida solicitada se realiza efectivamente como una posible solución para lograr la pervivencia empresarial, una suspensión de la misma podría ocasionar precisamente el efecto contrario, es decir, terminar por hundirla y contribuir a su desaparición.

Analizado desde este prisma, la medida laboral concreta habría sido tomada conscientemente como un mecanismo para alcanzar una de las finalidades del concurso, como sería la supervivencia y continuidad de la

⁷⁵⁹ VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”...*Op. Cit.* Página 189.

⁷⁶⁰ Así, ALTÉS TÁRREGA, J.A. *La competencia del juez del concurso en materia laboral...**Op. Cit.* Página 97.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

empresa. Aunque, de otro lado, casaría mal con supuestos en los que el empresario adoptara estas medidas de forma caprichosa, arbitraria o auspiciado por un clima adverso. Por este motivo, el legislador estaría pensando con la no suspensión de la resolución en el buen hacer de un empresario responsable (en su buena fe a la hora de valorar reajustes en la plantilla). En cualquier caso, en esta sede no todos los puntos de vista han sido pacíficos, puesto que algún autor -en concreto VELA TORRES- ha visto el diferente tratamiento sobre el efecto suspensivo ofrecido en el recurso de apelación civil respecto del de suplicación como un recelo injustificado hacía los órganos superiores de la jurisdicción social y las resoluciones que los mismos puedan adoptar en relación al concurso⁷⁶¹.

El último término, cabría señalar que los artículos 64.8 LC y 197.8 LC no sólo se refieren al recurso de suplicación, sino que también aluden a los demás recursos previstos en la legislación procesal laboral. Ello va a suponer que en el proceso concursal quepan el recurso de queja y el de casación, o como apunta MUERZA ESPARZA, también el de audiencia al rebelde o revisión (el citado autor los considera también como medios de impugnación)⁷⁶². Sin lugar a dudas, el aspecto más relevante en materia social va a consistir en la posibilidad de que las partes puedan plantear recurso de casación por unificación de doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, lo que supone una indudablemente una ventaja en lo que se refiere a la unidad de criterio en una materia tan compleja como la que está ocupando este estudio. Esta ventaja ya se invocaba al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal, cuando, por aquel entonces, la

⁷⁶¹ VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”...*Op. Cit.* Página 189.

⁷⁶² MUERZA ESPARZA, J. “Artículo 197”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO, F Dir.) Ed. Thomson-Aranzadi. 2004. Página 1294.

competencia para conocer sobre los expedientes de regulación laborales residía en la jurisdicción contencioso-administrativa. Hoy en día, estos eventuales beneficios serían si cabe mayores, ya que la competencia para conocer sobre los despidos, modificaciones sustanciales de condiciones y suspensiones de carácter colectivo corresponde al orden jurisdiccional social⁷⁶³. Sin embargo, no todos los autores han apreciado ventajas sobre esta circunstancia. En este sentido, DESDENTADO BONETE encuentra que el coste sobre la unificación de doctrina va a resultar demasiado elevado a causa de la fragmentación de la competencia laboral en distintos órdenes (en el Juez del Concurso en la instancia y ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia en alzada)⁷⁶⁴.

Con todo, precisar que el recurso ante el TS que tiene cabida en el proceso concursal es el de unificación de doctrina, que como es sobradamente conocido, trata de dar solución a situaciones en las que sobre un mismo hecho existen posturas contradictorias entre dos o más resoluciones dictadas desde los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tendrá, entre otras muchas, la tarea de intentar conseguir una igual aplicación de criterios jurídicos en materia laboral dentro del concurso de acreedores. Por lo tanto, podríamos llegar a afirmar que este órgano va a ser el garante último de la homogeneidad en las materias propias de la disciplina del Derecho del Trabajo⁷⁶⁵.

⁷⁶³ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores” En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16. 2012. Página 14 (del ejemplar en pdf).

⁷⁶⁴ DESDENTADO BONETE, A. “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 49.

⁷⁶⁵ Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”...*Op. Cit.* Página 15 (del ejemplar en pdf).

II. El incidente concursal en materia laboral.

1. Introducción.

El denominado incidente concursal se encuentra ubicado normativamente dentro del Título VII de la Ley Concursal bajo el rótulo: “De las normas procesales generales y del sistema de recursos”. Concretamente, se halla encasillado en su Capítulo III, denominado: “Del incidente concursal”. Igualmente, cabe apuntar, que el incidente concursal va a ser el cauce procedimental normal de resolución de conflictos dentro de un concurso. Además, conviene señalar que el legislador ha optado por diseñar dos tipos de incidentes material y procedimentalmente distintos: a) un incidente concursal “común” que estaría dirigido fundamentalmente para resolver sobre aquellas materias de carácter marcadamente civil y mercantil. Éste se ha configurado desde una perspectiva abierta, acogiendo una suerte de *vis attractiva* que va a suponer que todas aquellas cuestiones que no tengan una tramitación propia se tramiten por esta vía. No estamos ante un cauce procesal residual, antes al contrario, el incidente concursal “común” sería el procedimiento genérico⁷⁶⁶; b) un incidente especial que albergaría una suerte de procedimiento singular destinado, esencialmente, para ocuparse del conocimiento sobre las materias de índole laboral y que de forma expresa se remitan al mismo (podría denominarse como “incidente concursal laboral”). La singularidad que reviste este último procedimiento vendría marcada por la ordenación de un “proceso híbrido”, donde se van a entremezclar entre sí algunos trámites propios del orden jurisdiccional civil

⁷⁶⁶ En este sentido, GÓMEZ AMIGO, L. “La tramitación del incidente concursal”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33. 2014. Página 2 (del pdf). En este estudio puede verse un interesante y reciente análisis sobre el incidente concursal “común” (artículos 192 y ss.).

junto con otra serie diligencias que son privativas del ámbito social, representadas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Si nos remontamos al proceso de gestación de la Ley Concursal y damos un vistazo a su Anteproyecto podremos observar como ya desde este texto pre legislativo se convino en regular un proceso incidental dentro del concurso, si bien, no se contenía ninguna especialidad para materias de índole social. Esta primera previsión era bastante lógica, puesto que, como se habrá ido comprobando a lo largo de este estudio las atribuciones competenciales y procesales en materia laboral aparecieron con posterioridad a este Anteproyecto⁷⁶⁷. Así, el texto concursal fue variando durante su tramitación hasta que finalmente se introdujo por el Senado el cambio que supuso el sentido de su redacción actual⁷⁶⁸.

En concreto, el denominado incidente concursal en materia laboral se encuentra regulado específicamente en el artículo 195 LC. Este último precepto ha visto alterado su contenido en el año 2009, por mor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, donde se pretendió acomodar “parcialmente” las competencias del Secretario Judicial a la implantación de la Nueva Oficina Judicial y centrar, de este modo, las funciones de los jueces en el cometido constitucional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”⁷⁶⁹. Salvo

⁷⁶⁷Vid. MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social* (García-Perrote Escartín, I. Coord.)...*Op. Cit.* Página 114.

⁷⁶⁸CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Cívitas. 2005. Página 275.

⁷⁶⁹ Sobre la Nueva Oficina Judicial y las competencias que asumieron los Secretarios Judiciales puede verse, en otros: BANACLOCHE PALAO, J. “El proyecto de Nueva Oficina Judicial: ¿hacia un nuevo proceso administrativizado?”. En *Diario La Ley*, núm. 7251. 2009; BONILLA CORREA, J.A. “El Secretario Judicial y la reforma de la oficina judicial como expresión de política pública en el sector de la justicia”. En *Diario La Ley*, núm. 7404. 2010; SEOANE CHACARRÓN, J. “El Secretario judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal (civil y penal) para la implantación de la Nueva Oficina Judicial”. En *Diario La Ley*, núm. 7561. 2011; o TALÉNS VISCONTI, E.E.

esta anodina modificación, el tenor del artículo 195 LC ha permanecido inalterado hasta nuestros días.

2. El procedimiento especial diseñado en el artículo 195 LC: un *tertium genus* a medio camino entre el proceso civil y el laboral.

Como se ha anticipado, el legislador concursal ha optado por configurar dentro del artículo 195 LC un procedimiento “híbrido”, que acoge aspectos procesales propios del procedimiento civil junto con otros que son característicos del proceso laboral, quizá motivado porque el mismo se concibió como una especialidad del incidente concursal general⁷⁷⁰. En este sentido, el legislador se ha obstinado en complicar un procedimiento que, *a priori*, podría resultar mucho más sencillo si se hubiera configurado de otro modo. Cuando se introdujo en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal un incidente concursal específico para materias relacionadas con el Derecho del Trabajo se intentó que el mismo se asemejara en algunos puntos al proceso laboral, que es más afín a la resolución de controversias surgidas entre empleador y trabajadores. Con todo, esta tentativa de acomodación del incidente concursal laboral a los principios del orden jurisdiccional social no se llevó a cabo de una forma plena, sino que en su tramitación se siguen observando rasgos propios del proceso jurisdiccional

“El papel del secretario judicial con la Nueva Oficina Judicial”. En *Diario La Ley*, núm. 7886. 2012. He utilizado el término “parcialmente” porque según el artículo 195 LC el Secretario judicial podrá advertir defectos, o misiones e imprecisiones de la demanda y mandar su subsanación, así como señalar el día y la hora en el que se celebrará el acto del juicio, extremos que venían referidos al juez. Si bien, la admisión de la demanda sigue residiendo en manos del juez: “*si la demanda fuera admitida por el Juez...*” expresa el artículo 195.2 LC. Por tanto, no se admitirá o inadmitirá a través del Secretario judicial mediante decreto.

⁷⁷⁰ MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo 1, (SAGRERA, J.M. SALA, A. FERRER, A. Coords)...*Op. Cit.* Página 773.

civil. En este sentido, y pese a que este posicionamiento suponga adelantar alguna conclusión, considero que en este punto hubiera sido más conveniente seguir por entero la ordenación del proceso social, en vez de haberse quedado a mitad camino.

La primera parada lógica que debemos de efectuar a la hora de abordar el análisis del procedimiento del incidente concursal laboral es la referida al plazo dispuesto al trabajador para poder impugnar a través del mismo. En la redacción original de la Ley Concursal no se aportaba ninguna pista sobre esta cuestión, olvido que generó intensos debates, especialmente en sede judicial. De esta forma, tanto los juzgados de instancia como los tribunales de suplicación no se pusieron de acuerdo en señalar el plazo que debía de regir en esta sede, ante el referido silencio que en este punto guardaba la norma concursal. Las opciones más comunes que se solían barajar, atendiendo a la regulación subsidiaria laboral, consistieron en considerar que en este punto debía de concederse un plazo de caducidad de 20 días hábiles a contar desde la notificación del auto de extinción, que como sabemos, es el que se contempla para la impugnación de los despidos (artículo 59.3 ET), o bien aplicar el plazo de prescripción de 1 año dispuesto en el artículo 59.1 ET para todas aquellas acciones que no tengan señalado plazo especial⁷⁷¹. La inclinación por este último vencimiento, más amplio, se tomaba sobre la base de que la acción que se ejercita a través del incidente concursal laboral no es propiamente la de un despido sino más bien una acción equiparable a una reclamación de cantidad y como tal, debía de quedar sometida al plazo anual de prescripción.

⁷⁷¹ En la doctrina científica, se posicionó a favor de este plazo ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...Op. Cit.* Página 98.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

Junto con estas dos clásicas posturas que transitaban entre dilucidar si la acción compadecía más con un despido o con una reclamación de cantidad, afloró un tercer pronunciamiento en suplicación un tanto chocante dictado una vez realizada la Reforma Concursal de 2011 (aunque la interposición de la acción por parte del trabajador fue en 2010 y por tanto, con anterioridad a la citada Reforma). Este último consideró que el plazo para interponer demanda a través del incidente concursal en materia laboral debería ser de 1 mes desde que el trabajador conoció el auto *“porque existiendo dudas sobre la materia, debe tenerse en cuenta con carácter orientativo la modificación del artículo 64.8 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, aunque hubiera entrado en vigor el 1 de enero de 2012”*⁷⁷². Todos estos titubeos interpretativos surgidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal fueron disipados por el Tribunal Supremo a través de su reciente sentencia de 24 de marzo de 2014⁷⁷³ donde sin utilizar demasiados esfuerzos hermenéuticos, seguramente por el carácter exánime del debate sobre el plazo para interponer demanda incidental en materia laboral, vino a avalar para los casos pendientes iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2012 el plazo de 1 año de prescripción establecido para ejercitar acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial.

La predicada Reforma Concursal del año 2011 vino solucionar todos los problemas interpretativos que pudieron surgir con anterioridad a la misma en este concreto punto, puesto que se terminó por disponer expresamente el vencimiento de la acción de reclamación a través del

⁷⁷² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Sevilla de 10 de julio de 2012.

⁷⁷³ STS de 24 de marzo de 2014, rec. 1757/2013 (RJ/2014/2416).

incidente concursal laboral, el cual, curiosamente no se llevó a cabo dentro del artículo 195 LC, sino que se prefirió albergar en el artículo 64.8 LC. El plazo escogido por el legislador ha sido regulado de forma independiente y autónoma y no remite a ningún precepto sustantivo del Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco coincide con ninguno de los allí contemplados, en concreto, ni con el de caducidad del despido -de 20 días-, ni con el de prescripción de 1 año. El plazo fijado por el artículo 64.8 LC es el de 1 mes a contar desde que el trabajador conoció o pudo conocer el Auto del Juez del Concurso. De este modo, el legislador ha pretendido asentar un vencimiento lo suficientemente corto, atendiendo el principio de celeridad que se debe exigir a los incidentes enmarcados dentro de un proceso concursal. Respecto a este plazo, cabe tener presente que no comenzará a contar desde la fecha en que se dicte el auto, sino cuando el trabajador conoció o pudo conocer el mismo.

El problema que se da en estos casos es que el legislador concursal no ha introducido la obligación de notificar o dar traslado a los trabajadores el auto adoptado por el Juez del Concurso tal y como en sentido contrario sí que se prevé por la normativa laboral respecto de la decisión tomada por parte del empresario. En efecto, si observamos lo dispuesto por el artículo 51.4 ET, podemos leer que: *“alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”*. En cualquier caso, la utilización del vocablo “podrá” dentro del pasaje acabado de transcribir no

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

supone ningún impedimento para considerar que esta previsión normativa supone una obligación que recae sobre el empresario y que consiste en comunicar y extinguir los contratos de forma individual exponiendo las causas y debiendo poner a disposición de los mismos la correspondiente indemnización, todo ello dejando transcurrir como mínimo 30 días desde el inicio del procedimiento de despido colectivo. En este sentido, dentro del procedimiento concursal es dable interpretar que a falta de previsión similar en la Ley Concursal y teniendo presente la remisión genérica realizada a favor de la normativa laboral en todo lo no previsto por este procedimiento (artículo 64.11 LC), debería de recaer sobre el administrador concursal la carga de tener que notificar la concreta medida de ajuste de plantilla acordada por el Juez del Concurso a través de su auto y poner a disposición de los mismos la correspondiente indemnización o, en su caso, motivar las causas que llevan a la ausencia de pago (que será bastante común en esta sede). Será, por ende, esta última la fecha partir de la cual comenzaría a computar el plazo de 1 mes para impugnar de forma individual dicha resolución judicial a través del procedimiento del artículo 195 LC. En caso contrario, de no operarse de este modo, entraríamos en un escenario de mayor inseguridad jurídica donde comenzarían a entrar en juego otra serie de elementos probatorios sobre el efectivo conocimiento del trabajador del auto dictado por parte del Juez del Concurso.

Continuando con lo que sería propiamente la tramitación de este incidente laboral concursal, cabe indicar que la demanda formulada ante el Juez de lo Mercantil se efectúa siguiendo los requerimientos configurados en el artículo 437 LEC, a la sazón la demanda sobre juicio verbal civil⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ Esta situación se contrapone con el incidente concursal “común”, el cual se remite a la más amplia demanda del juicio civil ordinario.

Este último precepto ordena una demanda un tanto más sobria que la reflejada para el juicio ordinario y que, en esencia, no difiere en exceso de la demanda reglada por el artículo 80 LRJS. Por esta razón, BARRIO CALLE consideró que habría sido más fácil que el legislador hubiera acomodado directamente la demanda de incidente concursal laboral a la predicada por la propia legislación procesal social⁷⁷⁵. Una vez presentada la demanda ante el Juzgado de lo Mercantil, el Secretario Judicial concederá 4 días para subsanar los posibles defectos, omisiones o imprecisiones que se hayan detectado en la interposición de la misma. Sobre este asunto, merece la pena apuntar que, en el incidente concursal laboral no va a caber desestimación *ab limine* de la demanda, cuestión que en cambio sí que aparece regulada expresamente para el caso de que se planteara incidente concursal “común”, pudiendo en estos últimos supuestos que el juez llegue a considerar la demanda como impertinente o razione que carece de entidad necesaria para que sea tramitada por vía incidental. De ello da cuenta el propio artículo 195.1 LC *in fine* al expresar que en el incidente concursal laboral no se aplicará lo dispuesto en el artículo 194.2 LC, que tal y como se acaba de aseverar, viene a contemplar la posibilidad de inadmitir la demanda *ab limine*.

Por lo que respecta a la documentación que se debe de aportar con la demanda, el artículo 195 LC guarda silencio acerca de esta cuestión, por lo que, debemos de entender que, siguiendo los principios de oralidad y concentración propios del juicio verbal (también lo son del proceso laboral), su aportación deberá realizarse en el acto del juicio⁷⁷⁶. Una interrogante que

⁷⁷⁵ BARRIO CALLE, M^a. A. “La acomodación del proceso laboral a la Ley Concursal” ... *Op. Cit.* Página 257.

⁷⁷⁶ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal” ... *Op. Cit.* Página 121.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

surge en este punto es sobre la posibilidad de que la demanda vaya dirigida contra otras empresas del grupo, pretendiendo que se condene las mismas de forma solidaria a la readmisión o al pago de la indemnización previa declaración de la improcedencia. Dejando de lado el aspecto material de este incidente, sobre el que volveré más adelante, cabe plantearse si en éste cabe acumular acciones contra diferentes sujetos, en este sentido, otras empresas del grupo de la concursada que no participan de esta institución. Cuando otras empresas del grupo no han tenido entrada en el procedimiento, no habiéndose invocado el artículo 64.5 LC, parece que, si no se ha discutido en su debido momento, no sería dentro del incidente el instante procesal oportuno para llevarlo a cabo. Pero, incluso, cuando se hubiera colmado este trámite, no parece que el Juez del Concurso tenga la competencia para declarar la responsabilidad solidaria de empresas no concursadas. Esta negativa generalizada ha sido resuelta recientemente por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 23 de diciembre de 2015 a través de un auto a través del cual archivó una demanda donde se solicitaba que la responsabilidad solidaria de las restantes empresas del grupo no concursadas. Concluye la señalada resolución judicial que *“no cabe acumular en el incidente concursal social peticiones de responsabilidad solidaria contra pretendidas integrantes de ‘grupo laboral’ con la concursada y siendo ello un defecto procesal de la demanda no subsanado se debe de aplicar el efecto del artículo 196.1, que es el archivo”*⁷⁷⁷.

Una vez que la demanda cumple con todos los requisitos exigidos y ha sido admitida a trámite, el Secretario Judicial señalará la vista dentro

⁷⁷⁷AJM de San Sebastián de 23 de diciembre de 2015 (JUR/2016/11804).

de los 10 días siguientes a dicha admisión⁷⁷⁸. Esta situación contrasta con las previsiones de los artículos 440 LEC y 82 LRJS respectivamente, donde se contempla que la citación deberá producirse después de 10 días, es decir, que se dejará pasar como mínimo este lapso para poder celebrar la vista oral. También es inferior a la prevista en el procedimiento especial de despido colectivo regulado por el artículo 124.10 LRJS, donde se exige que el acto del juicio acontezca en una única convocatoria dentro de los 15 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda. Esta diferencia supone una especialidad propia de la Ley Concursal, que en este punto estableció un plazo para la celebración de la vista autónomo e independiente, seguramente razonado por la mayor celeridad procesal que se precisa en el procedimiento incidental concursal y, en concreto, en dar una solución a ERE Concursal. En fin, como ha sido señalado, la vista oral deberá llevarse a cabo como máximo dentro del plazo de 10 días, pero en todo caso, y por disposición legal, tendrá que ser convocada mediando como mínimo 4 días, es decir, que legalmente la vista tendría que celebrarse entre los días cuarto y décimo desde la admisión a trámite de la demanda.

Otro guiño que el legislador concursal realiza hacia el procedimiento de la jurisdicción social viene dispuesto por el momento de la celebración de la vista oral, puesto que en el artículo 195 LC se precisa que éste comenzará con un intento de conciliación o avenencia previa. Esta previsión supone que lo que se deba de resolver por medio de este incidente

⁷⁷⁸ En el incidente concursal común, según el artículo 194.3 LC el señalamiento correrá a cargo del juez, así como la admisión a trámite, que deberá realizarla mediante providencia, o bien su inadmisión (a través de auto). La demanda no se admite por medio de decreto por parte del Secretario Judicial, no trasladando en este punto las reformas perpetradas con el advenimiento de la nueva oficina judicial, seguramente, por la particularidad que revisten los motivos de inadmisión de este incidente “común”, algunos específicos: en este sentido LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*. Ed. Aranzadi. 2012. Página 390.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

es disponible para las partes, ya que se va a poder llegar a un acuerdo con anterioridad a que efectivamente prosiga y se desarrolle la vista⁷⁷⁹. Con todo, según se apunta por CHOCHRÓN GIRÁLDEZ las notas básicas que reinan esta instancia serían: a) que se debe de tratar de un acto oral en el que esté presente la intermediación del juez, pero sin prejuzgar el contenido de la sentencia; b) ha de ser realizado con carácter obligatorio; c) ha de ser previo al acto del juicio, aunque según el principio de concentración se realizará en el mismo momento de la citación del juicio, continuándose con la vista en caso de no lograrse avenencia⁷⁸⁰. El hecho de que se haya diseñado un acto de conciliación previa en el incidente concursal supone, *de facto*, un acercamiento hacia el régimen jurídico del proceso laboral, siendo que, tal y como se aseveró por ALTÉS TÁRREGA, se debería de aplicar en este supuesto la regulación contenida en el artículo 84 LRJS, referida a la celebración del acto de conciliación⁷⁸¹. En el procedimiento incidental, esta conciliación previa va a toparse con una particularidad añadida, que no se da en el proceso laboral, consistente en que ésta va a realizarse sobre un auto dictado por el mismo juez que presencia y dirige este acto⁷⁸². En caso de no existir avenencia por las partes se pasará sin límite de continuidad al acto del juicio oral, siendo en este instante cuando el demandado procederá a contestar la demanda (por lo tanto, en pos de la predicada celeridad de los

⁷⁷⁹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a. “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”. En *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Granada, 28 y 29 de mayo de 2005. Ed. MTAS. 2006. Página 891.

⁷⁸⁰ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a. “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”. En *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Socia...Op. Cit.* Página 891.

⁷⁸¹ ALTÉS TÁRREGA, J. A. *La competencia del juez del concurso en materia laboral...Op. Cit.* Página 104.

⁷⁸² De igual forma, BARRIO CALLE, M^a.A. “La acomodación del proceso laboral a la Ley Concursal” ...*Op. Cit.* Página 257.

procesos concursales no existe contestación escrita de la demanda, sino que, tal y como se ha indicado anteriormente, ésta será contestada directamente en el acto del juicio oral). Entre las opciones que se le presentan al demandado dentro de este momento procesal podrían citarse: la de no comparecer en el acto, la de no contestar a la demanda, o bien la de oponerse a la misma. En el artículo 195 LC no se hace ninguna mención expresa acerca de la institución de la reconvenición, es decir, de la interposición de una nueva demanda por parte del demandado. Esta omisión abriría la posibilidad a dos interpretaciones distintas:

1) La primera de ellas y más sencilla pasaría por considerar que como la Ley Concursal no cita expresamente la posibilidad de reconvenición ésta no podría interponerse. Sería, por tanto, una interpretación literal del precepto, que únicamente señala como armas de defensa una serie de posibilidades entre las que no es encuentra la aludida reconvenición.

2) La segunda interpretación pasaría por aceptar la posibilidad de plantear contestación reconvenicional. Para poder defender esta opción tendríamos que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil e intentar suplir esta laguna. Esta opción es la que parece tener mayor acogida por parte de la doctrina científica, que viene a aceptar sin dificultades la posibilidad de plantear reconvenición dentro del incidente concursal en materia laboral⁷⁸³.

3) Otra posible opción coincidiría con la postura defendida por MUERZA ESPARZA, quién razonó que la legislación aplicable sobre esta institución debería ser la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que

⁷⁸³*Vid.* MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.)...*Op. Cit.* Página 142; o CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a. “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”...*Op. Cit.* Página 893.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

supondría, tal y como se infiere del artículo 85.3 LRJS, que la contestación reconvenicional no sería aplicable con carácter general⁷⁸⁴. Sobre esta última interpretación se hace necesario tener presente el pasaje concreto del artículo 195.2 LC que textualmente expresa que: “*de no lograrse ésta (la conciliación previa) se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones, contestando oralmente el demandado, y proponiendo las partes a continuación las pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. La interpretación realizada por el citado autor significaría que la remisión que realiza la normativa concursal hacia la LEC lo sería a partir de la contestación a la demanda (puesto que se defiende acudir a la normal procesal laboral para interpretar la laguna sobre la institución reconvenicional). Ahora bien, una lectura atenta sobre este fragmento parece indicar que lo más correcto sería inclinar la balanza hacia una remisión a la LEC en todos los actos del juicio verbal. En este sentido, se ha señalado por CORDÓN MORENO que en el incidente laboral, a partir de la conciliación (que es una institución de amplia raigambre laboral) se contemplan todas las actuaciones propias del juicio verbal, salvo el trámite de conclusiones (cuestión sobre la que todavía no he llegado en esta exposición)⁷⁸⁵.

Como se acaba de señalar, todas las actuaciones realizadas en la vista oral van a seguir las disposiciones previstas en la LEC. Sin embargo, desde estas líneas se apuesta por la primera de las opciones interpretativas, es decir, la literal y ello porque en mi opinión la ausencia de referencia expresa hacia la institución reconvenicional sería en este caso consciente, y

⁷⁸⁴MUERZA ESPARZA, J. “Artículo 195”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2004. Página 1279.

⁷⁸⁵CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal...Op. Cit.* Página 276.

no fruto de un *lapsus calami*. Bajo esta aseveración, cabe esgrimir que en el presente caso no estamos en presencia de dos partes procesales al uso, es decir, un demandante y un demandado que acuden a los tribunales a resolver sus diferencias, sino que lo que se impugna es un auto judicial. Por ello, no tendría ningún sentido “reconvencionar” contra alguien que no demanda a la otra parte, o dicho de otro modo, aquí el sujeto “demandado” sería el propio Juez del Concurso, más bien, su resolución. En estos casos estamos en presencia de un trabajador que no ha solicitado el expediente, que no ha participado en las consultas y que se ha visto perjudicado por la decisión adoptada por parte del Juez del Concurso y que solicita a este mismo órgano que corrija algún aspecto concreto relacionado con su contrato de trabajo, ya sea el salario base del cálculo, la antigüedad o cualquier otra vicisitud similar.

Concluido este intervalo procedimental, con expresa remisión al proceso civil, el artículo 195 LC vuelve a dar un salto normativo y ordena que una vez acabada la práctica de la prueba se abra un trámite de conclusiones. En este sentido, no parece claro si este último inciso se refiere al acto de conclusiones establecido en la LEC (art. 433.2) o bien alude a la LRJS (art. 87.4). En esencia, el empleo de uno o de otro trámite no comportaría diferencias sustanciales, pero aquí volvemos a toparnos con otro claro ejemplo sobre el continuo vaivén normativo al que nos lleva el artículo 195 LC. Con todo, bajo mi punto de vista, y según la postura mantenía a lo largo de este epígrafe, el trámite de conclusiones debería fijarse más bien en el artículo 87.4 LRJS. También se expresa por algún autor que en este punto podrían haber diligencias finales, siguiendo lo establecido en la Disposición final quinta de la Ley Concursal que establece

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

el carácter supletorio de la LEC y su aplicación en cuanto a la ordenación material y formal del proceso⁷⁸⁶.

Todas estas cuestiones que han intentado ser resueltas de manera concisa no hacen sino corroborar la opinión con las que iniciaba este epígrafe, que si recordamos, viene a recelar este procedimiento contenido en el artículo 195 LC, puesto que hubiera sido preferible, desde mi punto de vista, que la Ley Concursal regulara este incidente *ex novo*, o bien, que directamente se remitiera de forma íntegra a una sola normativa, ya sea al juicio verbal civil o lo que sería más conveniente, a la previsiones del proceso laboral. De este modo, teniendo en cuenta que los participantes en este procedimiento incidental van a ser los trabajadores de la empresa y que las materias sobre las que va a versar son propias de la disciplina del Derecho del Trabajo considero más oportuno que esta remisión o regulación unitaria tuviera que haberse elaborado conforme a la normativa procesal laboral, quedando por tanto de estas líneas, como una mera propuesta de *lege ferenda*.

2.1. Las Costas: remisión a la normativa procesal laboral.

Otra de las especialidades que encontramos en el proceso incidental concursal cuando los accionantes son trabajadores viene marcada por la imposición de costas. En este sentido, el artículo 196 LC diferencia el tratamiento de las costas del proceso según estemos en el incidente concursal “común” o en el laboral. En el primer caso, su apartado segundo sistematiza una remisión expresa a la regulación sobre costas contemplada

⁷⁸⁶ MARTÍNEZ GÓMEZ, E Y SOGORB BARAZA, J. “Cuestiones procedimentales en temas sociales”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 256.

en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el segundo, se efectúa una remisión hacia la Ley de Procedimiento Laboral (en la actualidad debemos entenderla hacia la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En concreto, el artículo 196.3 LC expresa textualmente que: *“la sentencia que recaiga en el incidente a que se refiere el artículo 195 se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral”*.

Esta realidad regulada por el artículo 196.3 LC va a suponer que, por regla general, el incidente concursal en materia laboral concluya sin imposición de costas, debiendo las partes abonar las causadas a su instancia⁷⁸⁷. Esto es así porque la normativa del proceso social, en concreto su artículo 97.3 LRJS, sólo impone una sanción al litigante que obró de mala fe o con temeridad. En este sentido, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no contempla en la instancia un sistema de imposición de costas. La explicación sobre esta especial previsión guarda relación con el hecho de que las partes no tienen la obligación de actuar en la instancia acompañados de representante y/o letrado. Además, como sabemos, los trabajadores tradicionalmente se han podido beneficiar de la asistencia jurídica gratuita, que se hace extensible a sus actuaciones ante el Juez del Concurso (Disposición final 4ª de la Ley Concursal). Por esta razón, considero que en este punto existe un acierto por parte del legislador en el envío que efectúa en materia de costas hacia la normativa laboral, ya que permite que esta vicisitud pueda acompañarse con los beneficios observados para los trabajadores dentro del proceso social. Sin embargo, el artículo 196.3 LC sigue mencionando la extinta Ley de Procedimiento Laboral, pese a que

⁷⁸⁷ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”...*Op. Cit.* Página 149.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

desde el año 2011 han sido varias las normas que han modificado la Ley Concursal, habiéndose pasado por alto esta corrección técnica.

Por su parte, y al contrario que sucede en el proceso laboral, tanto el deudor como el administrador concursal van a tener que satisfacer sus costas. Esta situación conlleva a que estos sujetos no van a poder verse resarcidos ante una imposición de costas cuando haya sido establecida a la contraparte, en los casos en los que legalmente así proceda. Además, como ya se comentó en otro punto dentro de este estudio, el deudor concursado va actuar siempre y en todo momento representado por abogado y procurador y la administración concursal vendrá, asimismo, compelida a actuar asistida a través de letrado cuando intervenga en incidentes o recursos –y naturalmente, aquí nos encontramos ante un incidente-. Por lo tanto, la remisión efectuada a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en materia de costas supone que en la instancia –ante el Juez de lo Mercantil- no se exija su imposición, salvo que se actúe con mala fe o temeridad, situación que recelaría una suerte de sanción o multa por esa mala actuación, más que la configuración de unas costas procesales *lato sensu*.

En último término, cabe precisar, que el artículo 196.3 LC refiere el sistema de costas solamente para el incidente concursal del artículo 195 LC. Por su parte, el artículo 196.2 LC exige que en el incidente concursal “común” haya que estar, en materia de costas, a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Significa esta sistemática que la regulación de las costas dentro del concurso no se ha configurado según *ratione personae* a favor de un colectivo concreto, en este caso los trabajadores, como así sucede con las reglas de representación y defensa en juicio y sobre el beneficio de asistencia jurídica gratuita. En este punto, como se está aduciendo, se ha hecho depender del procedimiento incidental seguido, lo

que indirectamente nos lleva a una regulación que se ha realizado en función de la materia. Lo interesante en este punto, para los objetivos de este estudio, consiste en que cuando los trabajadores actúen ante el Juez del Concurso para combatir algún aspecto relacionado con la ordenación de créditos, como el procedimiento a seguir será el del artículo 194 LC, es decir, el del incidente concursal “común”, las costas se regirán por las reglas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, siempre y cuando comparezcan ante el Juez del Concurso y la tramitación de incidente coincida con la dispuesta por el artículo 195 LC, es decir, el incidente concursal en materia laboral, las costas seguirán lo ordenado por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2.2. Supuestos materiales en los que cabe el incidente laboral concursal.

El conocimiento por parte del Juez del Concurso a través de la vía incidental laboral se proyectará sobre aquellas materias y acciones que de forma expresa y explícita quedan recogidas en el artículo 195 LC, o por cualquier otro precepto contemplado en la propia Ley Concursal. *A sensu contrario*, todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en la Ley Concursal otra tramitación, se deberán resolver por el cauce del incidente concursal “común”. Por lo tanto, sin emplear demasiados esfuerzos podremos llegar a la conclusión de que el legislador ha querido dispensar a este último incidente con una suerte de *vis attractiva*, o si se prefiere, ha pretendido configurarlo como una cláusula de cierre del sistema. Por ello, considero razonable despejar las dudas entre ambos incidentes indicando qué materias o acciones de índole laboral van a

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

ventilarse a través del procedimiento incidental laboral, cayendo bajo la tramitación del incidente concursal “común” las restantes acciones sobre las que proyecte su competencia el Juez del Concurso.

Sobre el particular, cabe apuntar que el artículo 195 LC establece que se deberán llevar a cabo por la vía del incidente concursal laboral todas aquellas acciones desprendidas del artículo 64.8 LC (obviamente, se refiere al segundo párrafo de este último precepto, puesto que el primero está destinado al comentado recurso de suplicación). En este sentido, serán objeto de conocimiento por parte del Juez del Concurso a través del procedimiento incidental laboral las reclamaciones individuales frente al auto dictado por este mismo juez al socaire de un expediente judicial de regulación de empleo por causas extintivas, suspensivas o modificativas de carácter colectivo⁷⁸⁸. Por este motivo, el paso previo para que se pueda accionar esta vía incidental laboral pasa por la existencia de un auto dictado por parte del Juez del Concurso resolviendo sobre un expediente judicial de regulación de empleo, ya que, en ausencia del mismo, no cabría plantear ningún incidente concursal en materia laboral por ninguna otra circunstancia (salvo algunos aspectos relacionados con el personal de alta dirección). Consiguientemente, no se va a poder resolver mediante esta vía incidental cualquier ejercicio inicial o individual de acciones, sino únicamente aquellas impugnaciones realizadas frente a una resolución judicial (auto), y precisamente dictada en el seno del concurso, es decir, que

⁷⁸⁸ Por todas: STSJ de Aragón de 27 de enero de 2010: “*Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación. La generalidad de la doctrina científica, y la práctica casi unánime de los Juzgados de lo Mercantil, al interpretar las normas del artículo 64 de la Ley Concursal distinguen entre las acciones colectivas, las recogidas en el artículo 8 LC y 86 ter de la LOPJ, y las acciones individuales*”.

en estos supuestos no estamos ante un ejercicio inicial de acciones o primera instancia, sino ante impugnaciones deducidas frente a una resolución del juez concursal⁷⁸⁹. Con base a los anteriores razonamientos, me atrevo a afirmar que lo que se configura en los artículos 64.8 LC y 195 LC es una suerte de recurso de reposición comúnmente extendido en la disciplina administrativista, al tratarse de una impugnación realizada ante el propio órgano que ha dictado una resolución. En todo caso, se tramitarán por este incidente aquellas situaciones de carácter individual, ya que el recurso frente al auto por inexistencia de causa, o por cualquier otro motivo que afecte a la validez de la medida adoptada (en especial, cualquier error procedimental) será objeto de recurso de suplicación directamente ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia competente. Por ende, en el incidente laboral no se van a tratar cuestiones referidas a la legalidad de la medida extintiva, suspensiva o modificativa, la cual podría ser perfectamente válida y ajustada a derecho.

La consecuencia práctica derivada de esta última aseveración será la de la inadmisión a trámite de la demanda incidental, tal y como se entendió por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza 26 de

⁷⁸⁹ STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2012: "A través de dicho cauce, pues, se han de tramitar "las acciones relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, salario, antigüedad, categoría profesional etc. Ha de tratarse necesariamente de cuestiones de carácter individual, ajenas a la modificación, suspensión, o extinción colectiva de los contratos de trabajo. Con tal previsión, se trata de evitar que los acuerdos de extinción por razones objetivas puedan afectar a derechos de naturaleza estrictamente individual, entre los que se encuentra la antigüedad en la empresa o el derecho a una mayor indemnización a la fijada en el acuerdo entre el Comité de Empresa y la Administración Concursal. La competencia del juez del concurso se extiende, por consiguiente, al conocimiento de las acciones individuales que los trabajadores puedan ejercer contra el auto dictado en los procedimientos concursales, pues, en puridad, no se trata de un ejercicio inicial de acciones, sino de impugnaciones deducidas frente a una resolución del juez concursal adoptada en el procedimiento de la Ley Concursal (art. 64.8)".

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

junio de 2013 cuando un trabajador trató de impugnar lisa y llanamente la extinción de su contrato con base a argumentos aplicables a todas y cada una de las relaciones laborales. El anterior auto de inadmisión a trámite fue confirmado en suplicación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 5 de diciembre de 2013⁷⁹⁰ argumentando que el recurrente “*se limita –se reitera- a combatir la decisión extintiva como si fuera emanada de la voluntad unilateral del empleador; y, como es obvio, tal pretensión no forma parte del contenido del proceso incidental laboral en sede concursal, lo que implica la desestimación del recurso*”. Por lo tanto, los trabajadores directamente implicados en el expediente judicial de regulación de empleo carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que tal y como vimos al tratar el recurso de suplicación hayan participado en el periodo de consultas ante la ausencia de representación de los trabajadores en la empresa (*Vid.* STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012)⁷⁹¹.

El incidente concursal tampoco es la vía adecuada para plantear la posible existencia de un grupo de empresas que pueda llegar a formar unidad empresarial con el concursado. Así lo entendió, acertadamente a mi juicio, la STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2015⁷⁹² que expresó que en el incidente concursal laboral no puede cuestionarse quien ostenta la condición de empresario, en concreto, la existencia o no de un grupo de empresas. En consecuencia, en el incidente regulado en el artículo 195 LC únicamente se podrán cuestionar aspectos relacionados con la

⁷⁹⁰STSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2013, rec. Suplicación 593/2013 (JUR/2014/16035).

⁷⁹¹STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012, rec. Suplicación 5626/2011 (AS/2012/896).

⁷⁹² STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2015, rec. Suplicación 702/2015 (AS/2015/1480).

individualidad del contrato de trabajo. Se trata, en suma, de un incidente que, bajo mi punto de vista, alberga un objeto limitado.

A tenor de lo manifestado hasta el momento, cabe sentar que las cuestiones que van a tener cabida dentro de este incidente concursal en materia laboral van a ser las siguientes:

a) Las relativas a la antigüedad, salario, calificación profesional etc.⁷⁹³ Se trata de posibles errores en el cómputo o valoración de alguna cuestión laboral concreta que, en esencia, lo que comporta es una indemnización mayor o menor, siendo precisamente esta última circunstancia la que actuaría como telón de fondo de la disputa. En este sentido, lo que el trabajador intentará alegar para incrementar el *quantum* indemnizatorio va a ser, por lo general, que se ha computado mal su antigüedad⁷⁹⁴, o quizá que el salario escogido para el cálculo de la misma

⁷⁹³ GIL FERRO, L. “La Ley Concursal y su afectación sobre el proceso laboral”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Coords.)...*Op. Cit.* Página 346.

⁷⁹⁴ Por ejemplo, entre otras, STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2010: “*En el presente caso, los hechos configuradores de la acción planteada, es decir, las causas de pedir que la fundamentan, difieren de la acción de extinción del contrato, porque se trata de la discusión sobre la antigüedad del trabajador en la empresa, que este prende superior a la fijada por Auto del Juez Mercantil, a efectos de precisar el importe al que debe ascender la indemnización por la extinción del contrato acordada; estamos, por tanto, en presencia de una acción dirigida a exigir percepciones económicas y, en segundo lugar, tal crédito laboral es referible a un contrato de trabajo que ya ha terminado(...)de suerte que no estando legitimado para ser parte en el proceso, el trabajador es un tercero respecto a la resolución extintiva de los contratos de trabajo; esto es, no hay una plena identidad subjetiva de las partes presentes en el procedimiento concursal y el incidente concursal en materia laboral, y es precisamente por ello que no puede existir respecto del segundo cosa juzgada derivada del Auto del Juzgado de lo mercantil, aunque éste sea firme, puesto que en aquel procedimiento no se debatieron ni analizaron los aspectos estrictamente referidos a la situación jurídica individualizada del recurrente, como es el caso de la antigüedad que aquí se trae a debate*”. También se discute la antigüedad en la STSJ de Extremadura de 19 de febrero de 2013 (JUR/2013/124044), donde se dice que “*Respecto a lo primero, es claro que, en principio, la recurrente puede discutir acerca de la indemnización que se le fija en el auto en que se resuelve sobre las medidas propuestas en el concurso, pues de lo contrario no estaría previsto el incidente concursal para resolver sobre “cuestiones que*

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

no ha sido el correcto, así como cualquier otra vicisitud afín a la consecución de este objetivo.

b) La presencia en la lista de afectados por el ERE Concursal de personas que, en principio, no tendrían que aparecer en la misma por gozar de un derecho de prioridad de permanencia en la empresa. Por ejemplo, sería el caso de que se hubiera incluido a un representante legal de los trabajadores, que como sabemos, goza de prioridad de permanencia *ex lege*. No obstante, también cabría combatir aquí otra serie de preferencias de origen convencional, bien sea por temas de antigüedad, por categoría profesional etc. De igual forma, también podría rebatirse la citada inclusión por cualquier otra causa o motivación, o la afeción de un derecho fundamental⁷⁹⁵.

c) También seguirá la tramitación del incidente concursal laboral del artículo 195 LC cualquier cuestión relacionada con el personal de alta dirección suscitada al socaire de la aplicación del artículo 65 LC. Hasta la reforma concursal operada por Ley 38/2011, esta cuestión suscitaba algunas dudas interpretativas. Teniendo en cuenta la regla residual del artículo 192 LC cabía una interpretación consistente en incluir la extinción o suspensión del contrato del personal laboral de alta dirección en el

se refieren a la relación jurídica individual”, cuestiones entre la que está la relativa a la indemnización que a cada trabajador corresponde” (y en concreto que lo que discute en la anterior sentencia es el cómputo de la antigüedad). Como un ejemplo concreto de resolución del Juez del Concurso en este materia, entre las muchas sentencias que hay, podemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 2 de octubre de 2012 (Procedimiento 280/201. JUR/2013/131881).

⁷⁹⁵ Por ejemplo porque se considere por parte de la parte actora que la inclusión responde a una medida de represalia empresarial. Este es el supuesto enjuiciado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2008, según la cual se dedujo que la extinción se había adoptado en el seno de la empresa, ya en situación de concurso y con la aquiescencia de la administración concursal, con informe por parte de la Autoridad Laboral competente y mediante aprobación judicial, teniendo en cuenta la situación de la empresa, y por lo tanto, no obedecía a una inclusión que obedeciera a ninguna represalia.

incidente concursal “común”. Pero, a raíz de la citada reforma el directivo va a poder recurrir por la vía del incidente laboral la extinción o suspensión de su contrato adoptado por la administración concursal, tramitación más acorde con algunas cuestiones de la ordenación procesal laboral. El propio artículo 65.1 LC establece, tras la aprobación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, expresa que *“la decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral”*. Con todo, como se vio en otro apartado anterior, la extinción o suspensión del contrato del alto directivo no va a ser adoptada por un juez, sino que va a ser la propia administración concursal la que va a tener encomendada la decisión sobre las medidas de ajuste de este personal laboral de carácter especial. Bajo mi punto de vista, que su tramitación se lleve a cabo a través del incidente laboral resulta mucho más convincente pues, como se ha visto, en ella conviven algunas prerrogativas propias del proceso jurisdiccional social. Pero, sobre todo, también por la posibilidad de que el eventual recurso posterior pueda interponerse ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia competente y no así ante la Audiencia Provincial.

Una vez examinado el alcance material sobre la impugnación individual del auto del Juez del Concurso, así como la legitimación para recurrir este mismo auto mediante recurso de suplicación, podemos llegar a comprender el alcance que este esquema diseñando por la Ley Concursal tiene para los trabajadores individualmente afectados en su contrato de trabajo por la medida adoptada. En este sentido, coincido con MOLERO MARAÑÓN en que este sistema de recursos planteado por la normativa concursal no resulta del todo satisfactorio para los trabajadores individualmente

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

considerados⁷⁹⁶. Esto es así porque, como se ha comprobado, los trabajadores afectados solamente van a poder combatir aspectos incidentales, principalmente tales como: errores en su indebida inclusión en el expediente, errores en la cuantificación de su indemnización (o cualquier otra cuestión análoga). *A sensu contrario*, se les niega la legitimación para poder revisar el auto en lo que respecta a su legalidad (causalidad y aspectos procedimentales), salvo que éstos hubieran participado en el periodo de consultas, a través de una comisión elegida *ad hoc*. Esta situación adquiere una especial relevancia cuando el auto del Juez del Concurso se ha limitado a aceptar el acuerdo alcanzado por la administración concursal, puesto que los representantes de los trabajadores y, en su caso, el deudor concursado, en principio no podrían recurrir el auto por la falta de gravamen o perjuicio, al haber suscrito un pacto. En estos casos a los trabajadores no les quedará más remedio que confiar en el buen proceder de sus representantes legales, del administrador concursal y en última instancia, del Juez del Concurso como garante de la legalidad del procedimiento.

En último término, es preciso apuntar que, al igual que se han configurado una serie de acciones laborales que van a sustanciarse a través del incidente del artículo 195 LC, también van a existir otras tantas donde la tramitación seguida va a ser la del artículo 192 LC. En este sentido, como sabemos, toda acción que no tenga otra previsión expresa va a recaer dentro del incidente concursal “común”. Se trata, en suma, de una suerte de cláusula de cierre que evite que existan asuntos que puedan quedar sin posibilidades de impugnación. Por lo tanto, en el seno de este incidente van a concurrir acciones que correspondan a otras ramas del derecho, junto con

⁷⁹⁶ MOLERO MARAÑÓN, M^a L. “Régimen de impugnación contra el auto del juez del concurso sobre medidas colectivas”... *Op. Cit.* Página 5 (BIB 2007/1683).

otras en las que intervengan como parte los propios trabajadores de la empresa. El ejemplo paradigmático de esta situación la podemos encontrar cuando un trabajador impugne la lista de acreedores, acción que de forma meritoria deberá sustanciarse siguiendo la tramitación de este incidente “común”⁷⁹⁷. En resumen, me estoy refiriendo a todas aquellas cuestiones que guarden relación con los créditos sociales (cuestión sobre la que volveré más adelante en profundidad)⁷⁹⁸. También parece que deba recaer sobre los cauces del incidente concursal “común” la impugnación contra la resolución del Juez del Concurso que deniegue el inicio *ante tempus* de un expediente judicial de regulación de empleo. Si recordamos lo comentado a la hora de determinar el momento oportuno para poder solicitar las medidas de ajuste de plantilla ante el Juez del Concurso, la regla general era que éstas debían de esperar a la emisión del informe de situación global por parte del administrador concursal. No obstante, en los casos especiales en los que se acredite que aguardar este lapso temporal puede acarrear graves problemas sobre la viabilidad futura de la empresa o sobre el empleo, el Juez del Concurso podría autorizar el inicio de un ERE Concursal. En este sentido, la impugnación de la decisión adoptada por el juez, generalmente cuando consista en la denegación de esta anticipación del expediente, recaerá bajo

⁷⁹⁷ Por ejemplo, véase, Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 31 de mayo de 2005, proc. 211/2005 (JUR/2006/299853): “Respecto de las discrepancias sobre la naturaleza jurídica del Incidente debe indicarse que el artículo 195 de la Ley concursal (RCL 2003, 1748) establece las especialidades del incidente concursal laboral únicamente Dará los supuestos previstos en el artículo 64.8 de la Ley, es decir, para los incidentes derivados de la extinción o modificación colectiva de contratos su base en el artículo 96 de la Ley regulador de los incidentes derivados de la impugnación del inventario y de la lista de acreedores incidente que tiene su referente procesal en el incidente concursal civil, es decir, con contestación escrita remisión en cuanto al desarrollo de la vista al procedimiento declarativo verbal civil”.

⁷⁹⁸ DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 131.

Capítulo V. La Impugnación del Auto del Juez del Concurso

los trámites diseñados para el incidente concursal “común”. Esto es así porque tal y como se está comprobando a lo largo de este epígrafe, el legislador concursal ha sido claro a la hora de remitir qué asuntos deben de canalizarse por la vía del incidente “laboral” -solamente el auto contemplado en el artículo 64.7 LC y las cuestiones derivadas del artículo 65 LC-. El artículo 195.1 LC remite únicamente al artículo 64.8 LC, alusivo al sistema de recursos que éste último pergeña contra el auto de su apartado anterior, es decir, el 64.7 LC. Por ello, entiendo que ante la ausencia de regulación expresa en la normativa concursal la tramitación de esta impugnación deberá de llevarse a cabo a través del procedimiento diseñado por los artículos 192, 193 y 194 de la Ley Concursal, es decir, bajo los cauces del incidente concursal “común”.

En fin, los aspectos que hay que tener en cuenta para determinar los caracteres de esta impugnación serían los siguientes⁷⁹⁹: a) que la acción individual nazca de una relación-jurídica base existente como es la relación laboral; b) que esta acción individual provenga de la resolución del juez del concurso en un supuesto de modificación, extinción o suspensión colectiva laboral concursal, que es competencia del Juez del Concursos según lo dispuesto por los artículos 8.2 y 64 LC; c) que dichas acciones sólo pueden iniciarse a partir de dicha relación jurídica individual reconocida en el auto que acuerda las medidas colectivas; d) que el objeto de dicha acción individual no afecta a la modificación, extinción o suspensión colectivas acordadas sino que se refiere a supuestos individuales de los trabajadores, tales como salarios, cuantías, categoría profesional etc.; e) sólo podrá discutirse a partir de la inclusión en la lista de afectados y no por su

⁷⁹⁹ Sobre el particular: SJM de Málaga, de 24 de abril de 2006.

exclusión; f) adicionalmente, tiene cabida en este incidente concursal laboral la impugnación del alto directivo frente a la decisión extintiva o suspensiva de su contrato según lo establecido por el artículo 65 LC.

CAPÍTULO VI. LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL CONCURSO

I. Introducción.

La razón de ser de la institución concursal consiste en satisfacer de forma ordenada los créditos adeudados por parte de un empresario persona física o jurídica y, por definición, implica que el patrimonio del concursado no es suficiente para atender tempestivamente a todos y cada uno de los acreedores habidos. No en vano, de las sucesivas reformas legislativas realizadas en materia concursal se podría deducir una paulatina apuesta por la conservación de la empresa insolvente. En efecto, el eje de muchas de las medidas concursales aprobadas recientemente giran en torno a la consecución de un convenio, o más genéricamente, a pretender la salvaguarda de la empresa en concurso, apostando por diversas formas de prolongar la actividad profesional o corporativa. Significa, justamente, que el principio solutorio ya no es el único escenario posible dentro del concurso, ni tampoco el fin último que guía nuestro sistema de Derecho Concursal. En cualquier caso, que la pervivencia de la actividad empresarial sea un principio rector de la ordenación concursal no significa ni mucho menos que la misma se alcance, siendo que, la liquidación y desaparición final de la empresa es una de las consecuencias más comunes que en los últimos tiempos suele conllevar la incursión en un régimen concursal. Empero, lo que incontestablemente va a ocurrir dentro del concurso, con independencia de que el objetivo sea continuar con la actividad, va a ser la satisfacción, en la medida de lo posible, de todos los débitos mantenidos por la empresa concursada. En este sentido, cabe indicar que las fórmulas tradicionales de reembolso a los acreedores de su respectivo crédito dentro

de la institución concursal son: a través de un convenio celebrado por los acreedores y ratificado por el Juez del Concurso, donde se pueden pactar entre otros muchos aspectos los plazos y la liberación de alguna parte del débito; con la liquidación de los haberes de la empresa y su desmantelamiento, cuyo remanente será repartido según el orden establecido en la propia Ley Concursal; o incluso, conectado con esta última solución, cabría también la venta de toda la empresa o de alguna unidad productiva por medio de cualquiera de las formas permitidas en derecho (compraventa de empresa, fusión etc.)

La concurrencia de créditos impagados en una misma entidad empresarial, consustancial a la figura del deudor universal, tiene como presupuesto el establecimiento de reglas de preferencia que sitúan a algunos acreedores en mejor posición que otros. Decimos pues, que un crédito goza de preferencia cuando jurídicamente debe ser atendido, pagado o satisfecho antes que otro u otros⁸⁰⁰.

Tal y como se está afirmando, la existencia de un procedimiento concursal lleva aparejada la idea de ejecución universal de créditos, así como la presencia de una pluralidad de deudas a las que, en principio, la empresa no puede hacer frente. Por ello, resulta imprescindible que exista cierta ordenación sobre todos los créditos presentes, puesto que, en caso contrario, de permitirse ejecuciones singulares dentro del concurso los acreedores más avisados, o tal vez los mejor informados, podrían llegar a cobrar íntegramente aquello que se les debe, mientras que los restantes podrían llegar a no obtener nada. En consecuencia, parece que resulta forzoso establecer normativamente una efectiva ordenación de créditos o, si

⁸⁰⁰Definición convidada por RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs). Ed. Laborum. 2004. Página 297.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

se prefiere, cierta prelación, para asegurar el cobro de las deudas de aquellos acreedores más débiles, a los peor informados, los que ostentan un crédito garantizado o cualesquiera que la Ley considere merecedores de algún privilegio. De esta manera, las reglas de preferencia se convierten en algo inherente a los procedimientos concursales, las cuales, asimismo, son de naturaleza imperativa, por lo que deben de ser respetadas obligatoriamente por todos los sujetos que participan de esta institución, en especial, por el deudor y por los órganos necesarios del mismo, a la sazón: la administración concursal y el propio Juez ordenador del concurso.

Los créditos que los trabajadores mantienen con el empresario no son ajenos al sistema de prelación contemplado por la Ley Concursal. Significa, por consiguiente, que los trabajadores no pueden reivindicar los importes adeudados por el empresario al margen del sistema concursal. En concreto, la referida aseveración conjetura que los trabajadores no podrán solicitar ante el Juez de lo Social que ordene el pago de los créditos que éstos ostentan contra el empresario que se encuentra inmerso en un proceso concursal. Su explicación reside en que dentro de esta institución no pueden ni deben existir ejecuciones singulares, sino que, en todo caso, los importes que se adeudan se tiene que satisfacer según las reglas imperativas establecidas en la propia Ley Concursal, que por lo demás, dedica una extensión bastante considerable dentro de su articulado al problema solutorio.

Siguiendo con los créditos laborales en el concurso, es dable destacar que la 22/2003, de 9 de julio, vino a terminar con el tradicional privilegio que los trabajadores venían disfrutando con anterioridad de su promulgación por mor del artículo 32 ET, aplicable a las situaciones de quiebra y suspensión de pagos. Con la llegada del texto concursal se

incorporó al citado precepto un apartado quinto que pasó a indicar que las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que *“no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél”*. En este sentido, cuando el problema crediticio acontezca estando el empresario inmerso en un proceso concursal resultarán de aplicación las disposiciones de la Ley 22/2003 relativas a la clasificación y ejecución de los créditos laborales. Razón por la cual, la doctrina laboralista ha venido hablando en esta materia de “poda de privilegios” sobre los créditos de los trabajadores cuando la empresa está en concurso⁸⁰¹. Sin embargo, la Ley Concursal no ha eliminado, en su aspecto sustantivo, el contenido del precepto estatutario. Antes al contrario, ha extrapolado sus previsiones al sistema de insolvencia empresarial. De esta manera, el texto concursal reproduce casi al milímetro el contenido del artículo 32 ET. En concreto, la Ley Concursal contempla una suerte de “superprivilegio” para los créditos por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, un privilegio especial para el crédito refaccionario de los trabajadores y un privilegio general ordinario casi idéntico al desprendido del referido precepto estatutario. Ciertamente es, que pese a que materialmente las prerrogativas de los créditos laborales en el concurso sean prácticamente coincidentes, el nivel de protección dentro y fuera de esta institución va a ser ligeramente distinto, cuestión natural si tenemos en cuenta que dentro de esta última institución existen otra serie de acreedores y que, razonablemente, debe de reinar el principio general de ejecución universal. Por consiguiente, si alcanzamos a comprender que cuando la

⁸⁰¹ Por ejemplo, MERCADER UGUINA, J.R. *Salario y crisis económica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2011. Página 290.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

insolvencia del empresario es generalizada y que cuando éste entra en concurso debe de coexistir una cierta ordenación de los acreedores que evite que mediante ejecuciones singulares se pueda dañar el derecho de otros sujetos, miraremos con menos recelo la pérdida de vigencia del artículo 32 ET. De no existir una paralización y ordenación de los distintos créditos concursales, evitándose de este modo posibles ejecuciones singulares, los trabajadores podrían ver desaparecer sus aspiraciones de cobro, por más que siguiera vigente en esta sede el artículo 32 ET, siempre que su respuesta frente al crédito fuera tardía y le sobrepasen otros acreedores. Así, entendida la institución concursal como la interdicción de iniciar ejecuciones singulares para el cobro de los distintos créditos, no se produciría, bajo mi punto de vista, ninguna “poda aparente de privilegios” respecto de los devengados a favor de los trabajadores, sino una mayor protección de los mismos, al someterse a unas mismas reglas del juego marcadas por unos criterios de ordenación establecidos *ex lege* y que como se verá a lo largo de las siguientes líneas brinda a los créditos laborales una significativa primacía.

Con todo, pese al preeminente puesto que ocupan los créditos laborales dentro de la ordenación concursal, cabe apuntar, en el sentido que aquí se está indicando, que han perdido la delantera en algunos puntos concretos, si se compara con la posible concurrencia crediticia ocasionada fuera del concurso. Así, por ejemplo, respecto a los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo cabe esgrimir que gozan de preferencia dentro del artículo 32.1 ET por encima de otra serie de créditos, incluyendo los garantizados por prenda o hipoteca, extremo éste que no acontece dentro del concurso, donde según expresa el artículo 154 LC “*las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa* -entre los que se

encuentra el anteriormente citado- *se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial*". Respecto a los créditos refaccionarios laborales hay que tener en cuenta, también, que la norma concursal (art. 155.3 LC) atiende a un criterio temporal cuando sobre un mismo bien se encuentra afecto más de un crédito con privilegio especial, siendo que, fuera de la situación concursal éstos –los laborales- se anteponen frente a "*cualquier otro crédito*". Por su parte, los créditos con privilegio general deberán aguardar al pago de los créditos contra la masa, así como los que se efectúen con cargo a bienes afectos con privilegio especial, y todo ello dentro del orden jerárquico que establece el artículo 91 LC, que por lo demás, mantiene a los créditos de los trabajadores en su posición más delantera (art. 156.1 LC). Por su parte, en el Estatuto de los Trabajadores se reconoce un privilegio general frente a cualquier otro crédito, excepto cuando éstos concurren junto con otros que reivindiquen un derecho real, en cuyo caso estos últimos pasarían por delante. En esencia, esta regla no se altera en demasía por la legislación concursal puesto que los créditos con privilegio especial contemplados en el artículo 90 LC son, en su mayoría, derivados por derechos reales y los devengados contra la masa son, como tendremos ocasión de ver más adelante, generados por la continuidad de la actividad y por definición ajenos a la comunicación y ordenación crediticia, por lo que quedan al margen de la clasificación concursal.

Como vemos, el régimen de la LC no altera de forma sustancial los privilegios que disfruta el crédito laboral fuera del concurso, antes al contrario, el legislador ha trasladado dichas prerrogativas al escenario de insolvencia, compadeciendo como es natural con otra serie de intereses y principios que rigen esta especial institución, por lo que, razonablemente,

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

van a existir algunas ligeras discrepancias entre la protección estatutaria y la derivada de la Ley Concursal. Junto con ello, las sucesivas reformas legislativas acontecidas en el terreno concursal han ido corrigiendo y mejorando poco a poco la primacía de los créditos debidos a los trabajadores. Así, por ejemplo, se ha incluido el adjetivo “efectivo” dentro de los salarios de los 30 últimos días trabajados anteriores a la declaración de concurso para disipar *ex lege* posibles dudas sobre el cómputo de los mismos. También se han esclarecido las dudas preexistentes sobre las posibilidades de alteración en el pago de los créditos contra la masa que, ahora, deben de respetar siempre y en todo caso a los devengados contra los trabajadores (art. 84.3 LC).

Como se tendrá ocasión de ver a los largo de las siguientes páginas, los créditos laborales disfrutan dentro de la ordenación concursal de una posición relevante en lo que se refiere a las posibilidades de cobro, siendo que, además, encuentran protección por una administración pública como los es el Fondo de Garantía Salarial, -con sus respectivas limitaciones-. Este escenario no proviene de la nada, ni de la exclusiva idea de nuestro legislador, sino que viene auspiciada desde hace ya bastantes años por algunos organismos internacionales. En este sentido, el Convenio número 173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, ratificado por España con fecha de 16 de mayo de 1995, impone a los Estados que son parte, a través de su artículo 5, que en caso de insolvencia los créditos adeudados a los trabajadores “*deberán quedar protegidos por un privilegio*” y añade que serán pagados con cargo a la masa activa del deudor “*antes que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda.*” Tales exigencias fueron cumplidas de manera holgada por

parte del legislador español que vino a configurar la sistemática de los créditos concursales laborales con base a una serie de privilegios que suponen, *de facto*, una preferencia real en el cobro de los débitos de los trabajadores y que se sitúa por encima de otra serie de acreedores.

Así, en primer lugar, los trabajadores tienen a su favor un privilegio especial con preferencia absoluta sobre aquellos bienes afectos a refacción, es decir, a los elaborados por éstos. En consecuencia, sobre estos bienes –y no así sobre el de otros distintos- la prioridad de los créditos laborales anejos a los mismos se encuentra por delante de cualquier otro, salvo que concurra otro acreedor con un privilegio especial sobre dicho bien, en cuyo caso se ordenarán conforme a las reglas *prior in tempore*. El crédito laboral también alcanza a los dotados de privilegio con carácter general, esta vez ya sobre todos los bienes del concursado y cuya satisfacción se efectúa por delante de otra serie de créditos según la ordenación jerárquica establecida en el artículo 91 LC. El artículo 7.1 del Convenio 173 OIT permite al legislador nacional limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, aunque no lo defiere a ninguna cantidad concreta, sino que establece que éste “*no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable*”, lo que deja un amplio margen de maniobra para los Estados a los que resulta de aplicación dicha norma internacional. En este sentido, el legislador concursal español ha optado por establecer sobre algunos créditos derivados del contrato de trabajo un límite consistente en el triple de salario mínimo interprofesional para denotar la parte del mismo que debe recibir un tratamiento privilegiado. De este modo, aquel importe que exceda del linde legal fijado por el artículo 91.1.1º LC, recibirá un tratamiento ordinario –que dicho sea de paso, supone el escenario habitual de cualquier empresa concursada, cuyo grueso crediticio va a estar compuesto por

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

débitos calificados como ordinarios-. También existen algunos resquicios mediante los cuales cabe la presencia de ciertos créditos laborales dentro de los calificados como subordinados, en los términos que veremos más adelante, y que son, como es de esperar, los últimos en el orden de prelación, con unas posibilidades de cobro más que reducidas, casi inexistentes. En cualquier caso, la presencia de créditos laborales en el último eslabón de la calificación concursal es bastante residual. En último término, aunque por su importancia deberían situarse en primer lugar, nos encontramos con todos aquellos créditos devengados contra la masa que, en líneas generales, coinciden con los nacidos una vez declarado el concurso y son necesarios para el desarrollo del mismo. También en este apartado es habitual toparnos con créditos devengados a favor de los trabajadores. En esencia, éstos estarán presentes siempre y cuando la empresa mantenga su actividad con posterioridad a la declaración de concurso. Todos estos créditos, laborales en nuestro caso, deben de hacerse efectivos a sus respectivos vencimientos y ante una eventual liquidación o aprobación de convenio serán los primeros en cobrar, deduciéndose con anterioridad al pago ordenado de los créditos concursales. En este sentido, como tendremos ocasión de ver con mayor detenimiento más adelante, estos créditos se sitúan al margen de la clasificación concursal, razón por la cual no entran dentro de las reglas de comunicación y ordenación crediticia recibiendo, por ende, un tratamiento distinto al del resto de los adeudos que tradicionalmente vienen denominándose como “concursoales”, es decir, los devengados con anterioridad a la declaración del concurso.

II. Los créditos concursales.

1. Su comunicación y reconocimiento.

Para el reconocimiento y clasificación de un determinado crédito concursal cuando el deudor del mismo está en concurso se precisa, con carácter general, que previamente el acreedor haya comunicado su existencia al administrador concursal. Al contrario de lo que sucede con los créditos contra la masa, los concursales no son prededucibles, sino que deben de pasar por un proceso de comunicación, reconocimiento y clasificación según las distintas clases o tipos reconocidos por la propia normativa concursal.

La Ley Concursal dedica una especial atención a todo este proceso. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 21.1. 5º LC, referido al contenido del auto de declaración del concurso, se ordena que se haga un llamamiento a todos los acreedores para que en el plazo de 1 mes desde la publicación en el BOE del referido auto pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos. Por lo tanto, en principio, la Ley otorga un plazo concreto para que durante el mismo los acreedores vayan comunicando a la administración concursal el crédito que reivindican contra el concursado. Señalado, como sabemos, el plazo genérico para que los titulares comuniquen sus respectivos créditos en el citado artículo 21.1 5º LC, no es hasta bien avanzado el articulado de la Ley Concursal, ya en el número 85 LC, donde se indica la forma precisa de llevar a cabo este cometido. De acuerdo con este último precepto, la comunicación del crédito se formulará por escrito y debidamente firmada por parte del acreedor que lo reivindique, bien por cualquier otro interesado en el crédito, o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

directamente a la administración concursal, tanto por vía postal como telemática. En este orden de cosas, cuando el administrador concursal acepte su cargo deberá indicar ante el correspondiente juzgado su domicilio y datos de contacto, tanto para estas cuestiones como para otros efectos. Con anterioridad a la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se prevenía que la comunicación de créditos fuera realizada ante el propio Juzgado de lo Mercantil que hubiera declarado el concurso, si bien, a partir de la citada reforma el artículo 85.1 LC previene expresamente que la comunicación se efectúe directamente a la administración concursal, a buen seguro, para descargar a los juzgados de la faena de intermediación, ahorrando de esta forma posibles trámites intermedios. No hace falta, por consiguiente, plantear ningún tipo de litigio previo ni demandar ante Juez del Concurso para comunicar y entender reconocido el crédito concursal en cuestión, sino que esta competencia dentro del concurso ha sido asignada a la administración concursal, órgano necesario del mismo, sobre el que recae, según se ha expresado por alguna sentencia, un pronunciamiento “cuasijurisdiccional”⁸⁰². En consecuencia, la competencia jurisdiccional no entrará en escena hasta que algún acreedor concreto opte por impugnar la lista de acreedores presentada por parte del administrador concursal.

Por lo que respecta a los datos que deben de reflejar en dicha comunicación -en este caso los trabajadores-, según reza el artículo 85.3 LC, deben constar: el nombre, domicilio y demás datos de identidad, así como, naturalmente, los relativos al crédito debido. Respecto a este último requerimiento debe de hacerse constar el concepto, cuantía, fechas de

⁸⁰² Se puede leer esta expresión en la SAP de Granada de 10 de octubre de 2012, rec.365/2012 (JUR/2013/6779). Continúa aseverando que admitir que la comunicación y reconocimiento sea realizada ante el Juez del Concurso “provocaría una paralización inadmisibile del proceso concursal”.

devengo, junto con la calificación que el acreedor laboral considere que deba de recibir su crédito. Tras la Ley 38/2011, el acreedor debe de indicar también el domicilio o dirección electrónica en el que la administración concursal pueda practicar las comunicaciones procedentes.

Posteriormente, será el administrador concursal el que finalmente calificará el crédito en uno u otro sentido, así como el que se encargará de decidir sobre su inclusión o exclusión, si bien, ya desde la propia comunicación, el acreedor tiene que expresar el importe exacto adeudado y la designación que piensa que su crédito debe de revestir. Por su parte, si lo que se invoca en la comunicación es un privilegio especial se tendrán que indicar, además, los bienes o derechos a los que afecte —como veremos más adelante los trabajadores pueden reivindicar créditos de estas características—. Por consiguiente, en principio, los trabajadores quedan compelidos a realizar la comunicación de sus créditos como el resto de acreedores, pudiendo derivarse consecuencias negativas tanto por su ausencia, como por efectuarse tardíamente. Ahora bien, en el caso particular de los trabajadores esta obligación se encuentra claramente relajada a tenor de lo dispuesto por el artículo 86.2 LC, en virtud del cual se ordena al administrador concursal que reconozca y califique de oficio aquellos créditos de los trabajadores *“cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso”*. Por lo tanto, las consecuencias relativas a la falta de comunicación del crédito laboral no tienen por qué llevar aparejada siempre y en todo caso una sanción, sea en forma subordinación o directamente con su exclusión, puesto que el legislador ordena a la administración concursal que lo contemple de oficio en su informe. En consecuencia, cabe convenir que, *a priori*, la comunicación del crédito es potestativa para el

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

trabajador⁸⁰³. Ahora bien, cuando el concursado mantiene una contabilidad inadecuada, errónea o incompleta puede ocurrir que el administrador concursal no realice un efectivo y eficaz reconocimiento sobre los créditos laborales mantenidos por el deudor, en cuyo caso, la falta de comunicación por parte de algún trabajador podría terminar por producir su exclusión. No debemos de olvidar en este punto que el *onere* o carga de comunicar el crédito corresponde siempre al acreedor, aun cuando se goce de este reconocimiento automático, por lo que en estos casos más vale curarse en salud, siendo que, optar por la comunicación sería en todo caso un asesoramiento plausible⁸⁰⁴.

Para evitar este posible escenario, la Ley 38/2011, de 10 de octubre introdujo un apartado cuarto donde, en la actualidad, podemos leer lo siguiente: *“cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de un crédito de Derecho Público o de los trabajadores, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición”*. En este sentido, cuando la ausencia de datos no pudiera hacer posible el reconocimiento real del crédito debido, se pasará a reconocer bajo la rúbrica de contingente. Como podrá observarse, la normativa concursal pretende que los créditos laborales no dejen de reconocerse en ningún caso, supliéndose la ausencia de comunicación por parte de algún trabajador en concreto por la intervención de oficio de la administración concursal, prerrogativa ésta que no se contiene respecto a otra serie de acreedores, salvo que reivindiquen

⁸⁰³ En este sentido, VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Ed. Thomson-Cívitas. 2010. Página 117.

⁸⁰⁴ VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 118.

un crédito que conste en algún documento con fuerza ejecutiva, certificación administrativa o vengán asegurados con garantía real. De otro lado, la mala *praxis* contable del deudor, unida a la falta de comunicación por parte del trabajador, tampoco tendría por qué dejar necesariamente sin amparo a los créditos laborales, puesto que en el peor de los casos éste tendría que resultar incluido como contingente cuando lo que falte para su determinación sea una autoliquidación o declaración a la Seguridad Social, es decir, por una cantidad y clasificación concreta que quedará a la espera de fijación de un importe final real.

Los créditos adeudados, en el concreto caso el de los trabajadores, quedarán recogidos dentro del informe de situación que el administrador concursal debe de presentar ante el Juzgado de lo Mercantil responsable del concurso. Dentro de este informe, cuyos plazos y contenido se encuentran regulados en los artículos 75 y ss. LC, asoma la lista de acreedores, documento donde aparecerán todos los créditos concursales mantenidos por la empresa, con su respectiva cuantía y clasificación. La lista de acreedores será ordenada alfabéticamente y en ella aparecerán encuadrados los créditos con privilegio especial o general dentro de la clase a la que pertenezcan. El RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, incluyó en el apartado segundo del artículo 94 LC cuatro clases diferentes de acreedores: a) laborales (excluyendo al personal de alta dirección; b) públicos; c) financieros; y d) resto de acreedores. Por lo tanto, los créditos laborales existentes, con bastante seguridad reconocidos con privilegio general, deberán constar en un apartado especial donde figuren todos juntos y ya dentro del mismo pasar a ordenarse alfabéticamente.

Por si parte, el administrador concursal podrá excluir algunos créditos o reconocer otros en cuantía distinta a la efectivamente

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

comunicada, debiendo expresar tal vicisitud en el informe, siempre motivándola. Precisamente, para combatir esta decisión, los acreedores afectados, entre los que pueden encontrarse los trabajadores, disponen de un cauce legal habilitado para tal efecto. En este sentido, los acreedores tienen a su alcance la posibilidad de impugnar judicialmente el crédito reconocido e incorporado en la lista de acreedores, procedimiento que se sustanciará por los trámites del incidente concursal “común” contemplado en los artículos 192 y ss. LC (también en los casos relacionados con los créditos laborales). El plazo otorgado para efectuar dicha impugnación será de 10 días desde que la lista de acreedores haya sido comunicada a los interesados, bien personalmente o, en su defecto, a través del Registro Público Concursal y el tablón de anuncios del juzgado. De este modo, la Ley Concursal estaría abriendo dos cómputos de plazo diferentes dependiendo de si el acreedor se ha personado en el concurso, en cuyo caso el *dies a quo* comenzará a contar a partir del día de la notificación personal de la lista de acreedores, o si no se ha personado, siendo en estos casos la fecha inicial la coincidente con el día de la publicación en el Registro Público Concursal o tablón de anuncios correspondiente. Cabe sugerir en este punto que el Tribunal Constitucional otorgó recientemente el amparo a un trabajador que habiéndose personado en el proceso concursal decidió impugnar la calificación de su crédito laboral y tanto la sentencia de instancia como la de apelación habían inadmitido a trámite la demanda por considerarla extemporánea, al tomar como *dies a quo* del cómputo para interponerla la fecha de publicación del inventario y lista de acreedores resultante del BOE. El Tribunal Constitucional concedió dicho amparo por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho al acceso a la jurisdicción, como consecuencia

de la interpretación infundada, arbitraria o fruto de un error patente consistente, tal y como se ha esgrimido, en una aplicación falible del artículo 96.1 LC, que diferencia el *dies a quo* de la impugnación de la lista de acreedores dependiendo de si el acreedor, en este caso un trabajador, se hubiera personado o no con anterioridad en el proceso concursal⁸⁰⁵. Una vez recibida la demanda de impugnación del inventario o lista de acreedores el Juez del Concurso resolverá lo que proceda mediante sentencia, pudiendo de oficio acumular y resolver todas ellas conjuntamente o bien hacerlo de forma separada. El administrador concursal deberá presentar, en el plazo de 5 días siguientes a la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, los textos definitivos con las modificaciones, en su caso, de los créditos alterados, esta vez sí, por la vía judicial.

La consecuencia jurídica que se desprende de las comunicaciones realizadas tardíamente ha sufrido una notable variación tras la entrada en vigor de la referida Ley 38/2011, de 10 de octubre. Con anterioridad a dicha norma la comunicación extemporánea realizada una vez presentado el informe recogido por el artículo 75 LC solía traer como consecuencia habitual la exclusión de dicho crédito, extremo que no obstante fue matizado por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de mayo de 2011 a través de la cual se decantó finalmente por la subordinación del crédito como sanción. Así las cosas, la citada Ley 38/2011 alteró este escenario permitiendo *ex lege* la comunicación de créditos por encima del plazo del artículo 21.1.5º LC, que si recordamos es de 1 mes, así como, incluso, cuando ya ha sido emitido el informe provisional del administrador concursal. En este sentido, el nuevo artículo 96 *bis* LC abrió una tercera vía de comunicación del crédito denominada por el propio tenor del precepto

⁸⁰⁵ STC (Sala Segunda) de 21 de julio de 2014, número 129/2014 (RTC/2014/129).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

como: “*comunicaciones posteriores de créditos*”. Se trata, en suma, de la posibilidad de comunicar el crédito hasta que el administrador concursal confeccione la nueva lista de acreedores “definitiva” (que es la que se presenta una vez resueltos todos los incidentes relacionados con esta cuestión). En principio, tales créditos entrarán en la masa pasiva como subordinados, salvo que el acreedor acredite no haber tenido conocimiento de los plazos naturales de exhibición del crédito, en cuyo caso podría llegar a reconocerse con el *status* que le correspondería de haberlo insinuado a su debido tiempo. En términos sustantivos, se ha afirmado que la posibilidad de aceptar “comunicaciones posteriores” supone abrir el reconocimiento de créditos a momentos muy avanzados del procedimiento, por lo que ello supone mantener la incertidumbre sobre la composición de la masa pasiva durante un largo periodo⁸⁰⁶. Nuevamente, la calificación crediticia otorgada por el administrador concursal, ahora ya en su texto definitivo, podrá combatirse por parte de estos “comunicantes extemporáneos” dentro de los 10 días siguientes y se llevará a cabo a través del cauce de incidente concursal “común” del artículo 192 LC y ss. LC, continuando, mientras tanto, el curso corriente del procedimiento concursal, en su caso, con las fases de convenio o liquidación. Esta posibilidad legal de comunicar por encima del plazo general presenta una laguna para aquellos casos en los que no existan textos definitivos, cuestión que acontecerá siempre y cuando el informe presentado por el administrador concursal no resulte impugnado por ningún acreedor. Esta laguna ha sido colmada por algún

⁸⁰⁶ DÍAZ MORENO, A. “Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario”. En AAVV. *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*. Ed. Marcial Pons. 2012. Página 433. Que junto con ello califica esta opción legislativa de extremadamente discutible.

pronunciamiento judicial en virtud del cual, con buen criterio, se ha considerado que el “salvavidas” del artículo 96 *bis* no podrá acogerse si no hay incidentes y, en consecuencia, no existe ningún informe definitivo⁸⁰⁷.

De toda la mecánica comentada *supra* podemos extraer algunas conclusiones en lo que se refiere a los créditos concursales a favor de los trabajadores. En este sentido, en principio, cabe aseverar que el administrador concursal debe de contemplar de oficio tales créditos de acuerdo con la información que obra en poder de la empresa. Por su parte, en caso de que los documentos empresariales contengan errores o el deudor no lleve a cabo una adecuada contabilidad e hiciera falta presentar alguna autoliquidación o declaración impositiva para poder completar fehacientemente la cuantía y clasificación de estos créditos, se deberán consignar como contingentes. Como todo, a pesar de proyectarse estas protecciones, nada impide -y de hecho resulta bastante conveniente por el motivo que acto seguido se advertirá- que cada trabajador comunique individualmente su adeudo dentro de los plazos ordenados por la Ley Concursal. Por descontado, los trabajadores podrán comunicar su crédito aportando para ello todos los elementos necesarios para su correcta valoración y proponiendo la clasificación que a su parecer merezca el tratamiento del mismo. De esta forma, pese a que el crédito a favor de los trabajadores debe ser reconocido *ex officio* por parte del administrador concursal, su comunicación resulta bastante conveniente porque en los casos en los que se confíe demasiado en la buena *praxis* del administrador concursal y no se realice comunicación alguna, podría llegar a no incluirse el crédito laboral⁸⁰⁸. Por consiguiente, es recomendable que los trabajadores

⁸⁰⁷ *Vid.* SJM de Oviedo de 3 de febrero de 2014, proc. 142/2012 (JUR/2014/113953).

⁸⁰⁸ Así se acordó por la SAP de Pontevedra de 18 de octubre de 2012, rec. Apelación 600/12 (JUR/2012/372713), si bien con la regulación anterior a la Ley 38/2011.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

comuniquen su crédito dentro del concurso y expongan de este modo la cuantía exacta que pretenden reivindicar, junto con la proposición que a su juicio merecería el mismo. También será importante que si se considera que el importe incorporado por parte del administrador concursal no es conforme, se plantee incidente concursal ante el Juez del Concurso donde se discuta dicha calificación. No cabe desconocer que en ocasiones la administración concursal puede llegar a equivocarse, tanto en el importe como en la calificación otorgada. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de abril de 2015⁸⁰⁹ conoció de un supuesto en el que este órgano calificó un crédito indemnizatorio a favor de un trabajador como concursal, siendo que, la sentencia dictada por el Juez de lo Social que extinguió el contrato por la vía del artículo 50 ET recayó una vez declarado el concurso y, por ende, el crédito tendría que haberse calificado contra la masa (*vid. Infra*). Se esgrime en dicho pronunciamiento que el hecho de que los créditos contra la masa no sigan las normas de comunicación y reconocimiento propias de los créditos concursales no exime al acreedor de efectuar cierto control acerca de su existencia y cuantía, por lo que una actuación diligente consistiría en impugnar el informe de la administración concursal en su debido momento. En concreto, en el supuesto resuelto por la sentencia señalada, el administrador concursal publicó la lista de acreedores con fecha de 2 de enero de 2013, cuando el trabajador ya era conocedor de la sentencia del Juzgado de lo Social (12 de diciembre de 2012) y a pesar de ello hizo dejación de la carga que le era exigible consistente en impugnar dentro del plazo previsto en el artículo 96 LC, en este caso, de un crédito que no era calificado en los términos correctos, por lo que su aquietamiento impediría plantear

⁸⁰⁹SAP de Asturias de 10 de abril de 2015, rec. Apelación 228/2014 (JUR/2015/131274).

extemporáneamente la pretensión por la vía del incidente concursal una vez ya ha sido presentado el texto definitivo del informe. Por tanto, las consecuencias en estos casos serían las previstas en el artículo 97 LC, es decir, que quiénes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, salvo las contadas excepciones que se contienen en este mismo precepto. En el plano social, podría llegar a modificarse un crédito laboral, si recordamos, cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 LC o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal, pero no así cuando el proceso ha sido iniciado e incluso concluido con anterioridad a la publicación de la lista de acreedores.

En este orden cosas, la situación deseable desde un buen asesoramiento legal sería, según mi opinión, la siguiente: que dentro del mes siguiente a la declaración del concurso el trabajador comunique el crédito al administrador concursal y que en el plazo de 10 días tras la presentación del informe provisional por parte de este órgano se litigue en caso de no estar de acuerdo con la clasificación otorgada en dicho documento. No obstante, aunque no suceda nada de lo acabado de apuntar, en principio, el administrador concursal está compelido, como se ha anticipado con anterioridad, a incluir de oficio en su informe todos aquellos créditos laborales. Por lo que, si existe una buena *praxis* contable en la empresa y una adecuada calificación del crédito por parte del administrador concursal lo más probable es que todo esté correcto y con ello los trabajadores se aquieten. Aunque, como mejor proceder, será conveniente que éstos comuniquen en plazo su crédito y demanden también en plazo si

no estuvieran conformes con el reconocimiento dispensado y evitar de este modo posibles contrariedades.

2. Créditos concursales laborales privilegiados.

2.1. La calificación del privilegio especial.

El primero de los créditos concursales de los trabajadores que se va a analizar será el conferido con un privilegio de carácter especial. Se trata, en esencia, de la mayor protección que la Ley Concursal ofrece a los acreedores en general, puesto que el privilegio especial proporciona al acreedor una cierta inmunidad o resistencia frente al concurso⁸¹⁰. Esto es así porque si acudimos al artículo 154 LC podremos apreciar como las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Correlativamente, el artículo 155 LC expresa que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. Por lo tanto, los créditos con privilegio especial se suelen satisfacer por regla general con cargo a los bienes a los que se encuentran afectos, por lo que se sitúan incluso por encima de los pagos contra la masa en el sentido de que estos últimos se abonan a sus respectivos vencimientos y sin contar los bienes anejos a los citados créditos con privilegio especial⁸¹¹.

⁸¹⁰ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal... Op. Cit.* Página 340.

⁸¹¹ Continúa diciendo el artículo 155.2 LC que “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e

Formalmente, las deudas que reciben el tratamiento de privilegio especial están contempladas dentro del artículo 90 LC y si damos un vistazo a los créditos allí dispuestos podremos deparar sin demasiados esfuerzos que en su mayoría corresponden con créditos sujetos a garantía real. En líneas generales, la razón de este privilegio, -también la que resulta de aplicación a los trabajadores- consiste en la presencia de un elemento patrimonial, o dicho de forma más clara, de un bien o derecho o conjunto de bienes o derechos, sobre los que recae dicha preferencia. De este modo, el valor del bien o derecho actúa como una medida de preferencia y determina el grado de tutela del crédito⁸¹².

Otra de las características definitorias de este tipo de créditos es que, al contrario de lo que sucede respecto de los clasificados con privilegio general, no se encuentran jerarquizados dentro del numeral del artículo 90 LC. Quiere con ello decirse que los distintos dígitos situados *ad intra* del citado precepto no están ordenados jerárquicamente entre ellos en atención a sus posibilidades de cobro. La razón estriba en que cada uno responde frente el bien o derecho al que se adhiere. Por lo tanto, el hecho de que los créditos refaccionarios de los trabajadores estén situados en el ordinal tercero no significa ni mucho menos que sus expectativas de cobro se encuentren por debajo de los referidos en los ordinales primero y segundo, puesto que, tal y como se está esgrimiendo los créditos privilegiados con carácter especial se sitúan en un plano de igualdad, ya que responden

intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial”.

⁸¹² GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”. En *Comentario a la Ley Concursal* (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 1609.

únicamente frente a unos bienes o derechos concretos y determinados. De otro lado, cabe también anticipar que la enumeración de los créditos privilegiados contemplada por el artículo 90 LC responde a la idea de un *numerus clausus* o lista cerrada, según la cual las garantías o derechos no contemplados en este precepto no gozarán de este reconocimiento dentro del concurso⁸¹³.

2.2. Créditos refaccionarios de los trabajadores

En concreto, los créditos de los trabajadores que gozan de privilegio especial son, según reza el artículo 90.1 3º LC son: *“los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado”*. El citado precepto no define el concepto de “crédito refaccionario”, sin embargo, si atendemos a las notas características que se entrevén dentro del propio artículo 90.1 3º LC, podemos hacernos una idea aproximada acerca de la naturaleza jurídica de esta clase créditos que el legislador concursal ha tipificado como privilegiados con carácter especial. Por su parte, el artículo 32.2 ET recoge una preferencia en el cobro de los créditos de los trabajadores por encima de cualquier otro siempre que se devenguen respecto *“de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario”*. Esta misma gramática ha sido utilizada por el precepto concursal para dotar de carácter privilegiado a esta clase de créditos, si bien, en la órbita concursal ya no se presenta por encima de cualquier otro crédito, sino que se sitúa en un plano de igualdad respecto de

⁸¹³ En este sentido, GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”...*Op. Cit.* Página 1610.

los restantes dotados con privilegio especial. Se trata, por tanto, de un privilegio que cubre los salarios de los trabajadores referido a los bienes manufacturados por ellos desde el prisma que “*al trabajo que retribuye el crédito se le debe el plus del valor que los bienes reciben*”⁸¹⁴. Por tanto, es precisamente el hecho de incorporar el trabajo al bien construido o reparado lo que determina que éste quede afectado al pago del crédito “refaccionado”⁸¹⁵. En suma, la Ley Concursal recupera la refacción salarial entre privilegios especiales, cuestión que, sin embargo, no se contenía en las primeras redacciones del proyecto de ley⁸¹⁶. Consecuentemente, tanto fuera del concurso como dentro de éste, el crédito privilegiado especial protege el salario de los trabajadores por los objetos elaborados por ellos y que sean propiedad de la empresa, con lo que, su alcance se proyecta simplemente sobre los concretos bienes en los han participado a través de la mano de obra y no así sobre otros haberes de la masa activa del concursado. En este orden de cosas, cabe sintetizar que las notas definitorias de este crédito con privilegio especial serían las siguientes: un elemento subjetivo, pues solamente va destinado a los trabajadores de la concursada; uno objetivo, pues viene referido a unos concretos bienes y no a todos; y otro ingrediente referido a una cualidad de dominio, consistente en que tales bienes han de subsistir en propiedad del empresario. Sobre todas estas características, que configuran el crédito concursal refaccionario de los trabajadores, me ocuparé en las siguientes líneas.

⁸¹⁴ MERCADER UGUINA, J.R. “Artículo 32”. En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (CRUZ, J. GARCÍA-PERROTE, I. GOERLICH J.M^º, MERCADER, J.R. Dirs.). Ed. Lex Nova. 2014. Páginas 380.

⁸¹⁵ MONTROYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 342.

⁸¹⁶ VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 868.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

2.2.1. Elemento subjetivo: que los destinatarios del crédito sean trabajadores.

El primero de los elementos que determina la naturaleza jurídica de este crédito es el subjetivo, puesto que el mismo no se concede a cualquier tipo de acreedor, sino que está referido exclusivamente a los trabajadores que prestan servicio para la empresa en concurso. De este modo, entrarían dentro de este género todos aquellos trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1 ET). Por consiguiente, no se extiende el privilegio hacia aquellos otros sujetos que no se encuentran dentro de la órbita del Estatuto de los Trabajadores, como podría ser el caso de los trabajadores autónomos o por cuenta propia.

Sin embargo, la cuestión más discutida que rodea el ámbito subjetivo de aplicación de este precepto transita sobre si el privilegio especial refaccionario queda reservado únicamente para aquellos trabajadores que efectivamente han participado en la elaboración del bien o bienes sobre los que se proyecta, o si por el contrario alcanza al resto de trabajadores de la empresa. En principio, el tenor del precepto parece dar pie a una interpretación restrictiva, en virtud de la cual los beneficiarios serían únicamente los trabajadores que hayan participado de un modo directo en la elaboración de los bienes (*“objetos por ellos elaborados”* reza textualmente el artículo). Por ello, se ha llegado a argumentar esta opción desde el razonamiento de que el privilegio especial es una excepción a la regla general de igualdad entre acreedores y como tal no puede interpretarse

en un sentido extensivo⁸¹⁷. Otra razón para justificar esta interpretación literal y restrictiva pasaría por entender que quien padece los efectos de la extensión del crédito refaccionario no son tanto los trabajadores, sino los restantes acreedores⁸¹⁸. En cualquier caso, la doctrina mayoritaria que se ha pronunciado sobre el particular ha terminado decantándose a favor de una tesis extensiva, en virtud de la cual el privilegio refaccionario de los trabajadores comprende a todos los trabajadores de la empresa con independencia de que hubieran intervenido o no en el proceso de elaboración de los concretos bienes en cuestión⁸¹⁹. Entre los razonamientos que apoyan esta segunda tesis, con la cual coincido, estaría el hecho de que no puede desconocerse que todos los trabajadores de la empresa participan de la actividad y de los resultados con independencia de que elaboren directamente o no los bienes objeto de refacción⁸²⁰ y que todos ellos colaboran a que el proceso productivo llegue a buen fin desde sus distintos

⁸¹⁷ IGLESIAS CABERO, M. “Los créditos refaccionarios en la Ley Concursal”. En *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo* (BORRAJO DACRUZ, E. Dir.). Ed. La Ley. 2004. Página 161.

⁸¹⁸ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N.A. “*Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*”...*Op. Cit.* Página 201.

⁸¹⁹ Desde la doctrina mercantilista, por ejemplo, GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”...*Op. Cit.* Página 1623; FARRANDO MIGUEL, I. “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”. En VV.AA. *Liber Amicorum Prof. Jose María Gondra Romero*. Ed. Marcial Pons. 2012. Página 453; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”. En *El Concurso Laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley 2012. Página 218. Del lado laboralista se han pronunciado a favor de esta opción, entre otros, MERCADER UGUINA, J.R. *Salario y crisis económica*...*Op. Cit.* Página 305; ALBIOL MONTESINOS, I. “*Aspecto laborales de la ley concursal*”...*Op. Cit.* Página 159 y ss.; ROQUETA BUI, R. “Régimen de protección de los créditos laborales: los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C; MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2006. Página 341; o RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 304.

⁸²⁰ En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I. “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”...*Op. Cit.* Página 453.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

cometidos⁸²¹. Pensar lo contrario supondría desconocer los procesos empresariales contemporáneos, marcados por una acusada descentralización de tareas muy alejada del régimen industrial del que procede la regla jurídica de la refacción. De este modo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3 del Código Civil, debemos tener en cuenta que las normas han de interpretarse con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Junto con ello, algún autor ha expresado que la refacción también alcanza al personal de alta dirección, basándose para ello en la Disposición adicional 5ª ET que viene a extender a estos sujetos las garantías del salario de los artículos 27.2, 29, 32 y 33 ET⁸²², opinión que también comparto. Pese a ello, lo que sí que resultaría bastante más dudoso sería que la refacción alcanzara a un trabajador cuyo contrato se ha extinguido, puesto que no resulta posible que éste pueda reivindicar dicho privilegio frente a objetos cuya elaboración se sitúan temporalmente en un momento posterior a aquél en el que éste dejó la empresa⁸²³.

Sentado el hecho de que sobre los bienes refaccionados participan tanto los trabajadores que directamente han manufacturado los mismos, como aquellos otros que contribuyen de forma más genérica a los fines empresariales (v.gr. servicios de limpieza, mantenimiento, administración, marketing, informática etc.), se plantea ahora la duda de si este crédito solamente puede reivindicarse respecto de un centro de trabajo, o bien se puede aplicar a más de uno. Esta cuestión fue planteada recientemente por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 11 de noviembre

⁸²¹ En este sentido, ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales: los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso”... *Op. Cit.* Página 341.

⁸²² MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...* *Op. Cit.* Página 351.

⁸²³ Así, RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”... *Op. Cit.* 304.

de 2013⁸²⁴. Se trataba de una empresa cuyo valor contable de la partida “existencias-producto terminado” era notablemente superior en una planta de producción respecto a la otra, pertenecientes ambas a la misma empresa. Razón por la cual, los demandantes -trabajadores de la primera- pretendían que los créditos refaccionarios se dividieran por centros de trabajo⁸²⁵. Sobre el particular consideró el citado juzgado que: *“una interpretación integradora y protectora de la masa salarial ha de llevar, a juicio de este Tribunal, a considerar que la extensión ha de afectar a todos aquellos trabajadores que de una forma u otra están implicados o contribuyen a la producción global de la actividad empresarial, sin hacer depender esta decisión de circunstancias aleatorias ajenas al devenir histórico de la empresa”*. Por consiguiente, hemos advertir que los bienes producidos en distintas plantas de producción han de ser considerados créditos refaccionarios pertenecientes a la globalidad de la masa salarial, sin poder *“desgajar su titularidad”*, tal y como podría suceder, por ejemplo, en el caso de autos de la sentencia aquí citada porque en un determinado momento la logística de la empresa mantenga a su *“mismo y prácticamente único cliente en cuanto a la realización de pedidos o entregas desde una u otra planta”*.

Como habrá podido apreciarse, al ámbito subjetivo de aplicación del crédito laboral refaccionario está configurado en la Ley Concursal con bastante amplitud, afectando a la globalidad de la empresa, tanto desde una vertiente objetiva, es decir, respecto a los diferentes centros o plantas de producción existentes en la misma, como subjetiva, es decir, a toda la

⁸²⁴SJM nº2 de Bilbao (Provincia de Vizcaya) de 11 de noviembre de 2013, núm. 260/2013 (AC/2013/2086).

⁸²⁵ Estos créditos alcanzan en una de las plantas de producción el valor de 897.658,38 euros, mientras que la otra es de 25.935,37.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

plantilla y sin tener en cuenta las distintas categorías profesionales dentro de la organización. Esta amplitud también se concibe respecto del salario, de suerte que quedarían comprendidas dentro del mismo tanto las partidas salariales como las extrarasalariales⁸²⁶, incluyendo indemnizaciones por extinción del contrato, salarios de tramitación y recargo de prestaciones que deban ser satisfechas por parte del concursado⁸²⁷. Ahora bien, pese a que cuantitativamente este crédito no se haya limitado, la razón que ampara este privilegio o garantía es la tutela del mérito de quien contribuye con su esfuerzo en el aumento del valor de la cosa refaccionada. Por ello, se ha opinado doctrinal y judicialmente la presencia de una cierta limitación cuantitativa sobre este privilegio, puesto que únicamente se devengaría sobre el plus de valor generado por la refacción en sentido estricto y no así por la totalidad del valor del bien objeto de la misma⁸²⁸. Así las cosas, podría simplificarse esta cuestión, siguiendo a DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO mediante un ejemplo práctico, utilizando para ello unos sencillos números⁸²⁹. En este sentido, si un bien o conjunto de bienes tiene un valor económico de 1.000 euros y el trabajo incorporado al mismo significa 600 euros en términos de costes salariales, será este último importe, que coincide con el valor de la aportación de la mano de obra, el que se tomará como crédito refaccionario.

⁸²⁶ Entre otros, ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales: los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso”...*Op. Cit.* Página 339. ALBIOL MONTESINOS, I. “Aspecto laborales de la ley concursal”...*Op. Cit.* Página 158.

⁸²⁷ ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*. Ed. Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ). 2006. Página 68.

⁸²⁸ Así, por ejemplo, en la SAP de Badajoz de 3 de julio de 2013, rec. Apelación 129/2013 (JUR/2013/265927).

⁸²⁹ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO. N.A. “Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”...*Op. Cit.* Página 200.

2.2.2. Elemento objetivo: que el trabajo haya sido realizado sobre unos concretos bienes

La segunda de las notas definitorias del crédito refaccionario es que éste no se va a proyectar respecto a la totalidad de la masa activa del concursado, como así sucede con el resto de créditos concursales laborales, sino que el privilegio opera únicamente sobre unos bienes concretos y determinados. Cabe indicar, en consecuencia, que el tenor del precepto analizado habla de “objetos elaborados”, por lo que rápidamente se nos plantea el interrogante de si este crédito solamente alcanza a los bienes muebles, tal y como podría deducirse de la literalidad de la locución, o si por el contrario también se extiende a los inmuebles. La doctrina se ha mostrado pacífica sobre esta cuestión y todas las fuentes consultadas han convenido en que los bienes inmuebles también se incluyen dentro de los bienes susceptibles de refacción laboral. Así, se ha razonado, por ejemplo, que el hecho de colocar el privilegio refaccionario de los trabajadores en el mismo plano legal que las hipotecas legales tácitas proporciona argumentos para sostener que se extiende también a los inmuebles⁸³⁰. También se ha argumentado que la exclusión de los bienes inmuebles supondría la eliminación del beneficio a quienes trabajan en la construcción, puesto que este tipo de bienes son precisamente los que son su objeto de elaboración⁸³¹. No obstante, es precisamente a los bienes inmuebles eventualmente “elaborados” por los trabajadores y, subsiguientemente a los que se incorpora la mano de obra los que quedan afectados por el crédito

⁸³⁰ En este sentido, GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”...*Op. Cit.* Página 1622.

⁸³¹ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N.A. “*Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*”...*Op. Cit.* Página 201.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

refaccionario y no así los que constituyen el centro de trabajo (edificios, fábricas y demás zonas donde se desempeñan las distintas tareas)⁸³². Razonablemente, el privilegio tampoco podrá extenderse a las herramientas, enseres, máquinas o utillaje utilizados para elaborar los objetos en cuestión. Por lo demás, no se exige, como así sucede con los créditos privilegiados especiales referidos a las garantías reales, la publicidad registral de los bienes. En consecuencia, en su constitución no precisa ninguna formalidad para su oponibilidad frente a terceros⁸³³. Así, en cierto sentido, el legislador ha reforzado el carácter “cuasirreal” de este privilegio a favor de los trabajadores, pues tal y como se está señalando no se precisa de su inscripción en ningún lugar o documento público, manteniendo de esta forma el mismo rango que el crédito refaccionario anotado⁸³⁴.

El manejo del término “objetos elaborados” también plantea otra serie de cuestiones sobre la posible inclusión o no de aquellas actividades que no supongan la manufactura de ningún bien. En este sentido, cabe interpretar que quedarían extramuros de este privilegio especial todas aquellas actividades consistentes en la mera prestación de servicios, puesto que en ellas no se estaría “elaborando” ningún objeto. Tampoco entrarían dentro del tipo legal las cosas reparadas por los trabajadores, tanto por no estar propiamente ante un proceso de elaboración, como porque el

⁸³² Por todas, SSTS (Sala de lo Civil) -ya clásicas- de 27 de octubre de 1983 (RJ/5345) o 18 de diciembre de 1989 (RJ/8839) o (Sala de Social) de 17 de noviembre de 1997 (RJ/8314).

⁸³³ BLANQUER UBEROS, R. “Concurso: los créditos por salarios y los laborales en general”. En *Instituciones de Derecho Privado* (Civitas). Tomo VI. Mercantil, Vol. 5. 2005. Página 4 (BIB 2005/2607).

⁸³⁴ VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 869.

empresario no es dueño de las mismas⁸³⁵. También se ha negado tal carácter a los bienes que se producen y consumen simultáneamente, como sería el caso, por ejemplo, de la energía eléctrica o similares⁸³⁶.

2.2.3. Elemento locativo: que pertenezcan o estén en posesión del empresario

El tenor del precepto habla de bienes que “*sean propiedad o estén en posesión del concursado*”, admitiéndose a simple vista las dos posibilidades, si bien, esta afirmación conviene matizarla. Inicialmente, no parecen presentar demasiados problemas aquellas situaciones en las que propiedad y posesión coinciden en un mismo momento en la cualidad del concursado. Mayores dificultades presentan aquellos casos en los que la propiedad la ostenta el deudor, pero la posesión de los bienes concretos no, sea porque las tuviera un tercero en depósito, porque estén siendo transportados a su cuenta etc. En cualquier caso, en estos supuestos se ha razonado que la falta de posesión inmediata sobre los bienes no empece el hecho de calificar como privilegiado al crédito refaccionario de los trabajadores⁸³⁷. De esta forma, manteniendo esta interpretación podríamos incluir dentro del objeto de la refacción aquellos bienes vendidos con

⁸³⁵ ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales: los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso”...*Op. Cit.* Página 340; RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”...*Op. Cit.* 303.

⁸³⁶ Entre otros...VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*...*Op. Cit.* Página 870.

⁸³⁷ En este sentido, GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”...*Op. Cit.* Página 1622; FARRANDO MIGUEL, I. “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”...*Op. Cit.* Página 458.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

reserva de dominio o aquellos otros cuya entrega no se realice hasta la satisfacción íntegra del precio pactado, en fin, la venta a plazos⁸³⁸.

Como visiblemente se podrá advertir, los impedimentos más notorios podrían achacarse cuando la propiedad no sea del concursado, sino que éste simplemente conserve la posesión del objeto elaborado. Como se ha esgrimido al inicio de este párrafo, el tenor del artículo 93.1.3º LC habla indistintamente de propiedad y de posesión, separando tales formas de dominio mediante la partícula disyuntiva “o”. Ahora bien, como señalara RÍOS SALMERÓN, la inclusión del vocablo “posesión” fue fruto de una apreciación errónea del legislador, tomada del artículo 1922 CC⁸³⁹. Lo cierto, es que la doctrina mayoritaria que se ha venido manejando por estos terrenos, también ha recelado la posibilidad de que la mera posesión pueda dar lugar al privilegio especial refaccionario. En este sentido, si el artículo 1911 CC nos dice que el deudor responde con sus bienes presentes y futuros, difícilmente se puede cumplir con la referida obligación si, por ejemplo, ya se ha consumado la *traditio* en alguna de sus modalidades o, genéricamente, cuando el bien en cuestión ya no le pertenece. La doctrina judicial más reciente también ha mantenido esta misma interpretación. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 3 de julio de 2013

⁸³⁸ Los “*objetos vendidos, pero aún no pagados, que estén en posesión de la empresa*” expresó LOUSADA AROCHENA, J.F. “Los privilegios de los créditos laborales en el concurso de acreedores” En *Tribuna Social*, núm. 166. 2004. Página 45, seguido posteriormente por otra serie de autores tanto desde la disciplina mercantil como laboral.

⁸³⁹ RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 304. En contrario BLANQUER UBEROS, R. “Concurso: los créditos por salarios y laborales en general”...*Op. Cit.* Página 4 (BIB 2005/2932). Señala que “*parece que si el concursado dejase de ser propietario del objeto de refacción, pero conservase su posesión, el crédito refaccionario conservaría su clasificación como privilegiado, y que lo mismo ocurriría si el concursado perdiese la posesión aunque conservase su propiedad; así resulta de la conjunción disyuntiva “o”, pues basta uno de los supuestos para disfrutar del privilegio*”.

puede leerse lo siguiente: “*debe rechazarse abiertamente la posibilidad de que el privilegio puede hacerse efectivo sobre bienes no pertenecientes al empresario, aunque éste mantenga la posesión, precisamente porque los bienes que no son del empresario concursado no forman parte de la masa activa del concurso y por tanto, el privilegio refaccionario no puede, como privilegio concursal, alcanzar a esos bienes*”⁸⁴⁰. En este sentido, esta es la razón principal por la que no se viene aceptando que dentro de la dicción “objetos elaborados” entren las meras reformas o restauraciones realizadas por parte de los trabajadores, siendo un ejemplo clásico en esta materia la actividad desarrollada en los talleres de reparación de automóviles.

En fin, de forma sintética, cabría aseverar que el privilegio especial refaccionario de los trabajadores se podrá reivindicar sobre todos aquellos objetos elaborados por éstos que estén en posesión y sean de la propiedad del empresario concursado. Incluso, parece que aquellos objetos cuya posesión no sea inmediata pero que por el contrario el deudor los mantenga bajo su dominio en concepto de propietario sí que podrían ostentar este privilegio. Por el contrario, la mera posesión sin propiedad no parece que, por más que la Ley cite ambas posibilidades alternativamente, pueda ser objeto de refacción y, por ende, que pueda adquirir la calificación de crédito privilegiado especial. En consecuencia, será únicamente el mantenimiento de la propiedad por parte del concursado sobre los bienes elaborados por parte de los trabajadores en los términos vistos en los anteriores apartados, con independencia de que los estuviera poseyendo o no en ese momento, lo que evidenciará que pueda obtener virtualidad práctica el crédito laboral que aquí se está analizando.

⁸⁴⁰ SAP de Badajoz de 3 de julio de 2013, rec. Apelación 129/2013 (JUR/2013/265927).

2.3. Reflexiones sobre la institución del crédito refaccionario de los trabajadores en el concurso: una posible entelequia.

Si atendemos a la mera ubicación sistemática del derecho al crédito privilegiado especial de los trabajadores cuando la empresa está en concurso podría parecer que se trata, como su propio nombre indica, de una preferencia en el cobro bastante significativa. De esta forma, analizado el crédito concursal refaccionario a favor de los trabajadores por los objetos por ellos elaborados desde una óptica meramente teórica, o si se prefiere, dogmática, parece que estamos en presencia de un crédito con una posición en el cobro muy privilegiada. En este sentido, si recordamos el orden de prelación de los créditos contemplados por el artículo 90 LC rápidamente nos damos cuenta que los mismos gozan de una prioridad total y absoluta sobre los bienes a los que hacen referencia, situándose con relación a los anteriores por encima de cualquier otro crédito, incluso, sobre los devengados contra la masa.

Ahora bien, si descendemos a un terreno más práctico, prontamente lograremos advertir la escasa relevancia y virtualidad del crédito concursal refaccionario de los trabajadores. Ciertamente, la litigiosidad que plantean este tipo de créditos es más bien escasa, por no decir casi inexistente. En este sentido, son más que contadas las sentencias que resuelven sobre los problemas referidos a los créditos refaccionarios de los trabajadores. Esta falta de litigiosidad no puede entenderse precisamente porque estemos delante de un precepto claro y elocuente, antes al contrario, sino más bien porque directamente esta clase de créditos no suelen siquiera plantearse dentro del concurso, puesto que tampoco suele reivindicarse su reconocimiento a los administradores concursales para que los contemplen

en su informe, ni tampoco éstos vienen acostumbrados a incorporarlos de oficio. Los problemas o argumentos que a mi juicio podrían explicar la escasa virtualidad práctica de los créditos refaccionarios de los trabajadores podrían ser las siguientes:

- Como se ha tenido ocasión de ver a lo largo de las precedentes páginas, existen algunas restricciones o contrariedades en la configuración legal de estos derechos crediticios. Así, por un lado, solamente alcanza a actividades de manufacturación, elaboración o creación de bienes. No se extiende, por tanto, a otra serie de actividades, en especial, las relacionadas con el sector servicios. Evidencias empíricas sobre tendencias empresariales actuales demuestran que de un tiempo a esta parte el sector servicios ha ido ganando terreno poco a poco a los sectores productivos primario y secundario. Justamente, en la actualidad, la mayoría de empresas están destinadas al tercer sector –servicios-, siendo que, a este tipo de actividades no les resulta de aplicación el privilegio refaccionario. De otro lado, el modelo de elaboración del sector secundario también ha sufrido acusados cambios en los últimos tiempos. En particular, hoy en día son muy pocas las empresas que llevan a cabo un proceso de elaboración completo. Antes al contrario, la subcontratación y descentralización productiva de tareas son la tónica del modelo de producción moderno.

- En otro sentido, también se ha tenido ocasión de ver que solamente cuando el empresario que está en concurso mantenga la propiedad del bien elaborado será cuando pueda tomarse en consideración este crédito. En este sentido, todas las actividades de mera reparación o aquellas otras en las que el concursado sea mero poseedor del bien sobre el que se imprime la fuerza de trabajo quedan fuera de tal reconocimiento.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

- Se ha señalado también⁸⁴¹, que la posición elevada de los créditos laborales dentro de la ordenación concursal dejaría poco ámbito de actuación al privilegio refaccionario. Como tendremos ocasión de ver en los siguientes epígrafes, tanto los créditos salariales como los extrasalariales cuentan con un privilegio general respecto de otra serie de acreedores que podrían dejar sin efecto la virtualidad del crédito refaccionario, puesto que, manteniéndose sobre similares créditos laborales, los primeros afectan a toda la masa activa, mientras que los segundos andan referidos a un bien o conjunto de bienes concretos. En último término, los créditos dotados con privilegio general cuentan normalmente con la protección del FOGASA, lo que puede suponer una vía más expeditiva de cobro⁸⁴².

Vista la escasa aplicación práctica del referido precepto, así como explicados los motivos que sustentan esta realidad, no queda otra cosa más que plantearse la necesidad de mantener su vigencia, o cuanto menos, su revisión. En este sentido, y desde una opción tal vez un tanto radical, podría quizá discutirse, al hilo de las aseveraciones aquí esgrimidas, una total supresión del crédito refaccionario de los trabajadores, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico. Su escasa utilidad y manejo en los tiempos que presentes perfectamente podrían avalar dicha supresión del precepto de la Ley Concursal que lo sustenta. Si bien, esta opción supondría negar de raíz una posible vía para la satisfacción del crédito laboral dentro del concurso. Por ello, quizá sería más razonable pensar en soluciones menos drásticas pero a todas luces necesarias, que pasarían por la revisión

⁸⁴¹FARRANDO MIGUEL, I. “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”...*Op. Cit.* Página 464.

⁸⁴²De igual forma, en FARRANDO MIGUEL, I. “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”...*Op. Cit.* Página 458.

y modernización del precepto, sin menoscabar en ningún caso las ventajas que ostentan otra serie de posibilidades de cobro del crédito laboral, tales como el privilegio general y el escudo del FOGASA. Se trataría más bien de atacar algunas de las restricciones que pesan sobre el artículo 90.1 3º LC y que viene arrastrándose de arcaicas legislaciones, como por ejemplo, abriendo algunos elementos de su redacción e incorporando ciertas referencias a la descentralización productiva. O quizá, por ejemplo, incorporar en el tenor legal las prestaciones de servicios que vengan acompañadas con algún producto u objeto físico, es decir, siempre que no sean exclusivamente incorporales o prestación de servicios “puras”. También podrían tenerse en cuenta a efectos de propiedad algunas formas de organización empresarial más modernas, tales como algunas maneras de agrupación como las redes empresariales. En fin, se trataría de desgajar de algún u otro modo la concepción que la ley exhibe sobre los trabajos artesanales, que son en los que viene pensando desde antaño el privilegio refaccionario. Sin duda, una labor altamente complicada.

2.4. Los créditos laborales con privilegio general.

El análisis de la ordenación crediticia laboral continúa su camino con aquéllos que reciben la calificación de privilegiados, esta vez, con carácter general. El artículo 91 LC es el precepto que contiene la lista de créditos que entran dentro de este concepto y como su propio nombre induce supondrá una preferencia en el cobro respecto a otros tantos que la Ley Concursal ha optado por dotarles una peor condición. Se denominan con privilegio general porque, en contraposición a los especiales, ostentan su derecho de cobro frente a toda la masa activa del concurso, excluyendo, en

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

su caso, aquellos bienes concretos afectos a un crédito privilegiado especial. Por ende, entran de lleno en el reparto de los haberes del concursado. Naturalmente, todos estos créditos tendrán que haberse devengado con anterioridad a la declaración del concurso. En adición, cabe apuntar que tales créditos concursales se satisfacen una vez deducidas las deudas de la masa, que como tendremos ocasión de ver, se devengan a sus respectivos vencimientos por las deudas contraídas por el concursado con posterioridad a la declaración del concurso.

Con anterioridad a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal existían un gran número de privilegios en el orden de cobro que, por lo demás, figuraban dispersos a lo largo de las distintas y variopintas normas, pero la actual regulación optó por mantener determinados privilegios. Dentro de esta reordenación se redujeron algunos de los antiguos privilegios existentes bajo el régimen precedente, incluyéndose, de otro lado, otros tantos *ex novo*. En este orden de cosas, como señalara TOBÍO RIVAS, en realidad, más que una enérgica reducción de privilegios en el ámbito concursal, tal y como se había pronosticado, se produjo una reordenación de los mismos⁸⁴³

Con todo, y también con carácter general, debemos de tener presente que la Ley Concursal declara en su artículo 98.2 respecto de los créditos privilegiados en ella reconocidos que “*no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley*”. Por consiguiente, de la anterior afirmación se infiere que en seno concursal exclusivamente se podrán tener en cuenta como créditos dotados con privilegio los que la propia Ley Concursal establezca. La del artículo

⁸⁴³TOBÍO RIVAS, A. M^a. “Los privilegios en la Ley Concursal ¿reducción o reordenación?”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20. 2010. Página 1. (BIB 2010\202).

91 LC consiste, en suma, en una lista *numerus clausus* de conceptos crediticios que van a gozar de una serie de prerrogativas, entre los que, como es de esperar, tienen cabida varias partidas a favor de los trabajadores.

Centrándome ya en los créditos derivados propiamente del contrato de trabajo, cabe esgrimir que su reconocimiento y extensión se fue ampliando a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, aumentando a lo largo de sus diversas fases las categorías de adeudos laborales a los que se le reconoce un carácter privilegiado⁸⁴⁴. Los créditos laborales, en especial los salariales, cuentan con una especial idiosincrasia, puesto que son a corto plazo y tienen un vencimiento no superior al mes, por lo que suelen ser considerados con poco riesgo y por ello no se suelen asegurar, de ahí que la causa de su preferencia no sea negocial, sino que emana directamente de la voluntad del legislador para tutelar el interés de los trabajadores⁸⁴⁵. Algunos de los créditos a favor de los trabajadores dotados con privilegio general se encuentran limitados superiormente, por lo que su cobertura íntegra no se dará en todos los casos. En concreto, el privilegio general referido a los salarios y a las indemnizaciones por extinción del contrato solamente se extiende sobre aquellos créditos que no rebasen tres veces el salario mínimo interprofesional. Vistas estas características estamos en condiciones de señalar que los créditos laborales privilegiados contenidos en el artículo 91.1 LC son⁸⁴⁶:

⁸⁴⁴ Así nos lo afirma, con otras palabras, PANTALEÓN PRIETO, F. “De la clasificación de los créditos”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004. Página 534.

⁸⁴⁵ En este sentido, VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores... Op. Cit.* Páginas 938 y 939.

⁸⁴⁶ Ordenación propuesta por COSTA REYES, A. *Los trabajadores en el proceso concursal... Op. Cit.* Página 168.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

a) De carácter general, puesto que como se acaba de especificar no quedan afectos para su cobro a ningún bien concreto, antes al contrario, su satisfacción entra de lleno en las reglas de la ejecución universal de los haberes del deudor, razón de ser de todo procedimiento concursal.

b) Ordinarios, en el sentido de que entran dentro de la clasificación de los créditos concursales y con ello en todos los devengados con anterioridad a la declaración del concurso y satisfechos una vez deducidas las deudas contra la masa y con cargo a bienes no afectos a ningún bien especial. Por lo tanto, no cabe confundir esta expresión con la de “créditos ordinarios”, sobre los que postteriormente daré cuenta, sino que se está utilizando el término ordinarios como sinónimo de créditos concursales, en los términos acabados de advertir.

c) Limitados, puesto que, sobre algunos de los créditos laborales -los más habituales-, el privilegio no va a abarcar siempre y en todo caso a la totalidad del importe debido, sino que va a contar con un límite superior de carácter cuantitativo. En este sentido, aquellos trabajadores que no cobren mucho, o bien cuando la cantidad debida por el concursado sea escasa, es más probable que vean resarcido la totalidad de su crédito conforme a las ventajas privilegiadas del artículo 91.1.1º LC. Por su parte, para trabajadores con sueldos muy altos o con débitos muy elevados podría darse el caso de que el manto del privilegio solamente alcance hasta el determinado tope marcado por el citado precepto, pasando el exceso a recibir una calificación menor.

Respecto a la forma de pago de esta clase de créditos, el artículo 155 LC expresa, como sabemos, que se hará con posterioridad a los créditos contra la masa y con cargo a bienes no afectos a privilegio especial y, además, añade *“por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a*

prorrata dentro de cada número”. Significa este último inciso que la posición que se ocupe dentro del artículo 91 LC no es baladí y sirve para fijar las distintas expectativas de cobro. En este orden de cosas, los créditos determinados en el ordinal primero serán los primeros en cobrar y así sucesivamente siguiendo el orden establecido en el propio artículo 91 LC, y cuando la masa activa del concurso no diera para más, dentro de un concreto ordinal, se cobraría a prorrata. El criterio de ordenación jerárquico representado por este precepto es particularmente importante para los intereses de los trabajadores, puesto que sus créditos se sitúan en el primer ordinal. En las siguientes líneas me ocuparé de comprobar sobre qué concretos adeudos se proyecta el privilegio general en el cobro dentro del concurso, así como sus limitaciones y otra serie de cuestiones controvertidas que sugiere la redacción del artículo 91.1.1º LC.

2.4.1. Créditos por salarios.

En su primer aserto, el artículo 91.1.1º LC reconoce como susceptibles de clasificarse con privilegio general a los salarios que no tengan reconocido ningún privilegio especial, y matiza que esta prerrogativa solamente alcanza a estos créditos *“en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago”*. Se trata de una reproducción casi mimética del privilegio salarial contemplado por el artículo 32.3 ET en su redacción dada por Ley 11/1994, de 20 de mayo. Protección que, pese a parecer casi idéntica, no es exactamente la misma porque el Estatuto de los Trabajadores concede este singular privilegio por encima de cualquier otro, exceptuando aquéllos otros que siendo concurrentes se revelen frente a un derecho real,

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

mientras que el citado precepto concursal no contiene una expresión análoga, puesto que en esta sede las reglas de ordenación y expectativas de cobro se alteran en pos del principio *par conditio creditorum*. Por consiguiente, los créditos por salarios dejados abonar por parte del empresario hay ponerlos en relación con los derechos de los restantes acreedores y compaginarlos con las demás figuras crediticias (contra la masa, privilegio especial, privilegio general, ordinarios e incluso subordinados).

El artículo 91.1.1º LC alberga en su exégesis un criterio cuantitativo y otro temporal. Respecto al aspecto temporal ya ha sido aseverado que los créditos concursales son aquéllos devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Por lo tanto, si el retraso en el abono del salario corresponde con meses anteriores al auto de declaración del concurso estaremos ante créditos concursales con privilegio general, mientras que si dicha carencia se produce con posterioridad se entiende que están causados por la continuidad de la actividad empresarial y, en consecuencia, el tratamiento recibido será el propio de los créditos contra la masa. Por consiguiente, será preciso examinar en cada supuesto cuál es el mes en el que se devenga la retribución salarial que ha sido objeto de impago por parte del empresario (dedicaré, debido a su importancia, un apartado específico a esta cuestión).

Por su parte, por el término “salarios” cabe deducir una noción amplia, a través de la cual se abarquen todas las partidas salariales contempladas en el artículo 32 ET, así como, en el correspondiente Convenio Colectivo de aplicación, incluyéndose, asimismo, las pagas extraordinarias ya devengadas con anterioridad la declaración del concurso

y pendientes de pago⁸⁴⁷. En este sentido, si la correspondiente paga extraordinaria está prorrateada en el salario mensual, coincidirá con el importe de las nóminas de los meses adeudados con anterioridad a la declaración del concurso donde se incluye este concepto. Pero, para el caso de pagas extraordinarias devengadas en otro periodo de tiempo, por lo general, una en el mes de diciembre y otra en junio/julio la doctrina judicial también se ha postulado a favor de un cálculo donde se incluya el salario diario del trabajador incluidas las pagas extraordinarias alegándose que *“podría darse la absurda situación de que en la hipótesis de que se adeudaran las mensualidades de un año más las dos gratificaciones extraordinarias, equiparando éstas a 30 días de salario cada una, el número de días de salario pendientes de pago devengados en un año superaría los 365 días”*(SJM Madrid de 21 de marzo de 2005, citada). Por descontado, entiendo que no cabría introducir aquellas posibles partidas de carácter extrasalarial, así como tampoco los eventuales salarios de tramitación, puesto que aunque contengan en su dicción el término “salarios” vienen siendo tradicionalmente entendidos como una indemnización por la pérdida de un despido ilícito. En cualquier caso, los salarios de tramitación tendrán cabida dentro de los créditos con privilegio general precisamente porque, tal y como veremos a continuación, las indemnizaciones laborales también entran dentro de este concepto crediticio. Cuando la norma concursal utiliza el término salarios lo hace bajo su acepción restringida y por ello solamente quedan comprendidas aquellas partidas de naturaleza salarial, quedando por ello fuera las de

⁸⁴⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 21 de marzo de 2005, núm. 23/2005 (AC/2005/740).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

naturaleza extrasalarial, salvo que de forma expresa se consignent como privilegio⁸⁴⁸. En este sentido, los conceptos señalados por el artículo 26.2 ET no entrarían dentro del privilegio por esta vía, es decir, los gastos o suplidos, dietas etc.

La cantidad económica percibida por el trabajador cuando está de baja tampoco entraría, aunque en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional el artículo 131.1 LGSS indica que el empresario correrá a cargo del “salario íntegro correspondiente al día de la baja”, por lo que entiendo que este día tendría que ser considerado como crédito privilegiado. Respecto a la enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio por incapacidad temporal comienza a abonarse a partir del decimosexto día de baja, siendo a cargo del empresario el abono de la prestación a partir del cuarto día y hasta el decimoquinto día de baja (artículo 131.1 LGSS). Sobre el particular se ha señalado desde la doctrina que estamos ante un concepto de naturaleza extrasalarial, toda vez que no es contrapartida de ningún trabajo, sino que es sustituto del salario no percibido⁸⁴⁹. El hecho de que el precepto de Seguridad Social emplee el término “*abono de la prestación al trabajador*” desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, en contraposición a la dicción “*el salario íntegro correspondiente al día de la baja*” utilizado para los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, coadyuva a forzar esta interpretación que, vendría a predicar su naturaleza extrasalarial y, por ende, su exclusión del privilegio general de los créditos por salarios.

Respecto al criterio temporal cabe tener presente que los salarios por los 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso

⁸⁴⁸ VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores...Op. Cit.* Página 941.

⁸⁴⁹ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 354.

van a ser considerados como créditos contra la masa, por lo que tales créditos salariales quedarán fuera de los lindes del privilegio general, pasando a ocupar un rango de prelación bastante más destacado, puesto que tal y como veremos más adelante, éstos se deberán abonar “de inmediato”, por lo que tradicionalmente viene conceptualizándose desde la doctrina como “superprivilegio salarial”. No obstante, como los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo se encuentran formalmente limitados al doble del salario mínimo interprofesional (en adelante SMI, la parte del crédito que supere esta frontera y siembre hasta el límite del triple del SMI, deberán considerarse como privilegiados⁸⁵⁰. Efectivamente, como estos créditos son anteriores a la declaración del concurso, pero a través de una ficción legal son considerados contra la masa, es decir, como si hubieran sido generados con posteridad a esta fecha, la cantidad del salario que supere el duplo del SMI y hasta el límite del triple del SMI será considerada como crédito con privilegio general del artículo 91.1.1º LC⁸⁵¹. En último término, el importe de los créditos reconocidos a los trabajadores en concepto de salario deberán serlo por su importe neto, es decir, una vez deducidas las retenciones que procedan⁸⁵². La explicación vendría dada porque las cuotas de la Seguridad Social que se detraen del importe bruto de la nómina no son propiamente salario. Idéntica solución cabría ofrecer

⁸⁵⁰ RÍOS SALMERÓN, B. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 351; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a.M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 221.

⁸⁵¹ Así se puede ver en la práctica judicial, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 31 de mayo de 2005, proc. 211/2005 (JUR /2006/299852): “En la medida en la que respecto al último mes trabajado se satisfizo ya el doble del salario mínimo, queda, por lo tanto un tramo de mes de dicho salario que debe ser considerado como crédito con privilegio general lo que determina que respecto a la primera quincena de noviembre se deba reconocerse como privilegio general las cantidades consideradas como ordinarias hasta la suma de 736,20 €”.

⁸⁵² En este sentido, SAP de Zaragoza de 29 de noviembre de 2007, rec. Apelación 517/2007 (JUR/2008/73855).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

sobre posibles supuestos de aportaciones a planes de previsión social de carácter privado. En estos casos, el descuento en el salario bruto realizado por el concursado para satisfacer mejoras voluntarias establecidas por Convenio a favor de entidades de previsión privadas no se consideraría salario, puesto que no obedece a la remuneración por los servicios prestados, ni entraría con ello dentro del concepto de salario del artículo 26 ET. Así lo entendió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 21 de noviembre de 2008⁸⁵³ que vino a corregir el criterio mantenido en instancia por parte del Juez del Concurso, quien consideró estos importes como salario y por ende circunscritos dentro de la esfera del artículo 91.1.1º LC.

La anterior alusión al SMI da pie al planteamiento de ciertas cuestiones acerca del segundo de los ingredientes que denotan la existencia de un crédito con privilegio general, correspondiente con la presencia de un límite cuantitativo superior. En este sentido, y al igual que sucede en el artículo 32.3 ET, se establece que el privilegio alcanzará hasta el tope del triple del SMI, sin mayores concreciones, situación que genera algunos problemas interpretativos con claros efectos prácticos. En primer lugar, como sabemos, el importe del SMI se fija anualmente mediante Real Decreto, siendo habitual que se publique a finales del mes de diciembre de cada año. Esta circunstancia obliga a que nos preguntemos, teniendo en cuenta la fecha de declaración del concurso, cuál debe ser el SMI que deba tomarse a efectos del cálculo de este límite, si el vigente en el momento del devengo del crédito, el coincidente con la fecha de declaración del concurso o quizás el señalado a la hora de confeccionar la lista de acreedores. Sobre

⁸⁵³ SAP de Guipúzcoa de 21 de noviembre de 2008, rec. Apelación 2295/2008 (AC/2009/106).

el particular parece existir cierto consenso dentro de la doctrina científica, que de forma pacífica ha venido entendiendo que el SMI que debe observarse para realizar el cálculo será el existente en el momento del devengo del crédito salarial⁸⁵⁴.

Otra posible duda surge en relación con los trabajadores a tiempo parcial. En este sentido, cabe tener presente que los Reales Decretos que fijan anualmente el importe del SMI suelen venir referidos a la jornada a tiempo completo y acostumbran a incluir un inciso donde se establece que para jornadas inferiores se entenderá la cantidad prorrateada. Por ello, si el trabajador afectado tiene un contrato a tiempo parcial el importe del triple del SMI fijado como límite será el correspondiente a la jornada realizada, y no así el fijado para la jornada legal ordinaria⁸⁵⁵.

La última de las cuestiones que suscita la parquedad del precepto concursal cuando se refiere al triple del SMI y quizá la más debatida, es la referida a si dentro de este concepto debemos incluir o no las pagas extraordinarias. A favor de esta opción se han postulado algunos autores. Así, por ejemplo, ALAMEDA CASTILLO esgrimió que el SMI tomado como referencia será el vigente en el momento de devengo de los créditos

⁸⁵⁴ Sin que nos parezca de otro lado consistente la explicación ofrecida por RÍOS SALMERÓN, B Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 352, cuando lo achacan a un derecho básico del trabajador para atender su propio sustento y al de su familia, cuando precisamente lo más habitual será que el SMI de la declaración del concurso o de la confección de la lista de acreedores, en caso de coincidir con el de un año distinto sea un tanto superior al de la fecha de devengo del crédito salarial, puesto que la tendencia es que el SMI se mantenga constante o, en el mejor de los casos ascienda debido a la inflación; También se han posicionado a favor del SMI al momento en que se genera el crédito: ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 343; o ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 71.

⁸⁵⁵ Así lo han entendido también RÍOS SALMERÓN, B Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 353.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

salariales incluyendo la prorrata de las pagas extraordinarias⁸⁵⁶. En sentido similar, RÍOS SALMERÓN Y SEGOVIANO ASTABURUAGA expresaron que el SMI es el que corresponde a una mensualidad con inclusión de la prorrata de las pagas extras, ya que, según los citados autores, esta cantidad es el mínimo que tiene derecho a percibir el trabajador⁸⁵⁷. Ahora bien, cabe tener presente a estos efectos que la jurisprudencia ha venido entendiendo tradicionalmente una solución distinta. Ya en una sentencia emitida por el Tribunal Supremo con fecha de 11 de junio de 1998⁸⁵⁸ se reconoció que el artículo 31 ET establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año, pero se apunta que *“la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste”*. El TS basó su argumentación en que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral y que con ella se designa tanto el salario mínimo interprofesional en sentido estricto como los denominados salarios mínimos adicionales, donde podríamos ubicar las pagas extraordinarias. Se continúa aseverando que *“estos salarios mínimos profesionales o individuales no se confunden con el salario mínimo interprofesional y así se advierte claramente de la redacción de las*

⁸⁵⁶ ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”... *Op. Cit.* Página 71.

⁸⁵⁷ RÍOS SALMERÓN, B Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”... *Op. Cit.* Página 353.

⁸⁵⁸ STS de 11 de junio de 1998, rec. Casación 3953/1997 (RJ/1998/5200). Esta sentencia va referida a un caso donde se discute la incorporación o no de las pagas extraordinarias en el cómputo del SMI al hilo de un crédito privilegiado laboral, si bien su doctrina viene emanada de un caso del propio TS donde se discutía la determinación de un subsidio asistencial por desempleo donde se precisa que el concepto legal interpretado es el mismo (se trata de la STS de 16 de mayo de 1995, rec. Casación núm. 3369/1993 (RJ/1995/3778)).

correspondientes disposiciones cuando establecen que a los salarios mínimos interprofesionales -sólo variables en función de la edad del trabajador- ‘se añadirán’ los conceptos mencionados”. Esta doctrina ha sido acogida posteriormente por alguna sentencia de suplicación, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de marzo de 2001⁸⁵⁹, y ya dentro del plano estrictamente mercantil, y con ello referido al concurso, por la ya mencionada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 21 de marzo de 2005.

Posteriormente, a raíz de la reforma operada por el RDL 5/2006 de 9 de junio, que modificó el art. 33.2 ET se incorporó un último inciso dentro de este apartado que rezaba lo siguiente: *“en todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”* (hoy en día y tras la entrada en vigor del RDL 20/2012, de 13 de julio se redujo este límite al duplo del SMI). Pero, en lo que aquí interesa, cabe señalar que para denotar la responsabilidad del FOGASA se incluye en el cómputo del doble del SMI las pagas extraordinarias, por lo que podría llegar a plantearse una posible interpretación analógica para el supuesto del cálculo del montante del crédito salarial privilegiado. Sin embargo, la respuesta ofrecida recientemente desde la doctrina judicial es negativa y se defiende el criterio mantenido en su momento por el Tribunal Supremo. Un ejemplo de esta tesis la podemos encontrar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de mayo de 2012⁸⁶⁰ que concluye que la inclusión de las pagas extraordinarias ni se deduce el artículo 32.3 ET destinado al privilegio

⁸⁵⁹ STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2001, rec. Suplicación. 3267/1997 (AS/2011/375).

⁸⁶⁰ SAP de Vizcaya de 3 de mayo de 2012, rec. Apelación 857/2012 (AC/2012/1306).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

general de los créditos laborales fuera del concurso, ni mucho menos en el ámbito concursal en el propio artículo 91.1.1º LC, que por lo demás, debe de interpretarse restrictivamente según reza el artículo 89.2 de la propia Ley Concursal, y al contrario de lo que acontece con el límite de la responsabilidad del FOGASA *ex* artículo 33.2 ET.

En este orden de cosas, cabe sintetizar que la jurisprudencia tenida en cuenta diferencia entre el salario mínimo interprofesional en sentido estricto, que correspondería con el diario o mensual, de aquel otro salario mínimo “adicional” que es el resultado de incorporar los distintos complementos salariales, así como las pagas extraordinarias, fijándose de este modo un importe salarial mínimo anual. En conclusión, a efectos del cómputo para medir el crédito privilegiado se propone por tales sentencias utilizar el SMI estricto, es decir, sin pagas extraordinarias, lo que genera evidentes perjuicios en el sentido de que el importe del crédito que caerá del lado del artículo 91.1.1º LC será un tanto menor.

Atendiendo a lo visto hasta el momento cabe esquematizar que, para calcular la parte del crédito laboral adeudado con anterioridad al concurso, habrá que multiplicar el salario diario percibido por el trabajador en cuestión (neto), incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias y compararlo con el resultado de multiplicar por tres el SMI diario vigente en el momento del devengo del crédito, esta vez sin incluir las citadas pagas extraordinarias. En este orden de cosas, la parte del crédito que caiga por debajo de este límite será considerado a los efectos oportunos como privilegiado, mientras que el exceso pasará a formar parte de los créditos ordinarios del concurso, con las consecuencias prácticas que de esta clasificación se derivan.

2.4.2. Créditos por indemnizaciones

El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores fue modificado por Ley de 11 de mayo de 1994, donde se pasó a imputar a las indemnizaciones por despido la misma consideración que la observada para los créditos salariales en cuanto a lo que se refiere al amparo de la garantía que este precepto establece. Con anterioridad a dicha norma existía, en efecto, cierta polémica mantenida por las Salas 1ª y 4ª del TS a propósito de, si bajo la norma antes citada, merecían la consideración de crédito privilegiado junto a los salarios, las indemnizaciones laborales. En este sentido, la Sala Civil solía ser contraria a que las indemnizaciones laborales tuvieran la consideración de salarios y en consecuencia les atribuía un difícil encaje entre los créditos singularmente privilegiados⁸⁶¹. Por el contrario, la Sala Social solía mantener la postura contraria y en este sentido venía a considerar que la previsión del artículo 26.2 del ET no debía interferir en la fijación del alcance de la protección del crédito laboral⁸⁶².

Con todo, ya en el año 2000, la Sala 1ª del Tribunal Supremo consideró que *“lo que no hay duda es que dentro del ámbito de protección del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, debe entenderse enclavado en el concepto que da del salario, no solo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también aquellas sumas entregadas o indemnizaciones derivadas por cualquier causa de un contrato laboral. Y así se infiere del art. 33 de dicho Estatuto,*

⁸⁶¹ Algunas de las sentencias en este sentido eran las de 11 de mayo de 1992 (RJ/1992/3894), de 12 de marzo de 1993 (RJ/1993/2269), o de 24 de mayo de 1993 (RJ/1993/3725).

⁸⁶² Algunos de estos ejemplos en las sentencias de 26 de febrero de 1990 (RJ/1990/1235), de 3 de octubre de 1990 (RJ/1990/7522), o de 24 de julio de 1990 (RJ/1990/6463).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

que establece un criterio derivado de un "concepto amplio del salario", lo que significa, que (.) Fogasa asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores -abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago, así como de las indemnizaciones a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo conforme a los arts. 50 y 51 del Estatuto de Trabajadores-, por lo que, para el reembolso de las cantidades satisfechas, se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el mencionado art. 32 del Estatuto"⁸⁶³. Ya en el año 2006, la Sala 1ª del TS adoptó un acuerdo no jurisdiccional, con fecha de 18 de diciembre de 2006 sobre el contenido y alcance de la preferencia de los créditos salariales establecida en el artículo 32.3 ET, en lo relativo a las indemnizaciones por despido⁸⁶⁴ y que ofrecía una interpretación amplia para deudas anteriores a la reforma del texto estatutario.

⁸⁶³ Puede observarse esta evolución en la SAP de Madrid de 4 de marzo de 2011, rec. Apelación 326/2010 (AC/2011/977). También en la doctrina laboralista pueden encontrarse notas sobre esta evolución: RÍOS SALMERÓN, B. "La Ley Concursal y los créditos laborales"...*Op. Cit.* Páginas 308-313.

⁸⁶⁴ Se reproduce a continuación el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 18 de diciembre de 2006 (Acuerdo número 2/2006 de 18 diciembre (JUR/2007/114345):

"Contenido y alcance de la preferencia de los créditos salariales, establecida en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , en lo relativo a las indemnizaciones por despido.

Tras un amplio debate sobre el contenido y alcance de los artículos 26 Y 32 del Estatuto de los Trabajadores en sus distintas redacciones, así como las razones que avalan una y otra postura, se da lugar a la votación a fin de aplicar el acuerdo que se adopte a los asuntos pendientes cuya legislación aplicable sea previa a la modificación del Estatuto de los Trabajadores de 1995, optando entre el criterio amplio de salario y la consideración de privilegiados de los créditos salariales o el criterio estricto que venía siendo aplicado, donde los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido no se consideran privilegiados.

Tras la votación, obtiene mayoría la opción del denominado criterio amplio, es decir, los créditos a favor de los trabajadores en concepto de indemnizaciones por despido nulo o improcedente tendrán la consideración de créditos privilegiados, no obstante,

Hoy en día no cabe ninguna objeción acerca del carácter privilegiado de los créditos resultantes de las indemnizaciones por la extinción de los contrato de trabajo, puesto que tanto el artículo 32 ET y, especialmente, el artículo 91.1.1º LC -desde el año 2003- contienen una referencia expresa y *ex lege* sobre el particular. En concreto, el citado precepto concursal establece un privilegio para indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, pero limitado por la cuantía correspondiente con el mínimo legal sobre una base que no supere, de nuevo, el triple del SMI. En este sentido, dentro del mismo apartado, pero en oraciones distintas, el artículo 91.1.1º LC contempla como crédito con privilegio general las indemnización por extinción del contrato de trabajo, con el mismo límite cuantitativo que el dispuesto para los salarios, por lo que por razones de economicidad me remito en este momento a los criterios analizados en el epígrafe anterior respecto a los problemas que suscita el cálculo del SMI. Sin embargo, sí que merece la pena detenerse en este punto en la exégesis de la expresión: “*cuantía correspondiente al mínimo legal*”. En líneas generales, cabe indicar que esta dicción no puede ser otra que la cantidad que fije para cada supuesto el Estatuto de los Trabajadores. No cabe, por tanto, aplicar las cantidades marcadas en el artículo 33 ET, destinado como sabemos a determinar la responsabilidad del FOGASA, sino que la cuantía concreta para denotar el privilegio dependerá de la singular causa de extinción. Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 6 de noviembre de 2014 podemos ver un caso donde en un principio se calculó una indemnización conforme

interpretando el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (RCL 1980, 607) , se aplicará la limitación propuesta por el Ponente, integrando dentro del privilegio los créditos solo en una cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional”.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

a la cuantía de 20 días por año, siendo que el despido fue declarado improcedente, manteniendo la administración concursal la tesis de que a esta cantidad es a la que se refiere la expresión “mínimo legal”. La referida sentencia tuvo en cuenta para el cálculo lo estipulado por el artículo 56 ET, corrigiendo de este modo la interpretación realizada por el administrador concursal.⁸⁶⁵ También entraría dentro del tipo normativo aquella indemnización que tras declararse un despido nulo exista imposibilidad de readmitir al trabajador por cese de la actividad empresarial (acordada naturalmente con anterioridad al concurso). En consecuencia, hay que advertir que para calcular la base que sirva de comparación con el triple del SMI hay que partir de las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores para las diferentes vicisitudes extintivas. Asimismo, el tenor del precepto concursal habla de “extinción de los contratos”, por lo que no circunscribe el privilegio a ninguna especialidad en concreto, valiendo cualquier forma de conclusión del contrato de trabajo que lleve aparejada indemnización o que, aun no previéndose, ésta provenga posteriormente por mor de una declaración de improcedencia.

No parece que deban entrar dentro de este concepto aquéllas eventuales indemnizaciones establecidas por Convenio Colectivo, por ejemplo, cuando así se establezca para la extinción por mutuo acuerdo o para los casos del término de los contratos de interinidad, de inserción o formativos, cuyos créditos recibirían todos ellos la consideración de ordinarios⁸⁶⁶. Más discutible serían aquellas indemnizaciones por extinción

⁸⁶⁵ SAP de Islas Baleares de 6 de noviembre de 2014, rec. Apelación 465/2014 (JUR/2014/57374).

⁸⁶⁶ ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 343.

del contrato mejoradas a través de Convenio, entendiéndose por parte de algunos autores que a esta última es a la que hace referencia la norma concursal al hablar de “mínimo legal”⁸⁶⁷, si bien, una lectura estricta, unido a la toma en consideración del principio *par conditio creditorum* y, en suma, los distintos intereses existentes en el régimen concursal, también llevaría a negar tal posibilidad, conduciendo a entender que solamente entrarían las indemnizaciones establecidas directamente por el Estatuto de los Trabajadores. Tampoco recibirán la consideración de indemnizaciones con carácter privilegiado las derivadas de otra serie de vicisitudes del contrato de trabajo distintas a las extintivas y que también lleven aparejada compensación, teniendo, en consecuencia, todas éstas rango de crédito ordinario⁸⁶⁸.

En síntesis, el término “mínimo legal” debe de interpretarse con carácter restrictivo por varias razones: a) desde una perspectiva meramente literal el precepto en cuestión enuncia textualmente “indemnizaciones por la extinción de los contratos” y en la “cuantía correspondiente al mínimo legal” por lo que una interpretación textual obligaría a reducirlo únicamente a estos conceptos entrecomillados; b) sistemáticamente podría aducirse que el artículo 89.2 LC previene una lectura restrictiva sobre los créditos privilegiados, los cuales no pueden ampliarse a nuestro libre arbitrio o bajo una interpretación caprichosa; c) en último lugar, trasluce una concepción finalista marcada por la existencia de diversos intereses en juego, entre los

⁸⁶⁷ En este sentido, RÍOS SALMERÓN, B Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 359.

⁸⁶⁸ Me estoy refiriendo a posibles indemnizaciones por desplazamiento, por traslado, por modificación sustancial de las condiciones de contrato, por suspensión del mismo, por incumplimiento de la obligación de reincorporación tras esta última circunstancia y otra serie de indemnizaciones de Seguridad Social que no entren en el concepto de accidente de trabajo y enfermedades profesionales en los términos que en el siguiente epígrafe se analizará.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

que se encuentran los de los restantes acreedores y las distintas pautas de ejecución universal del patrimonio.

Una vez calculada la respectiva indemnización conforme a la cuantía coincidente con lo previsto por el Estatuto de los Trabajadores habrá que ponerla en relación con el triple del SMI según las reglas vistas anteriormente para los créditos por salarios y, en consecuencia, toda aquella cuantía que quede por debajo de este importe será considerada dentro del concurso como crédito privilegiado, mientras que el exceso recibiría un trato ordinario, con las respectivas consecuencias jurídicas y prácticas que de tal clasificación se derivan.

Para llevar a cabo esta misión, además, será especialmente importante tener presente la fecha del nacimiento del derecho a la indemnización, lo que conecta inexorablemente con el origen de la concreta causa de extinción, puesto que, si ésta es anterior a la declaración del concurso el crédito recibirá un tratamiento concursal, mientras que si se ocasiona con posterioridad será considerado contra la masa. En el caso del despido declarado improcedente, cuando el empleador ha sido declarado en concurso va a ser relevante para atribuir una u otra consideración conocer el hecho que motiva la extinción del contrato de trabajo, es decir, cuándo se produce y quién adopta esta decisión. Sobre todas estas cuestiones volveré con hondura a la hora de tratar los créditos indemnizatorios considerados contra la masa del concurso, donde resultará inevitable comentar una reciente sentencia emitida por parte del Tribunal Supremo mediante la que se procede a fijar doctrina sobre el particular. También daré cuenta de la interpretación que merecen los salarios de tramitación que, como sabemos, son considerados como créditos indemnizatorios, si bien, presentan una serie de peculiaridades respecto a su forma de devengo.

2.4.3. Indemnizaciones derivadas por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En el seno del artículo 91.1.1º LC también aparecen expresamente como créditos con privilegio general las indemnizaciones derivadas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, evidentemente, devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

En primer lugar, cabe identificar a qué tipo de créditos se está refiriendo el legislador concursal cuando profesa el privilegio general a las “indemnizaciones derivadas por accidente de trabajo y enfermedad profesional”. En este sentido, no parece que se esté aludiendo a la indemnización a cargo de la Entidad Gestora cuando acontece esta vicisitud, puesto que de acuerdo con el principio de automaticidad de las prestaciones sociales de la Seguridad Social y sus organismos dependientes éstas quedarían plenamente garantizadas⁸⁶⁹. Pese a que el término “indemnizaciones” no sea del todo preciso o acertado, el legislador se estaría refiriendo, bajo mi punto de vista, a todas aquellas cantidades que debe de satisfacer el empresario cuando se desprenda su responsabilidad en la causación del accidente o enfermedad profesional. En consecuencia, no siempre que se produzca un accidente o enfermedad laboral existirán créditos privilegiados dentro del concurso, sino únicamente cuando se deduzca la responsabilidad del empresario en el origen de la contingencia. Con todo, algunos autores han señalado que las indemnizaciones a las que se refiere el precepto son, por ende, las dimanantes de la posible

⁸⁶⁹ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 359.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

responsabilidad del empresario por incumplimiento de sus obligaciones en los términos señalados por los artículos 126, 127, 195 y 197 LGSS, principalmente⁸⁷⁰. Sin embargo, otros han señalado que el precepto se refiere única y exclusivamente a las indemnizaciones civiles adicionales contenidas en el artículo 127.3 LGSS y no así, por ejemplo, al recargo de prestaciones⁸⁷¹. Bajo mi punto de vista, tendrá la consideración de crédito privilegiado la indemnización por los daños y perjuicios civiles o derivados de responsabilidad penal a cargo del empresario (artículos 115.5 b) y 127.3 LGSS).

Otra cuestión a destacar es que, al contrario de lo que sucedía para los casos de los créditos por salarios e indemnizaciones por extinción del contrato, aquí no existe ningún límite que revele que cantidad recae dentro del privilegio general y cual lo hará como crédito ordinario. El silencio que guarda el precepto en este punto debe de ser interpretado en el sentido de que para las deudas indemnizatorias por accidente de trabajo y enfermedad profesional no existe ninguna barrera divisoria más que el daño que se pretende reparar y, con ello, todo crédito existente por este concepto recaerá dentro del manto privilegiado. Probablemente, esta situación venga provocada por el carácter residual que presentan estos créditos dentro del concurso, puesto que precisan la existencia de un accidente laboral del cual se derive la responsabilidad por parte de la empresa, en contraposición con las deudas por falta de abono del salario o indemnizaciones por extinción de los contratos, que son prácticamente consustanciales a la situación de

⁸⁷⁰ ROQUETA BUJ, R. “Régimen de protección de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 344.

⁸⁷¹ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N.A. *Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas...**Op. Cit.* Página 205; VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores...**Op. Cit.* Página 956; MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...**Op. Cit.* Página 360.

insolvencia empresarial y lugar común en todo proceso concursal. Junto con ello, cabe tener presente también que en muchos casos a la Entidad Gestora le corresponderá adelantar algunas de estas indemnizaciones, por lo que el trabajador en muchas ocasiones ya estará protegido.

Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más interesantes en este punto es la del momento del devengo del crédito, puesto que, dependiendo de que éste se produzca antes o después de la declaración del concurso estaremos en presencia de un crédito privilegiado o, en su caso, contra la masa. En este orden de cosas, existe cierta discusión doctrinal sobre esta cuestión entre aquellos autores que han interpretado que tenemos que estar al momento en el que se produjo el hecho generador de la indemnización⁸⁷², es decir, la fecha en la que se produce el accidente⁸⁷³ y los que se han posicionado a favor del momento en que se reconoce el derecho a la indemnización, es decir, a la resolución de la jurisdicción social o penal (cuando se trate de indemnización *ex delicto*)⁸⁷⁴. Esta última fecha me parece más acertada porque en muchos casos la responsabilidad del empresario no queda acreditada hasta la existencia de una sentencia que la confirme. Junto con ello, el importe del crédito no se conocerá hasta la publicación de la citada resolución judicial, que será la que impondrá una cantidad económica concreta como resarcimiento por los daños y perjuicios generados y que no es conocida hasta esa fecha. De otro lado, esta opción también podría llegar a ser más garantista para el trabajador en aquellos casos en los que el accidente se ha producido antes de la declaración del

⁸⁷² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^o. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 227.

⁸⁷³ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N.A. *Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas*...*Op. Cit.* Página 205.

⁸⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal*...*Op. Cit.* Página 361.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

concurso pero la sentencia recae con posterioridad, ya que en estos casos el crédito sería devengado contra la masa y por consiguiente sería pagadero a su vencimiento.

2.4.4. Recargos de prestaciones por incumplimientos en materia de salud laboral.

El precepto concursal que nos ocupa también instituye como crédito privilegiado el recargo de prestaciones por incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo. Se refiere con toda seguridad al recargo establecido en el artículo 123.1 LGSS⁸⁷⁵. Este recargo recae directamente sobre el empresario, en este caso en concurso, por lo que es un crédito que éste mantiene con uno o varios trabajadores concretos y que, según se está aseverando, disfruta del carácter privilegiado y en consecuencia participa del régimen de pago fijado por el artículo 156.1 LC. Tal recargo es de naturaleza bien diversa a los recargos tributarios o de Seguridad Social, porque se disponen en beneficio de los trabajadores o sus causahabientes que hayan padecido el incumplimiento en materia de salud laboral. Por ello, se ha rechazado que tenga naturaleza sancionadora, pues que al concederse al trabajador perjudicado por el incumplimiento asumiría una función indemnizatoria, bien diversa a la de los demás recargos⁸⁷⁶.

⁸⁷⁵ *“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.*

⁸⁷⁶ En materia concursal puede verse tal aseveración en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2006, rec. Número 582/2005 (AC/2006/460).

Como sucediera con el supuesto de la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional, el recargo por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud tampoco está constreñido a límite alguno. Quiere con ello decirse que el privilegio alcanzará la totalidad de su importe. Por el contrario, sí que existe un límite temporal señalado por el propio artículo 91.1º LC *in fine* que añade “*siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso*”⁸⁷⁷. En este sentido, cuando el crédito se devengue antes del auto que declare el concurso será concursal, en concreto de carácter privilegiado, mientras que si nace con posterioridad pasará a ser con cargo a la masa, puesto que se entendería generado por el ejercicio o continuidad de la actividad empresarial durante el proceso concursal. Como el recargo es una suerte de sanción *sui generis* que se traduce en una indemnización a favor del trabajador que ha sufrido el accidente o enfermedad profesional, precisamente por el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, no será hasta que se produzca una resolución administrativa o judicial que venga a fijar la existencia y cuantía del recargo cuando podamos considerar su devengo. En este sentido, si la merecida resolución acontece con anterioridad a la declaración del concurso el crédito entrará dentro de la ordenación concursal y deberá recibir la clasificación de privilegiado, mientras que si se produce con posterioridad seguirá el curso de los créditos contra la masa⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ Técnicamente no haría falta señalar esta cuestión puesto que como todo crédito concursal debe producirse su devengo con anterioridad a la declaración de concurso.

⁸⁷⁸ En contrario, RÍOS SALMERÓN, B. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^o.L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 391.

2.5. Créditos Ordinarios

La Ley concursal define los créditos ordinarios en términos negativos y por exclusión, ya que, directamente ni los enumera. Si observamos el artículo 89.1 LC llegamos a la conclusión de que los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. El propio artículo 89 LC, en su apartado tercero, establece que “*se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados*”. De ahí que haya expresado con anterioridad que el legislador concursal los delimita en términos negativos o por exclusión, puesto que en ningún momento señala qué concretos créditos deben recibir la calificación ordinaria. La normativa concursal solamente se detiene en conceptualizar los créditos privilegiados y subordinados (amén de los devengados contra la masa, si bien, éstos operan “extraconcurrentialmente”). En este orden de cosas, concluyo que los créditos ordinarios son todos aquéllos que no tienen la condición de privilegio especial o general, ni la de subordinados, es decir, todos los créditos que no se encuentran listados en los artículos 90, 91 y 92 LC, respectivamente. Esta situación normativa supone una presunción a favor de la condición ordinaria de los créditos⁸⁷⁹. Esto es así porque la enumeración de los créditos privilegiados y subordinados responde a una lista *numerus clausus* que por lo demás ha de interpretarse de forma restrictiva, puesto que tales prerrogativas en el orden de pago no deja de ser una excepción al principio general de la *par conditio creditorum*. En efecto,

⁸⁷⁹ GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 89”. En *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO, A. Y BELTRÁN. E. Dirs.). Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 1604.

los únicos créditos que cumplen *strictu sensu* con el referido principio, que presupone la universalidad e igualdad de los créditos mantenidos por un mismo deudor, son precisamente los ordinarios. Estos últimos son los que, a la postre, van a ocupar el grueso de las listas de acreedores de cualquier empresario en concurso. En fin, los créditos ordinarios no se encuentran ordenados entre sí por ningún precepto y como es de esperar, su satisfacción debe de llevarse a cabo a prorrata entre todos los acreedores que los reivindiquen.

Jerárquicamente se encuentran situados a caballo ente los créditos privilegiados, que como su propio nombre aduce se satisfacen con preferencia, y los créditos subordinados, que como evoca su dicción, serán los últimos en abonarse. Por lo tanto, los créditos ordinarios esperarán la satisfacción de los privilegiados –también los de la masa, que son prededucibles- y distribuirán su remanente a prorrata entre todos ellos. Por su parte, cabe tener en cuenta que los acreedores que titulen créditos ordinarios siempre han tenido voz y voto a la hora de negociar un convenio concursal y conforman las mayorías necesarias para poder sacarlo adelante, extendiendo sus efectos también hacia todos aquéllos que no hubieran participado del mismo.

Desde el plano estrictamente laboral, la presencia de los créditos ordinarios no cuenta en la práctica con demasiados espacios, debido a la multiplicidad de privilegios que la ley reserva a los trabajadores cuando éstos participan como acreedores. En cualquier caso, existen ciertos recovecos donde tienen cabida créditos laborales con una clasificación ordinaria. Así, si recordamos, todos aquellos importes por salarios e indemnizaciones por extinción del contrato que superen tres veces el salario mínimo interprofesional recibirán un tratamiento universal, es decir,

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

ordinario. También lo serán todas aquellas indemnizaciones que no estén señaladas expresamente con carácter privilegiado, por ejemplo, las derivadas de traslados, modificaciones de contrato o cualesquiera otras que no hayan sido incardinadas dentro del artículo 91.1º LC en los términos vistos con anterioridad. Asimismo, todos aquellos conceptos retributivos extrasalariales, correspondientes con dietas o suplidos y demás partidas de este tenor también participarán dentro del concurso de un carácter ordinario.

Podría parecer, a simple vista, que los créditos que reciben esta calificación son más voluminosos que los que tienen reconocido un privilegio, si bien, todos ellos responden a cantidades, por lo general, de menor enjundia y que en muchas ocasiones ni siquiera llegan a producirse, debido al carácter residual que muchos de ellos presentan con el contrato de trabajo. En este sentido, la contraprestación principal de la relación laboral, el salario, está reconocido como crédito privilegiado hasta el límite del triple del SMI, así como las cantidades indemnizatorias por extinción del contrato. Estas dos partidas son las que dentro del concurso suelen contar con una mayor presencia y las que, por lo demás, alcanzan un valor económico más elevado. De esta forma, como podrá apreciarse, los créditos laborales ordinarios solamente entran en juego por los excedentes del límite establecido *ex lege*, así como por otra serie de adeudos derivados del contrato de trabajo que juegan un papel secundario y que en muchos casos no llegan siquiera a existir, al responder generalmente a partidas meramente accesorias o circunstanciales. Junto con ello, cabe anotar que en cuanto el concurso ya haya sido declarado todos estos posibles créditos serán considerados contra la masa debido a la continuación de la empresa y en consonancia con la regla contenida por el artículo 84.1 5º LC (*“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del*

deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales...”). Por ello, el débito debe de ser anterior a la declaración del concurso, lo que también viene a reducir el campo de actuación y presencia práctica de estos créditos laborales de carácter ordinario.

2.6. Créditos Subordinados.

Los sujetos que titulen créditos subordinados van a ser, como su propio nombre evoca, los últimos en acceder al cobro. Estamos en este caso ante créditos concursales, es decir, ocasionados con anterioridad a la declaración del concurso. Éstos se encuentran tipificados en el artículo 92 LC que, en esencia, viene a reproducir una lista *numerus clausus* que ha de entenderse en términos restrictivos y con carácter excepcional, puesto que la satisfacción de los créditos contenidos en ella suponen una anomalía sobre el principio universal conocido bajo el brocardo *par conditio creditorum*. En el citado artículo 92 LC se contienen siete criterios de calificación que suponen la subordinación de los créditos concursales, a saber: por la comunicación extemporánea del crédito; al establecerse expresamente por pacto contractual; por su carácter accesorio (intereses) o sancionador; por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o socios con responsabilidad por las deudas sociales o participación significativa en el capital social); por la rescisión contractual declarada de mala fe; así como, por contratos con obligaciones recíprocas cuando el acreedor obstaculiza el cumplimiento del mismo en perjuicio del concurso.

Se trata, tal y como se está soslayando, de una serie de situaciones jurídicas tasadas por el precepto en cuestión y que en ningún caso pueden

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

ampliarse por el libre arbitrio de los sujetos participantes del concurso, sino todo lo contrario, su aplicación, como excepción a la regla general de satisfacción universal, debe de interpretarse de forma restrictiva. Efectivamente, tal y como se acaba de esbozar, los créditos subordinados representan una excepción al principio de igualdad de trato de los acreedores durante el proceso concursal que, además, y al contrario de lo que sucedía con los créditos privilegiados, está configurada en términos negativos, en el sentido de que reciben un *status* inferior respecto al configurado para el resto de los créditos. Así las cosas, los créditos subordinados no se abonan hasta que no hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios y su pago se realizará siguiendo el orden de graduación contenido en el referido artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, tal y como se infiere de lo dispuesto por el artículo 158 LC⁸⁸⁰. Sin embargo, algún autor ha negado el mandato contenido por este último precepto respecto a la subordinación establecida en el ordinal segundo del mismo, sobre la base de que la subordinación pactada a través de la autonomía privada tendría que satisfacerse después de los establecidos por Ley, es decir, ir al final de todos ellos⁸⁸¹. En cualquier caso, desde estas líneas no podemos más que seguir la opción legislativa mantenida por el artículo 92 LC en consonancia con el 158 LC, en virtud de la cual, todas aquellas deudas que por voluntad de las partes han sido relegadas al rango de subordinadas se encuentran en el ordinal segundo del primero de estos preceptos y esta es la posición que deben de ocupar respecto de sus respectivas posibilidades de cobro.

⁸⁸⁰ *Vid.* DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N.A. *Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 208.

⁸⁸¹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F. “De la clasificación de los créditos”...*Op. Cit.* Página 537.

Por lo que respecta a la potencial participación de créditos laborales dentro del orden de subordinación establecido por el artículo 92 LC, cabe advertir de antemano que el referido precepto no cita en ninguno de sus apartados de forma expresa a los trabajadores, ni a ninguno de los concretos créditos laborales (al contrario de lo que sucede con los créditos contra la masa y los clasificados con privilegio especial y general, donde los créditos a favor de los trabajadores encuentran una dicción literal evidente). No obstante, pese a que el artículo 92 LC no los mencione explícitamente, los créditos derivados del contrato de trabajo pueden ser objeto de subordinación como consecuencia de su naturaleza, y muy especialmente en su vertiente de intereses por mora, por la pasividad en la comunicación del crédito o porque el trabajador sea una persona especialmente relacionada con el deudor concursado⁸⁸².

El primero de los ordinales del artículo 92 LC penaliza con la subordinación a los acreedores que hubieran comunicado tardíamente su crédito o que sean incluidos en la lista confeccionada por el administrador concursal por comunicaciones posteriores -o bien directamente por parte del Juez del Concurso al decidir sobre su impugnación-⁸⁸³. Por lo tanto, tal y como se comentó en otro punto de este estudio, en principio, los acreedores disponen de 1 mes para comunicar al administrador concursal la existencia,

⁸⁸² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Páginas 227-228.

⁸⁸³ Se señala por la el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de marzo 2012, rec. apelación 825/2011, que “*a través de una demanda incidental le demandante no estará llevando a cabo una comunicación tardía, ni siquiera puede hablarse propiamente de que está llevando a cabo acto de comunicación alguno; sencillamente, está reaccionando judicialmente frente a lo que entiende que ha constituido el incumplimiento por parte de la Administración concursal de una norma jurídica a cuya observancia estaba obligada (art. 86-1 LC)*”.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

cuantía y clasificación de su crédito. Esta exigencia se relajó tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con la incorporación de un nuevo artículo 96 *bis* LC que vino a permitir la posibilidad de comunicar tardíamente los créditos fechados hasta la presentación de la lista definitiva de acreedores, pudiendo entrar por esta vía en la ordenación del proceso concursal, si bien bajo una calificación, por lo general, de crédito subordinado (salvo que el acreedor acreditara el desconocimiento de dicha obligación por no haber tenido noticia de su existencia). Respecto de los créditos laborales ya expuse en otro lugar las dificultades que existían para su consideración como créditos subordinados. Esto es así, porque, si recordamos, el artículo 86.2 LC ordena a los administradores concursales incluir necesariamente de oficio aquellos créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor, o que por otra razón consten en el concurso. Por su parte, el artículo 92.1º LC exime la condición de subordinados a los créditos que constaren de la documentación del deudor. Por lo tanto, en principio, cuando el deudor lleve una adecuada y efectiva contabilidad, la ausencia de comunicación del crédito por parte de los trabajadores deberá ser asumida de oficio por el administrador concursal otorgando la respectiva clasificación según su naturaleza, por lo que resultará bastante complicado que por esta vía entren a formar parte del concepto de créditos subordinados. Solamente podría llegar a acontecer la subordinación cuando una incorrecta contabilidad del concursado llevara al administrador concursal a no reflejar algunos créditos a favor de los trabajadores y que estos últimos, cumulativamente, no hubieran procedido a su comunicación conforme a las reglas concursales, ni impugnado en tiempo y forma su inclusión por la vía del incidente concursal (10 días desde la publicación del último informe), situación que,

esta vez sí, podría llegar a ocasionar la sumisión crediticia⁸⁸⁴. Junto con ello, la Ley 38/2011 añadió un nuevo apartado tercero al tenor del artículo 97 LC que vino a posibilitar el reconocimiento del crédito con posterioridad a lista definitiva de acreedores en caso de que se iniciase un proceso laboral, debiéndose en estos casos reconocer sin que proceda la subordinación por comunicación tardía y pese a que con ello se proceda a modificar dicha lista definitiva. Dicha previsión vino a romper en cierta medida con el carácter inamovible de la lista definitiva de acreedores que actuaba como la foto fija del pasivo del concurso, así como una excepción a la comunicación tardía de créditos, puesto que en el artículo 97.3 LC no se exige que el trabajador haya realizado comunicación alguna de su crédito con anterioridad al inicio del proceso judicial⁸⁸⁵. En suma, únicamente en los supuestos residuales en los que el administrador concursal no hubiera considerado de oficio un crédito existente y el trabajador no los hubiera comunicado en tiempo y forma se podría llegar a sancionar con la subordinación un crédito laboral.

Por lo que respecta a los intereses, el ordinal tercero del artículo 92 LC subordina en el orden de prelación a los créditos devengados por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Naturalmente, aquí cabrían todos aquellos intereses

⁸⁸⁴ Expresa el artículo 97.1 LC que “*fuera de los supuestos de los apartados 3 y 4 de este artículo, quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones*”. Podemos ver un Auto de desestimación del recurso de apelación y consiguiente confirmación del Auto de instancia por negar una admisión a trámite del incidente que intentaba combatir un crédito subordinado por extemporáneo (más de 10 días después del último informe) en la Audiencia Provincial de Pontevedra en el día 15 de marzo de 2012, rec. apelación 825/2011.

⁸⁸⁵ En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Páginas 228-229.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

devengados por deudas derivadas de la existencia de un contrato de trabajo, proveniente de cualquiera de sus vicisitudes. Por lo tanto, entrarían dentro de este punto los intereses por los retrasos en el pago del salario, por cualquier indemnización del tipo que sea o por demoras en el abono de los recargos por incumplimiento de normas de salud laboral etc. Asimismo, parece que el tenor legal alberga tanto a los intereses legales como a los convencionales y judiciales. La amplitud del concepto de intereses empleado por este precepto también ha sido señalada por algún pronunciamiento judicial, por ejemplo, por la SAP de Asturias de 28 de febrero de 2012⁸⁸⁶. En esta se aseveró que la subordinación comprende no sólo los intereses convencionales sino también los intereses legales, los moratorios, e incluso los intereses tributarios, aun cuando sea cierto que estos últimos también forman parte integrante de la obligación tributaria (art. 25.2 de la Ley General Tributaria), pues cuando el legislador ha querido excepcionar a determinados intereses de este tratamiento así lo ha dispuesto expresamente, como ocurre con los intereses de los créditos con garantía real en el art. 59.1 LC, que son equiparados al privilegio especial de que viene revestido el crédito por el principal. Interpretado el señalado precepto con carácter general, relacionándolo con el objeto de este estudio, cabe apuntar que la citada sentencia consideró que respecto a los intereses de capitalización coste del recargo prestacional por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral la calificación conveniente era la de crédito subordinado⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶SAP de Asturias (sección 1ª) de 28 de febrero de 2012, rec. Apelación número 277/2011 (JUR/2012/113323).

⁸⁸⁷ “su naturaleza meramente accesoria aparece indiscutida a la vista de la regulación contenida en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004, 1453 y 2019) , por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, pues así

En otro orden de cosas, el carácter subordinado de los intereses y recargos debe ponerse en relación con lo previsto por el artículo 59 LC que viene expresando, ya en los orígenes de la Ley Concursal, que desde la declaración del concurso quedará suspendido el devengo de intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Por su parte, los créditos salariales devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Por este motivo, desde la doctrina se ha venido señalando que el modo lógico de hacer compatible esta previsión con el artículo 92.3º LC es que los únicos intereses que pueden ser declarados como subordinados son los devengados con anterioridad la declaración del concurso⁸⁸⁸. Así, los que se vayan devengando con posterioridad quedan afectados por la paralización

su art. 69-1 contempla los conceptos que deberán ser recaudados por la Tesorería General de los empresarios declarados responsables de prestaciones por resolución de la entidad gestora, distinguiendo este precepto como conceptos diferenciados a tal respecto: el importe del valor actual del capital coste; los intereses de capitalización; el importe correspondiente a las prestaciones de cuantía fija o periódica no vitalicia y de tanto alzado; y por último el recargo correspondiente, disponiendo a continuación que todos ellos deberán ser liquidados e ingresados conjuntamente. Llegados a este punto, y en atención a las razones antedichas la conclusión que se alcanza no puede ser otra que la de confirmar el criterio expresado por el Juez de lo Mercantil al considerar los intereses de capitalización del capital coste como crédito subordinado del art. 92-3º L.C.

Menores dudas presenta el otro concepto sometido a esta apelación, cuales son las costas correspondientes al recargo prestacional del capital coste. El hecho de que se trate de gastos afrontados para poder hacer efectivo el pago de dicho recargo prestacional, por cuanto es necesario proceder a su previa recaudación frente al empresario para poder ser después entregado a su destinatario final que es el trabajador accidentado, no le confiere ningún tratamiento privilegiado. En nada se diferencian en este punto de otro tipo de gastos como pueden ser las costas procesales derivadas de un proceso judicial seguido entre particulares, siendo así que su naturaleza de crédito ordinario (art. 89-3 L.C.) resulta una cuestión pacífica, procediendo en consecuencia el rechazo del recurso en este extremo”.

⁸⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO, F. “De la clasificación de los créditos”...*Op. Cit.* Página 538; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 229.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

señalada por el referido artículo 59 LC. De este modo, dicha regla solamente se aplica a los intereses por créditos concursales, siendo que, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar jurisprudencia sobre el particular en el sentido de que para los créditos contra la masa no se predica la paralización en el devengo de los intereses contemplado por el artículo 59 LC.

Precisamente, en un aspecto cercano a nuestra disciplina, como es el caso de la clasificación de intereses y recargos de créditos contra la Seguridad Social, la STS de 19 de marzo de 2013⁸⁸⁹ llegó a la conclusión de que los créditos contra la masa devengan intereses, pues no se ven afectados por la regla prevista en el artículo 59.1 LC. El Supremo razonó que *“el art. 59 se encuentra ubicado dentro de la sección tercera (“De los efectos sobre los créditos en particular”), del capítulo II (“De los efectos sobre los créditos”), del título III (“De los efectos de la declaración de concurso”) de la Ley Concursal. En atención a esta ubicación sistemática, se entiende que la suspensión del devengo de intereses afecta únicamente a los créditos que, conforme al art. 49 LC, con el que comienza el capítulo II, forman parte de la masa pasiva. El art. 84.1 LC especifica que no forman parte de la masa pasiva los créditos contra la masa. Razón por la cual, a los créditos contra la masa no se les aplican los efectos previstos sobre los créditos en la reseñada sección tercera, entre los que se encuentra la suspensión del devengo de intereses”*. En consecuencia, los créditos contra la masa que la TGSS ostenta por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tendrán la misma consideración de créditos contra la masa al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC. Esta misma interpretación ha sido reiterada recientemente en posteriores

⁸⁸⁹ STS de 19 de marzo de 2013, rec. Casación 1746/2010 (RJ/2013/2425).

sentencias del Tribunal Supremo, adoptando en todas ellas el mismo sentido interpretativo que la aquí reproducida, razón por la cual podamos hablar de que en este punto existe jurisprudencia consolidada (*vid.* SSTS de 11 de abril de 2013⁸⁹⁰, de 4 de junio de 2013⁸⁹¹, de 14 de mayo de 2014⁸⁹², de 2 de junio de 2014⁸⁹³ y de 4 de junio de 2014⁸⁹⁴). Esto mismo es lo que sucede con otra serie de intereses laborales, tales como el retraso en el abono del salario o demás situaciones que ocasionen el devengo de intereses a favor de los trabajadores con posterioridad a la declaración del concurso.

En conclusión, la subordinación a la que se refiere el artículo 92. 3º LC, interpretado en consonancia con el artículo 59.1 LC viene dirigida a los intereses y recargos por créditos concursales hasta la fecha de la declaración del concurso, puesto que su devengo posterior viene suspendido, por lo que no obtendrán ninguna calificación concursal, ni siquiera de naturaleza subordinada. Por su parte, los intereses generados por deudas contraídas con posterioridad a la declaración del concurso no serán considerados subordinados, ni tampoco les afectará la paralización del artículo 59.1 LC, sino que serán a todos los efectos créditos contra la masa pagaderos a sus respectivos vencimientos, por lo que un retraso en su desembolso que genere posibles intereses por mora o, en su caso recargos, fruto de la continuación con la actividad, también entraría dentro del concepto de créditos contra la masa.

Otra de las situaciones donde comúnmente pueden originarse créditos derivados del contrato de trabajo bajo la calificación de

⁸⁹⁰ STS de 11 de abril de 2013, rec. Casación 770/2011 (RJ/2013/3687).

⁸⁹¹ STS de 4 de junio de 2013, rec. Casación 1060/2011 (RJ/2013/4967).

⁸⁹² STS de 14 de mayo de 2014, rec. Casación 2661/2012 (RJ/2014/3865).

⁸⁹³ STS de 2 de junio de 2014, rec. Casación 477/2012 (RJ/2014/3895).

⁸⁹⁴ STS de 4 de junio de 2014, rec. Casación 692/2012 (RJ/2014/3906).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

subordinados viene representada por la de aquéllas personas especialmente relacionadas con el deudor. La obligación de reducir la calificación del crédito para este tipo de sujetos ya aparecía reflejada en la normativa europea por mor de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Actualmente, tal previsión se contiene en el artículo 12 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, con el mismo nombre, donde en su apartado c) permite a los Estados miembro a rechazar o reducir la obligación de pago en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades. Este precepto ha sido interpretado recientemente por parte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala octava) de 10 de febrero de 2011⁸⁹⁵, que aseveró que el artículo 12, letra c), debe ser tenido en cuenta en el sentido de que no se opone a una disposición de un Derecho nacional que excluye a un trabajador asalariado del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados porque, solo o junto con sus parientes próximos, era propietario de una parte esencial de la empresa afectada y ejercía una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa. Nuestra Ley Concursal va más allá y cita tanto a los administradores sociales de hecho o de derecho en el momento del concurso, así como los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a su declaración. Atendiendo la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece que nuestra legislación tampoco contravendría el derecho comunitario.

⁸⁹⁵ STJUE de 10 de febrero de 2011, asunto C-30/10 (TJCE/2011/18).

Si la subordinación crediticia de las personas especialmente relacionadas con el deudor se encuentra mandatada por el artículo 92. 5º LC, los sujetos que deben recibir esta calificación están desarrollados en el precepto que lo precede, es decir, el artículo 93 LC. Este último precepto enumera a las personas especialmente relacionadas con el concursado en dos bloques distintos, uno respecto al deudor persona natural y otro referido al concursado persona jurídica. Por lo que respecta al primer bloque, las personas que por imperativo legal se entiende que están relacionadas con el concursado “persona natural” se reducían principalmente a sus parientes, ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge o pareja de hecho. Posteriormente, por mor del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, se introdujeron 3 ordinales más dentro del artículo 93.1 LC en los que *grosso modo*, se vino a incorporar a aquellas sociedades y demás entidades jurídicas controladas por el concursado o sus parientes, o en las que éste sea administrador de hecho o de derecho, así como las que formen parte del mismo grupo. Respecto a las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica se han considerado a sus socios, titulares al menos de 5% del capital social cuando la sociedad tenga valores admitidos en un mercado secundario o del 10% en caso contrario (entrarían aquí las sociedades del mismo grupo). Junto con ello, los administradores de la sociedad, así como los apoderados con poderes generales en el momento del concurso o que lo hubieran sido dentro de los dos años antes a su declaración también se consideran especialmente relacionados con el concursado. Se exceptúan de este reparo los créditos provenientes de un acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal aunque hayan sido asumidos cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización (incorporación efectuada tras la Ley

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

9/2015, de 25 de mayo, precisamente para fomentar todas estas vías alternativas de solución al concurso, sin que pese sobre las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo cualquiera de estos instrumentos la subordinación del crédito derivado de los mismos).

Para los objetivos del presente estudio interesa, especialmente, la posibilidad de que trabajadores comunes o de alta dirección puedan ver subordinados sus créditos por esta vía, por lo que en las sucesivas líneas me centraré en esta problemática, dejando de lado otras causas de subordinación por la especial relación con el concurso y que se alejan de este propósito. Naturalmente, la posibilidad de que un trabajador concreto pueda ver relegado su crédito a la última categoría pasa porque compagine sus tareas con las relacionadas con la administración de la empresa. Estaríamos hablando de aquellos administradores que su vez realizan una función laboral por cuenta ajena al socaire de un contrato de trabajo o de alta dirección.

Si nos movemos en el terreno de las personas jurídicas, la jurisprudencia ha venido asentando que la mera condición de administrador no empece la nota de ajenidad del trabajador, sino que éste necesitaría poseer el control de la empresa, por lo que si no alcanza el 50% de las acciones (o participaciones) tendría preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. *A sensu contrario*, si el sujeto posee la mitad o más de las participaciones sociales no podremos decir que el administrador societario es un trabajador dependiente y por cuenta ajena, puesto que, el resultado económico de su trabajo, o al menos una parte esencial del mismo, acaba entrando en su patrimonio por la vía del beneficio empresarial. De esta doctrina jurisprudencial se ha hecho eco, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de

2007⁸⁹⁶ con apoyo en clásicos pronunciamientos del Tribunal Supremo, donde se vino a manifestar lo siguiente: *“partiendo de esta premisa, hay que recordar -y en ello se ha basado la sentencia de instancia- que la jurisprudencia ha reconocido la compatibilidad de una relación laboral común con la condición de socio en una empresa que adopta la forma de sociedad mercantil de capital, siempre que la participación no llegue al 50% del capital social (sentencias del TS de 14-6-94 (RJ 1994, 5435), 19-10-94 (RJ 1994, 8060), 14-4-97 (RJ 1997, 3063), 12-3-98, 3-4-01)”*.

Por consiguiente, debemos partir de la base de que es perfectamente legítimo que una misma persona reúna la condición de miembro del órgano de administración y que a la vez mantenga una relación laboral común, siendo esta opción perfectamente compatible y por lo demás bastante habitual en la experiencia práctica de las empresas pequeñas. Ahora bien, la anterior afirmación no empece a que si este mismo sujeto tiene el control de la empresa, por tener la mayoría de su capital social, pueda llegar a ser considerado como persona especialmente relacionada con el concurso y por ende sus créditos pasen a calificarse como subordinados.

Por su parte, la compatibilidad de funciones entre la relación especial de alta dirección y una relación orgánica es bien distinta, puesto que si recordamos lo analizado en el punto dedicado a la hora de tratar el régimen jurídico de este personal, ha venido imperando en nuestra jurisprudencia la conocida doctrina del vínculo, en virtud de la cual ante una dualidad de funciones se venía subsumiendo la relación de alta dirección dentro de la orgánica (o mercantil), por lo que en estos supuestos el crédito derivado tendría que ser razonablemente de carácter subordinado, con independencia del porcentaje o grado de participación del sujeto en cuestión

⁸⁹⁶ STSJ de Madrid de 23 de julio de 2007, sección 6ª (AS/2008/17).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

en el capital social de la empresa. Esta situación es especialmente importante porque como vimos en otro apartado, durante el concurso subsisten las indemnizaciones por extinción del contrato de alta dirección, pese a que, en algunos casos este crédito se pueda reducir o suspender.

En la práctica forense podemos encontrar algunos ejemplos prácticos acerca de todas estas cuestiones, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián de 18 de mayo de 2012⁸⁹⁷ resolvió un caso en el que en un trabajador coincidían la condición de administrador único y titular de la mitad de las participaciones sociales de la concursada. Este dato, unido a que no estaba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social demuestra que no podía ser considerado como trabajador conforme a los dictados de una relación laboral común. Por ello, según el juzgador, no se le pueden reconocer créditos de origen salarial, como así hizo el administrador concursal en la lista de acreedores, puesto que éstos deben de ser calificados como subordinados, por aplicación de lo preceptuado por el artículo 92.5º LC, en relación con el artículo 93.2 LC, apartados primero y segundo. De la misma manera, en ocasiones se han llegado a considerar como subordinados los créditos de aquellos sujetos que, aunque socios minoritarios, eran administradores sociales solidarios de la entidad concursada (SAP de 5 de octubre de 2011⁸⁹⁸). Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 11 de abril de 2011⁸⁹⁹ reconoció como subordinados los créditos del apoderado general de la empresa, en tanto en cuanto persona especialmente relacionada con el

⁸⁹⁷ SJM nº. 1 de San Sebastián de 18 de mayo de 2012, núm. Procedimiento 278/2012 (JUR/2013/95783).

⁸⁹⁸ SAP de 5 de octubre de 2011, rec. Apelación 441/2011 (AC/2011/2232).

⁸⁹⁹ SJM nº. 6 de Madrid de 11 de abril de 2011, núm. Procedimiento 535/2010 (AC/2011/512).

concurado, sin impedir tal conclusión la naturaleza mancomunada de algunos de los poderes ostentados.

La figura del apoderado general es de naturaleza mercantil y, en principio, es autónoma funcionalmente de la relación orgánica de administración y de la del personal laboral de alta dirección. Por definición, tales figuras no se confunden y cada una responde a una relación jurídica distinta con la sociedad. Ahora bien, como sabemos, en ocasiones los cometidos de una misma persona se superponen, dándose una fáctica confusión de funciones dentro de la sociedad. En lo que aquí interesa, cabe apuntar que cuando el personal laboral de alta dirección realice funciones de apoderado general para todo el tráfico de la empresa también parece que sus créditos se verían relegados a la última posición de cobro. Por lo que se refiere a la condición del alto directivo como personal laboral especial y como miembro del órgano de administración se ha expresado con anterioridad que tradicionalmente se venía aplicando la conocida como doctrina del vínculo, en virtud de la cual se establecía que la relación orgánica absorbía a la de alta dirección, cuyos resultados prácticos en el concreto punto que aquí estoy tratando se traduce en la subordinación de los créditos de estos sujetos. No obstante, cabe tener presente en este punto la última reforma operada sobre la Ley de Sociedades de Capital donde expresamente se ha regulado un contrato de Consejero Delegado mediante el cual se pueda aunar en una misma persona la naturaleza mercantil y laboral de su prestación de servicios, permitiéndose de este modo *ex lege* la posibilidad de formar parte del consejo de administración y el mantenimiento de un contrato laboral especial, por lo que, salvo que el Tribunal Supremo vuelva a sus orígenes y mantenga en estos casos la doctrina del vínculo en esta nueva situación jurídica, parece que en estos

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

casos los créditos derivados de este personal deberían de ordenarse en el concurso según su categoría, sin que se vean relegados a la subordinación (opción por lo demás solamente válida para sociedades que cuente con un Consejo de Administración y que formalicen contratos de consejeros delegados o comisiones ejecutivas según lo dispuesto por el nuevo artículo 249 LSC⁹⁰⁰).

Para concluir este apartado me limitaré a indicar algunas cuestiones generales sobre la subordinación de créditos por razón de la especial relación con el concursado que, consiguientemente, resultarán de aplicación a todos los casos anteriormente vistos en los que el personal laboral común o de alta dirección mantenga una dualidad de funciones

⁹⁰⁰ Artículo 249 LSC (reformado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre). Delegación de facultades del consejo de administración.

“1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general”.

mercantil-social. En este sentido, merece la pena advertir que, según ha considerado algún pronunciamiento judicial, la enumeración contenida en el artículo 93 LC es facilitadora del concepto de especial relación, al operar a modo de presunciones *iuris et de iure*, pero no agota todos sus posibles supuestos⁹⁰¹. Se apoya esta tesis en la propia exposición de motivos de la Ley Concursal, en su apartado V, cuando resalta esta amplitud de concepto: “*la subordinación de créditos en razón de la proximidad y vinculación de los titulares de los mismos con el deudor se basa en la desconfianza que para el legislador tiene esa cercanía, precisamente porque comporta un mayor conocimiento e información acerca de la verdadera situación patrimonial del deudor con antelación a su exposición a los terceros o extraños al círculo de proximidad*”. Esa proximidad resulta valorada negativamente en un triple sentido: de una parte, porque coloca al acreedor en una posición ventajosa en relación con el resto de los acreedores, pudiendo incluso llegar a perjudicar los intereses de estos últimos; de otra parte, porque esa especial cercanía y conocimiento impregna a dicho crédito de un cierto grado de sospecha con respecto a los que no tienen esa proximidad en el tráfico mercantil, en el sentido de que cuentan con cierta información privilegiada de la cual podrían aprovecharse para cobrar anticipadamente; y por último, porque tales sujetos podrían haber sido, incluso, responsables de la situación de concurso, cuestión que quedará acrisolada en la correspondiente sección de calificación en los casos en que proceda su apertura. La condición de persona especialmente relacionada con el concursado ha ido evolucionando y ampliándose con el paso de los años al albur de las sucesivas reformas normativas, lo que ha ido

⁹⁰¹SAP Córdoba de 30 de mayo de 2013 rec, Apelación 130/2013 (JUR/2013/332016).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

evidenciando el recelo que el legislador mantiene sobre esta clase de acreedores.

La otra cuestión que pretende asentarse en este punto, y con esto concluyo este epígrafe, consiste en que han sido varios los pronunciamientos judiciales los que han otorgado a la subordinación por la especial relación con el deudor un carácter automático. Significa esta fórmula que la subordinación por esta causa actúa con total y absoluta independencia del origen o causa del crédito. En efecto, esta interpretación supone que si en una misma persona se dan las condiciones descritas en las líneas precedentes no importará el ánimo, la conducta o demás circunstancias que rodeen el origen de los créditos, sino que la subordinación se producirá de forma instintiva y mecánica cuando se constante esta dualidad de funciones. Podemos traer a colación algunas resoluciones dictadas en segunda instancia, como por ejemplo, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Sección 15ª, de 5 de octubre de 2010 o de Pontevedra, Sección 1ª, de 15 de septiembre de 2010. La primera de ellas expresa que *“esta técnica de subordinación automática persigue y produce de hecho la protección de los acreedores externos en detrimento de los internos”* y que tal medida *“contribuye, ciertamente, a la simplificación, eliminando litigiosidad en el seno del concurso, aunque sea de intereses que no han de ser, en todos los casos repudiables”*. En la segunda de ellas se pueden leer aseveraciones tales como: que la del artículo 92. 5º LC consiste en *“una subordinación universal y automática, en el sentido de que afecta a todos los créditos de los que sea titular la persona relacionada, cualquiera que sea la naturaleza del crédito en sí mismo, y al margen de la intención o finalidad del acreedor”*. Por lo que respecta a las resoluciones de los juzgados de lo

mercantil, también podría aludirse, por todos ellos, el emitido por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 19 de noviembre también de 2010⁹⁰² donde se viene a argumentar que tales reglas de subordinación “*operan de modo automático, con absoluta independencia de cuál sea el origen o la causa del crédito o de la conducta o ánimo de sus titulares*”.

Por consiguiente, la clasificación como subordinados de los créditos laborales que provengan por esta senda tendrá lugar desde el preciso instante en que se den las condiciones que permitan afirmar la dualidad de funciones -laboral y mercantil-, de una forma automática, sin tener que preguntarse por ello otra serie de razonamientos o demás circunstancias subjetivas. Naturalmente, aquí las vías de impugnación deberán centrarse en negar al trabajador común la cualidad de administrador con cierto control sobre la sociedad o al trabajador especial (directivo) la misma calidad de miembro sujeto a relación orgánica.

3. Créditos contra la masa

Los créditos contra la masa encuentran su regulación sustantiva en el artículo 84 LC. Bajo esta nomenclatura se incardinan todos aquellos créditos que el propio procedimiento concursal genera, ya sea por las costas y gastos judiciales derivados del mismo o bien como resultado de la continuidad de la actividad empresarial. Por consiguiente, se trata de todos aquellos créditos materiales y procesales devengados con posterioridad a la declaración de concurso. La especial nomenclatura utilizada -créditos contra la masa- ha sido desaprobada por algún autor en el sentido de que la masa activa, es decir, los haberes de la empresa, no pueden ser considerados

⁹⁰² SJM nº 2 de Sevilla de 19 de noviembre de 2010, núm. 344/2010 (AC/2010/1844).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

como sujetos de derechos, por lo que no podría ser acreedor y deudor, circunstancia que solamente puede recaer en el concursado (persona física o jurídica)⁹⁰³.

La singularidad de estos créditos radica en que forman parte de una sección autónoma, distinta y separada de los que han sido denominados bajo la dicción de concursales, que si recordamos, engloban tanto a los privilegiados, los ordinarios y los subordinados (artículo 89 LC). Por ello, parece que el legislador ha querido apartarse sustantivamente de éstos cuando se refiere a los créditos generados con posterioridad a la declaración del concurso. En este sentido, los créditos contra la masa han venido entendiéndose por razón de su “extraconcursalidad”, en el sentido de que quedan extramuros de la comunicación y ordenación crediticia común y de que deben de ser satisfechos a sus respectivos vencimientos⁹⁰⁴. Si bien, esta expresión puede resultar equívoca, puesto que los créditos contra la masa no son técnicamente “extraconcursoales”, ya que éstos no existen al margen del proceso concursal, pues no prevalecen en ninguna otra institución jurídica distinta de la regulada por la Ley 22/2003, de 9 de julio. Así, como mejora semántica podría decirse que tales deudas se caracterizan por su “extraconcurrentialidad”, puesto que no se sitúan en el misma órbita que el resto de los créditos, con los que no entran en ninguna lucha preferencial en los términos acabados de vislumbrar, es decir, comunicación, ordenación a través de una lista de acreedores y satisfacción según dicha prelación⁹⁰⁵.

⁹⁰³ CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa*. Ed. Tirant lo Blanch “colección concursal”. 2009. Página 17.

⁹⁰⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84 LC”. En *Comentario a la Ley Concursal* (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 1500.

⁹⁰⁵ El término “extraconcurrential” ya fue empleado por RÍOS SALMERÓN, B. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 279.

El hecho de que las deudas contra la masa no concurren con el resto de créditos supone, además, que los acreedores que titulen esta clase de créditos se verán resarcidos con anterioridad ante una supuesta liquidación, donde una vez satisfechos éstos se procederá a repartir el “caudal relicto” según la prelación de los créditos concursales. Junto con ello, significa que los acreedores contra la masa no participan ni se ven afectados por el convenio concursal, en caso de que sea esta la solución del concurso adoptada. En último término, debe precisarse que los acreedores contra la masa no tienen que esperar al desarrollo final del procedimiento para cobrar, sino que, en principio, sus deudas deberán de satisfacerse conforme vayan devengándose.

Así las cosas, siguiendo a BELTRÁN SÁNCHEZ⁹⁰⁶, la configuración o naturaleza jurídica de los créditos contra la masa podría reconducirse en virtud a dos requisitos: uno teleológico y otro temporal. Desde una perspectiva teleológica estos créditos se caracterizan por hacer posible el procedimiento concursal, en el sentido de que son necesarios para llevar a buen puerto el concurso de acreedores. Observado desde este prisma, la prioridad de los mismos provendría precisamente por la función que cumplen, ya que como se está aseverando, se trata de gastos que el propio procedimiento genera, como sería el caso de las nuevas obligaciones que surjan durante el concurso, pues en caso contrario, ningún sujeto concedería crédito o comerciaría con un deudor en concurso, situación que vendría a desembocar inexorablemente en la paralización de la actividad. Desde la óptica temporal, la particularidad de este tipo de créditos ya ha sido anticipada y radica en que bajo esta dicción se reúnen todos aquéllos que

⁹⁰⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84 LC”...*Op. Cit.* Página 1501.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

nacen con posterioridad a la declaración de concurso. Por ende, el *dies a quo*, o fecha a partir de la cual éstos son considerados contra la masa, será la de su devengo, que en todo caso ha de ser posterior al auto de declaración del concurso (excepto un único supuesto, que precisamente guarda relación con créditos de naturaleza laboral, tales como los correspondientes a los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a dicho auto). El *dies ad quem* podría fijarse en la existencia de convenio, en concreto, hasta su aprobación judicial, puesto que los créditos surgidos durante la ejecución de un convenio ya no serían contra la masa, sino que recibirían más bien el tratamiento de nuevos créditos contra el concursado.

Sin embargo, sí que entrarían dentro de este concepto los que se generen tras el auto de reapertura del concurso por insuficiencia de masa activa sobrevenida. En estos casos, la administración concursal deberá de adecuar el informe definitivo a la nueva realidad empresarial, corrigiendo y poniendo al día la lista de acreedores (artículo 180 LC). Por ello, en tanto en cuanto supone una reapertura del procedimiento concursal volverán a considerarse contra la masa todos los créditos generados con posterioridad a dicha situación. También serán créditos contra la masa los que se devenguen dentro del denominado “concurso consecutivo”. Se trata de una nueva figura creada por mor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁹⁰⁷. Esta Ley vino a instaurar la posibilidad de llevar a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos guiados por un sujeto, asimismo de nueva creación, como es la figura del mediador concursal. Pues bien, en los casos en los que se alcance un acuerdo extrajudicial de pagos y éste resulte incumplido por parte del deudor, o directamente cuando sea imposible alcanzar este acuerdo, las partes

⁹⁰⁷ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882.

legitimadas (mediador, acreedores o el propio deudor) solicitarán la apertura del concurso, lo que el legislador ha convenido en denominar como “concurso consecutivo”. En este sentido, respecto al tema que aquí nos ocupa, se indica por el artículo 242.2 3º LC que: *“tendrán también la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos”*. Por consiguiente, todos aquellos créditos generados durante la fase destinada a los pagos extrajudiciales de créditos y que no sean satisfechos, así como, naturalmente, todos los devengados durante el denominado “concurso consecutivo” tendrán igualmente la consideración de créditos contra la masa.

La consecuencia más importante que lleva aparejada la condición de ser acreedor contra la masa consiste en su particular y preferente régimen de pago. Sobre el particular aclara el artículo 154 LC que antes de proceder al pago de los créditos concursales la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta. Esto es lo que se conoce doctrinalmente como “prededucibilidad” de los créditos contra la masa. Significa la anterior expresión que los créditos contra la masa se cobrarán con anterioridad a los créditos concursales, en concreto, a los dotados con privilegio general, ordinarios y por descontado, a los subordinados. De esta manera, serán los primeros que resulten satisfechos con cargo a la masa activa⁹⁰⁸ (quitando de aquellos concretos bienes afectos a un privilegio especial). En consecuencia, la “prededución” no significa que el crédito contra la masa

⁹⁰⁸ CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa...Op. Cit.* Página 21.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

sea privilegiado, sino más bien consiste en una técnica de disminución del patrimonio repartible⁹⁰⁹. Esto se dará cuando la empresa entre en fase de liquidación y los créditos contra la masa no se hubieran satisfecho previamente, puesto que, según la Ley Concursal el devengo de estos créditos acontecerá, de acuerdo con el artículo 84.3 LC, a sus respectivos vencimientos (salvo los establecidos en el artículo 84.2 1º LC que lo serán de forma inmediata, es decir, los correspondientes a los 30 días de salario anteriores a la declaración del concurso). Por esta razón, en principio, según imperativo legal todos estos créditos deberán de ir abonándose conforme se vayan generando, sin pasar a formar parte de ningún tipo de ordenación ni de paralización alguna. Ya, cuando con anterioridad al convenio o antes de entrar en liquidación quedaran créditos contra la masa por pagar, éstos se realizarán por delante de los concursales, entrando de lleno en la citada “prededucción”. Esta circunstancia viene definida, aparte de que en caso contrario ningún tercero concedería crédito a un deudor concursado, porque, en rigor, a lo que los acreedores tienen derecho es a aquello que resulte del procedimiento mismo una vez deducido su coste, entre los que se encuentran todos estos créditos generados con posterioridad a la declaración del concurso⁹¹⁰. El único límite que establece el artículo 154 al pago de los créditos contra la masa es que éste se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, lo que *a sensu contrario*, lleva a interpretar que estos últimos gozarán de preferencia absoluta respecto al concreto bien afecto, según los términos vistos en el

⁹⁰⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 154”. En *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs.). Ed. Thomson-Cívitas. 2004. Página 2439.

⁹¹⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “La prioridad de los créditos contra la masa”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Ed. Marcial Pons. 2005

apartado destinado a estudiar esta clase de créditos, alcanzando la prioridad de los devengados contra la masa los restantes haberes del deudor.

Centrándome exclusivamente en los créditos contra la masa que guardan relación con el contrato de trabajo cabe advertir que la Ley Concursal se refiere a ellos en dos de los apartados de artículo 84.2 LC, en concreto, en el primero y el quinto, los cuales serán el objeto del posterior análisis. Cabe anticipar no obstante que, para los créditos contra la masa, el hecho de incardinarse en un numeral y otro es completamente irrelevante, al contrario de lo que sucede con los créditos concursales especiales, privilegiados y subordinados, donde la posición que se ocupa dentro del respectivo precepto que los aglomera es muy determinante. Para los créditos contra la masa generalmente esto no es así porque, tal y como se ha comentado, todos deben de satisfacerse, en principio, a sus respectivos vencimientos, con algunas ligeras facultades de alteración que reside en manos de la administración concursal, exceptuándose en todo caso el pago de los créditos por los 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso que tal y como se constatará a continuación deberán abonarse “inmediatamente”. Se ha dicho pues, que los créditos contra la masa “generalmente” no quedan constreñidos por el lugar que ocupan dentro de los distintos ordinales del artículo 84.2 LC, pero su prelación sí que será determinante en los casos en los que concluya el concurso por insuficiencia de masa activa, es decir, los comúnmente denominados como “concursos sin masa”, puesto que en estos casos el orden establecido por el artículo 176.2 *bis* LC sí que va a ser determinante (volveré sobre ellos en otro apartado). Con todo, los créditos laborales contra la masa tienen su

fundamento en la continuidad de la actividad empresarial⁹¹¹. Preciado esto, me adentraré de lleno en las vicisitudes de los créditos laborales devengados contra la masa activa del concurso.

3.1. Los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso: el denominado superprivilegio salarial.

El artículo 84.2.1º LC reza en la actualidad que dentro de los denominados como créditos contra la masa forman parte los relacionados con el salario por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Perceptiblemente, se pueden detraer del texto normativo los tres componentes o elementos que denotan las características de dicho crédito. En primer lugar, contamos con la presencia de un ingrediente material, consistente en que solamente entran dentro del tenor de la norma los “créditos por salarios”. El segundo de ellos es de carácter temporal, que en este caso particular se remonta a los “30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso”. Finalmente, el tercer y último elemento coincide con el cuantitativo, puesto que no se reconocerá como crédito contra la masa más que la parte que no supere el “doble del salario mínimo interprofesional”. En consecuencia, el aspecto material (salarios), el componente temporal (30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso) y el elemento cuantitativo (duplo del SMI) son las tres notas definitorias de este crédito laboral. Por ello, razonablemente,

⁹¹¹ GARCÍA-PITA LASTRES, J.L. “Los créditos salariales contra la masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6. Página 7 (del pdf).

los tres epígrafes en los que dividiré el análisis de este crédito laboral corresponderán con estos tres elementos, si bien, con carácter previo merece la pena introducir algunas consideraciones genéricas sobre a la forma de efectuar su pago, que no encuentra parangón en ningún otro precepto de la Ley Concursal.

El artículo 82.2.1º LC copia casi al detalle el privilegio salarial dispuesto en el artículo 32.1 ET y que tradicionalmente viene siendo reconocido desde la doctrina laboralista como “superprivilegio salarial” por los créditos de los últimos 30 días de trabajo. En este sentido, su consideración como crédito contra la masa se debe a una opción de política legislativa en aras de asimilar los derechos de los trabajadores que se contemplan en el Estatuto de los Trabajadores⁹¹². La doctrina científica suele atribuir cierto retroceso al superprivilegio salarial concursal respecto del regulado por el artículo 32.1 ET, en el sentido de que este último resulta preferente frente a cualquier crédito, sea de la naturaleza que sea, mientras que en sede concursal los créditos garantizados por prenda o hipoteca irían por delante⁹¹³. En cualquier caso, bajo mi punto de vista, tal retroceso no es en realidad trascendental en el buen sentido de que los bienes garantizados por prenda o hipoteca, así como los restantes calificados con privilegio especial, expanden su privilegio únicamente sobre los bienes a los que se encuentran afectos, por lo que los salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo encuentran encaje entre los restantes bienes del deudor, por lo que,

⁹¹² CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa...Op. Cit.* Página 21.

⁹¹³ En contrario, SERRERA CONTRERAS, P.L. “El crédito laboral suerprivilegiado y los créditos hipotecarios ante la situación de concurso”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702. 2007. Página 1767, donde concluye que el superprivilegio salarial pese a no ser una hipoteca goza de preferencia en todo momento ante los créditos hipotecarios, incluso frente a la hipoteca legal tácita por contribuciones a favor del Estado.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

entendiendo que no sería dable calificar esta opción de “retroceso” -tal y como se ha podido leer en algunas aportaciones de la doctrina laboralista-.

Junto con ello, la obligación de pago de estos créditos se produce “inmediatamente”, por lo que representan una de las primeras tareas que incumbe acometer al administrador concursal una vez éste ha aceptado su cargo. En efecto, el primigenio artículo 154.2 LC, en la redacción dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, establecía que esta clase de créditos se pagarán “de forma inmediata”. Tras la reforma realizada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se sigue diciendo lo mismo, si bien ahora desde otro precepto. En este sentido, es el artículo 84.3 LC el que dispone en la actualidad que *“los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata.”* En mi opinión, “inmediatez” y “respectivos vencimientos” no son conceptos sinónimos y considero que el legislador ha procurado separar de forma suficientemente clara ambas formas de pago. Según la RAE, el adjetivo inmediato/ta significa “que sucede enseguida, sin tardanza”. Por consiguiente, en mi opinión, una de las primeras tareas que tiene que afrontar el administrador concursal tras aceptar su cargo es proceder al desembolso de las posibles deudas que presente la empresa frente a los trabajadores por los últimos 30 días de trabajo efectivo hasta el límite señalado por la propia Ley. Las restantes deudas laborales anteriores a la declaración del concurso se paralizarán para entrar a formar parte de la lista de acreedores. Por su parte, los créditos laborales contra la masa se irán pagando a sus respectivos vencimientos y en caso de no poder atenderse a todos, reside en la facultad del administrador concursal accionar posibles medidas de amortización y ajuste de plantilla. En los casos en los que de entrada, el concurso no cuente con masa activa suficiente siquiera para satisfacer a sus deudores contra la masa, habrá que estar a la ordenación del

artículo 176 *bis* LC que sitúa en la posición delantera el abono del superprivilegio salarial que aquí se está comentando. Cuando la ausencia de masa sea sobrevenida, lo más probable es que estos créditos ya estén satisfechos puesto que como se acaba de esgrimir, el pago de los mismos será uno de los primeros cometidos que tendrá que llevar a cabo el recién entrado administrador concursal.

3.1.1. Referencia exclusiva a salarios

El primero de los elementos configuradores de este tipo de créditos es el material. Si atendemos a la dicción del artículo 84.2 1º LC podremos constatar cómo este precepto solamente alcanza al crédito devengado por “salarios”. Tendremos que acudir, por consiguiente, a la normativa laboral supletoria para identificar qué es lo que se entiende por salario y qué partidas comprende, para poder denotar de esta forma la restricción del crédito que aquí nos ocupa. En este sentido, el artículo 26 ET proporciona la respuesta normativa sobre esta cuestión. En su apartado primero expresa que se considera salario *“la totalidad de las precepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”*. Por consiguiente, se incluyen en este concepto todas aquellas cantidades que el trabajador percibe como contraprestación en el desempeño de sus funciones laborales. De este modo, el salario comprenderá tanto el salario base, que vendrá fijado por unidad de tiempo o de obra, las respectivas pagas extraordinarias, así como los complementos salariales que se pueden fijar atendiendo las distintas

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

circunstancias contempladas por el artículo 26.3 ET. También están comprendidos dentro del salario aquellos importes percibidos en especie, si bien la normativa laboral se apresura en limitar cuantitativamente esta posibilidad al 30% del salario en dinero, así como a la exigencia de que tampoco pueda dar lugar a que la parte monetaria descienda por debajo del SMI.

El artículo 84.2.1º LC se refiere al término “salarios” sin extender este crédito superprivilegiado a otra serie de percepciones laborales, como pudieran ser los subsidios, suplidos u otra serie de montantes que el propio Estatuto de los Trabajadores deja extramuros de la consideración legal de salario, como sería el caso de las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social o las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos etc. Empero, todas estas partidas podrían entrar dentro del concepto de crédito contra la masa por la vía del número cinco del citado precepto, cuando hayan sido generados con posterioridad a la declaración del concurso, si bien con la obligación legal de abono a sus respectivos vencimientos y no así de forma inmediata, como sucede con los salarios por los últimos 30 días trabajo efectivo. Por lo que respecta a los salarios de tramitación, como se ha dicho en otro lugar, estos vienen entendiéndose mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia bajo una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, por lo que, aunque su nomenclatura contenga en su seno el término “salarios” no podrán entrar en

el tipo normativo del artículo 84.2.1º LC por tratarse, precisamente, de un crédito que responde a un concepto reparatorio y no salarial⁹¹⁴.

Nuevamente, cabe apuntar que los salarios de tramitación podrían entrar dentro de la esfera de los créditos contra la masa cuando fueran devengados con posterioridad a la declaración del concurso, si bien con la obligación de pago a su respectivo vencimiento y no así de forma inmediata. Los salarios de tramitación, o la parte de los mismos, que se sitúen con anterioridad a la declaración del concurso recibirán un tratamiento de crédito concursal, por lo que en ningún caso podrían incardinarse dentro de los lindes del artículo 84.2 1º LC, es decir, de superprivilegio salarial⁹¹⁵.

3.1.2. Límite temporal de referencia: 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso.

El segundo de los componentes que identifican al superprivilegio salarial es el temporal. Es éste, precisamente, el elemento que provoca la idiosincrasia de este crédito laboral y que se traduce en que sea la única deuda contra la masa que se devenga con anterioridad a la declaración del concurso. O, si se mira desde el prisma contrario, el único crédito anterior

⁹¹⁴Es prácticamente unánime desde las distintas fuentes consultadas, y en esencia, por los argumentos dados en el texto, la solución que consideramos oportuna. Si bien, por el carácter aislado de su posicionamiento y por la importancia que su estudio ha aportado a la sociedad y a numerosas aseveraciones aquí realizadas, cabría dejar notar que para RÍOS SALMERÓN Y SEGOVIANO ASTABURUAGA los 30 días de salarios de trámite anteriores a la declaración judicial de concurso tendrían consideración de créditos contra la masa, puesto que equiparan éstos a los salarios que son fruto del trabajo efectivo. RÍOS SALMERÓN, B. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 286.

⁹¹⁵ Compadecemos esta tesis el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, el primero en esta materia, de fecha 24 de julio de 2014, sobre el que más tarde volveré con mayor detalle por la importancia que reviste en la materia objeto de este estudio.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

a la declaración del concurso que entra dentro de la clasificación contra la masa. Por lo tanto, su inclusión sistemática dentro de las deudas contra la masa no es más que una decisión de política legislativa tuitiva de los intereses de los trabajadores⁹¹⁶, que se ha venido explicando doctrinalmente precisamente bajo el propósito de compensar la limitación que la ordenación concursal introdujo sobre el superprivilegio del artículo 32.1 ET, que como sabemos, reconoce la preferencia absoluta de estos créditos frente a cualquier otro, pese a que este último se encuentre garantizado con prenda o hipoteca⁹¹⁷. De este modo, estamos en presencia, tal y como se ha indicado, de unos créditos que ni nacen una vez declarado el concurso, ni surgen por las necesidades de éste, por lo que su incorporación al rango prelativo contra la masa es fruto de una decisión legal⁹¹⁸. Por consiguiente, no estamos en este supuesto ante un crédito contra la masa propiamente dicho, sino más bien ante una ficción normativa⁹¹⁹(también se ha tildado de calificación artificial)⁹²⁰.

Una vez realizada esta precisión sistemática y formal, es momento de adentrarnos en el aspecto temporal-sustantivo de este crédito, es decir, los 30 días anteriores de trabajo efectivo. La elección de 30 días y no el de otro periodo distinto responde, en este caso, a una reproducción casi literal del superprivilegio contenido en el Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, en principio, para computar el crédito que debe de pagarse de

⁹¹⁶ ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Página 59.

⁹¹⁷ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal*...*Op. Cit.* Página 321.

⁹¹⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84”...*Op. Cit.* Página 1509.

⁹¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*...*Op. Cit.* Página 191.

⁹²⁰ MOLINA NAVARRETE, C. *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*. Ed. Tecnos. 2012. Página 247.

inmediato hay que contar 30 días hacía atrás desde la fecha de la declaración del concurso. Sobre esta vicisitud, existían algunas contrariedades a la hora de realizar este cómputo, en concreto, si se tenían que contar estrictamente los 30 días anteriores –naturales–, o si por el contrario cabía ampliar el arco temporal hacia los últimos 30 días “efectivamente” trabajados. Las dudas interpretativas se suscitaban por la redacción originaria de la norma concursal que no incluía el término “efectivo”⁹²¹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina superó el primigenio tenor literal de la norma y vino a considerar la inclusión para aquellos supuestos en los que un sujeto no trabaja todos los días, sino algunos de ellos⁹²², o para los que tuvieran suspendido el contrato en el momento de la declaración del concurso⁹²³, o salvo que la relación laboral se hubiera extinguido con anterioridad⁹²⁴.

En fin, era lugar común en la doctrina extender los salarios por los 30 días anteriores a la declaración del concurso más allá de los estrictamente naturales y abarcar así una serie de situaciones que podrían quedar fuera de la consideración de crédito contra la masa si se acogiera una tesis

⁹²¹ Alguna sentencia acogió el criterio de que la norma se refería a los 30 días inmediatamente anteriores a la declaración del concurso. Por ejemplo, la SAP de Valladolid de 14 de junio de 2007: “Desde el punto de vista literal la dicción del precepto no ampara la interpretación que postula la recurrente. El legislador no solo no declara expresamente que esos últimos treinta días de trabajo se tomen en consideración con independencia de la fecha en que se hubieran producido en relación a la declaración del concurso, sino que por el contrario especifica que se trata de días ‘anteriores a la declaración del concurso’. Este inciso solo cobra sentido para el caso de referirse a los últimos treinta días inmediatamente anteriores a dicha declaración, pues en caso contrario bastaría que el precepto hubiera guardado silencio al respecto”.

⁹²² ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal...* Op. Cit. Página 144.

⁹²³ COSTA REYES, A. *Los trabajadores y el proceso concursal...* Op. Cit. Página 145.

⁹²⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84”. Op. Cit. Página 1510. También podemos ver un cómputo por días efectivamente trabajados cuando la relación laboral se ha extinguido en la SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2006, núm. Rec. 389/2006.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

restrictiva⁹²⁵. Posteriormente, ya en el año 2011, mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se incluyó en el tenor del artículo 84.2.1º LC el adjetivo “efectivo” para denotar a los 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso, con lo que se vino a esclarecer, ya *ex lege*, la apuesta por una tesis amplia en lo que se refiere a los días trabajados. En esencia, dicha incorporación legal no fue tanto una innovación jurídica, como una reforma de clarificación,⁹²⁶ en el sentido de que vino a dilucidar un sentir ya prácticamente asentado y a desterrar posibles dudas interpretativas al respecto. En este orden de valores, el cómputo de este crédito contra la masa se realizará contando hacía atrás 30 días desde la declaración del concurso, entrando en este concepto todos los adeudos por salarios con independencia de que sean o no continuados en el tiempo. Por lo tanto, tendrán la protección de este “superprivilegio” todos trabajadores a los que se les deba el salario de su último mes trabajado aunque en el momento de la declaración del concurso no estén en plantilla, o que por cualquier otro motivo o vicisitud no se encuentren desempeñando su labor (sea por una suspensión por causas empresariales, por enfermedad, etc.). También computarían los de todos aquellos trabajadores que no trabajen todos los días, los tengan reducción de jornada, sean fijos discontinuos etc. Por su parte, si una persona ha trabajado menos de 30 días el crédito contra la masa se verá reducido en proporción a dicho periodo⁹²⁷.

⁹²⁵ Junto con las tres citas anteriores también podía verse esta interpretación en otros en: ALAMEDA CASTILLO, M^a.T. “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”...*Op. Cit.* Páginas 60-61; o DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...**Op. Cit.* Página 192. También alguna resolución judicial, como por ejemplo la SAP de Burgos de 28 de mayo de 2012, o desde los jueces de lo mercantil, por ejemplo, SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2006 o SJM nº 1 de Bilbao de 26 de abril de 2007.

⁹²⁶ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C. *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012...**Op. Cit.* Página 248.

⁹²⁷ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...**Op. Cit.* Página 319.

3.1.3. En la cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Con todo, el crédito contra la masa por estos últimos 30 días de trabajo efectivo no es total y absoluto, sino que se encuentra limitado cuantitativamente a una cantidad concreta y que viene señalada por la norma concursal por el doble del SMI. La referencia al SMI refleja los mismos interrogantes que los evidenciados a la hora de tratar los créditos laborales con privilegio general. Se plantea de este modo la duda de si este concepto incluye o no las pagas extraordinarias, sobre todo, desde que el RDL 20/2012, de 13 de julio, optara por incluirlas expresamente para el cálculo de la responsabilidad del FOGASA en el propio artículo 33 ET. Si retomamos la solución interpretativa adoptada para los salarios dotados con privilegio general, por coherencia, aquí también debemos de aseverar que el SMI de referencia será el diario, sin incluir la parte proporcional de las pagas extraordinarias (*vid. Supra*, los argumentos anteriormente esgrimidos). También surgen ligeras desavenencias a la hora de fijar la fecha en que se debe escoger el concreto SMI, existiendo posturas que abogan por el vigente a la hora de devengarse el crédito⁹²⁸, junto con aquellos otros que optan por el vigente al tiempo de la declaración del concurso⁹²⁹. Nuevamente, y en consonancia con lo dispuesto a la hora de tratar los créditos laborales privilegiados, bajo mi punto de vista, habría que

⁹²⁸ Por ejemplo, MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 320.

⁹²⁹ En este sentido, entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84”...*Op. Cit.* Página 1510; RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”...*Op. Cit.* Página 287; DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas...Op. Cit.* Página 192; o CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa...Op. Cit.* Página 27.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

estar la fecha de declaración del concurso que, por lo general, tenderá a ser mayor, con lo que indirectamente se ofrece una ligera protección más elevada frente al crédito laboral que, por lo demás, presenta un importante componente alimenticio. En fin, cabe también apuntar que, debido a que este crédito contra la masa ha sido devengado con anterioridad a la declaración del concurso, todo aquel importe que exceda del doble del SMI pasará a formar parte del cómputo del crédito concursal con privilegio general ya que, si recordamos, uno de los conceptos que entran dentro de esta clasificación es precisamente el devengado por salarios hasta el triple del SMI. Por consiguiente, la parte del salario que exceda del crédito contra la masa aquí señalado pasará a clasificarse con carácter privilegiado recibiendo, en consecuencia, el tratamiento característico de estos últimos⁹³⁰.

3.2. Créditos laborales devengados con posterioridad a la declaración del concurso.

Ciertamente, los créditos laborales contra la masa no se agotan con los referidos a los 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, puesto que éstos poseen un carácter singular. En esencia, los créditos contra la masa son todos aquellos generados tras la declaración del concurso. De este modo, el artículo 84.1.5º LC habla de forma genérica,

⁹³⁰ Véase este modo de proceder, por ejemplo, en la SJM nº 3 de Barcelona de 31 de mayo de 2005, proc. 211/2005 (JUR /2006/299852): “*En la medida en la que respecto al último mes trabajado se satisfizo ya el doble del salario mínimo, queda, por lo tanto un tramo de mes de dicho salario que debe ser considerado como crédito con privilegio general lo que determina que respecto a la primera quincena de noviembre se deba reconocerse como privilegio general las cantidades consideradas como ordinarias hasta la suma de 736,20 €*”.

contra la masa, para todos los créditos “*generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso*”. Por lo tanto, entrarían dentro de este concepto todos los créditos que son fruto de la actividad profesional o empresarial del concursado, citándose expresamente por el precepto los “laborales”. Estamos, pues, ante una consecuencia de la aplicación del principio de continuidad de la actividad que se encuentra contemplado en el artículo 44 LC⁹³¹.

De esta forma, el primer elemento definitorio de estos créditos va a ser el de su generación o devengo tras la declaración del concurso. El segundo componente corresponde con el de su generalidad, es decir, que no se encuentran limitados cuantitativamente ni cualitativamente, puesto que comprenden todos aquellos créditos laborales que son fruto de la continuación de la actividad económica de la empresa y del propio concurso, y ello pese a que en el precepto cite algunos expresamente, tales como las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo y los recargos en materia de salud laboral. Por consiguiente, a mi entender, la relación de conceptos crediticios laborales fijada por el artículo 84.1.5º LC no es en ningún caso tasada, sino que habría que conceptuarla como meramente ejemplificativa. Esto es así porque en el propio precepto señalado se indica que serán considerados contra la masa todos los créditos

⁹³¹ Así, RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal y los créditos laborales”... *Op. Cit.* Página 291.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

generados por la actividad profesional y empresarial del concursado, así como todos los laborales, sin incluir ningún aditamento ni perfilar ninguna excepción. En este sentido, las inclusiones incorporadas de forma expresa en el tenor del precepto señalado simplemente vendrían a destacar la importancia de los créditos que se cita, sin excluir con ello a los restantes y que la norma los incluye en su dicción genérica, entre ellos, los salarios⁹³². Sería un contrasentido que se dejara fuera de las deudas contra la masa la partida más importante y característica de la prestación de servicios dependiente y por cuenta ajena, como es el referido al sueldo o salario, el cual, sin lugar a dudas entraría dentro de esta clase de créditos.

3.2.1. Créditos laborales: créditos salariales.

Una de las razones por las que cabe acoger con buenos ojos la amplitud del artículo 84.1 5º LC coincide con la presencia dentro de estos créditos contra la masa de los devengados por los salarios de los trabajadores. Efectivamente, cuando la empresa en concurso sigue con su actividad dispondrá de una plantilla más o menos amplia de trabajadores, los cuales seguirán teniendo derecho a la contraprestación básica y esencial derivada del contrato de trabajo, es decir, a la percepción de su respectivo salario. Por lo tanto, la expresión utilizada por la norma, “créditos laborales”, debe referirse inevitablemente –aunque no exclusivamente- a los

⁹³² En este sentido, MONTROYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 324. Para RÍOS SALMERÓN, B. (cita anterior) el precepto establece un “género” de créditos, constituidos por los generados por el ejercicio de la actividad, una “especie” que corresponde con los créditos laborales y, a su vez, un “subgénero” o “subespecie” que son las indemnizaciones por extinción y los recargos en materia de salud laboral: “*lo que podría no impedir una aplicación directa, con el alcance que sugeriremos, de la cláusula: créditos laborales*”.

créditos salariales. De este modo, no cabe ninguna duda de que tras la declaración del concurso el empresario sigue manteniendo la obligación de abonar los salarios de los trabajadores que continúen en plantilla, sin que, de otro lado, la situación de concurso venga a transformar o alterar este genérico y primordial deber empresarial.

En principio, los salarios de los trabajadores durante el proceso concursal se deberán de satisfacer a sus respectivos vencimientos, tal y como se colige con facilidad del propio artículo 84 LC en su apartado tercero (*“los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos”*). Significa esta expresión –o más bien debe significar- que al deudor –o en muchos casos, directamente al administrador concursal- le corresponderá pagar mes a mes el salario de los empleados en activo dentro de la empresa. En el caso de que la continuidad de la actividad no sea viable y el concurso entre en fase de liquidación estos créditos por salarios, así como los restantes créditos contra la masa, en orden a sus respectivos vencimientos, deberán de satisfacerse con prioridad –“prededucibilidad”-, sustrayéndose de la masa activa con anterioridad al reparto de los créditos concursales y según sus respectivas preferencias y orden de prelación. La preferencia en estos casos vendría marcada por la fecha de vencimiento, debiéndose de realizar primero los más antiguos. La satisfacción de los créditos contra la masa de una forma ordenada por imperativo legal solamente tendrá lugar en los casos en los que se predique la conclusión del concurso por insuficiencia de activo para hacer frente a estos créditos –los denominados concursos sin masa-.

Al contrario de lo que sucede respecto del crédito salarial contra la masa por los últimos 30 días de trabajo efectivo, así como para el crédito

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

concurzal con privilegio general, en los que se acogía una interpretación estricta sobre el concepto legal de salario, aquí parece que es más prudente acoger una tesis amplia. Esto es así porque para significar los créditos contra la masa generados tras la declaración del concurso no se cita expresamente a los “salariales”, sino más cumplidamente los “laborales”, por lo que bajo mi punto de vista tendrán cabida en este concepto tanto las partidas salariales como las extrasalariales, teniendo en cuenta que, en el ámbito concurzal y de acuerdo con el artículo 88 LC todos los créditos deben de quedar computados en dinero y se expresarán en moneda de curso legal. En consecuencia, dentro de este concepto entrarían la totalidad de las obligaciones que para el empresario surgen del contrato de trabajo⁹³³ y, en concreto, también los gastos y suplidos (plus transporte, dietas etc.)⁹³⁴.

3.2.2. Créditos por indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo.

Las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo aparecen citadas en el propio tenor de la norma concurzal. Ahora bien, ello no significa que éstos sean los únicos créditos indemnizatorios que cabría incardinar entre los devengados contra la masa, ya que el precepto analizado se refiere de forma ordinaria a los generados después de la declaración de concurso y genéricamente a los “laborales”. Por lo tanto, otra serie de indemnizaciones a favor de los trabajadores originadas por la continuación de la actividad empresarial y que no tienen nada que ver con la

⁹³³ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso, una guía práctica para laboristas*...Op. Cit. Página 194.

⁹³⁴ Así lo entendió, por ejemplo, COSTA REYES, A. *Los trabajadores en el proceso concurzal*...Op. Cit. Página 148.

extinción del contrato de trabajo también serán con cargo a la masa y, en consecuencia, abonables a su respectivo vencimiento. Con todo, el legislador concursal cita expresamente en el artículo 84.2 5º LC a la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, quizá por ser la más frecuente en los casos de concurso, así como por ser una de las que mayor importancia reviste en la disciplina social. Las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo entrañan un problema jurídico de notable enjuncia en las situaciones concursales, con importantes repercusiones para los intereses de los trabajadores y que guarda una estrecha relación con el momento en que se entiende devengado dicho crédito. La cuestión no es baladí, porque dependiendo del momento en el que entendamos generada la extinción, y con ello la correspondiente indemnización, el crédito pasará a ser concursal, con la prelación que le corresponda, o bien contra la masa, con las indudables diferencias de tratamiento entre una y otra clasificación. En líneas generales, para los intereses del empresario deudor será preferible que el crédito indemnizatorio sea considerado como concursal, puesto que su pago quedará paralizado y tendrá que ordenarse, clasificarse y posteriormente ser sometido a convenio o satisfecho mediante liquidación. Si fuera considerado contra la masa reinaría la obligación de pago en el mismo momento de su devengo. Por su parte, el interés de los trabajadores coincidiría precisamente con el supuesto contrario, ya que para éstos será preferible recibir el importe de inmediato, o cuanto menos con satisfacción previa a todos los demás créditos concursales, que ver cómo el mismo queda paralizado a la espera de su clasificación, ordenación y la concreta solución que alcance el proceso concursal.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

Con todo, el interés sobre el momento de devengo de una concreta indemnización será más elevado para el concursado que para los trabajadores, en el buen sentido de que éstos últimos, si se dan las condiciones legales pertinentes, podrían encontrar amparo en el FOGASA, que pasaría a ocupar la posición de los trabajadores a los que ha satisfecho su crédito.

3.2.3. Créditos por recargos en materia de salud laboral.

La otra indemnización que cita expresamente el precepto analizado es la del denominado recargo de prestaciones que procede del incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en materia de salud laboral. Como es sabido, este recargo supone un aumento de la cuantía de las prestaciones a cargo del empresario cuando la lesión del trabajador se produce como consecuencia de una infracción en materia de seguridad o salud laboral y que oscila entre un 30% y un 50% (artículo 123 LGSS). Este recargo tiene carácter autónomo, en el sentido de que no lo absorbe una posible indemnización por daños y perjuicios. Junto con ello, cabe esgrimir que no es objeto de aseguramiento, por lo que recae estrictamente sobre el empresario responsable de la infracción, siendo por ende un crédito laboral objeto de clasificación⁹³⁵. Este recargo de prestaciones es materialmente idéntico al que nos encontramos en el artículo 91.1º LC, que como sabremos a estas alturas, sistematiza los créditos con privilegio general, si bien, su presencia como privilegiado o contra la masa va a depender del momento

⁹³⁵RÍOS SALMERÓN, B. “La Ley Concursal un los créditos laborales” ...*Op. Cit.* Página 299; RÍOS SALMERÓN, B. Y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso” ...*Op. Cit.* Página 296.

temporal en el que se devengue, perteneciendo a esta última tipología cuando nazca después de la declaración del concurso.

Efectivamente, la mayor dificultad que se aledaña al recargo por incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, desde el estricto prisma de la ordenación concursal, es el de intentar determinar cuándo se produce el devengo del crédito⁹³⁶. Son varias las fechas a las que podemos atenernos para decantar la balanza hacia la consideración del crédito como concursal o contra la masa pero, en esencia, la doctrina suele reducir a dos las posibilidades. De un lado, la fecha del hecho causante, es decir, la del accidente. De otro lado, la de la imposición del recargo por parte del órgano administrativo competente, o bien por la sentencia del juzgado de lo social que lo determine⁹³⁷. De este modo, cuando el accidente se produce durante el proceso concursal no se presentan problemas aparentes respecto a la cuestión del devengo, puesto que tanto el hecho causante como el recargo se producirán ambos después de la declaración del concurso. Aunque sí que podría darse el caso de que acogiendo esta segunda opción pudiera tener lugar la conclusión del concurso con la desaparición de la empresa, pudiendo dejar inviable parte del crédito. Cuando todas estas fechas se produzcan con anterioridad al concurso parece que tampoco existirían demasiados problemas en admitir el carácter privilegiado del crédito, pasando a ocupar su correspondiente lugar en el escalafón. Ahora bien, cuando el accidente tiene lugar antes del auto de declaración del concurso y la sanción o imposición del recargo

⁹³⁶ Existen innumerables problemas jurídicos de carácter estrictamente social en los que no nos detendremos para no desviar la atención de nuestro tema, ya que en caso contrario su completo estudio podría dar lugar a una tesis paralela.

⁹³⁷ El órgano competente para imponer el recargo es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (artículo 1.1 e) Real Decreto 1300/1995, de 21 de junio).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

acontece con posterioridad surgen significativas dudas interpretativas acerca de la fecha a la que debemos atenernos para considerar el nacimiento del crédito. Sobre el particular existen algunas opiniones que se han postulado a favor de que habrá que estar al momento del hecho causante de la prestación⁹³⁸. Sin embargo, esta opción no me parece la más oportuna. En consonancia con lo esgrimido a la hora de tratar los créditos con privilegio general, he de afirmar que la fecha de imposición del recargo es la que tendríamos que tener en cuenta a estos efectos. Esto es así, de un lado, porque en puridad la obligación del empresario de pagar al trabajador el correspondiente recargo no surge hasta que una autoridad administrativa depura sus responsabilidades. De otro lado, porque esta opción es más garantista con los intereses de los trabajadores, ya que, puesto que este crédito no es asegurable adquiere una mayor posibilidad de cobro si se considera contra la masa, compadeciendo de este modo con el principio *pro operario*⁹³⁹.

⁹³⁸ ORELLANA CANO, A. M^a. “El tratamiento concursal de las prestaciones de la Seguridad Social”. En *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3. Ed. El Derecho. 2007; o CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa...Op. Cit.* Página 80.

⁹³⁹ Comparten esta tesis, entre otros, DESDENTADO BONETE, A Y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas...Op. Cit.* Página 198. “La solución más razonable es estar a la fecha en que, con la situación protegida, nace el derecho al recargo. Si la situación protegida surge declarado el concurso, se trataría de un crédito contra la masa, aunque la contingencia determinante sea anterior”; o MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 334. “El recargo alcanza cualidad de crédito contra la masa cuando ha sido declarada la correspondiente responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo y ha sido determinado el porcentaje en el que han de incrementarse las prestaciones económicas por accidente o enfermedad profesionales”.

3.3. *El criterio temporal: el devengo de las indemnizaciones por extinción del contrato.*

Uno de los aspectos más controvertidos en relación con la clasificación del crédito por indemnizaciones laborales es precisamente el de identificar la fecha de su devengo, es decir, cuando se entiende consumada la extinción del contrato. En este sentido, sólo constituirán créditos contra la masa los derivados por la actividad profesional, es decir, de su continuidad tras la declaración de concurso, toda vez que si la extinción del contrato de trabajo es anterior a dicha fecha la indemnización tendrá carácter de crédito privilegiado hasta el triple del SMI y si se ha producido con posterioridad recibirá el tratamiento propio de los créditos contra la masa. Debido a la amplitud con la que ha sido redactado el artículo 84.1. 5º LC entran dentro de la esfera de las deudas contra la masa todas aquellas indemnizaciones por extinción del contrato. Por ello, tendremos que acudir al artículo 49 ET y demás preceptos del Estatuto de los Trabajadores para evidenciar qué concretos supuestos extintivos son objeto de compensación y advertir en cada uno de ellos cual debería de ser la fecha de su consumación.

- La primera de las causas de extinción con derecho a indemnización que aparece en el artículo 49 ET es por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. Salvo para los casos de interinidad y para los contratos formativos la cantidad resultante fijada para compensar la pérdida de empleo por esta causa consiste en 12 días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que resulte de

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

aplicación.⁹⁴⁰ Del propio artículo 49.1 c) ET se infiere que el derecho a recibir la citada indemnización se devenga “a la finalización del contrato”. De este modo, cuando la conclusión del tiempo convenido o la realización de la obra coincidan con el proceso concursal dicha indemnización se deberá satisfacer con cargo a la masa, mientras que si concluye con anterioridad a la declaración del concurso pasará a ser crédito concursal. Hay que tener en cuenta no obstante que tras la finalización del tiempo convenido o realización de la obra debe mediar denuncia expresa por la que se termine con la relación laboral, ya que de no ser así, y en caso de continuarse con la prestación de servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente en indefinido, lo que dará lugar en caso de una eventual posterior extinción sin causa a indemnizaciones más elevadas. También hay que prestar especial atención cuando el plazo de duración del contrato se ha establecido por una duración inferior a la máxima legal. En estos casos, si una vez cumplido el plazo establecido por las partes contratantes no existiera denuncia expresa o tácita, se entenderá prorrogado automáticamente hasta la duración máxima legalmente establecida para el contrato en cuestión. En este sentido, cabe tener presente que cuando la

⁹⁴⁰ Disposición transitoria 13ª ET (establecida por Ley 35/2010): *La indemnización prevista a la finalización del contrato temporal establecida en el artículo 49.1 .c) de esta Ley se aplicará de modo gradual conforme al siguiente calendario:*

Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011.

Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012.

Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013.

Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014.

Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.

empresa entra en concurso podría darse el caso de que por no denunciarse la expiración del plazo, lo que podría ser un crédito concursal podría pasar por mor de esta prórroga tácita a devengarse contra la masa. Por lo tanto, la fecha de devengo del crédito será la de la expiración del contrato, sea porque ha llegado el plazo señalado o por finalización de la obra, debiéndose prestar una especial atención a los casos en los que el juego de la prórroga tácita o expresa por ausencia de denuncia pueda coincidir con fechas próximas a la declaración del concurso.

- Un caso peculiar lo presenta la indemnización derivada por la extinción por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento del empresario, que se encuentra regulada en el artículo 50 ET. En tales supuestos la indemnización será, de acuerdo con el artículo 50.2 ET, la misma que la señalada para los casos de despido improcedente. El momento en el que se entiende extinguida la relación laboral en estos supuestos, según sentada jurisprudencia, coincide con la firmeza de la sentencia, adquiriendo ésta un carácter constitutivo y no meramente declarativo⁹⁴¹. Por lo tanto, será la fecha de la sentencia la que decidirá el devengo de la extinción y no otra, y ello con independencia de que el trabajador permanezca o no en el puesto de trabajo una vez haya denunciado la extinción del contrato *ex* artículo 50 ET. Sobre esta cuestión cabe indicar que, en un primer momento, la jurisprudencia venía exigiendo que el trabajador permaneciera en el puesto de trabajo hasta que se dictara la sentencia que le diera o no la razón para extinguir su contrato. Sin embargo, han ido apareciendo de forma

⁹⁴¹ Por todas: STS de 23 de abril de 1996, rec. 2762/95 o STS de 11 de julio de 2011, rec. 3334/2010. En el plano concursal han basado la clasificación de créditos atendiendo al carácter constitutivo de la sentencia que declara la extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET, entre otras, la SAP de Palma de Mallorca de 13 de febrero de 2012 o la SAP de Vizcaya de 9 de mayo de 2012, rec. apelación 685/2011.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

paulatina resoluciones judiciales que han permitido al trabajador abandonar el puesto de trabajo, en especial, cuando la causa de disolución provenga de alguna situación que hiciera imprescindible evitar toda convivencia laboral⁹⁴², aunque también se ha llegado a dictar alguna sentencia pionera en este materia que ha permitido al trabajador abandonar su puesto y aceptar otra oferta de trabajo (Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012)⁹⁴³. Algún autor ha señalado que en caso de extinciones ligadas a supuestos tales como los referidos a los atentados contra la dignidad o integridad de los trabajadores, el momento determinante sería el de la presentación de la demanda por extinción causal⁹⁴⁴. En cualquier caso, bajo mi punto de vista, todas estas cuestiones son irrelevantes a la hora de fijar la fecha a partir de la cual hay que entender producida la extinción del contrato de trabajo, que en esta sede seguirá siendo la producida con la sentencia de carácter constitutivo que determine la misma, con independencia de que el trabajador se encuentre o no desempeñando su labor dentro de la empresa en el momento en que sea dictada.

En efecto, el contrato de trabajo no se extingue con el ejercicio de la acción del trabajador, sino por la sentencia que establece este efecto. Por consiguiente, será ésta la fecha a la que habrá que estar para determinar la correspondiente clasificación del crédito laboral, siendo que, si el pronunciamiento judicial acontece con anterioridad al concurso la indemnización adeudada entrará de lleno entre los créditos concursales y si

⁹⁴²En este sentido: STS de 17 de enero 2011, Rec. 4023/09; SSTSJ Madrid 16 junio 2008, (AS/2008/1771); o Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2006 (AS/2006/874) o 15 de enero de 2013 (AS/2013/270).

⁹⁴³STS de 20 de julio de 2012, rec. 1601/11.

⁹⁴⁴ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C. *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012...Op. Cit.* Página 250.

ha sido dictada una vez declarado éste será considerada contra la masa. Cabe advertir, no obstante, que recientemente se ha dictado una sentencia que llega a la solución contraria. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de septiembre de 2015⁹⁴⁵ que avaló la clasificación como créditos concursales de una sentencia dictada por el juez laboral con posterioridad al concurso. Aquí el *íter* fue el siguiente: primero, el trabajador suplica la extinción del contrato de trabajo por falta de abono de salarios; posteriormente se declara el concurso de la empleadora; ya dentro del concurso, recae la sentencia del correspondiente juzgado de lo social donde se declara extinguida la relación laboral y se condena a la empresa a abonar los salarios debidos y la oportuna indemnización. En la citada sentencia se entiende que el hecho de que la relación laboral se entienda vigente hasta el momento de la sentencia no significa que el crédito indemnizatorio se devengue en ese instante y que el carácter constitutivo de las sentencias dictadas sobre el particular no haría cambiar las tornas. En fin, se afirma que la sentencia reconoce la existencia de causa, *“pero con base a hechos anteriores a la declaración del concurso, por lo que el crédito ha sido correctamente calificado como concursal”*. Ciertamente, la falta de abono de salarios que habilita para solicitar la extinción rogada del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET es anterior a la declaración del concurso. Pero en estos casos la sentencia del juez no es declarativa, es decir, no viene a avalar una extinción unilateral por parte del empresario, sino que tiene carácter constitutivo y efectos *ex nunc*, es decir, es en el preciso instante en el que se dicta la sentencia cuando se produce la efectiva extinción del contrato de trabajo y no antes (como así sucede en los

⁹⁴⁵ SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2015, rec. apelación 366/2015 (AC/2015/1468).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

despidos). Por tanto, el devengo de la extinción, que es lo que estamos valorando a los efectos de calificar el crédito laboral, se produce, en este supuesto, con posterioridad a la declaración del concurso y en consecuencia el importe resultante debería de ser considerado contra la masa⁹⁴⁶.

Es cierto, como señala la citada sentencia, que de este modo se animaría a los trabajadores a solicitar la extinción del contrato de trabajo cuando vieran próxima una declaración de concurso, con anterioridad a la misma, pero se trata de una opción completamente legítima en tanto en cuanto medie causa suficiente para ello y, además, ya existen mecanismos para combatir esta cuestión. Justamente, si mientras se está tramitando judicialmente una extinción *ex* artículo 50 ET se hubiera dado inicio a un ERE Concursal (extintivo) se paraliza el proceso social a resultas del auto dictado por parte del Juez de lo Mercantil. Por lo tanto, solicitar la extinción del contrato por voluntad del trabajador con proximidad a la declaración del concurso es una opción legítima que ya cuenta con un mecanismo de suavización de la indemnización en caso de que el trabajador resultara afectado por un expediente judicial de regulación de empleo, si bien, en todo caso, el crédito resultante, tanto si deviene por la sentencia constitutiva del Juez de lo Social, como si se genera por el auto constitutivo del Juez del Concursal será contra la masa.

Con todo, el momento en el que ha de considerarse producida la extinción del contrato de trabajo por el artículo 50 ET a los efectos de la clasificación del crédito resultante habrá que ponerla en la relación con la

⁹⁴⁶ Podemos encontrar un ejemplo de la interpretación que estoy defendiendo en la SAP de Asturias de 10 de abril de 2015, rec. Apelación 228/2014 (JUR/2015/131274) y en la SJM nº1 de San Sebastián de 25 de septiembre de 2015, proc. 600/2015 (JUR/2016/6265). Parte de la base este pronunciamiento de que la sentencia del órgano judicial social es constitutiva y con efectos *ex nunc* y como es dictada con posterioridad al concurso procede calificar el crédito contra la masa.

sistemática del artículo 64.10 LC -que ya fue ampliamente debatida en otro punto anterior-. De la confluencia de los artículos 50 ET, 64.10 LC, 91 LC y 84 LC podemos extraer las siguientes conclusiones, que van a depender de los distintos escenarios que en la práctica se produzcan:

A) La situación más sencilla se daría cuando la sentencia que declara extinguido el contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET ha sido dictada con anterioridad a la fecha de declaración del concurso. En estos casos parece que, indubitadamente, el crédito devengado, que coincidirá con el señalado para la improcedencia del despido, será concursal (en concreto, privilegiado, siendo de carácter ordinario el *quantum* que sobrepase el límite fijado por el artículo 91.1º LC).

B) Si la sentencia todavía no ha sido dictada a la fecha de la declaración del concurso podrán darse, nuevamente, una serie de distintos escenarios que, en este caso, no afectarán a la consideración del crédito indemnizatorio como deuda contra la masa sino que, en su caso, concernirán a la cuantía del mismo. De este modo, si recordamos, la suspensión del proceso laboral en curso donde se estuviera debatiendo la posible extinción del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET solamente se dará cuando se den dos circunstancias: 1) que se haya declarado el concurso y 2) que se haya solicitado un ERE concursal a través del procedimiento del artículo 64 LC. Por lo tanto, los anteriores requisitos obligan a que abran de nuevo dos posibilidades distintas.

B₁) Si la sentencia del Juzgado de lo Social ha recaído una vez declarado el concurso pero antes de que se solicite un ERE Concursal (vicisitud que por lo demás, también podría llegar a no ocurrir) el crédito devengado será considerado contra la masa y su cuantía será calculada

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

conforme la cantidad dispuesta para los despidos improcedentes (33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades).

B₂) Si mientras pende el proceso social se solicita la extinción colectiva de contratos y da comienzo el procedimiento del artículo 64 LC, el resultado será la suspensión del primero hasta que se ventile el segundo. Lo determinado por el procedimiento de extinción colectiva del artículo 64 LC tendrá efectos de cosa juzgada sobre el proceso de extinción por causas imputables al empresario. Así las cosas, si el trabajador accionante queda afectado por la medida colectiva verá extinguido su contrato con una indemnización con cargo a la masa pero con la cuantía establecida por el Juez del Concurso, generalmente menor (de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, aunque también podría adoptarse otra superior). Recordemos en este punto un requisito jurisprudencial clásico a la hora de valorar las extinciones por voluntad del trabajador basadas en un incumplimiento del empresario, consistente en que el vínculo laboral debe de estar vivo al tiempo de dictarse la sentencia⁹⁴⁷. Si el trabajador en cuestión no quedara vinculado por el despido colectivo, por no afectar éste a la totalidad de la plantilla, podrá reanudarse el proceso social suspendido y en caso de considerarse procedente la extinción se devengará una indemnización con cargo a la masa con la cuantía señalada para los despidos improcedentes. Con todo, hay que tener cuidado con la fecha en que finalmente se dicta la sentencia por parte del Juez de lo Social puesto que los créditos contra la masa están íntimamente ligados a la

⁹⁴⁷ SSTS de 14 de febrero 1983 (RJ/1983/587); de 23 de junio 1983 (RJ/1983/3041); de 18 de noviembre 1985 (RJ/1985/5801); de 2 de julio 1985 (RJ/1985/3664) o de 22 de mayo de 2000 (RJ/2000/4623).

existencia de concurso⁹⁴⁸. En este sentido, el crédito no existirá contra la masa si el proceso laboral concluyera cuando el Juez del Concurso hubiera ordenado el cese de la actividad o declarado la conclusión del concurso.

- La indemnización derivada por la extinción colectiva y la individual o plural por causas objetivas, presenta una serie de interrogantes con múltiples aristas y que, sin límite de continuidad pasará a sintetizar.

La situación más sencilla vendría dada por la indemnización correspondiente a un despido colectivo llevado a cabo con posterioridad a la declaración del concurso. En estos casos la competencia para conocer sobre los mismos recae en el Juez del Concurso y el procedimiento a seguir será el dispuesto en el artículo 64 LC. En este sentido, el propio artículo 84.2 5º LC contiene un párrafo separado que establece lo siguiente: *“los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento”*. Este precepto debe de ponerse necesariamente en relación con el artículo 64.7 LC, en su redacción dada tras la reforma concursal de 2011, donde si recordamos, se dispone, entre otras cuestiones que no vienen al caso, lo siguiente: *“el auto, en caso de acordarse la*

⁹⁴⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 84”...*Op. Cit.* Páginas 1502-1503. Puesto que si surgen después de la aprobación judicial del convenio (artículo 133.1 LC) no serían técnicamente contra la masa, sino “nuevos créditos contra el concursado”, lo que no implica que el concursado no deba de hacer frente a estos nuevos créditos. Se trata ésta de una interpretación certera hasta la reforma laboral de 2011 puesto que el artículo 84.2 5º LC establecía el límite temporal de estos créditos *“hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso”*. En la actualidad se ha eliminada la referencia al convenio, y solamente se expresa *“hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso”*. Con todo, la expresión ofrecida por este autor, de que los créditos contra la masa están íntimamente ligados a la existencia de concurso sigue siendo válida, porque concluido éste, o terminada la actividad ya no existen propiamente créditos contra la masa.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior (...)". Por consiguiente, el momento en el que se entienden producidas las extinciones colectivas de los contratos de trabajo y con ello la subsiguiente indemnización, habrá que dividirlo en dos: 1) cuando el Juez del Concurso no ordene lo contrario, todos los contratos se entenderán extinguidos en la misma fecha en la que se dicte el auto; 2) cuando el Juez del Concurso indique expresamente otra fecha posterior de extinción para uno o algunos trabajadores, será ésta en la que se devengará el crédito indemnizatorio contra la masa para los sujetos en cuestión, fijándose la misma fecha en la que ha sido dictado el auto para los restantes. En todo caso, cuando acontezca un procedimiento judicial de extinción de contratos el crédito resultante será considerado contra la masa, lo único que cambiaría es el momento del vencimiento del mismo. Esta misma afirmación serviría en los supuestos en los que la declaración del concurso se produzca estando pendiente la tramitación de un despido colectivo. Esto es así porque el artículo 64.1 LC se encarga de afrontar esta situación, siendo que, las posibilidades existentes en estos casos pasarían por desistir del procedimiento o bien por continuarlo bajo los cauces del artículo 64 LC, lo que supondrá una conclusión mediante auto del Juez del Concurso cuyos créditos laborales serán considerados contra la masa. Por ello, he aseverado que siempre que existan extinciones de contrato de trabajo ejecutadas por parte del Juez del Concurso el crédito resultante será considerado contra la masa. La única particularidad podría venir del diferente devengo del crédito, que por lo general acontecerá con la propia fecha del auto salvo que en dicha resolución el juez establezca para algún trabajador otra posterior, siendo en estos casos esta última la que guiará la regla sobre el pago "a sus respectivos

vencimientos”, como reza el artículo 84.3 LC. Naturalmente, cuando el despido colectivo se hubiera consumado con anterioridad a la declaración del concurso no estaríamos ante un crédito contra la masa sino concursal, situación que entiendo que acontece con la notificación individual realizada a los trabajadores afectados por la medida adoptada por el empresario habiendo mediado o no acuerdo con los representantes de los trabajadores.

El tema de las extinciones objetivas es más peculiar porque, como sabemos, no se incardinan dentro del artículo 64 LC y durante el proceso concursal compete decidir las al administrador concursal o al empresario con refrendo del primero. En los casos de la extinción objetiva del contrato la indemnización resultante será de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, y la fecha del vencimientos del crédito se dará cuando el empresario comunique al trabajador la causa de la extinción y pone la referida indemnización a su disposición (artículo 53.1 b) ET). Ahora bien, si la extinción está fundada en una causa económica (artículo 52 c) ET) y como consecuencia de tal situación no se pudiera poner a disposición la indicada indemnización podría no entregarse en ese momento, haciéndose constar en la comunicación escrita de despido, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir su abono cuando tenga “efectividad la decisión extintiva”. Esta situación acontecerá tras la oportuna concesión del plazo de preaviso tras la entrega de la comunicación personal de la extinción, que según el artículo 53.1 c) ET es en la actualidad de 15 días⁹⁴⁹. Por consiguiente, bajo mi punto de vista, el vencimiento del crédito para los casos de las extinciones objetivas del contrato podría dividirse en dos supuestos, uno genérico y su correlativa excepción. La regla general, tal y como se ha podido apreciar, acontecerá en la fecha de entrega

⁹⁴⁹ Así, MONTOYA MELGAR. A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 331.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

de la carta de despido, puesto que será en ese preciso momento cuando sobre la empresa recaiga el deber de poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, coincidiendo en este sentido con el vencimiento del crédito. Si esta situación acontece con anterioridad al auto de declaración del concurso el crédito sería concursal y si ha sido con posterioridad al mismo sería contra la masa⁹⁵⁰.

La excepción proviene, como ha sido anticipado, en los supuestos en los que la causa objetiva fuera económica y se hiciera constar la iliquidez para poner a disposición la cantidad indemnizatoria en el momento de la comunicación escrita de extinción del contrato, algo por lo demás bastante corriente en los casos de concurso o en momentos previos a su declaración. En estos supuestos, el vencimiento del crédito será, tal y como se ha expresado, “cuando tenga efectividad la decisión extintiva” situación que se dará pasado el plazo de preaviso de 15 días. En este sentido, si esta fecha acontece una vez ha sido declarado el concurso el crédito será contra la masa, siendo que, si lo es con anterioridad, será concursal.

- Cuando la indemnización traiga causa en la decisión del trabajador afectado por un traslado o modificación sustancial, tanto individual como colectiva, se ha entendido que el vencimiento del crédito resultante (20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses, según reza el artículo 41.3 ET) tendrá lugar cuando se hubiera producido el acto

⁹⁵⁰ Con posterioridad a la declaración del concurso el órgano encargado de poner a disposición del trabajador la cantidad económica será el administrador concursal en caso de suspensión de las facultades de empresariales de disposición del deudor y del propio concursado con refrendo del administrador concursal en casos de mera intervención de las citadas facultades.

resolutorio del trabajador⁹⁵¹. De esta forma, si el acto resolutorio ha tenido lugar con anterioridad a la declaración del concurso estaremos en presencia de un crédito concursal. Si por el contrario se da durante el proceso concursal será considerado contra la masa. Ahora bien, hay que tener en cuenta también lo dispuesto por el artículo 64.9 LC para los casos acordarse una modificación sustancial colectiva. En este sentido, si la modificación sustancial (o traslado colectivo) se ha llevado a cabo bajo el procedimiento del artículo 64 LC, esta indemnización quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de 1 año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. De esta forma, si ponemos en relación el texto del artículo 41 ET, junto con los artículos 8.2 LC, 64.1 LC y 64.9 LC, podríamos extraer las siguientes conclusiones: si tras la declaración del concurso se produce una modificación sustancial del contrato de trabajo o traslado de uno o varios trabajadores sin que la medida alcance los umbrales de la colectividad, el procedimiento a seguir será el del artículo 41 ET y, en lo que aquí interesa, un trabajador concreto podría rescindir su contrato con derecho a indemnización cuyo devengo o vencimiento se producirá en ese preciso momento; si por el contrario tal medida es de carácter colectivo, el procedimiento a seguir sería el del artículo 64 LC, siendo que, por disposición legal (artículo 64.9 LC) en los casos de rescisión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador tal indemnización quedará en suspenso y únicamente se devengará contra la masa cuando pasado 1 año desde la fecha del citado auto no se hubiera concluido el concurso.

⁹⁵¹ Así lo ha entendido MONTOYA MELGAR. A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 331, postura con la coincido.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

- Las anteriores soluciones son válidas cuando la decisión extintiva no ha sido impugnada judicialmente o cuando el resultado alcanzado por la sentencia de instancia ha sido el de su procedencia. Ahora bien, cuando la extinción del contrato ha sido impugnada se revelan nuevos momentos para el devengo del crédito laboral-concursal que deberán recabarse principalmente en la normativa procesal laboral y que habrá que ponerla en relación con la fecha de la declaración del concurso. Aquí, los problemas más acuciantes se darán, naturalmente, cuando, mientras penda la resolución judicial se declare el concurso del empresario, pues será en estos casos cuando podrán generarse dudas sobre el carácter concursal o contra la masa de los créditos adquiridos. Así, en líneas generales, cuando la extinción sea declarada procedente las fechas relativas al vencimiento del crédito serán las mismas que las observadas para los casos en los que no ha existido impugnación, puesto que la decisión judicial no haría otra cosa más que avalar la medida adoptada en su momento por parte del empresario.

Cuando la extinción del contrato –o, también, el despido disciplinario- es considerado nulo, de acuerdo con el artículo 113 LRJS “*se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador*”. Aquí no hay indemnización posible, sino una solución bastante más garantista para el trabajador, como es el hecho de la readmisión en su anterior puesto de trabajo. Sin embargo, sí que aparece un elemento dinerario que debe reflejarse como crédito y ser objeto de calificación dentro del concurso, como es el referido a los salarios de tramitación. En este sentido, han sido varias las sentencias dictadas desde los juzgados de lo mercantil y

audiencias provinciales las que han expresado su parecer jurídico respecto a la forma de calificar los salarios de tramitación, pero desde estas líneas me referiré exclusivamente al primer pronunciamiento que sobre este aspecto ha emitido el Tribunal Supremo⁹⁵², fijando jurisprudencia en el sentido siguiente: sobre los salarios de tramitación no cabe más que recordar que éstos no tienen naturaleza salarial, sino naturaleza indemnizatoria, por lo que en ningún caso podrían entrar dentro de los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, que por lo demás sí son considerados contra la masa por mor del art. 85.2 1º LC. El tratamiento jurídico de los créditos por salarios de tramitación en el concurso pasa por el momento de su devengo, el cual vendrá ligado al instante de la extinción contractual, pero con la particularidad de que en los casos en los que la declaración del concurso se sitúe entre esta fecha y la resolución judicial habrá que considerar una parte del crédito como concursal y otra parte contra la masa. Así lo ha entendido, con razón, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, puesto que cuando nos encontramos en presencia de salarios de tramitación, como éstos suponen un *continuum* indemnizatorio, su calificación deberá de desdoblarse, separando del cálculo aquéllos que vayan desde la fecha del despido hasta el día del auto de la declaración de concurso, los cuáles serán concursales, de aquéllos que vayan desde la anterior fecha hasta el día en que concluya el proceso. Así lo identifica la citada sentencia, concluyendo que son créditos contra la masa los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la declaración de concurso, mientras que

⁹⁵²STS (Sala de Civil) de 24 de julio de 2014 núm. 400/2014 (RJ/2014/4592).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

serían créditos concursales los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso. Esta circunstancia no es idéntica para los casos de indemnización por despido o extinción improcedente cuyo importe caerá por entero, bien del lado concursal o bien del lado devengado contra la masa.

Como se acaba de anticipar, en los casos de improcedencia del despido las reglas son distintas y con ello la fecha del devengo del crédito. En primer lugar, cabe anticipar que tras la Reforma Laboral de 2012 desaparecieron los salarios de tramitación anejos a la improcedencia cuando se opta por la indemnización en lugar de la readmisión, por lo que solamente cuando acontezca esta última vicisitud será cuando éstos puedan devengarse en los términos acabados de exponer. De acuerdo con el artículo 110 LRJS debemos de entender que el vencimiento del crédito indemnizatorio tendría lugar en el momento en que ha sido producido el despido, o cuando no sea realizable la readmisión se declare extinguida la relación laboral en la propia sentencia. Compete al empresario decidir tras la declaración judicial de improcedencia si prefiere indemnizar al trabajador con la cantidad señalada legalmente o bien readmitirlo y pagar los salarios de tramitación correspondientes (salvo los casos en los que afecte a un representante de los trabajadores donde la anterior regla se invierte). En los casos de concurso esta opción corresponde adoptarla al administrador concursal cuando las facultades empresariales del deudor se encuentren suspendidas, o bien autorizar esta decisión cuando estén meramente intervenidas.

La improcedencia del despido puede conllevar a la toma en consideración de varios escenarios. El primero de ellos es cuando el empresario opta por la indemnización en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia. En estos casos en el artículo 56.1 ET establece

que *“la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”*. Por lo tanto, cuando el empresario ejerce su derecho a elegir y escoge pagar la indemnización, la fecha de vencimiento del crédito será la del “cese efectivo” es decir, el de la extinción, tal y como también sucede en los casos en los que se declare la procedencia del despido. Será ésta la que determine si estamos ante un crédito contra la masa -por haberse producido durante el concurso- o si estamos ante un crédito concursal -por haberse ejecutado con anterioridad-. Si se opta por la readmisión no habría en puridad ninguna extinción, pero sí un devengo de salarios de tramitación conforme a lo que ha sido explicado en el párrafo anterior.

La opción por la readmisión es la solución que por defecto se adopta en la Ley para los casos en los que el sujeto encargado de escoger la concreta medida derivada de la improcedencia no se pronuncia dentro de plazo. En efecto, el artículo 56.3 ET reza textualmente que *“en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización –como tarde, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia-, se entiende que procede la primera”*. De este modo, si el empresario sobrepasa este plazo sin decir nada, el trabajador afectado deberá de reincorporarse a la empresa. Esta eventualidad tiene importantes repercusiones dentro del terreno concursal por varias razones. De un lado, porque en estos casos la opción suele incumbir al administrador concursal, siendo que, al tratarse de personas en ocasiones poco familiarizadas con esta disciplina, terminen por dejar correr el tiempo sin optar por ninguna de estas dos opciones, recayendo subsiguientemente la readmisión del trabajador o trabajadores en cuestión, que es la opción subsidiaria en defecto de pronunciamiento expreso. De otro lado, porque muchas veces esta readmisión no se realiza,

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

ya sea porque la administración concursal no la ejecuta o directamente porque cuando se dicta la sentencia de improcedencia desde el correspondiente juzgado de lo social la empresa ha cesado en su actividad o el concurso se encuentra en fase de liquidación, deviniendo esta opción imposible. En estos supuestos debemos de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 110.1 b) LRJS que expresa textualmente lo siguiente: *“a solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia”*. En consecuencia, tanto en los incidentes de no readmisión, como cuando quede constancia de que la readmisión no es realizable, por ejemplo, por haberse producido el cierre empresarial, la fecha de devengo o vencimiento del crédito no será el de la comunicación escrita de la extinción, sino aquella postrera que coincide con la sentencia del juzgado de lo social que declara extinguida la relación por alguna de estas causas. En este orden de cosas, si esta fecha es anterior a la de la declaración del concurso estaremos en presencia de un crédito concursal, mientras que si ha sido dictada con posterioridad todo el *quantum* indemnizatorio será considerado contra la masa. Este el supuesto práctico al que se enfrentó la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014, si bien en su redacción se acusan ciertas dificultades interpretativas que complican su cognición, ya que da por sentadas algunas cuestiones previas que aquí he tratado de desarrollar. Así las cosas, los hechos que dieron lugar al referido pronunciamiento judicial fueron los siguientes:

Con fecha de 24 de octubre de 2008 una serie de trabajadores fueron despedidos por la empresa para la que venían prestando sus servicios. El 16 de diciembre de ese mismo año interpusieron demanda por despido y pocos días más tarde la empresa fue declarada en concurso (30 de diciembre de 2008). La demanda por despido fue resuelta por el Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia mediante sentencia dictada el día 16 de mayo de 2009, que declaró el despido improcedente fijando en ese momento la indemnización oportuna ante la imposibilidad de readmisión ocasionada por el cese de la actividad de la empresa. Teniendo presente el anterior *íter* procedimental, el administrador concursal optó por calificar dichos créditos como concursales con privilegio general, salvo los salarios de tramitación posteriores a la declaración del concurso que los consideró como créditos contra la masa. Esta misma solución fue la que suscribieron tanto el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia, como la sección novena de la Audiencia Provincial de esta misma circunscripción. Ahora bien, cuando el caso llegó a manos del Tribunal Supremo la solución jurídica alcanzada fue bien distinta, siendo este último órgano el que realizó una interpretación más ajustada a derecho teniendo en cuenta las normas jurídico-laborales en liza. El *quid* de la cuestión en este punto reside en interpretar cuando se devenga el crédito indemnizatorio, para establecer de este modo si éste entra dentro o fuera de los que son considerados contra la masa. El TS adopta el criterio de que el devengo de este crédito tiene lugar con la decisión del empleador de no readmitir al trabajador despedido una vez declarado improcedente el despido, o también por la conducta del mismo que hubiera imposibilitado esta readmisión. Esta cuestión no plantearía problemas cuando el despido se hubiera efectuado dentro del concurso y consiguientemente se hubiera declarado la improcedencia también dentro del mismo, siendo claramente

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

un crédito contra la masa. Los posibles interrogantes surgen cuando el despido se ha producido con anterioridad a la declaración concurso y la resolución judicial tiene lugar ya en sede concursal. Con todo, tal y como ha sido esbozado, cuando se produce un incidente de no readmisión o cuando consta que éste no puede ser realizable, el devengo del crédito no se produce con la fecha el despido, que en este caso fue ejecutado con anterioridad a la declaración del concurso, ni tampoco cuando se libera la opción por la indemnización o readmisión, sino que tiene lugar cuando la readmisión no se ha efectuado o ha devenido imposible, dictándose para ello un auto por parte del propio juez que es el que declara la extinción con la consecuente indemnización. Por consiguiente, debemos de estar a esta última fecha para calificar el crédito laboral resultante. Como en el supuesto aquí traído a colación esta decisión sucede una vez declarado el concurso tales indemnizaciones adquieren la consideración de créditos contra la masa. El Tribunal Supremo mantiene este mismo criterio cuando, como es el caso de autos, la opción por la readmisión deviene imposible porque ha cesado la actividad de la empresa, siendo en estos casos la fecha del devengo del crédito la coincidente con la propia resolución judicial que declare la improcedencia del despido y junto con ello la extinción y la fijación de la subsiguiente indemnización. Resumidamente, la doctrina que pretende sentar el Tribunal Supremo al respecto es la siguiente: *“es crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente correspondiente a la extinción de la relación laboral acordada con posterioridad a la declaración de concurso por la no readmisión del trabajador”*.

3.4. Las reglas de pago a sus respectivos vencimientos de los créditos laborales

Ya sabemos que los créditos contra la masa no entran dentro de la clasificación y ordenación propia de los créditos concursales. Antes al contrario, la regla de pago de los débitos contra la masa debe realizarse a “sus respectivos vencimientos”, exceptuando los devengados por los salarios de los 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso que deberán de satisfacerse “de forma inmediata”. Esta pauta de actuación general ya existía en el artículo 154.2 LC con la redacción original de la Ley Concursal y continúa vigente hoy en día pero ubicada en el artículo 84.3 LC (tras la aprobación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reformó la citada norma). Ahora bien, el cambio producido en el año 2011 no fue simplemente sistemático, es decir, no consistió en un mero retoque formal mediante el cual se llevara a cabo una traslación o trasvase de contenido entre dos preceptos, sino que fue mucho más allá (por lo menos, desde la perspectiva de los créditos laborales contra la masa).

Hasta la reforma concursal de 2011 las reglas de pago sobre los créditos contra la masa se encontraban formalmente en el artículo 154.2 LC, mientras que el 84 LC solamente se ocupaba de instituir qué concretos créditos entraban a formar parte de la aludida clasificación. En este orden de cosas, el antiguo artículo 154.2 LC establecía sin mayores aditamentos que “*los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso*”, a excepción de los créditos del artículo 84.2.1º LC (30 días de salario anteriores a la declaración de concurso) que prevenían su pago de forma inmediata. Esta redacción aparentemente sencilla encerraba algunas

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

dudas interpretativas de calado respecto a la posible alteración del orden de pagos de los créditos contra la masa. En principio, una lectura literal del precepto invitaba a que cada uno de los créditos contra la masa devengado contra el concursado tenía que pagarse a su respectivo vencimiento, es decir, por el orden en el que nace la correspondiente obligación. Se trataría, en suma, de una suerte de regla *prior tempore potior iure* en virtud de la cual el orden de satisfacción del crédito no vendría dado por un criterio *ope legis* sino por el momento de su devengo, siendo este criterio el que parecía traslucir el artículo 154.2 LC. Sin embargo, algunas resoluciones judiciales permitían que el administrador concursal pudiera alterar el orden de pago de los créditos contra la masa, salvando la dicción “a sus respectivos vencimientos” cuando las circunstancias empresariales así lo aconsejaran.

Esta última interpretación también afectaba a los créditos de los trabajadores cuando el deudor mantuviera débitos con los mismos, cuestión que, por lo demás, es bastante común en los procesos concursales, máxime si tras la declaración del mismo se sigue con la actividad empresarial. Con todo, la alteración del orden de pagos posibilitaba la aparición de dos posibles escenarios. Por un lado, por lo que respecta a los créditos por los 30 últimos días de trabajo anteriores a la declaración de concurso cabe apuntar que éstos no podían en ningún caso participar de ninguna alteración, puesto que su satisfacción venía realizándose –también en la actualidad- de “forma inmediata”, por lo que su régimen no es idéntico al de los restantes créditos contra la masa⁹⁵³. De este modo, sobre los créditos laborales pesaban -y siguen pesando- dos formas de pago, el “inmediato” por los salarios de los últimos 30 días y el de todos los restantes. Mencionados

⁹⁵³ SAP de Valencia (sección 5ª) de 5 de marzo de 2007, rollo de apelación 779/2005.

créditos son de cobro inmediato con cargo a la masa con anterioridad incluso a los honorarios de los administradores⁹⁵⁴. De otro lado, teníamos a los restantes créditos labores que sí que se satisfacen, como el resto de deudas contra la masa, a sus respectivos vencimientos. Es aquí donde algunas resoluciones judiciales permitían alterar esta regla, pudiendo pasar por delante de los créditos a favor de los trabajadores otros distintos, por ejemplo, los relativos al pago de suministros.

Llegados a este punto resulta de sumo interés citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 2011⁹⁵⁵. En la misma se vino a interpretar el principio del vencimiento en el orden de los pagos de los créditos contra la masa con un carácter flexible, considerando que éste se tenía que atemperar con otros criterios de “racionalidad jurídica” y “lógica empresarial”, debiéndose de valorar todos los intereses concursales y empresariales en juego, en especial, los relacionados con la continuidad de la empresa, su viabilidad y la propia conservación de la masa activa. En este sentido, según la citada sentencia, los distintos intereses del concurso podían justificar que el pago de los créditos contra la masa se realizara según criterios de oportunidad y no de vencimiento. Al mismo tiempo, se afirmaba que la Ley Concursal no establecía que los débitos contra la masa se deban de pagar por orden de los vencimientos, sino “a sus respectivos vencimientos”, que es cosa distinta. Junto con ello, también se esgrimió que cuando la situación empresarial era de mera iliquidez correspondía al administrador concursal ir pagando bajo su responsabilidad los créditos contra la masa, atendiendo al referido criterio de oportunidad -

⁹⁵⁴ SAP de Murcia de 21 de enero de 2010 (Roj. SAP MU 108/2010).

⁹⁵⁵ SAP de Valencia (sección 9ª) de 28 de noviembre de 2011, núm. 459/11, rollo de apelación 773/2011. También puede verse la SAP de Barcelona (sección 15) de 29 de abril de 2011 (Roj. SAP B 5853/2011).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

o en interés del concurso-, sin tener que solicitar autorización judicial para ello, cuestión que sí que acontecería cuando no existan bienes suficientes siquiera para proceder al pago de las deudas contra la masa. En fin, la referida sentencia validó que el administrador concursal pudiera pagar los gastos derivados del arrendamiento de una nave, de suministro de agua, recibos de luz y teléfono y de asesoría laboral y fiscal por delante del crédito de una trabajadora, considerando que estos abonos están justificados por el interés del concurso conforme al artículo 43 LC para la conservación de la masa activa.

Interpretaciones como la descrita hicieron mella en el legislador, que aprovechó la Reforma concursal del año 2011 para abordar decididamente esta cuestión y aclarar desde el tenor legal la posibilidad de alterar el orden de los pagos de los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos, si bien, reservando importantes salvedades cuando estamos en presencia de créditos devengados a favor de los trabajadores. Hoy en día el artículo 84.3 LC establece de forma notoria que *“la administración concursal podrá alterar esta regla (la del pago “a sus respectivos vencimientos”) cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa”*. Por consiguiente, el legislador hizo acopio de todas aquellas interpretaciones judiciales que superaban el tenor literal de la norma considerando que el interés del concurso y el criterio de oportunidad debían de jugar por encima del principio del vencimiento. Para poder llevar a cabo esta variación respecto al orden de los pagos, la empresa debe de estar en una situación de iliquidez que permita continuar con la actividad empresarial, puesto que en caso contrario operará la regla del artículo 176 *bis* LC, para los denominados

concurso sin masa. Por lo tanto, cuando existan bienes suficientes como para poder ir pagando los distintos créditos contra la masa el administrador concursal tiene la capacidad de alterar el orden de los pagos según sus “respectivos vencimientos”, pudiendo pasar algunos débitos por delante de otros en atención al interés general del concurso, que queda de este modo conceptualizado en clave de primacía sobre el principio del vencimiento.

Ahora bien, el propio artículo 84.3 LC *in fine* asienta con meridiana claridad que “*esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social*”. Quiere con ello decirse, bajo mi punto de vista, que el principio del vencimiento es el que prevalece frente a los créditos acabados de anotar, entre los que se encuentran “los créditos de los trabajadores”. La amplitud con la que ha sido salvada la posible alteración de los pagos contra la masa cuando entran en liza créditos laborales no deja lugar a dudas sobre la protección que en este punto se ha querido dispensar a los trabajadores de la empresa concursada. De este modo, por “créditos de los trabajadores” debemos de entender todos los que se devenguen a favor de este colectivo con posterioridad a la declaración del concurso, es decir, todos los que éstos mantengan contra la masa y sin ninguna otra restricción. En concreto, entran dentro de este concepto todos los créditos por salarios e indemnizaciones de toda índole, sin que el legislador se haya decantado por señalar o prevalecer algunos en concreto, por lo que entiendo que esta regla afecta a todos los créditos de los trabajadores sin excepción. Por lo tanto, en mi opinión, bajo la actual redacción del artículo 84.3 LC no se podría alterar el orden de pago devengado según su respectivo vencimiento para el caso de los créditos a favor de los trabajadores. Estaríamos en este supuesto ante un límite cualitativo establecido sobre la facultad de gestión

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

del administrador concursal, que no podrá dejar de pagar un crédito laboral para anticipar la satisfacción de cualquier otro por razón o por interés del concurso. En este sentido, las citadas sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Valencia no encontrarían cobijo legal si fueran dictadas en la actualidad, puesto que ya no sería posible que el pago de arrendamientos, suministros y demás partidas pasen por delante de un crédito laboral cuando este último se ha devengado primero. Esta previsión legal ha sido calificada por MOLINA NAVARRETE como una “*regla de inmunidad de los créditos laborales –y de seguridad social- a las facultades de modificación de la administración concursal*”⁹⁵⁶. Así, frente a la flexibilización y refuerzo del poder de gestión que reside en manos del administrador concursal, que tal y como se ha esgrimido, ahora puede alterar por disposición legal el orden de los pagos de los créditos contra la masa de acuerdo con criterios de oportunidad, se han establecido dos importantes límites: uno de carácter cuantitativo, por cuanto ha de existir masa activa suficiente para satisfacer a todos los créditos de esta condición; y otro cualitativo, consistente en que no pueden afectar o perjudicar a una serie de créditos, entre los que se encuentran todos los devengados a favor de los trabajadores, que quedan de este modo fuera del poder decisorio y de gestión del administrador concursal y, por ende, alejados de cualquier tipo de interés subyacente del concurso o principio de oportunidad empresarial.

Así las cosas, el escenario actual respecto al pago de los créditos laborales contra la masa quedaría del siguiente modo:

- Por un lado, aparecen los créditos por los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, los

⁹⁵⁶ MOLINA NAVARRETE, C. *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012... Op. Cit.* Página 259.

cuales quedan extramuros del principio de pago a “sus respectivos vencimientos” por propia imposición legal, puesto que el legislador viene diseñando desde la promulgación de la Ley Concursal en el año 2003 una dualidad o doble vía respecto a los pagos de los créditos laborales contra la masa. De una parte, los citados, por los 30 días de trabajo efectivo, se satisfarán de “forma inmediata”. De otra parte, todos los demás adeudos contra la masa, que se realizarán económicamente, en principio, a sus “respectivos vencimientos”. Por lo tanto, ni con anterioridad a la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ni tampoco con posterioridad a la misma, cabe aducir ninguna incertidumbre sobre el particular régimen que sigue a estos singulares créditos contra la masa, de carácter *sui generis*, y que el administrador concursal debe de pagar tras la declaración del concurso por delante de cualquier otro, incluso por delante de sus propios honorarios. De esta suerte, estos créditos laborales no entrarán en ningún caso en el juego del *ius variandi* sobre el orden de los pagos, puesto que, en la cuantía que no supere el doble del SMI se deberán de satisfacer de inmediato.

- Los restantes créditos laborales contra la masa sí que se pagarán a sus respectivos vencimientos. La redacción originaria del precepto, ubicada por aquel entonces en el artículo 154.2 LC dio lugar a una serie de interpretaciones judiciales que apostaron por la prevalencia del principio de oportunidad por encima del textual. El interés del concurso se llegó a utilizar incluso para pasar por delante de los créditos derivados del contrato de trabajo otra serie de débitos necesarios para la continuidad empresarial. El poder de novación de los créditos contra la masa se hizo visible en la Ley Concursal tras su reforma de 2011, ahora ubicado en el artículo 84.3 LC, que permite *ex lege* al administrador concursal afectar la regla del

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

vencimiento en pos del interés del concurso. No obstante, esta nueva previsión, aplicable a la generalidad de los créditos devengados contra la masa no puede concernir, entre otros, a los derivados del contrato de trabajo. Por consiguiente, cualquier crédito laboral, sea salarial, sea extrasalarial o nazca fruto de una indemnización deberá de realizarse “a su respectivo vencimiento” sin que pueda verse sobrepasarlo o adelantarlo cualquier otro crédito no laboral generado con posterioridad. Cuando el concurso entre en fase de convenio o de liquidación, los créditos contra la masa, que recordemos que son prededucibles, se ordenarán también conforme a sus respectivos vencimientos.

III. Ordenación crediticia laboral cuando el concurso concluye por insuficiencia de masa activa (los denominados concursos sin masa).

Una de las novedades normativas (una de tantas) instaurada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, quizá más bien fruto de la fuerte crisis que asoló nuestra economía, consistió en incorporar unas previsiones especiales para los comúnmente denominados como concursos sin masa (o “concurso del concurso”, como lo ha denominado la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015)⁹⁵⁷. En este sentido, formalmente se introdujo el artículo 176 *bis* LC, nuevo hasta dicha fecha, que responde al título de “*especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa*”. Como es de esperar, dicho precepto “*bis*” precede a otro, el artículo 176 LC, que lleva por nombre “*causas de conclusión*”. La propia Exposición de Motivos

⁹⁵⁷ STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ/2015/3775).

de la referida Ley de reforma concursal explica el establecimiento de este nuevo precepto como *“la fijación de un orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa activa, lo que conecta directamente con una regulación más detallada de la insuficiencia de la masa (concurso sin masa), que la experiencia ha demostrado que constituye una forma extendida de conclusión del concurso”*. Por lo tanto, me atrevo a afirmar que la incorporación de ciertas reglas de actuación para los casos de concursos sin masa en el texto normativo obedece, en puridad, a una realidad práctica que es el resultado directo de una ingente crisis económica que supuso que muchas empresas entraran ya dentro del proceso concursal sin ninguna solución de continuidad, cuestión que, de otro lado, el legislador de 2003 ciertamente no previno. La lógica de la institución concursal venía pensando en sus orígenes en empresas con una gran cantidad de débitos, inmersas en una situación insolvencia, pero con una importante capacidad de pago y serias posibilidades de prosecución con la actividad mercantil. La depresión económica de los años venideros a la promulgación de la Ley Concursal invirtió este panorama práctico, o más bien idílico, aumentando exponencialmente aquellos casos de empresas avocadas al cierre sin poseer masa activa suficiente para satisfacer siquiera sus deudas más básicas e inmediatas. De este modo, tal y como establece el propio artículo 176.1 *bis* LC procederá la conclusión del concurso cuando *“el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente”*. Junto con ello, tampoco ha de ser previsible ninguna acción de reintegración que pudiera engrosar la masa activa del concurso, de impugnación o

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

responsabilidad de terceros ni la calificación de concurso como culpable, en cuyos casos no se podría cerrar el concurso por esta vía.

La solución que brinda el legislador ante estas situaciones ya ha sido anticipada al parafrasear su voz, a través de la reproducción de un apartado de la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, y supone una nueva ordenación de pagos para los créditos contra la masa. En concreto, el artículo 176.2 *bis* LC se encarga de enumerar la prelación crediticia para estos casos particulares, incumbiendo a la propia administración concursal la tarea de satisfacer a los acreedores conforme al orden establecido por dicho precepto y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Esta normativa sustituye a la previsión contenida en el anterior artículo 154.3 LC de que, en caso de insuficiencia de masa activa, los créditos contra la masa se debían pagarse a sus respectivos vencimientos. Ahora, tendrán que ajustarse al orden de prelación contenido en este artículo 175.2 *bis* LC, al margen de cuál sea su vencimiento⁹⁵⁸. En este sentido, la ordenación crediticia para estos casos, según el precepto referenciado, es la siguiente:

1º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

⁹⁵⁸ En este sentido, STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ/2015/3775).

4° Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5° Los demás créditos contra la masa.

Las primeras conclusiones que se extraen de esta sistemática son las siguientes. En primer lugar, que lo que el artículo 176 *bis* LC viene a configurar es una lista cerrada de créditos que deben de satisfacerse únicamente en los casos en los que proceda la apertura de la liquidación por ausencia de masa activa suficiente. De este modo, únicamente los representados en estos cinco ordinales, junto con los créditos necesarios para llevar a cabo la liquidación, van a ser los que puedan verse resarcidos. Por tanto, la lista dispuesta por este precepto debe recibir el tratamiento propio de las conceptualizadas como *numerus clausus*, no pudiendo entrar en la misma otro crédito distinto que no esté reflejado expresamente en el citado precepto, cuestión que en cierto sentido es bastante lógica cuando la conclusión del concurso deviene precisamente por no tener activo siquiera para pagar a las deudas contra la masa.

En segundo lugar, que el legislador ha optado por procurar un orden cronológico a los ordinales presentados en dicho precepto, rompiéndose en cierto sentido con el principio general de ordenación concursal basado en la *par conditio creditorum*. Por consiguiente, los créditos contemplados en esta lista no van a cobrarse a prorrata, sino que cada partida crediticia no lo hará hasta que se hubiera satisfecho previamente el crédito correspondiente con el ordinal que le antecede. De esta forma, primero se pagarán todos los que correspondan con el ordinal primero, después el segundo y así sucesivamente hasta concluir con el quinto y último, que se presenta como una suerte de cláusula de cierre del sistema puesto que engloba a “*los demás créditos contra la masa*” que en estos casos, definitivamente y si sobrara algo, sí que se repartirían a prorrata.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

No obstante, cabe matizar, que por delante de esta clasificación ordenada y numérica tendrían que abonarse aquellos gastos ineludibles para llevar a cabo la liquidación.

En tercer lugar, surge una duda inmediata sobre la naturaleza jurídica de esta lista de créditos, en el sentido de si es autónoma e independiente o si por el contrario debe de compaginarse con la prelación de pagos genérica. Esta cuestión ha sido resuelta recientemente por parte del Tribunal Supremo, que ha interpretado que el artículo 176 *bis* va dirigido a establecer un orden de prelación en el pago de créditos contra la masa cuando los bienes y derechos que la integran son insuficientes. En consecuencia, “*deja de operar la regla contenida antes en el art. 154.2 LC y ahora en el art. 84.3 LC*”⁹⁵⁹. Por ello, en caso de insuficiencia de la masa activa, el administrador concursal no puede hacer uso de tales facultades y debe de sujetarse al nuevo orden de prelación en el pago fijado en el citado artículo 176 *bis* LC, que presenta un carácter autónomo y separado al de los restantes preceptos de la Ley Concursal.

En último lugar, cabe esgrimir que esta nueva ordenación afecta tanto a los créditos contra la masa pendientes de pago, es decir, a los ya vencidos, así como a los que pudieran vencer con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa, que es el presupuesto legal para opere el orden de prelación del artículo 176.2 *bis* LC⁹⁶⁰.

El interés de esta institución a los efectos del presente estudio es notorio, ya que si volvemos a observar la lista *numerus clausus* dispuesta por el ya conocido artículo 176 *bis* LC, prontamente deparamos en la

⁹⁵⁹ STS de 2 de julio de 2014, rec. Casación 1281/2013 (RJ/2014/4003).

⁹⁶⁰ Así lo considera la STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ/2015/3775).

presencia de bastantes créditos de naturaleza laboral. Además, cabe indicar que los créditos de los trabajadores vienen representados en las posiciones más avanzadas, en concreto, en los números 1º y 2º, por lo que viene a dejar a este tipo de créditos por delante de cualquier otro (excepto de aquellos necesarios para concluir con la liquidación).

De forma resumida, el primer crédito que parece en esta lista es el correspondiente por los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Como podrá fácilmente colegirse, el artículo 176.1.1º *bis* LC reproduce con exactitud el tenor del artículo 84.2.1º LC, que contiene el conocido como “superprivilegio” salarial. Por consiguiente, en este punto no puedo más que remitirme para evitar duplicidades a lo analizado unas páginas atrás, puesto que las distintas indicaciones sustantivas son coincidentes con las aseveradas en su momento. Cabría, no obstante, apuntar en este punto concreto un par de cuestiones de interés. La primera de ellas correspondería con el hecho de que en el presente supuesto el importe que exceda del límite del duplo del SMI entiendo que sería transitable dentro del artículo 176 bis LC y, en concreto, pasaría a cobrarse entre los créditos reflejados en el artículo 176.1.2º *bis* LC, que recoge aquéllos que se adeudan por salarios e indemnizaciones hasta el triple del SMI⁹⁶¹. La segunda de ellas es que, si recordamos, los salarios por los últimos treinta días de trabajo no son en sentido estricto créditos contra la masa, en el sentido de que ni son pagaderos a su respectivo vencimiento, ni son ocasionados tras la declaración del concurso. Si volvemos la vista atrás, sobre lo aseverado en aquél momento, vemos que son créditos anteriores al concurso y que debían

⁹⁶¹ De forma un tanto análoga a lo que sucedía en situaciones “normales” al pasar el crédito laboral sobrante a recaer dentro de los reflejados con privilegio general.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

de pagarse inmediatamente, de ahí que la doctrina haya venido utilizando el citado término de “superprivilegio” para denotar a los mismos. Por consiguiente, es dable pensar que cuando la conclusión del concurso por ausencia de masa activa se produce ya avanzado el proceso concursal estos créditos ya hayan sido satisfechos por el administrador concursal de turno, siendo por consiguiente bastante probable que ya estén liquidados. En estos casos, el orden de prelación del artículo 176.2 *bis* LC comenzaría directamente por el ordinal segundo. Así, la presencia de deudas por salarios por los 30 días anteriores a la declaración de concurso es mucho más probable que se de en aquellos casos, también posibles, en los que en la propia declaración del concurso el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento, ni paralelamente resulta predecible el ejercicio de ninguna acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. En tales supuestos, los primeros créditos en abonarse serían los devengados a favor de los trabajadores, precisamente, por estos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, hasta el duplo del SMI.

Mayores problemas interpretativos ocasiona el ordinal segundo de este precepto que, de nuevo, viene referido a créditos derivados del contrato de trabajo. En concreto, el precepto se refiere a los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. El problema en este punto radica en que el legislador parece meter en un mismo saco a los salarios y a las indemnizaciones, situación que segrega dos posibles interpretaciones doctrinales al respecto.

Una primera tesis, estrictamente literal, interesaría a ciertos sujetos, entre los que podríamos incardinar a los acreedores contra la masa que se sitúan en los ordinales precedentes, al FOGASA por cuanto vendría a asumir un crédito menor, así como, dependiendo de los casos, también al propio concursado. Esto es así porque una lectura textual del precepto en cuestión invita a un tratamiento conjunto de los salarios y las indemnizaciones en lo que se refiere al límite marcado por el mismo. Parece, por ende, que de acogerse esta tesis el límite coincidente con el triple del SMI debería de aplicarse indistintamente a los salarios y a las indemnizaciones pendientes de pago. Así, la forma de operar según esta interpretación pasaría por sumar los créditos por salarios y los créditos por indemnizaciones laborales adeudados, siendo solamente objeto de cobro aquél importe que conjuntamente quede por debajo del límite señalado. Apoyaría esta tesis el hecho de que el sistema de prelación dispuesto para resolver los supuestos de concurso sin masa, establecido *ex novo* tras la aprobación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, es de carácter autónomo y alberga un régimen separado respecto al predicado para el resto de los artículos de la Ley Concursal, donde también se contienen reglas sobre prelación de créditos. En este sentido, la defensa de esta primera interpretación no permitiría acudir al artículo 91.1 LC para diferenciar los créditos por salarios con las indemnizaciones, porque ambos preceptos responderían a finalidades distintas. Así es, el artículo 91.1.1º LC delimitaría un grupo de créditos señalados como concursales, en concreto, con privilegio general, mientras que el artículo 176. 2.2º *bis* LC establecería un orden de prelación entre créditos contra la masa cuando por las circunstancias empresariales no van a poder ser satisfechos todos, por lo que no existiría suficiente identidad entre ellos.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

El resultado contrario vendría amparado por una lectura sistemática del precepto, opción que naturalmente interesaría a los propios trabajadores a los que va destinada dicha norma jurídica. Se trataría, en suma, de una interpretación que nos llevaría a considerar que el artículo 176.2.2º *bis* LC deslinda por un lado los salarios, a los que se les deberá de aplicar el triple del SMI, de las eventuales indemnizaciones, a las que se les deberá nuevamente de aplicar el triple del SMI.

Por lo tanto, situado el problema en estos términos, la cuestión que se debate es estrictamente jurídica y se centra en si se debe aplicarse la dicción literal del artículo 176.2.2º *bis* o si por el contrario conviene realizar una aplicación analógica sobre lo dispuesto por el artículo 91.1 LC y otra serie de preceptos concursales. En defensa de esta segunda tesis jugaría el distinto origen y finalidad de los créditos salariales e indemnizatorios que, por más que en este precepto parezcan ir de la mano, son claramente de diferente naturaleza. En este sentido, el primero da respuesta a una retribución por la prestación de unos servicios que en un momento dado dejaron de abonarse. El segundo, es decir, las indemnizaciones, tienen su razón de ser en una compensación por la pérdida del puesto de trabajo u otra vicisitud que merezca un resarcimiento económico.

En este orden de cosas, cabe tener especialmente en cuenta que recientemente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de julio de 2014⁹⁶² se ha posicionado a favor de esta segunda tesis, sirviéndose para ello de éste y de otros argumentos que pasaré a sintetizar continuación. Por ejemplo, extraído del pronunciamiento de instancia, se puede leer en la referida sentencia que el hecho de tratar conjuntamente a ambos créditos llevaría a soluciones completamente desfavorables para el trabajador, puesto que ello

⁹⁶² STS de 2 de julio de 2014, rec. Casación 1281/2013 (RJ/2014/4003).

supondría una “*limitación inadmisibile en el supuesto que la empresa en concurso hubiera satisfecho a sus trabajadores todos los salarios generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (art. 84.2.5º), puesto que, conforme a la interpretación que contiene la sentencia [de instancia], dichos trabajadores no tendrían derecho a indemnización alguna porque al no existir salarios pendientes no cabría aplicar el tope del triple del SMI para los salarios ni tampoco para las indemnizaciones*”. Este argumento merece un comentario aparte por lo absurdo de su aseveración. Significaría que una interpretación literal supondría que los salarios y las indemnizaciones actuaran de forma tan hermanada que, *de facto*, la ausencia de uno de estos créditos ya haría por sí mismo impracticable su cobro. Es decir, que aplicando una interpretación literal, si un empresario debiera ciertos salarios pero ninguna indemnización, o viceversa, no cabría aplicar el tope para ninguno de estos conceptos. La extravagancia de dicho argumento para hacer decaer la tesis literal del precepto cae por su propio peso, puesto que lo que se deduciría de una lectura literal, la cual desde estas líneas no se propone, sería en todo caso que si adeudan tanto salarios como indemnizaciones su importe se tendría que sumar a los efectos de obtener el importe concreto a abonar, que exclusivamente vendría dado por el resultado que quede por debajo del triple del SMI. Ahora bien, qué duda cabe de que, aunque se sostuviera una interpretación literal y se mantuviera uno de estos dos créditos únicamente, éste pasaría a pagarse hasta el límite señalado.

Más convincentes son aquellos argumentos utilizados por el Tribunal Supremo y que conjugan sistemáticamente otros preceptos concursales. Así, por ejemplo, podemos acudir al artículo 84.2.5º LC para

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

observar como en su seno se hace expresa referencia a las indemnizaciones cuando incluye entre los créditos laborales contra la masa “*las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo*”. Pero, además, el párrafo segundo del propio ordinal 5º del artículo 84.2 (introducido también por la Ley 38/2011) señala que “*los créditos por indemnizaciones derivados de la extinción de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento*”. De ellos podría deducirse que el crédito indemnizatorio por resolución del contrato de trabajo merece una mención específica y distinta respecto del crédito salarial. Asimismo, el Tribunal Supremo sigue fijándose en otro precepto concursal para denotar tal distinción, y este no es otro que el artículo 91.1 LC, que aunque viene referido a los créditos concursales dotados con privilegio general, contiene de forma diáfana una separación entre créditos laborales, distinguiendo claramente en su redacción los salarios de las indemnizaciones. En el anterior precepto se expresa que los créditos por salarios tendrán naturaleza privilegiada en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago y acto seguido cita a las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos y las sitúa también en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.

En este sentido, pese a la literalidad del precepto (artículo 176 *bis* LC), y pese a que la ordenación contenida para los casos de concurso sin masa es autónoma e independiente del resto del articulado, no puedo desde estas líneas más que proponer una interpretación sistemática a la luz de otros

preceptos concursales y en la que se tiene en consideración la distinta naturaleza jurídica de estos créditos laborales para asentar que éstos deben de actuar por separado. Esta interpretación, además de ser conforme a derecho y quedar exenta de cualquier viso de voluntarismo jurídico, sería un tanto más favorable para los intereses de los trabajadores y con ello estaríamos llevando una suerte armonización con el principio *in dubio pro operario*, tan en desuso en nuestros días y que la jurisprudencia escasamente hacer valer. En conclusión, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014 termina sentando doctrina en el sentido siguiente –que ha sido compartido desde estas líneas-: *“los créditos por salarios e indemnizaciones, a que se refiere el artículo 176.bis. 2.2º LC deben integrarse como dos categorías autónomas e independientes, sin que proceda aplicar el límite cuantitativo para su pago como si fuera un solo crédito, y, consecuentemente, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado”*⁹⁶³.

Merece también la pena destacar que, al contrario de lo que sucedía con el cómputo del límite legal del duplo del SMI de los créditos por los 30 últimos días de trabajo efectivo, aquí los excesos no podrán satisfacerse de ningún modo. Cuando entré a valorar el artículo 91.1.1º LC, aseveré que la cuantía que sobrepasaba el triple del SMI entraba a formar parte de los créditos ordinarios y, en consecuencia, a pagarse según las reglas propias de estos últimos. Pero en los denominados concursos sin masa ya no existen créditos ordinarios. Estamos, por tanto, ante un escenario bien distinto, marcado por la conclusión del concurso por no disponer el deudor de activos suficientes siquiera para pagar las deudas contra la masa, por lo que

⁹⁶³ Esta tesis ha sido acogida posteriormente por algún tribunal inferior. Puede verse la discusión de este problema y la adopción de esta interpretación en la SAP de Guipúzcoa de 12 de febrero de 2015, rec. apelación 2267/2014 (AC/2015/536).

perceptiblemente la ordenación dispuesta en por el artículo 176 bis LC no va a contener créditos concursales privilegiados, ordinarios o subordinados, sino que su finalidad va a ser única y exclusivamente satisfacer los débitos expresamente allí dispuestos –todos contra la masa-. En este sentido, los ordinales tercero y cuarto del citado precepto nada tienen que ver con créditos relacionados con los trabajadores, sino que lo ocupan otros de naturaleza bien distinta. En consecuencia, si el excedente del ordinal primero ha podido reconducirse al ordinal segundo, precisamente por estar en ambos casos ante créditos a favor de los trabajadores, no podemos hacer lo propio con el excedente que esta vez supere el triple del SMI, puesto que el siguiente escalafón, según la prelación del artículo 176.bis LC, no guarda ninguna relación con los devengados por los trabajadores. En cualquier caso, considero que el exceso del crédito laboral que supere el triple del SMI sí que podría caer dentro del ordinal quinto, donde se contiene una cláusula de cierre del sistema en virtud de la cual se recogen a prorrata los restantes créditos contra la masa, sin hacer ninguna distinción entre ellos. Por lo tanto, una interpretación favorable para los intereses de los trabajadores pasará por considerar que la cantidad que excede de los límites fijados en el número segundo pase a entremezclarse con todos aquellos créditos contra la masa cuya satisfacción debe ser proporcional con el remanente y tras practicar todos los pagos reivindicados en los numerales anteriores.

IV. La intervención como parte del FOGASA.

1.1. El FOGASA y la garantía salarial.

En este último epígrafe se van a realizar algunas consideraciones en torno a la legitimación y actuación del FOGASA en el concurso. Para

ello deberán de analizarse preceptos de distintas normas jurídicas y, en concreto, los artículos 184.1 LC, 33 ET, así como el 23 LRJS. Va a ser la confluencia de todos ellos la que nos dará una visión panorámica y acertada sobre el estado de la cuestión, ya que el artículo 184.1 LC únicamente establece que el Fondo de Garantía Salarial deberá de ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. Por este motivo, se comenzará comentando cuál es la responsabilidad de este ente administrativo cuando una empresa entra en concurso para, posteriormente, concluir con los interrogantes derivados de su citación como parte en el proceso concursal. También deberemos tener especialmente en cuenta la aprobación del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁹⁶⁴, en tanto en cuanto vino a modificar varios aspectos relacionados con la responsabilidad del FOGASA en materia concursal, así como la Ley 22/2013, de 23 diciembre⁹⁶⁵, que suprimió el apartado 8 del artículo 33 ET, acabando con la responsabilidad directa de este organismo en los despidos llevados a cabo en empresas de menos de 25 trabajadores.

Este organismo autónomo dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social tiene entre sus funciones principales proporcionar una cobertura a los trabajadores a través del abono de salarios e indemnizaciones

⁹⁶⁴ RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012, BOE-A-2012-9364).

⁹⁶⁵ Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2014 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre, BOE-A-2013-13616). La Disposición final quinta de dicha Ley estableció que “*con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, manteniéndose el resto de la redacción, así como su numeración*”.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

cuando se den los supuestos contemplados en el artículo 33 ET. En este punto, nuestro derecho se anticipó a la Directiva 80/987/CE (hoy en día sustituida por la Directiva 2008/94/CE) en el sentido de que el establecimiento de una “institución de garantía” para cubrir los créditos de los trabajadores en los casos de insolvencia empresarial ya existía en Ley de Relaciones Laborales de 1976⁹⁶⁶. Estas prestaciones se darán por salarios e indemnizaciones a causa de despido conforme a los artículos 50, 51 y 52 c) del ET y 64 LC, así como indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. La primigenia redacción del apartado segundo de este artículo 33 ET no hacía mención a los salarios e indemnizaciones desprendidos de las extinciones contempladas en el artículo 64 LC, lo que suponía que de seguirse una interpretación exclusivamente literal podría llegarse a considerar que el legislador no contemplaba la responsabilidad del FOGASA para estos supuestos, al no mencionarlos expresamente. Sin embargo, no existían demasiados problemas en admitir la responsabilidad de este organismo para cubrir las extinciones realizadas en el seno del concurso de acreedores, alegándose para ello que lo que delimitaba el artículo 33.2 ET eran las causas en virtud de las cuales se verifican dichas extinciones, es decir, por voluntad del trabajador fundada en algún incumplimiento empresarial y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁹⁶⁷. De no hacerlo así, se hubiera contrariado la voluntad del legislador concursal, que sí que vino a contemplar la intervención del FOGASA dentro del proceso concursal. En todo caso, a

⁹⁶⁶ Vid. MONTROYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 373.

⁹⁶⁷ En este sentido, ROQUETA BUJ, R. “El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 20. 2004. Página 2 (del pdf).

raíz de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre⁹⁶⁸, se incorporó en el artículo 33.2 ET una referencia expresa hacia el artículo 64 LC. También se incluyó la mención del artículo 64 LC en el extinto apartado 8 del artículo 33 ET y como novedad dentro de éste que el FOGASA no se haría cargo del pago anteriormente señalado cuando el despido sea considerado improcedente, debiéndose este *quantum* por entero el propio empresario⁹⁶⁹.

En este orden de cosas, el FOGASA podía verse compelido a acometer dos tipos de responsabilidades distintas, una directa y otra subsidiaria. La primera de ellas era la que se desprendía por el mero cumplimiento de los requisitos exigidos, sin hacerse depender de una situación de insolvencia o concurso⁹⁷⁰. Esta responsabilidad directa quedó sin contenido tras la promulgación de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014⁹⁷¹, que con carácter indefinido suprimió del tenor del artículo 33.8 ET. *A sensu contrario*, estamos ante una responsabilidad subsidiaria cuando para que ésta se derive

⁹⁶⁸ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 32, de 30 de diciembre de 2006, BOE-A-2006-22949).

⁹⁶⁹ Tanto el pago de los 8 días de salario por año de servicio como el hecho de que en caso de despido improcedente no pagará el FOGASA han sido cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero de reforma laboral. Quiere ello decir que en caso de procedencia del despido se abonarán 20 días por año trabajado, pasando el FOGASA a pagar 8 días, siendo 12 a cargo del empresario. En estos casos se entendía adecuada la intervención del Fondo ya que estamos ante un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. *A sensu contrario* la improcedencia del despido va a suponer o la inobservancia de un requisito formal o la ausencia de causa, razón por la cual se realizaba esta suerte de castigo al empresario consistente en cargarle con la totalidad de la indemnización. Por otro lado, hasta la promulgación del citado RD, el Fondo se hacía cargo del 40 por cien de la indemnización, aunque cabe decir que el 40 por cien de 20 es 8, por lo que en esencia la cantidad es coincidente. Se añadió también el hecho de que el tiempo inferior a un año se prorratee por meses.

⁹⁷⁰ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “El concurso y las obligaciones con la Seguridad Social. El FOGASA.” En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.). Ed. Laborum. 2004. Página 345.

⁹⁷¹ Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2013, BOE-A-2013-13616).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

debe de existir una situación de insolvencia o bien que el empresario se encuentre inmerso en un concurso de acreedores. Esta obligación subsidiaria significa que dentro del proceso concursal el FOGASA se va subrogar en la posición de los trabajadores, es decir, que primero deberá de sufragar los créditos de este colectivo, dentro de los límites de su responsabilidad, y a continuación pasará a ocupar el mismo lugar que éstos venían representando en el orden de prelación para el cobro. Con base a la anterior afirmación, cabe esgrimir que el FOGASA adquirirá la posición de acreedor dentro del concurso. Como señalaran DÍEZ DE VELASCO y VALLEJO LOBETE esta actuación no se corresponde con la concesión de un préstamo que realiza el FOGASA a las empresas concursadas, por más que legalmente este organismo pueda celebrar convenios de devolución que le permitan aplazar o fraccionar dichas cantidades⁹⁷². Tampoco estaríamos en presencia de prestaciones relacionadas con el sistema de la Seguridad Social, aunque en cierto sentido también se asemejen a ellas, sino que, simplemente se trata de una suerte de institución de garantía o medio de protección de los créditos laborales en casos de insolvencia empresarial⁹⁷³. Se trata, más bien, de un mecanismo de garantía que permite ejercitar, a través de un procedimiento específico, el derecho del trabajador al salario o indemnización no percibidos del empresario deudor⁹⁷⁴. Este mecanismo es, en líneas generales, más eficaz que las preferencias o privilegios en el cobro de los créditos dentro del concurso, puesto que permitirá a los trabajadores

⁹⁷² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. Y VALLEJO LOBETE, E. “Los efectos para los trabajadores de la insolvencia empresarial: el pago de los créditos laborales en concurso de acreedores”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia. Tomo III*. Ed. Marcial Pons. Página 2.676.

⁹⁷³ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “El concurso y las obligaciones con la Seguridad Social. El FOGASA.”... *Op. Cit.* Página 346.

⁹⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho Laboral Concursal...Op. Cit.* Página 372.

satisfacer sus derechos económicos anticipadamente y con anterioridad a la liquidación del patrimonio del deudor, si bien, no siempre sobre la totalidad, sino estrictamente hasta donde alcance la señalada obligación del FOGASA, que está sometida legalmente a cuantías máximas. Por su parte, el concursado no quedará liberado de dichas deudas, puesto que este organismo se situará en el orden de prelación ocupado anteriormente por los trabajadores por el importe efectivamente abonado por éste. De esta forma, el pasivo de la empresa concursada variará subjetivamente aunque no materialmente, es decir, incrementándose o reduciéndose los importes debidos. Para aquella parte del crédito que no se cubra con la responsabilidad del FOGASA, ya sea por presentar una naturaleza jurídica distinta a los salarios e indemnizaciones que entran dentro del artículo 33 ET, así como, cuando las cantidades sean superiores a la misma, los trabajadores seguirán ocupando el puesto de acreedores. Por lo tanto, la presencia entre el pasivo del FOGASA por unos importes y los trabajadores por otro va a depender del volumen o intensidad de la cantidad adeudada, así como por la calidad o naturaleza de este crédito.

Cuando la empresa está concursada el FOGASA se ocupa de proteger el crédito laboral derivado de dos importantes vías: 1) abonará el importe de los salarios pendientes de pago; 2) abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de la extinción de los contratos conforme al artículo 64 LC, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. Por lo que respecta a los salarios, el propio artículo 33.1 ET remite, como es natural, al concepto de salario establecido por el artículo 26.1 ET, incluyendo a través de una

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

ficción legal los salarios de tramitación en los casos que legalmente procedan, puesto que la naturaleza jurídica de éstos es, como se ha comentado en otro lugar, indemnizatoria. Con todo, esta responsabilidad no es total, puesto que está doblemente limitada por parte del señalado precepto estatutario. De un lado, el FOFASA no puede hacerse cargo de una cantidad superior, por uno y otro concepto, conjunta o separadamente, al doble del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago. De otro lado, se establece un máximo de 120 días. El RDL 20/2012, varió sustancialmente este límite, que anteriormente a su promulgación se situaba en el triple del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, con un máximo de 150 días, que era más acorde con el importe del crédito laboral privilegiado *ex* artículo 91.1 1º LC. Se ha vuelto en este sentido a los orígenes del precepto, donde en su redacción de 1995 se refería al duplo del SMI diario, con un máximo de 120 días (si bien no se citaba la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias). La rebaja en el tope máximo sobre el que puede hacerse cargo el Fondo de Garantí Salarial obedeció a las exigencias del déficit público y a la marcada crisis económica, como una medida más de contención del gasto público. Por lo que respecta al límite de la responsabilidad en los casos de indemnizaciones a favor de los trabajadores por causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 ET y 64 LC, así como la extinción por contratos temporales o de duración determinada en los casos en los que legalmente procedan, el RDL 20/2012 también incidió sobre el límite preexistente. De este modo, en la actualidad el FOGASA responderá por este concepto hasta el tope máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte

proporcional de las pagas extraordinarias (siendo con anterioridad al citado RDL hasta el triple del SMI). Se ha pasado, de nuevo, del máximo fijado en el triple del SMI al doble de este importe, lo que reduce sensiblemente el desembolso económico al que debe de hacer frente este organismo público.

Teniendo en cuenta también la reforma concursal realizada mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, se contienen en el apartado tercero del artículo 33 ET las exigencias para la satisfacción del pago por parte del FOGASA, que van a ser reproducidas a continuación, siendo que, algunas de ellas ya venían señalándose por parte de la doctrina:

Primera: sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa del organismo en los casos legalmente establecidos⁹⁷⁵, el reconocimiento del derecho a la prestación por parte del FOGASA exige que los créditos de los trabajadores se encuentren incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello, es decir, por la administración concursal, en cuantía igual o superior a la que se solicita por este organismo. En este último caso, debe de existir la obligación de reducir su solicitud o de reembolsar si ya hubiese sido satisfecho, el importe por parte del FOGASA a este órgano la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ Aunque el artículo 33.3 ET siga manteniendo en su redacción los supuestos de responsabilidad directa, el artículo 33.8 ET sigue sin contenido, y con ello desaparecidos los casos de responsabilidad directa por parte del FOGASA.

⁹⁷⁶ En el caso de concurso voluntario existe tal lista desde el momento de admisión a trámite ya que el deudor que solicita concurso aportará la lista acreedores. En caso de concurso necesario se dará una vez nombrados los administradores concursales y el reconocimiento por parte de éstos. En los cuando haya sido calificada de forma definitiva y sin poder realizarse recursos, el trabajador tendrá que adecuarse a lo fijado por ella y reembolsar al FOGASA la posible diferencia entre lo reconocido y lo abonado por el FOGASA. En este

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

Segunda: las indemnizaciones a abonar a cargo del FOGASA, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de 20 días por año de servicio con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. La rebaja de este importe ha sido impuesta, tal y como ha sido advertido, por mor del RDL 20/2012⁹⁷⁷.

Tercera: en el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del FOGASA el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquéllos.

Como se ha visto, casi en la totalidad de supuestos en los que participen trabajadores en el concurso (como acreedores de créditos) va a desprenderse cierta responsabilidad por parte del FOGASA. Sin embargo, no todos los posibles créditos laborales devengados en el proceso concursal dan lugar a la citada responsabilidad por parte de este organismo. Por ejemplo, cuando se extinga una relación laboral al amparo del artículo 49

sentido, ROQUETA BUJ, R. “El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales”... *Op. Cit.* Página 4 (del pdf)..

⁹⁷⁷ Ello quiere decir que si por ejemplo se fija una indemnización superior a la legal, posibilidad permitida por la jurisprudencia, el exceso no lo adelantará el FOGASA, por lo que los trabajadores dependerán de ese exceso de la prelación de créditos esperando para tal situación a su calificación contra la masa, como privilegiados, ordinarios o subordinados. También deberán esperar al orden de prelación por su salario diario que exceda del doble del salario mínimo interprofesional, al ser este un límite del pago adelantado y subsidiario del FOGASA.

En el caso de indemnizaciones debemos atender a las siguientes reglas: 1) las que correspondan a un periodo posterior a la declaración del concurso, es decir, extinción según artículo 64 LC, serán créditos contra la masa (art. 64.2.5). 2) Los que se deriven de una extinción anterior serán concursales: de privilegio general cuando no supere el salario mínimo interprofesiones y crédito ordinario por el resto. 3) los intereses serán créditos subordinados.

ET, es decir, por la jubilación o muerte del empresario persona física o la desaparición de la personalidad jurídica, por no contemplarlo así el precepto. También, cuando el crédito sea por indemnizaciones derivadas de un accidente laboral, recargos por ausencia de previsiones en materia de salud laboral, modificaciones sustanciales etc. Tampoco quedan garantizadas aquellas partidas consideradas extrasalariales. Por otro lado, cuando los créditos sean contra altos directivos, bien sean anteriores o suscitados por la causa extintiva contemplada en el artículo 65 LC, existe alguna postura doctrinal que ha negado la aplicación de estas garantías a este personal especial⁹⁷⁸. Si bien, no cabe desconocer que el artículo 33 ET se refiere el artículo 64 LC y omite cualquier remisión al artículo 65 LC. Sin embargo, no podemos obviar la Disposición adicional 5ª ET que expresa que *“las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley”*. Por lo tanto, establece una remisión expresa al artículo 33 ET, con lo que, en principio, este colectivo quedaría bajo el amparo de la protección del FOGASA, bajo los mismos límites marcados en el citado precepto estatutario. Por el contrario, podría no quedar al abrigo de esta garantía, cuando la relación del sujeto en cuestión sea tildada de orgánica o mercantil en caso de dualidad de funciones, en virtud de la aplicación de la conocida como doctrina del vínculo, puesto que en estos casos sí le resultaría excluida toda protección procurada por parte del FOGASA.⁹⁷⁹

⁹⁷⁸ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”... *Op. Cit.* Página 95.

⁹⁷⁹ Esta es la solución alcanzada recientemente por la STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2012, rec. suplicación 441/2012 (JUR/2012/402938), donde se consideró que una persona que simultaneaba un relación de alta dirección junto con la función de secretario del consejo de administración de la sociedad debía de ser considerado administrador de la misma, y en virtud de esta relación mercantil no le resultaba de

1.2. El FOGASA como parte procesal.

El artículo 184.1 LC indica que se debe de citar al FOGASA como parte en el proceso concursal cuando pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores. Lo que el citado precepto viene a establecer es una citación de carácter obligatoria, no sólo cuando realmente sea responsable del pago, sino también cuando se prevea que lo pueda ser⁹⁸⁰. Según FERNÁNDEZ ORRICO la Ley Concursal da una vuelta de tuerca respecto a la obligación de citar al Fondo cuando pudieran derivarse responsabilidades en orden al pago de salarios o indemnizaciones que corresponden a los trabajadores, pues no basta con la posibilidad de citarlo sino que se tiene la obligación de hacerlo⁹⁸¹. Por lo tanto, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales, o se presuma su existencia, se citará al FOGASA o bien de oficio –por parte del Secretario Judicial-⁹⁸², o bien a instancia de parte⁹⁸³. En este sentido, ya en la misma solicitud de declaración de concurso puede

aplicación las garantías del FOGASA a los créditos indemnizatorios debidos por la extinción de su contrato.

⁹⁸⁰ Se dice por la Sentencia de 23 de diciembre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (JUR/2010/115857) que “*es claro que el artículo 184.1 de la Ley Concursal establece que «El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores». De la redacción de este precepto se deduce que la citación del FOGASA no es potestativa del Juzgado, sino obligatoria y que dicha citación se hará cuando del proceso pueda derivarse su responsabilidad; lo cual no deja de ser trasunto, en sede concursal, de la previsión del art. 33.3 del Estatuto de los Trabajadores...*”

⁹⁸¹FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “El concurso y las obligaciones con la Seguridad Social. El FOGASA.”...*Op. Cit.* Página 348.

⁹⁸² La sustitución de esta competencia a manos del secretario judicial fue incorporada por la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Sobre esta materia ver TALÉNS VISCONTI, E.E. “El papel del secretario judicial con la nueva Oficina Judicial”. En *Diario la Ley*. 2012.

⁹⁸³ En este sentido, ROQUETA BUJ, R. “El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales”... *Op. Cit.* Página 7 (del pdf).

llevarse a cabo la citación de este organismo como parte en el proceso. Lo puede hacer también el propio deudor cuando solicita concurso voluntario, puesto que éste ya tiene conocimiento de la existencia de posibles deudas con sus empleados. Entiendo que también podrían instar su citación los mismos trabajadores, con posterioridad a la declaración el concurso. Si bien, si el concurso ha sido solicitado por uno o varios trabajadores entiendo que ya se debería de presuponer la existencia de créditos laborales insatisfechos, por lo que desde ese momento se podría aprovechar la ocasión para efectuar dicha citación del FOGASA como parte.

Para algunos autores, la ausencia de citación del FOGASA va a suponer la nulidad de actuaciones, es decir, que se deberían de retrotraer las actuaciones para citar a este organismo debidamente y continuar a partir de ahí con el proceso⁹⁸⁴. Esta solución también se puede observar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2002⁹⁸⁵. Si bien otros autores, como por ejemplo, LÓPEZ SÁNCHEZ,

⁹⁸⁴ ROQUETA BUJ, R. "El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales"... *Op. Cit.* Página (del pdf) 8; MONTROYA MELGAR, A y otros. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Ed. Aranzadi. 2000. Página 197.

⁹⁸⁵ Reproducción de un fragmento de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2002 (JUR/2003/96035)⁹⁸⁵. "ÚNICO.- Consta en autos que, con fecha 15 de abril de 2002, se dictó auto decretando el embargo preventivo, por estimar que use ha puesto de manifiesto, al menos indiciariamente, la existencia de una insolvencia patrimonial de Caber, SA. en orden a responder de una eventual condena", declarándose en el hecho probado VI de la sentencia que la empresa demandada se halla actualmente cerrada y sin actividad, de manera que es de aplicación, lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley de Procedimiento, debiendo de ser citado el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL como parte al acto del juicio a fin de que el mismo pueda asumir sus obligaciones legales o instar lo que convenga en Derecho, por lo que, no habiéndose cumplido el mandato que dicho precepto efectúa al Juzgador de Instancia, procede, a la luz del artículo 24.1 de la Constitución, declarar la nulidad de las actuaciones a partir de la citación para el acto del juicio, nulidad que puede ser declarada de oficio como tiene reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas en su sentencia de 31 de julio de 1992, debiéndose de citar nuevamente a las partes y a dicho Fondo para la celebración

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

consideran que la falta de citación del FOGASA no determinaría la nulidad de lo actuado en el procedimiento de declaración de concurso, ya que su intervención podría realizarse en un momento posterior⁹⁸⁶. Por su parte, para MOLINER TAMBORERO la falta de la citación sería calificable como una irregularidad procesal sin trascendencia sustantiva, pensando en que la carga de la citación sería a cargo del juez y de la administración concursal⁹⁸⁷. Estas últimas consideraciones parecen estar acorde con lo dispuesto por el artículo 23.1 LRJS, que dispone que el FOGASA “*podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones*”. Si bien, en el artículo 33.3 ET se expresa que “*en caso de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al FOGASA, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores*”.

Con base a los anteriores preceptos considero que el momento oportuno para realizar la citación de este organismo será cuando se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales. Ello supone que, en el caso de la solicitud de declaración de concurso, va a darse cuando sea solicitado por el propio deudor o cuando uno o varios trabajadores lo hagan. En otro caso, lo normal será que el conocimiento de los créditos salariales

del aludido acto”. También se podrían citar otras sentencias anteriores, como por ejemplo la SSTSJ de Madrid de 4 de mayo de 1995 y 14 de mayo de 1997.

⁹⁸⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Artículo 184”... *Op. Cit.* Páginas 1894 y 1895.

⁹⁸⁷ MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”... *Op. Cit.* Páginas 91 y 92.

se dé cuando el administrador concursal confeccione la lista de acreedores. De otro lado, desde el momento en que se efectúa una pretensión de extinción al amparo del artículo 64 LC *in extenso*, o del artículo 50 y 52 b) cuando deba conocer el Juez de lo Social, también se va a presumir la existencia de créditos laborales (en este caso indemnizatorios). No se exige que los créditos finalmente se reconozcan, sino que bastaría con la posibilidad de su existencia. Por ello, considero que su citación debería realizarse desde el inicio de una extinción de contrato que entrara en el tipo de la responsabilidad dispuesto en el artículo 33 ET. En este sentido, si el FOGASA no ha sido citado conforme a lo dispuesto en este artículo, la consecuencia que entiendo desprendible sería la no asunción por parte de este organismo de sus obligaciones en el pago de esta clase de créditos. En todo caso, parece viable que para salvaguardar esta situación se pida la nulidad de las actuaciones tal y como ha sido indicado.

La necesidad de citar al FOGASA desprendida del tenor legal ha sido vista por un parte de la doctrina laboralista como una suerte de situación litisconsorcial⁹⁸⁸. Sin embargo, otros han visto en esta citación lo que se denominaría como una intervención provocada⁹⁸⁹. Pero lejos de estas vacilaciones de índole doctrinal, lo especialmente relevante para el presente estudio es que ante una situación concursal la actividad del FOGASA va a consistir en pagar a los empleados todo o parte de su crédito y ocupar la posición de acreedor contra el concurso. En este sentido, como ya ha sido aseverado, el Fondo sería un responsable legal subsidiario del pago de los

⁹⁸⁸ ALONSO OLEA, M. *Derecho Procesal del trabajo*. Ed. Cívitas. 2002. Página 110. También en POYATOS VILLENA, J. “Legitimación y alcance de la actuación del FOGASA en el procedimiento concursal”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir). Ed. La Ley. 2102. Página 293.

⁹⁸⁹ MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*. Ed. Bosch. 1997. Página 76.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

créditos y una vez que ha desembolsado los mismos su posición dentro del concurso coincidirá con la de un acreedor más. Es por ello que el empresario en vez de tener que pagar a los trabajadores, deberá de hacerlo al FOGASA, dentro del límite que a este Ente le corresponda. Puesto que no es infrecuente que se superen los límites de su responsabilidad, es posible que se mantengan como acreedores tanto los trabajadores como el FOGASA (éste hasta su límite y los primeros por el resto de la cuantía adeudada)⁹⁹⁰. Como apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de mayo de 2010, si el Fondo de Garantía Salarial no acredita el pago de los salarios reclamados no se produciría la subrogación, y por ende, la ausencia de su legitimación activa. Además, la subrogación del FOGASA lo será por la misma clasificación crediticia que ostentaban los trabajadores, por lo que podrá ser acreedor de un crédito contra la masa, con privilegio especial, con privilegio general, ordinario o subordinado según lo dispuesto en los artículos 84 a 93 de la Ley Concursal⁹⁹¹.

La consideración del FOGASA como parte lo legitimará para utilizar todos los medios de defensa que considere oportunos para

⁹⁹⁰ Según la Sentencia de 19 de junio de 2008 de la Audiencia Provincial de León (PROV/2008/338034) el art. 33. 4 Estatuto de los Trabajadores "*no atribuye carácter privilegiado a los créditos del FOGASA sino que otorga a este organismo una acción de reembolso. Regula, por lo tanto, una acción subrogatoria por sustitución en la posición del trabajador como titular de los créditos salariales. Y, por lo tanto, dicho precepto se limita a atribuir la acción de reembolso y a regular las consecuencias jurídicas de la subrogación*". Se exige la acreditación del abono de tales cantidades a fin de poder ejercer tal acción subrogatoria.

⁹⁹¹ DIEGO LUENGO, J.M. "La subrogación del FOGASA". En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012. Página 310. También mayoritariamente en la doctrina judicial, por ejemplo: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra de 7 de diciembre de 2005; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de 21 de febrero de 2008; Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 19 de junio de 2008; o Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de marzo de 2007 etc.

salvaguardar sus intereses, siendo asistidos por el cuerpo de letrados del Estado. En este sentido, se le deberán de notificar todas las resoluciones suscitadas a lo largo del procedimiento⁹⁹². Todo lo que no oponga en su momento oportuno será preclusivo y no podrá alegarlo más tarde, bien sea ante el Tribunal Superior de Justicia competente o ante la respectiva Audiencia Provincial⁹⁹³. Además, como acreedor de la empresa va a poder solicitar la declaración del concurso (recordemos que se proscribe su responsabilidad para empresas concursadas e insolventes, siendo este último un momento anterior al concurso⁹⁹⁴). Por último, también podrá efectuar el resto de medidas contempladas para el resto de los acreedores, a saber: comunicar créditos, impugnar el inventario y la lista de acreedores, intervenir en la fase de Convenio y la negociación del mismo, interponer recursos o incidentes concursales etc.⁹⁹⁵

⁹⁹² POYATOS VILLENA, J. "Legitimación y alcance de la actuación del FOGASA en el procedimiento concursal"...*Op. Cit.* Páginas 290 y 291.

⁹⁹³ Así se dispone, por ejemplo, en la Sentencia de 24 de marzo de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (AS/2008/1539), en la cual se dice que: "*Es doctrina unificada que el FOGASA debe hacer alegación en el momento en que es convocado en una litis, ante posible insolvencia empresarial, "la decadencia de la acción ejecutiva". De tal forma que, si había sido parte en un proceso y no formuló recurso contra la decisión judicial, que fue consentida también para él como responsable subsidiario, "no puede luego oponer la prescripción o caducidad que no alegó en su debido tiempo"*.

⁹⁹⁴ El artículo 33.6 ET dispone que: "*existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial"*. Por lo tanto el FOGASA realizará el pago en situación de insolvencia y se subrogará en la posición de los empleados, y al ser acreedor podría instar el concurso, siendo calificado este concurso como necesario, al ser solicitado por un acreedor. Al FOGASA podría interesarle en estos supuestos la declaración del concurso ya que por regla general sus créditos serán calificados contra la masa o con carácter privilegiado, por lo que su efectividad de cobro quizá sea mayor bajo la unidad procesal y un cambio de administración con el objetivo de la salvaguarda de los créditos.

⁹⁹⁵ Así se permite por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de abril de 2006 (JUR/2010/219219) en la que en los siguientes términos se permite que el FOGASA esté legitimado para recurrir el inventario, considerando en este caso que unos

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

En último término, podría aludirse a una serie de problemas que han surgido a raíz de la intensa crisis económica que ha asolado a nuestra economía. En efecto, el incremento de los procesos concursales y extinciones colectivas de los contratos de trabajo han hecho proliferar las solicitudes depositadas en el FOGASA. Como sabemos, la responsabilidad de este órgano administrativo se infiere cuando se devengan deudas por salarios o indemnizaciones en caso de insolvencia empresarial o concurso de acreedores, lo que en principio nos conduce a situaciones excepcionales como es el caso de las crisis de empresa. En los últimos tiempos, motivado por la crisis económica, estamos presenciando como el FOGASA en muchos casos está superando el plazo para dictar resolución⁹⁹⁶. Por ello, en escenarios de normalidad económica son más contadas aquellas empresas

créditos privilegiados debían de ser contra la masa. Fruto del previo desembolso por parte del Fondo, no es de extrañar su interés en que su crédito sea considerado contra la masa: *“También con carácter previo se ha de resolver sobre la alegada falta de legitimación activa del FOGASA formulada por la entidad VIART L'OLLERIA SL, la que no puede ser sino desestimada en atención a lo dispuesto en el artículo 184.1 de la LC , conforme al cual "El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores", sin que al caso el artículo 96 del mismo texto legal someta a condición alguna -en concreto a la pretendida subrogación en la posición de los trabajadores que se alega por la parte recurrida- la eventual impugnación de la lista de acreedores, limitándose a indicar que "cualquier interesado" podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, siendo que en el caso de autos, tal y como resulta del contenido de la providencia de admisión a trámite de la demanda incidental origen de este recurso, el FOGASA está personado en el expediente concursal, por lo que sin necesidad de mayores consideraciones debe ser desestimada la falta de legitimación activa formulada por la concursada en la instancia y ahora reiterada en la alzada”*.

⁹⁹⁶ Prueba de ello, ha sido el Informe de fiscalización sobre la gestión y control de las prestaciones abonadas por el Fondo de Garantía Salarial, del ejercicio 2013, con fecha 19 de enero de 2015. En cuanto a su contenido, se detalla que en relación al plazo medio de tramitación de los expedientes de prestaciones de garantía salarial por el FOGASA en el ejercicio 2013, éste alcanzó los 201,52 días, que supera al del año anterior, cuya media fue de 185,47 días. En las tres Unidades Administrativas Periféricas del organismo más colapsadas por el cúmulo de expedientes pendientes de tramitar (Barcelona, Madrid y Valencia), el plazo medio fue bastante más elevado, alcanzando la cifra de 395, 379 y 354 días, respectivamente. Datos extraídos de la página web oficial del Tribunal de Cuentas.

que pasan por dificultades y consecuentemente los casos en los que el FOGASA debe intervenir para la eventual concesión de abonos de salarios y/o indemnizaciones, con lo que la tramitación se desarrolla dentro de parámetros sensatos, dando a los solicitantes una respuesta en tiempo y forma. Ahora bien, el considerable aumento de empresas concursadas ha generado una dilación en las resoluciones de los expedientes administrativos. En este sentido, de un tiempo a esta parte ha sido más o menos frecuente que el FOGASA supere el plazo que ostenta para resolver los expedientes, que tal y como reza el artículo 28.7 RD 505/1985, es de 3 meses desde el momento en que entra la solicitud en el registro del órgano competente.

El retraso del FOGASA a la hora de resolver los expedientes abre una serie de problemas de nuevo cuño y que no encuentran respuesta en la normativa manejada. Uno de ellos consiste en tratar de dar respuesta a qué es lo que sucede en los casos en los que este órgano administrativo no resuelve un expediente o cuando lo hace fuera de plazo. Así, cabría interpretar el papel que juega la institución del silencio administrativo en esta sede. Podríamos quizás atender a lo dispuesto por la Disposición adicional 25ª de la Ley General de Seguridad Social, que en su apartado tercero establece que *“en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla fijado por la norma reguladora del procedimiento de que se trate sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administrativo”*. Sin embargo, cabe advertir que las prestaciones de garantía salarial no son, *stricto sensu*, prestaciones del sistema de Seguridad Social, por más que los sujetos de la relación laboral

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

coticen por esta vía a la TGSS⁹⁹⁷. En este sentido, no contamos con una norma legal o comunitaria que atribuya el sentido que debe adquirir el silencio administrativo cuando el FOGASA no resuelve en tiempo y forma. A día de hoy van teniendo una presencia cada vez más significativa dentro de la práctica forense del orden jurisdiccional social una interpretación sobre el sentido del silencio aplicando supletoriamente la normativa jurídica administrativa. Contamos ya con una embrionaria doctrina judicial que se ha ocupado de asentar las bases del régimen jurídico del silencio administrativo aplicado en estos concretos supuestos⁹⁹⁸. Destaca en este punto el primer pronunciamiento emitido sobre el particular desde el Tribunal Supremo, con fecha de 16 de marzo de 2015⁹⁹⁹, que también mantiene la tesis de derivar las consecuencias del silencio administrativo positivo en los casos en los que el FOGASA supero el plazo de 3 meses que tiene marcado para resolver. Ésta vino a unificar doctrina sobre el plazo expreso de 3 meses concedido para la resolución de las reclamaciones contra el FOGASA y el papel que juega en estos casos el artículo 43

⁹⁹⁷ En este sentido, ROQUETA BUJ, R. “El silencio administrativo y el Fondo de Garantía Salarial”. En *Trabajo y Derecho*, núm. 9. 2015. Página 11 (La Ley 5249/2015).

⁹⁹⁸ Por ejemplo, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 de abril de 2013, rec. Suplicación 2532/2013 o la STSJ Comunitat Valenciana de 1 abril de 2014, rec. Suplicación 2399/13. En esta última se asevera que “*si el FOGASA no resuelve expresamente la solicitud de pago de las prestaciones de garantía contempladas en el artículo 33 ET, dentro del plazo de tres meses a contar desde la presentación de dicha solicitud, ésta se entenderá aprobada por silencio positivo, pudiéndose hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y sin que una resolución expresa posterior, denegatoria tenga ningún efecto (artículo 43.3 y 4 de la LRJPAC)*”. También, más reciente, la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 de mayo de 2015 rec. Suplicación 1077/2014. En la citada sentencia se consideró que el silencio administrativo opera en su totalidad al no existir norma con rango de ley que disponga otra cosa, ya que el artículo 33.8 del ET relativo al FOGASA no contiene previsión alguna en este sentido y no habría excepción legal a la figura del silencio administrativo positivo establecida, como ha quedado constatado, por el artículo 43 LRJPAC.

⁹⁹⁹ STS de 16 marzo 2015, núm. rec. 802/2014.

LRJPAC. Se ha dicho, que los efectos del silencio operan sobre el reconocimiento del derecho, que es lo que piden los beneficiarios en su solicitud, pero no sobre su cuantificación, produciéndose con ello “*una suerte de silencio administrativo parcial*”¹⁰⁰⁰. En adición, una resolución extemporánea dictada por parte del FOGASA carecería de eficacia para modificar el derecho del reclamante, pues éste quedaría consolidado por mor del silencio administrativo. El artículo 28.7 del RD 505/1985 no establece ninguna excepción o particularidad respecto a la aplicación supletoria del artículo 43 LRJPAC por lo que debemos de entender extendidos sus efectos a todos los expedientes cuya resolución corresponda al FOGASA. En consecuencia, se debe de asentir que una resolución extemporánea dictada por parte el FOGASA carecería de eficacia para modificar el derecho del reclamante que ha sido obtenido mediante el juego del silencio positivo, ya que sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo, según reza el artículo 43.3 a) LRJPAC, o bien activar el procedimiento de revisión de actos declarativos ante el Juzgado de lo Social competente previsto en el artículo 146 LRJS¹⁰⁰¹. Así las cosas, en caso de

¹⁰⁰⁰ ROQUETA BUJ, R. “El silencio administrativo y el Fondo de Garantía Salarial”...*Op. Cit.* Páginas 11 y 12 (La Ley 5249/2015).

¹⁰⁰¹Se exceptúan de este procedimiento de revisión, según el artículo 146.2 LRJS:

“a) La rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.

b) Las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del órgano gestor que no hubiere sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147.

c) La revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, que podrá efectuarse en cualquier momento, así

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

que el FOGASA incumpliera este deber estaría incurriendo en una de las causas anormales de terminación del procedimiento reguladas en el artículo 42 de la LRJPAC. El deber de resolver no puede quedar indebidamente abierto, es decir, no se permite dejar al arbitrio de la Administración la decisión de resolver un procedimiento provisto, además, de un plazo concreto. De ser así, produciría una grave lesión a los derechos o intereses de los legitimados, quienes requieren de una contestación administrativa¹⁰⁰².

Una segunda consecuencia, derivada también por la resolución extemporánea del FOGASA, viene marcada por el eventual reconocimiento de intereses de demora por parte de este organismo a favor del trabajador o trabajadores solicitantes. La cuestión que aquí se somete a debate pasa por determinar ante qué órgano jurisdiccional cabe interponer demanda para que se reconozcan los eventuales intereses en estos supuestos. Estamos en presencia de un problema de índole procesal que todavía no ha recibido una sólida respuesta por parte de los distintos operadores jurídicos, situación que sin duda complica el tratamiento de este tema. Por el momento contamos con escasos pronunciamientos judiciales que han resuelto este problema, destacando un par de sentencias emitidas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana¹⁰⁰³. Cabe advertir, no obstante, que los supuestos prácticos en los que cabe reclamar intereses por mora no son tan frecuentes como aquéllos en los que debe

como la reclamación de las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto”.

¹⁰⁰²TALÉNS VISCONTI, E.E Y ANDRÉS SEGOVIA, B. “La resolución extemporánea del FOGASA: el valor del silencio administrativo y órgano judicial competente para conocer sobre la reclamación de intereses”. En *RTSS. CEF*, núm. 392. 2015. Página 53.

¹⁰⁰³SSTSJ de 1 de abril de 2015, rec. Suplicación 514/2015 y 5 de mayo de 2015, rec. Suplicación 876/2015.

operar el silencio administrativo, puesto que este último entrará en juego una vez superado el plazo de 3 meses que el reglamento de ordenación del FOGASA concede para resolver el expediente, mientras que el devengo de intereses no ocurrirá en todos los casos, sino sólo cuando la administración tarde más de 3 meses en pagar desde que reconoce un derecho (*vid.* artículo 24 LGP¹⁰⁰⁴). En los casos en los que opera el silencio administrativo, los intereses no empezarán a correr, como pronto, hasta pasado 6 meses desde la presentación de la solicitud (3 meses desde el reconocimiento tácito de la prestación y otros 3 en los que la administración comienza a incurrir en mora). Esto explicaría en gran medida que en la práctica se den menos situaciones conflictivas ante los tribunales por este motivo, así como que cuando la administración reconoce una prestación y se demora más de 3 meses en pagar al interesado suele, normalmente, liquidar su deuda incluyendo los intereses legales devengados. No obstante, el desconocimiento generalizado que existía sobre la aplicación del silencio administrativo en los casos de intervención del FOGASA conlleva a que se puedan haberse producido situaciones en las que cabría reconocer el devengo de intereses moratorios a favor de los solicitantes. Respecto al problema de los intereses cabría, bajo mi punto de vista, desdoblarse en dos supuestos, cuando lo que se solicita es el pago del principal junto con los intereses y cuando es exclusivamente esta última cantidad.

¹⁰⁰⁴Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: “*si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación*”. Por su parte, el artículo 17.2 de la referida Ley establece respectivamente que el interés de demora será el fijado en la Ley de Presupuestos para cada año.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

a) En el primero de los supuestos, la opción que considero jurídicamente más correcta pasaría por atribuir la competencia a los juzgados de lo social, puesto que en el *petitum* se persigue el cobro de una única cuantía marcada tanto por la deuda del principal, que deriva de la responsabilidad del FOGASA para cubrir el pago de salarios o indemnizaciones laborales cuando ello proceda y los intereses por la dilación del procedimiento administrativo. En este sentido, la reclamación del principal proviene de una norma de origen laboral, como lo es el artículo 33 ET y por ende, atendiendo lo dispuesto por el artículo 2 ñ) LRJS debemos de entender que la competencia sería del orden jurisdiccional social¹⁰⁰⁵. Cabría añadir otro argumento a favor de esta opción, esta vez, marcado por un criterio de oportunidad, consistente en que sería innecesariamente gravoso que el demandante, en este caso trabajador, solicite una parte del débito ante un orden jurisdiccional y los intereses ante otro distinto¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁵ Así parecen admitirlo, si bien de manera *obiter dicta* y un tanto indecisa la sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana de 1 abril de 2015 y el Auto de inadmisión por incompetencia dictado por el Juzgado de lo Social núm. 17, de Valencia, de fecha 4 diciembre 2014.

¹⁰⁰⁶ En este sentido, TALÉNS VISCONTI, E.E Y ANDRÉS SEGOVIA, B. “La resolución extemporánea del FOGASA: el valor del silencio administrativo y órgano judicial competente para conocer sobre la reclamación de intereses”... *Op. Cit.* Página 61. En este artículo pude observarse también un supuesto particular que podría darse dentro de este escenario lo representaría cuando el FOGASA abonara el importe de la deuda principal mientras pende el proceso social, pero no hiciera lo propio con los eventuales intereses por mora. “*en estos casos existiría una parcial pérdida sobrevenida del objeto procesal, puesto que la cantidad reclamada ha sido satisfecha en parte durante la sustanciación del proceso, antes de dictarse sentencia, si bien, no sobre la totalidad de lo pedido en la demanda, puesto que los intereses por mora no se liquidan. En estos casos, se plantea la duda de si el Juez de lo Social es competente para resolver sobre los intereses de demora o si por el contrario debe declarar la excepción de incompetencia y remitir el caso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Un supuesto como el descrito fue resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 17 de Valencia, de 23 de diciembre de 2014¹⁰⁰⁶ a favor de la primera interpretación. El juzgador se basó para resolver este problema en el principio perpetuatio iurisdictionis, con arreglo al cual la jurisdicción competente para*

b) El segundo de los supuestos lo representaría cuando lo que discute es única y exclusivamente sobre los intereses por mora. Aquí la respuesta es más compleja puesto que cabría concebir dos tesis distintas. La primera consistiría en observar el artículo 2 ñ) LRJS desde una perspectiva amplia, considerando que todos los litigios contra el FOGASA son, en todo caso, competencia del orden jurisdiccional social. Para esta tesis, los intereses serían una pretensión accesoria del éxito de la acción principal, la cual deriva de la legislación laboral –artículo 33 ET-. Relacionado con el carácter accesorio de la reclamación de intereses, se ha llegado a afirmar que realizarlo frente a un orden distinto al social *“rompería la continencia de la causa, al tratarse de reclamaciones que tienen un mismo hecho causal o título”*¹⁰⁰⁷. La segunda tesis pondría el acento en que en estos casos estamos ante una responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En este sentido, acudiendo al artículo 2) LJCA, observamos que *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”*. También habría que tener en cuenta la existencia de otro precepto, como el artículo 24 LGP, que es el que justifica el devengo de intereses cuando la administración no paga una vez pasados tres meses desde el reconocimiento de la obligación. Por ello, si atendemos a estos

conocer al tiempo de la presentación de la demanda la mantiene durante todo el procedimiento”.

¹⁰⁰⁷LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R. Opinión vertida sobre el foro “La reclamación de intereses contra el FOGASA: competencia objetiva” (LLUCH CORELL, J. Coord.). En *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 1 de julio de 2015. Página 10 (EDB 2015/106024).

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

preceptos podríamos llegar a la conclusión de que los intereses de demora no serían una obligación accesoria de las prestaciones a cargo del FOGASA por no estar regulada en ninguna norma laboral y por ello estaríamos ante una obligación independiente, con encaje en la LGP.¹⁰⁰⁸

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 1 de abril de 2015, apostó por esta última interpretación y señaló que en estos supuestos “*el conflicto de intereses no se genera en la aplicación de la norma laboral sino en relación a la actuación de la administración pública dentro del expediente administrativo y con sujeción exclusiva a las normas y principios del ordenamiento jurídico contencioso-administrativo*”, por lo que termina derivando el asunto a los juzgados de los contencioso-administrativo.¹⁰⁰⁹ Bajo mi punto de vista, la opción que debería imperar y asentarse jurídicamente como más correcta, sería la segunda, es decir, que el órgano judicial competente sería el juzgado de lo contencioso-administrativo. La naturaleza jurídica de los intereses por mora compadecería más bien con un funcionamiento anormal de la Administración pública, en este caso, del FOGASA. La norma legislativa en virtud de la cual el demandante se puede acoger para reclamar los intereses es, en estos casos, de carácter administrativo (como sabemos, el artículo 24 LGP). Ni el artículo 33 ET ni el RD 505/1985 contienen una base normativa suficiente como para reclamar el pago de intereses de demora. No estamos, pues, ante una deuda derivada del contrato de trabajo por salarios o indemnizaciones laborales, sino ante otra bien distinta

¹⁰⁰⁸ En este sentido, BLANCO PERTEGAZ, M^a. T. Opinión vertida sobre el foro “La reclamación de intereses contra el FOGASA: competencia objetiva” (LLUCH CORELL, J. Coord). *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 1 de julio de 2015. Página 5 (EDB 2015/106024).

¹⁰⁰⁹ STSJ de la Comunitat Valenciana de 1 de abril de 2015 rec. Suplicación 514/2015.

producida por un funcionamiento anormal de la administración, en concreto, por la lentitud de la evacuación del procedimiento administrativo de la que solamente será responsable la Administración pública¹⁰¹⁰. De hecho, en los casos de concurso, en los el FOGASA se subroga en la posición acreedora de los trabajadores, al empresario no le compete abonar los importes ocasionados en concepto de intereses por el anormal funcionamiento de este organismo, mientras que, sí que entrarán en la clasificación y ordenación concursal todas aquellas deudas por salarios o indemnizaciones adelantadas por este ente administrativo a los trabajadores. En mi opinión, los eventuales intereses de demora no entrarían en la masa pasiva del concurso, puesto que no son una deuda mantenida por la empresa y por ello quedarían extramuros de esta institución. Se trata de una deuda generada por un deficientemente desenvolvimiento de una tramitación administrativa cuya obligación de pago corresponde a un sujeto distinto del concursado. En este sentido, los trabajadores tendrían que ir a reclamar este crédito contra el FOGASA ante los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo.

Cuando el interesado solicita del FOGASA el pago del principal más los eventuales intereses de demora, ya se ha visto que la competencia cabría residirla en los órganos de la jurisdicción social, si bien, simplemente para desarrollar la tutela declarativa, puesto que estos casos el Juez del Concurso no despliega su competencia exclusiva y excluyente, pues ésta no se deduce de los preceptos concursales (en esencia, artículos 8.2, 51 y 64 LC). Sin embargo, el Juez del Concurso podría entrar a conocer con base a su competencia con carácter prejudicial *ex* artículo 9 LC, sin que de ello se

¹⁰¹⁰TALÉNS VISCONTI, E.E Y ANDRÉS SEGOVIA, B. “La resolución extemporánea del FOGASA: el valor del silencio administrativo y órgano judicial competente para conocer sobre la reclamación de intereses”...*Op. Cit.* Página 65.

Capítulo VI. Los Créditos Laborales en el Concurso

deriven repercusiones en el proceso social, visiblemente, porque el devenir del proceso social puede influir en la configuración de la lista de acreedores en sede concursal. Por descontado, la competencia ejecutiva recaerá en todo caso del lado del Juez del Concurso, sin que pueda realizarla singularmente el correspondiente juzgado de lo social (artículos 8.3 y 55 LC). En estos casos, bajo mi punto de vista, el FOGASA tendría que abonar la cantidad fijada como intereses moratorios, mientras que el importe del principal pasaría a ordenarse y clasificarse de acuerdo con los criterios concursales, ocupando este organismo la misma posición que el crédito laboral garantizado.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente estudio, centrado en determinar y analizar las especificidades de la Ley Concursal sobre los contratos de trabajo, se han ido señalando una serie de cuestiones que a continuación pasaré a glosar en clave de conclusiones, incorporando aquéllas que, bajo mi punto de vista, merece la pena destacar con carácter general:

PRIMERA. El objeto del presente trabajo traería causa en una nueva disciplina jurídica. En este sentido, el ecosistema social instalado en el articulado de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, podríamos convenir en denominarlo bajo las siglas: “Derecho Concursal-Laboral” (también Derecho Laboral Concursal, locución que da título a una reciente obra firmada por el Prof. MONTROYA MELGAR). La presencia de una serie de preceptos dentro de la Ley Concursal destinados a los trabajadores obliga a que en numerosas ocasiones haya que tener en cuenta las disposiciones propias de la normativa laboral, para poder de esta forma entender muchas de las cuestiones que se suscitan alrededor de este colectivo dentro de esta institución. De esta forma, podríamos incluso hablar de una cierta *laborización* (o *laboralización*) del Derecho Concursal cuando participan del mismo trabajadores por cuenta ajena y en régimen de dependencia, es decir, que los principios rectores del Derecho Social del Trabajo se transmutan al contenido de sus normas y termina por socializarlas. No en vano, si lo observamos desde el prisma contrario, también podremos afirmar que otra serie de aspectos relacionados con el contrato de trabajo quedan impregnados por los principios propios de la ordenación concursal y, de este modo, éstos vienen a modular su régimen jurídico al socaire de las reglas

propias concursales (un caso paradigmático sería, por ejemplo, el tratamiento de los créditos laborales). Por consiguiente, poniendo la atención en cualquiera de las dos ramas jurídicas que abrigan las relaciones laborales dentro del concurso de acreedores, se advierte una constante interrelación entre la una y la otra, siendo que, en la mayoría de casos no podrían interpretarse por separado. Así, a la hora de abordar los derechos de los trabajadores dentro del concurso hay que hacer confluír principios y reglas tanto de la normativa social como de la concursal. Abriríamos paso con ello a una nueva disciplina jurídica dentro de la esfera del Derecho del Trabajo, así como a un sistema jurídico particular ínsito en el Derecho Concursal, lo que, según mi punto de vista, daría lugar a una nueva rama de conocimiento en nuestra ciencia.

SEGUNDA. La acusada crisis económica que venimos sufriendo desde hace algunos años ha favorecido la adopción de innumerables reformas (también en sede concursal). En este ámbito, tras una calma aparente que transitó desde el periodo de 2003 a 2011 (quebrado por un importante RDL en el año 2009), se ha producido una vorágine normativa desde el año 2011 hasta nuestros días, tanto en la esfera estrictamente laboral, como en la concursal, y que han terminado por alterar algunas de las cuestiones y consideraciones que preexistían consolidadas en esta sede. Parece que, en el año 2003, el legislador concursal pensaba en que el concurso de acreedores sería una situación residual donde lo estándar era que las empresas entraran en esta situación con cierta capacidad de supervivencia. La evidencia empírica durante los años de crisis económica sacó a la luz algunas de las vergüenzas de la Ley Concursal, así como el ligero optimismo con el que fue redactada esta norma en el año 2003. En

Conclusiones

este sentido, en un primer momento el legislador concursal primó el principio solutorio por delante de otra serie de intereses. Con el paso de las sucesivas reformas acometidas sobre esta materia, me atrevería a aseverar el principio de conservación de la empresa ha ido adquiriendo paulatinamente una mayor presencia y que a día de hoy estaría totalmente equiparado con el solutorio. Así, la idea principal en este punto reside en articular instrumentos para lograr el salvamento de la empresa en crisis, bien sea a través de un acuerdo extrajudicial de pagos, de un acuerdo de refinanciación de la deuda, de otorgar facilidades para poder alcanzar un convenio tras la conclusión de la fase común (alteración las mayorías pertinentes, poder comerciar con las deudas contra la masa etc.), así como, naturalmente, poder arbitrar medidas de ajuste de plantilla. En los casos en los que las posibilidades de reactivación de la empresa son nulas o prácticamente inexistentes, se ha optado por facilitar aquellos aspectos relacionados con la liquidación de la empresa, anticipándose ésta a momentos tan tempranos como el de la propia declaración del concurso, así como, con la presencia de una nueva prelación crediticia para los concursos denominados “sin masa”.

Del lado estrictamente social y muy especialmente sobre sobre el artículo 64 LC, también se han producido a lo largo de todos estos años sucesivas reformas que, *de facto*, han supuesto una serie de desencuentros entre la ordenación laboral y la concursal. Parece que, en algunos momentos la normativa concursal se ha querido adaptar o “poner a la altura” de la legislación social. Entre otros, el ejemplo paradigmático o más acusado, se dio con la reforma concursal del año 2011 (Ley 38/2011) que pretendió acoger algunas de las cuestiones de la precedente reforma laboral (Ley 35/2010). Posteriormente tuvo lugar otra reforma laboral, ya en el año 2012

(Ley 3/2012), que decididamente vino a romper con muchas de las identidades que existían entre la normativa concursal y laboral y que ya no se han vuelto a recuperar, más allá de alguna tímida puesta al día producida por mor de la Ley 9/2015. En fin, en la actualidad estamos en un punto marcado por un cierto “desfase” entre normativas, o lo que es más importante, en presencia del mayor distanciamiento entre los procedimientos de ajuste de plantilla laboral y concursal desde que se aprobara la Ley 22/2003, de 9 de julio.

TERCERA. La participación de los trabajadores ante el Juez de lo Mercantil, órgano insertado en la jurisdicción civil, representa un escenario tradicionalmente desconocido para este colectivo, acostumbrado a las reglas del proceso social. Para evitar en la medida de lo posible estas posibles divergencias, el legislador concursal ha previsto la aplicación de algunas cautelas propias de la jurisdicción social cuando los trabajadores actúen ante el Juez del Concurso. Así, por ejemplo, resultarán de aplicación dentro del concurso los artículos 18 a 21 LRJS, relativos a las reglas de representación y defensa, si bien, con algunas salvedades representadas en la figura del empresario deudor, quien siempre y en todo caso deberá de actuar asistido por procurador y letrado. Esta circunstancia alterará algunas de las previsiones de la norma procesal laboral pero, en esencia, los trabajadores seguirán disfrutando dentro del concurso y en lo que respecta a su comparecencia ante un órgano jurisdiccional que les resulta desconocido, de las prerrogativas propias de la jurisdicción social relativas a la representación y defensa. También van a tener acceso a los beneficios propios de la asistencia jurídica gratuita. Por ello, podríamos hablar de una

Conclusiones

ligera *laboralización* del proceso civil cuando los trabajadores actúan ante el Juez de lo Mercantil.

Otro de los aspectos procesales que ha sufrido en parte esta *laboralización* ha sido el incidente concursal en materia laboral, regulado en el artículo 195 LC. En este procedimiento se comparten previsiones propias del proceso social, junto otras reglas del proceso civil abreviado o verbal. Estamos, pues, ante un *tertium genus* por cuanto combina particularidades tanto del proceso laboral como el civil. Si bien, bajo mi punto de vista, es preferible que la Ley Concursal hubiera diseñado este incidente *ex novo*, o bien que se remitiera de forma íntegra a una sola normativa, bien sea al juicio verbal civil o bien a las previsiones propias del proceso laboral -preferiblemente a estas últimas-. De este modo, teniendo en cuenta que los participantes en este procedimiento incidental van a ser exclusivamente los trabajadores de la empresa y que las materias sobre las que va a versar el incidente son las específicas de la disciplina del Derecho del Trabajo, considero más oportuno que esta remisión o regulación unitaria se hubiera elaborado conforme a la normativa procesal laboral, manteniendo esta idea como una mera propuesta de *lege ferenda*.

CUARTA. El reparto de competencias entre los jueces de lo mercantil y lo social genera numerosas inconsistencias y son el foco de profusos debates prácticos, que en nuestros días aún se mantienen vigentes. Las reglas de competencia en los juicios declarativos presentan menos contrariedades. En esta sede, la *vis attractiva* del Juez del Concurso está claramente determinada y se reduce a los casos en los que se deban adoptar medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiendo por tales las

modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajos, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo. En este punto no se produjo una auténtica traslación de competencias, sino más bien la judicialización de un procedimiento que fuera del concurso venía autorizándolo la administración laboral hasta que la Ley 3/2012 suprimió este requisito para la esfera extraconcursal, manteniéndose el mismo régimen dentro del proceso concursal. También alcanzará a las decisiones que se adopten respecto del personal laboral de alta dirección conforme al artículo 65 LC.

Mucho más debatida se presenta el reparto de competencias en materia de ejecución, donde la citada *vis attractiva* es prácticamente total. La amplitud con la que está configurada la tutela ejecutiva dentro del concurso supone la prohibición de realizar ejecuciones separadas, salvo algunas contadas excepciones donde se permite continuar con los embargos iniciados con anterioridad a la declaración del concurso que, no obstante, genera importantes problemas interpretativos. Estos interrogantes vienen agravados por la laguna existente cuando se aprueba un convenio de satisfacción de los créditos, donde el artículo 133 LC mandata hacer decaer los efectos sobre el concurso. Esta situación obliga a efectuar un esfuerzo interpretativo adicional que, en esencia, hará inclinar la balanza de un lado y otro dependiendo de la naturaleza del crédito que se pretende ejecutar, cayendo a favor de Juez de lo Mercantil cuando sean contra la masa, ordinarios y subordinados y del Juez de lo Social para los privilegiados que no se hubieran visto incorporados en el convenio. En último término, indicar que la amplitud con la que está configurada la competencia del Juez de lo Mercantil en materia de ejecución alcanza al conocimiento de aquellas acciones que van dirigidas contra el patrimonio del concursado, por lo que todas las que no tengan este propósito continuarán en manos del Juez de lo

Conclusiones

Social, en especial, por su posible naturaleza controvertida, caerán de este lado los incidentes de no readmisión o de readmisión irregular.

QUINTA. En los casos en los que se adopten medidas colectivas, en especial despidos, no sólo prevalece el interés empresarial, sino que también coexiste un interés público en tutelar la destrucción del tejido empresarial y en los trabajadores. La conjugación de ambos intereses determina la imposición de que el empresario negocie con los representantes de los trabajadores y se busquen fórmulas que puedan atenuar las consecuencias de la medida a proyectar. En este sentido, en el concurso subsiste la necesidad de efectuar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores con el fin de lograr un acuerdo sobre las concretas medidas colectivas solicitadas. En dicho periodo resultan de aplicación varias previsiones de la normativa laboral, tales como las que afectan a la composición de la mesa negociadora, el deber de negociar de buena fe, la exigencia causal o la duración de las consultas (que, si bien ha sido una cuestión tradicionalmente divergente, tras la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, entiendo que sus consecuencias son compartidas). Sin embargo, otra serie de cuestiones sobre dicho periodo de consultas se mantienen un tanto más alejadas de las previsiones laboral, en especial, por la presencia de diferentes sujetos que intervienen en su tramitación. La diferencia más importante se encuentra en la intervención del Juez del Concurso como guía o garante del procedimiento. El Juez del Concurso es a quien se tienen que dirigir las partes para solicitar el inicio del ERE, a quien deben aportar los correspondientes documentos, a quien deben de solicitar la presencia del deudor en la negociación, la participación del empresario matriz en los casos de grupos de empresa, así como la

sustitución de la negociación por un procedimiento de mediación o arbitraje. También va a resultar capital la concurrencia del administrador concursal, pues éste es el sujeto llamado a negociar y firmar el posible pacto o acuerdo con los representantes de los trabajadores, relegando de este modo al empresario, cuya participación, si bien permitida en algunos casos, va a ser ciertamente residual. Dentro del concurso no hará falta confeccionar un plan de recolocación externa, previsto en la normativa estatutaria, si bien, persiste la necesidad de aportar un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. La Autoridad Laboral también juega un papel mucho más reducido en los casos de que las medidas se proyecten en sede concursal, puesto que su participación se limita a la evacuación de un informe que no es vinculante para el Juez del Concurso que, por lo demás, puede incluso continuar con el procedimiento si la administración se retrasa en su entrega.

SEXTA. La culminación del procedimiento de ERE Concursal nos deja una de las mayores diferencias insalvables que se suscitan bajo el régimen jurídico vigente. Dentro del proceso concursal la decisión sobre las medidas laborales reside en el Juez de lo Mercantil encargado de ordenar el concurso. Para ello, deberá poner fin a la tramitación del ERE Concursal resolviendo a través de auto, que adquirirá efectos constitutivos o *ex nunc* sobre los contratos de trabajo a los que concierne. Cabe tener presente que con anterioridad a la reforma laboral del año 2012, el Juez del Concurso venía a sustituir la decisión de la administración laboral que autorizaba las extinciones colectivas y suspensiones de los contratos de trabajo (mientras que para las modificaciones de condiciones suplantaba directamente al empresario). Con todo, entre el procedimiento desarrollado en el ámbito

Conclusiones

concurzal y fuera del mismo, existían algunas diferencias, pero la decisión, en lo que respecta a extinciones y suspensiones colectivas, corría a cargo de un tercero. A día de hoy la diferencia es bastante más acusada, puesto que una vez desaparecida la autorización administrativa previa a las señaladas medidas de ajuste de plantilla y tras la oportuna celebración del periodo de consultas el empresario es quien, en situaciones extraconcursoales, tiene la en sus manos la decisión última sobre las mismas, salvo que haya llegado a un acuerdo con los representantes, en cuyo caso deberá normalmente ceñirse al mismo. Por ello la diferencia actual entre una y otra disciplina es bastante más notoria, porque a día de hoy el Juez del Concurso viene a suplantar, bajo el régimen vigente, directamente la decisión del empresario.

Es cierto que dentro del proceso concursal coexisten una serie de intereses y principios que es necesario preservar y que deben diferenciarlo claramente del régimen previsto fuera de esta institución, también en lo que se refiere a las relaciones laborales. Pero también es cierto el hecho de que dentro del concurso ya existe un órgano cuya labor consiste en sustituir al empresario con mayor o menor intensidad y velar por los distintos intereses confluyentes, que es, el administrador concursal. Por ello, considero que sería deseable que las medidas de ajuste de plantilla pudieran ser tomadas por el administrador concursal. De esta forma se agilizaría la tramitación del expediente, se evitarían algunas incoherencias y se reduciría la gran distancia existente en la actualidad entre el procedimiento concursal y el estatutario y que favorecería la aparición de conductas estratégicas ante la proximidad de una declaración del concurso, que podría precipitar soluciones drásticas antes de la misma. En este sentido, la solución propuesta pasaría porque el procedimiento sea llevado por el administrador del concurso con la posibilidad de que, tanto el deudor, como los

trabajadores a través de sus representantes, puedan suscitarle el inicio de un periodo de consultas. Se trataría, en suma, de una negociación a tres bandas donde las facultades de conclusión a través de acuerdo por parte concursado se verían limitadas según el grado de intervención del artículo 40 LC, donde, en todo caso, sería necesaria la rúbrica del órgano concursal. En caso de acuerdo el administrador concursal sería el sujeto encargado de ejecutar las medidas de ajuste según dicho pacto. En caso de desacuerdo éste podría actuar de una forma similar a como lo haría el empresario en una situación extraconcursal. Por tanto, este órgano sería perfectamente valedor de los distintos intereses en juego. La Administración Laboral podría también mostrar su parecer, siempre con carácter no vinculante para las partes. En caso de desavenencia, podrían no obstante los representantes de los trabajadores o bien el propio empresario (en caso de desacuerdo) impugnar judicialmente la medida ante el Juez del Concurso a través del incidente concursal en materia laboral del artículo 195 LC, que debería de resolverse por sentencia recurrible en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

SÉPTIMA. Por lo que respecta al sistema de recursos diseñado por el legislador concursal cuando han sido adoptadas medidas colectivas de ajuste de plantilla, cabe advertir que su configuración es un tanto alambicada. La impugnación individual del auto, referida a cuestiones sobre alguna situación particular del contrato de trabajo deberá plantearse ante el propio Juez de lo Mercantil que lo ha dictado. El procedimiento a seguir en estos casos será el del incidente concursal en materia laboral contenido en el artículo 195 LC que concluirá por sentencia, que será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que

Conclusiones

corresponda en función del territorio. Por su parte, la impugnación colectiva del referido auto, por alguna cuestión que afecte a la totalidad de los trabajadores afectados, deberá plantearse directamente ante la Sala de Social de Tribunal Superior de Justicia competente. En ambos casos cabrá recurso en unificación de doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo. Se produce, de esta manera, un camino de ida y vuelta donde en un primer momento se desgaja de la jurisdicción social para retornar posteriormente al cauce natural. El recurso de suplicación dentro del concurso presenta algunas particularidades, a saber: la posible ausencia de hechos probados en el auto del Juez del Concurso; especialidades en la noción de gravamen para poder articular el recurso; el carácter no suspensivo de su presentación; o las particularidades que reviste la preparación del recurso entre dos órdenes jurisdiccionales distintos. Con todo, durante el concurso subsiste la necesidad de seguir consignando las cantidades fijadas por la normativa para poder plantear dicho recurso (naturalmente, también para plantear el recurso de casación para unificación de doctrina). Por lo que respecta a los créditos laborales, indicar que éstos sí que entrarán de lleno en la esfera concursal y la impugnación referida a los mismos se realizará por la vía del incidente concursal común. Su eventual recurso persistirá en la órbita de la jurisdicción civil, en concreto, a través del recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial (constituyendo por ende la Sala 1ª del Tribunal Supremo el último eslabón de la jurisdicción ordinaria).

OCTAVA. El contrato del personal laboral de alta dirección contiene una serie de particularidades dentro del concurso y encuentran recogidas en el artículo 65 LC. De un lado, el administrador concursal va a tener la capacidad de extinguir o suspender el contrato del alto directivo sin

alegar causa alguna –*ad nutum*-. La eventual culpabilidad de estos sujetos en el origen de la deuda, la entrada en escena de un órgano que realiza la mayoría de sus funciones y el carácter sensiblemente oneroso de sus retribuciones explican la liberalidad con la que pueden ser tomadas estas medidas. No en vano, el directivo puede reaccionar contra la suspensión de su contrato extinguiéndolo con derecho a indemnización, pues se considera que éste no ha obrado arbitrariamente, sino obedeciendo a una causa justa –la previa suspensión-. La posibilidad de suspender el contrato del personal de alta dirección es una novedad que rige dentro del concurso y que no encuentra similitud en el Real Decreto que regula el régimen jurídico de este colectivo. Unidas a estas dos vicisitudes, se conjugan la facultad de instar ante el Juez del Concurso la moderación de la indemnización resultante, en los casos en los que se hubiera pactado una superior a la devengada por los trabajadores comunes en los casos de los despidos colectivos, así como la paralización de la misma hasta que se resuelva la sentencia de calificación del concurso. La primera medida supone una limitación sobre las elevadas cláusulas de blindaje que suelen tener lugar en esta clase de contratos y suavizarlas así en favor de los diferentes intereses que tienen lugar en las situaciones de concurso. La segunda predica una suspensión ante la sospecha de que el directivo haya podido ser causante de la crisis empresarial, que en caso de aprobarse deberá de esperar a que se depuren las correspondientes responsabilidades en la pieza de calificación, retornándose en los supuestos en los que finalmente no se abra, o cuando el directivo en cuestión no quede afectado por la misma.

NOVENA. En lo que se refiere a los créditos laborales dentro del concurso, podrían aducirse dos conclusiones generales. La primera de ellas

Conclusiones

consiste en la notoria presencia que estos créditos ostentan dentro del sistema concursal. Esto es así porque encuentran acomodo en todas y cada una de las diferentes tipologías de créditos. Así, podemos encontrar créditos laborales tanto en los devengados contra la masa, así como en los que son propiamente concursales -y ya dentro de estos últimos, tanto en los que gozan de privilegio especial y general, en los ordinarios y, en el menor de los casos, en los subordinados-.

La segunda conclusión coincide con la preponderancia que representan dentro de la prelación crediticia concursal. Esto es así porque los créditos laborales ocupan en su gran mayoría los puestos más aventajados en cuanto a posibilidades de cobro se refiere. Por un lado, pueden estar presentes entre los créditos contra la masa, cuya satisfacción se efectúa a sus respectivos vencimientos, siendo que, además, desde que se promulgara la Ley 38/2011 éstos no pueden resultar alterados en perjuicio de los devengados a favor de los trabajadores. Por otro lado, ya dentro de lo que es propiamente la clasificación de acreedores -créditos concursales-, los trabajadores tienen reconocidos buena parte de los mismos en posiciones muy delanteras en lo que a posibilidades de cobro se refiere. A prorrata simplemente se representan los excesos, así como una serie de conceptos más secundarios. De forma un tanto residual, los trabajadores también podrán representar créditos calificados como subordinados.

Por las razones anteriormente esgrimidas, podríamos converger desde estas líneas en que los créditos de los trabajadores dentro del proceso concursal vienen marcados tanto por su elevado reparto, en el sentido de que vienen ocupando todos los resquicios posibles dentro del sistema, así como por su situación preeminente o privilegiada, gozando buena parte de los mismos una posición claramente preferente en cuanto a las expectativas

de cobro. En fin, la generalización de los créditos laborales dentro del concurso, así como su carácter marcadamente aventajado, son las dos notas más características que definen su presencia dentro de la institución concursal.

DÉCIMA. Los trabajadores tienen reconocidos créditos refaccionarios, dotados con privilegio de carácter especial. Éstos se encuentran afectos al concreto bien al que se anexionan. Los créditos refaccionarios de los trabajadores quedan conceptualizados por un elemento subjetivo (los trabajadores), otro objetivo (unos bienes concretos) y otro locativo (que esté en propiedad de la empresa). Desde una perspectiva de índole práctica, se advierte una escasa virtualidad del crédito concursal refaccionario de los trabajadores. Ciertamente, la litigiosidad que plantean este tipo de créditos es más bien escasa, por no decir casi inexistente. Las razones que sustentan esta aseveración provienen de las restricciones o contrariedades que presenta la configuración legal de estos derechos crediticios. Así, por un lado, solamente alcanza a actividades de manufacturación, elaboración o creación de bienes. No se extiende, por tanto, a otra serie de actividades, en especial, las relacionadas con el sector servicios, siendo que las tendencias empresariales actuales demuestran un cada vez mayor peso del sector terciario, que ha ido ganando terreno progresivamente a los sectores productivos primario y secundario. De otro lado, el modelo de elaboración del sector secundario también ha sufrido acusados cambios, donde la subcontratación y descentralización de tareas son hoy en día la tónica habitual. De otro lado, todas las actividades de mera reparación o aquellas otras en las que el concursado sea un mero poseedor del bien sobre el que se imprime la fuerza de trabajo quedan fuera de tal

Conclusiones

reconocimiento. En último término, la posición distinguida de los créditos laborales dentro de la ordenación concursal dejaría poco ámbito de actuación al privilegio refaccionario donde, por lo demás, existe una garantía de protección por parte del Fondo de Garantía Salarial lo que supone en muchas ocasiones una vía más expeditiva de cobro.

De esta forma, advertida la escasa aplicación práctica del referido precepto no queda más que plantearse la necesidad de mantener su vigencia, o cuanto menos, su revisión. Lo más razonable sería pensar en la revisión y modernización del precepto. Se trataría de arremeter contra algunas de las restricciones que pesan sobre el artículo 90.1 3º LC y que vienen arrastrándose desde arcaicas legislaciones, como por ejemplo, abriendo algunos elementos de su redacción e incorporando ciertas referencias a la descentralización productiva (incorporando quizás en el tenor legal las prestaciones de servicios que vengan acompañadas con algún producto u objeto físico, es decir, aquellas que no sean exclusivamente incorporales o prestación de servicios “puras”). También podrían tenerse en cuenta a efectos de propiedad algunas formas de organización empresarial más modernas, como algunas maneras de agrupación tales como las redes empresariales. En fin, se trataría de desgajar de algún u otro modo la concepción que la ley exhibe sobre los trabajos artesanales, que son en los que viene pensando desde tiempos lejanos el privilegio refaccionario. Sin duda, una labor altamente complicada.

UNDÉCIMA. Respecto a los créditos concursales dotados con privilegio general cabe esgrimir que la Ley Concursal los ordena jerárquicamente, siendo que, aquéllos que guardan relación con el contrato de trabajo se encuentran en las posiciones más delanteras. Entran dentro de

este concepto los créditos por los salarios (en sentido estricto) e indemnizaciones por extinción del contrato por la “cuantía correspondiente al mínimo legal”, ambos hasta el triple del SMI (sin pagas extraordinarias). Estamos en presencia de las dos partidas más habituales o comunes dentro del proceso concursal, a saber, los créditos por salarios y por la extinción del contrato de trabajo bajo cualquier modalidad. Ambos están limitados superiormente, recayendo los eventuales excesos dentro de la esfera de los créditos calificados como ordinarios. Junto con ellos, también tendrán la consideración de créditos privilegiados con carácter general las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional y los recargos por incumplimientos en materia de salud laboral.

DECIMOSEGUNDA. Los créditos ordinarios vienen configurados legalmente en clave residual. La Ley Concursal no los define porque, en esencia, son los llamados a ocupar el grueso de la lista de acreedores siendo, por lo demás, los únicos que compadecen fielmente con el principio *par conditio creditorum*, en el sentido de que son tratados con igualdad y abonados a prorrata. Entrarían dentro de este concepto todos aquellos créditos devengados al socaire del contrato de trabajo que no tuvieran otra clasificación, por ejemplo, las deudas extrasalariales o las indemnizaciones derivadas de una vicisitud distinta a la extintiva. También encontrarían cobijo en esta clasificación todos aquellos créditos que excedan del límite fijado para denotar el privilegio general, es decir, aquella parte que supere el triple del SMI en los salarios e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo adeudados con anterioridad al concurso.

Conclusiones

DECIMOTERCERA. La subordinación puede venir ocasionada, principalmente, por la ausencia de comunicación del crédito o por realizarse ésta tardíamente, por referirse a intereses, o por la especial vinculación de los titulares con el deudor. La primera de ellas tiene es bastante residual cuando los créditos devengados sean a favor de los trabajadores. La segunda adquiere una mayor relevancia o presencia y presupone la subordinación de todas aquellas cantidades que se refieran a deudas por intereses, cabiendo no sólo los convencionales sino también los legales, los moratorios, e incluso los intereses tributarios. La subordinación a la que se refiere el artículo 92. 3º LC, interpretado en consonancia con el artículo 59.1 LC, viene dirigida a los intereses y recargos por créditos concursales hasta la fecha de la declaración del concurso, puesto que su devengo posterior viene suspendido, por lo que no obtendrán ninguna calificación concursal, ni siquiera de naturaleza subordinada. Por su parte, los intereses generados por deudas contraídas con posterioridad a la declaración del concurso no serán considerados subordinados, ni tampoco les afectará la paralización del artículo 59.1 LC, sino que serán a todos los efectos créditos contra la masa y por ende pagaderos a sus respectivos vencimientos. La tercera, correspondiente con los devengados por los sujetos con una especial relación con el deudor, viene exigida por razón de la proximidad y vinculación de los titulares de los mismos con el concursado, basada en la desconfianza que para el legislador tiene esa cercanía, precisamente porque comporta un mayor conocimiento e información acerca de la verdadera situación patrimonial de la empresa. Esa proximidad resulta valorada negativamente en un triple sentido: de una parte, porque coloca al acreedor en una posición ventajosa en relación con el resto de los acreedores, pudiendo incluso llegar a perjudicar los intereses de estos últimos; de otra

parte, porque esa especial cercanía y conocimiento impregna a dicho crédito de un cierto grado de sospecha con respecto a los que no tienen esa proximidad en el tráfico mercantil, en el sentido de que cuentan con cierta información privilegiada de la cual podrían aprovecharse para cobrar anticipadamente; y por último, porque tales sujetos podrían haber sido, incluso, responsables de la situación de concurso, cuestión que quedará acrisolada en la correspondiente sección de calificación en los casos en que proceda su apertura. La condición de persona especialmente relacionada con el concursado ha ido evolucionando y ampliándose con el paso de los años al albur de las sucesivas reformas normativas, lo que ha ido evidenciando el recelo que el legislador mantiene sobre esta clase de acreedores.

DECIMOCUARTA. Los créditos contra la masa son, por definición, aquellos que se devengan con posterioridad a la declaración del concurso. Sin embargo, en el plano laboral, se produce una excepción a este principio, una auténtica ficción legal, por cuanto también se considerarán contra la masa los créditos por los salarios de los últimos 30 días de trabajo “efectivo” hasta el duplo del SMI. El eventual exceso, como estamos en presencia de un crédito anterior a la declaración del concurso, deberá calificarse como crédito privilegiado (hasta el triple del SMI). La especialidad de este “superprivilegio” no termina ahí, sino que, además, su pago deberá efectuarse de “inmediato”, siendo por tanto una de las primeras tareas que compete adoptar al administrador concursal entrante y viene a constituir asimismo una excepción al régimen de pagos general de los créditos contra la masa, que se efectuará a sus respectivos vencimientos.

Conclusiones

Fruto de la continuidad de la actividad empresarial y del mantenimiento de los contratos de trabajo, que no se extinguen por la mera declaración del concurso, pueden seguir generándose créditos laborales. Todos los que se devenguen con posterioridad a la declaración del concurso serán considerados con cargo a la masa: ya sean salarios, indemnizaciones de cualquier índole o cualquier otro crédito distinto. En este sentido, deberán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos y en caso de aprobarse un convenio o entrar la empresa en fase de liquidación, deducirse previamente de la masa activa. Tras la reforma concursal del año 2011 se permite al administrador concursal alterar la regla del pago según el vencimiento, pasando por delante otros créditos con base a otros principios, como pudieran ser el de oportunidad o el de continuidad de la empresa. Sin embargo, aparece clarificado en la normativa que de esta posible alteración no participan los créditos a favor de los trabajadores, que en ningún caso podrían postergarse y van a tener que satisfacerse inexorablemente, si la situación financiera lo permite, a sus respectivos vencimientos.

DECIMOQUINTA. La acuciante crisis económica que ha soslayado nuestra economía ha obligado a que en los últimos tiempos se tomen diversas medidas en el ámbito concursal. Una de ellas ha sido en los denominados concursos sin masa, que se da cuando no existen bienes suficientes siquiera para satisfacer este tipo de deudas. En estos supuestos se previene una ordenación autónoma para la liquidación de las deudas pendientes. En esta prelación específica, aparecen con absoluta preponderancia los créditos laborales. En primer lugar y por encima de todos, se encuentran los créditos por los salarios de los últimos 30 días de trabajo “efectivo” anteriores a la declaración del concurso. En segundo

lugar se hallan los créditos laborales por salarios e indemnizaciones hasta el triple del SMI. Los restantes créditos por orden de preferencia serían, por alimentos en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional, por costas y gastos judiciales del concurso y en quinto lugar “los demás créditos contra la masa”, que conforma un *totum revolutum* donde volverían a tener cabida aquéllos derivados del contrato de trabajo que no y que no se contemplan específicamente en los apartados 1 y 2 del artículo 176.2 *bis* LC.

DECIMOSEXTA. En los procedimientos concursales el Fondo de Garantía Salarial tienen una importancia capital en tanto en cuanto se va a ocupar, dentro de los límites establecidos por el artículo 33 ET, de abonar a los trabajadores sus créditos por salarios e indemnizaciones. La contención del gasto público que se ha explicado en aras de mejorar los niveles de déficit de nuestro país también ha influido decididamente sobre este organismo, reduciéndose sensiblemente su responsabilidad por la vía de un tope máximo menor y por la supresión del apartado octavo del citado precepto estatutario. Dentro del concurso, el Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores sus créditos hasta el límite donde alcanza su responsabilidad y posteriormente se subrogará en su misma posición dentro del régimen de pagos. Por tanto, el Fondo aparecerá como un nuevo acreedor dentro del concurso y sin alterar, en principio, los importes debidos. Dependiendo de la cantidad abonada por el Fondo de Garantía Salarial, éste será el único acreedor laboral o, lo que será más frecuente, coexistirán este organismo y los trabajadores (estos últimos por otros conceptos y/o por los excesos). Para poder llevar a cabo esta misión, el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado en el concurso desde el

Conclusiones

momento en que se tenga constancia de la existencia de créditos laborales. Este organismo podrá intervenir y alegar lo que considere oportuno, defender sus intereses y combatir las decisiones que le pudieran perjudicar, al igual que cualquier otro acreedor. El elevado número de expedientes que se ha visto compelido a tramitar el Fondo de Garantía Salarial, ha supuesto que, en muchas ocasiones, este órgano administrativo haya rebasado el límite máximo marcado por la normativa para resolverlos (3 meses). En estos casos, ante la ausencia de previsión expresa en la legislación social, se ha entendido que cabría aplicar supletoriamente la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en el sentido de que operará la positividad del silencio y se reproducirán las mismas consecuencias previstas sobre esta vicisitud que la dispuesta en la práctica doctrinal y judicial administrativista.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Dirs.). Ed. Thompson-Civitas. 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.) Ed. Tecnos. 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004.

AA. VV. *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004.

AA. VV. *Comentarios a la Legislación Concursal* (PALOMAR OLMEDA, A. Coord.). Ed. Dykinson. 2003.

AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal* (SAGRERA, J.M. SALA, A. Y FERRER. A. Coords). Ed. Bosch. 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Legislación Concursal* (SÁNCHEZ-CALERO, J Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Dirs.). Ed. Lex Nova. 2004.

AA.VV. *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C; MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2006.

AA. VV. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal* (GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA, A Y PULGAR EZQUERRA, J. Dirs.). Ed. Dilex. 2003.

AA.VV. *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Directora). Ed. La Ley. 2012.

AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Ed. Marcial Pons. 2004.

AA.VV. *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.) Ed. Laborum. 2004.

AA.VV. *Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.). Ed. Lex Nova. 2004.

AA.VV. *Tratado Práctico Concursal* (PRENDES CARRIL, P. Dir.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. 2009.

ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. *Conservación de la empresa en crisis y contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi. 2002.

-“La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 32. 2002.

- “Expediente de regulación de empleo tramitado antes de la declaración judicial del concurso”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6. 2005.

-“Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*. Ed. Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ). 2006.

-“La alteración de las condiciones salariales en empresas concursadas”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 21. 2010.

ALBIOL MONTESINOS, I. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. 2004.

ALCOVER GARAU, G. “La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005.

-“Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28. 2013.

ALONSO OLEA, M. *Derecho Procesal del trabajo*. Ed. Civitas (12^a edición). 2002.

Bibliografía

ALONSO OLEA, M Y MIÑAMBRES PUIG, C. *Derecho Procesal del Trabajo*. Ed. Civitas (10ª edición). 1999.

ALONSO-MUÑUMER, M. “La eficacia del Convenio”. En *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma* (MARTÍNEZ SANZ, F. Y PUETZ, A. Dirs.). Ed. Tecnos. 2012.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral. Privilegios salariales y aspectos procesales (Doctrina y jurisprudencia)*. Ed. Tirant lo Blanch “colección Tratados”. 1998.

-“Ámbito de las relaciones laborales”. En *Concurso e insolvencia punible*. (HERNÁNDEZ MARTÍ, J. Coord.) Ed. Tirant lo Blanch. 2004.

-“Los nuevos procesos derivados de la Ley Concursal”. En *El proceso laboral, V. II*, (BLASCO PELLICER, A. Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. 2005.

- “Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12. 2010.

-“El expediente judicial de regulación de empleo”. En *Extinción del contrato de trabajo* (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011.

-*La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2012.

ÁLVAREZ CUESTA, H. “La solución a la crisis empresarial a través de modificaciones sustanciales. Comentario al artículo 64.2 de la Ley 22/2003, Concursal”. En *Revista general de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 12 (versión *on line*, Iustel.com, RI §405797). 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. “Extinción del contrato del personal de alta dirección”. En *Relaciones Laborales*, núm. 2. 1993.

ANDRÉS SEGOVIA, A. *Las transformaciones de la televisión pública valenciana*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015.

BADIOLA SÁNCHEZ. A.M^a. “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”. En *Aranzadi Social*, paraf. 64. 2005.

BAJO GARCÍA, I. “En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social* paraf. 63. 2005.

-*Crédito laboral y procedimiento concursal*. Ed. Thomson-Civitas. 2007.

- “Empresa en situación de concurso: ¿un derecho especial del trabajo?” En *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo. IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (LÓPEZ GANDÍA, J. Y BLASCO PELLICER, Coords.). Ed. Tirant lo Blanch. 2010.

-“Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2013.

BARBÉ BORDES, F. “Algunas cuestiones de derecho laboral que el legislador no tuvo en cuenta al determinar las competencias laborales del juez mercantil”. En *La reforma concursal*, (FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. Dir.). Ed. CGPJ. 2006.

BARRIO CALLE, M^a. A. “La acomodación del proceso laboral a la Ley Concursal”. En *Estudios sobre la Nueva Legislación Concursal*. Ed. Aranzadi. 2006.

-“La nueva regulación sobre despidos colectivos: cuestiones candentes”. En *Aranzadi Social*, número 5. 2012.

Bibliografía

BARRIO CALLE, M^a. A. Y LOUSADA AROCHENA; J.F. “El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 13. 2005.

BARROS GARCÍA, M. “Sobre la facultad del juez del concurso de fijar una indemnización diferente a la legal en caso de conclusión sin acuerdo del periodo de consultar de un expediente de regulación de empleo (AAJM 3 Barcelona 19.5.2008 y 7 Madrid 7.12.2009)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20. 2010.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “El nuevo Derecho concursal español”. Conferencia pronunciada en la Academia Maritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003.

-“Artículo 84 LC”. En *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Civitas. 2004.

-. “Artículo 154”. En *Comentario de la Ley Concursal* (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo II. Ed. Thomson-Civitas. 2004.

-“La prioridad de los créditos contra la masa”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Ed. Marcial Pons. 2005.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Y CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. “A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26. 2012.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C. “Algunos aspectos laborales en el concurso: modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso. El ERE concursal y preconcursal”. En *Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 376. 2014.

BLANCO PERTEGAZ, M^a. T. Opinión vertida sobre el foro “La reclamación de intereses contra el FOGASA: competencia objetiva” (LLUCH CORELL, J. Coord.). *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 1 de julio de 2015.

BLANQUER UBEROS, R. “Concurso: los créditos por salarios y los laborales en general”. En *Instituciones de Derecho Privado* (Civitas). Tomo VI. Vol. 5. 2005.

BLASCO GASCÓ, F. “Inexistencia e insuficiencia de activo: el llamado concurso sin masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18. 2009.

BLASCO PELLICER, A. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Ed. Civitas “Estudios de Derecho Laboral”. 1996.

-*Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

-“El expediente concursal de regulación de empleo”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14. 2008.

-*La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch “Colección laboral”. 2013.

-“Reformas en materia laboral”. En *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013* (BLASCO PELLICER, LÓPEZ BALAGUER, ALEGRE NUENO, RAMOS MORAGUES Y TALÉNS VISCONTI). Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

-“La competencia del Juzgado Mercantil sobre la ejecución de créditos laborales tras la aprobación del Convenio. (Comentario a la Sentencia nº 549/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de enero). En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34. 2015.

BLASCO PELLICER, A. Y GARCÍA TESTAL, E. “Otros procesos por extinción de la relación laboral”. En *El Proceso Laboral. Ley 36/2011 reguladora de*

Bibliografía

la Jurisdicción Social. Tomo I. (BLASCO PELLICER, A. DIR. Y ALEGRE NUENO, M. Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho del Trabajo* (11ª edición). Ed. Tecnos 2001.

CABALLERO GARCÍA, F. *Los créditos contra la masa*. Ed. Tirant lo Blanch “colección concursal”. 2009.

CALDERÓN CUADRADO, P. “Artículo 8”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, (ROJO, A y BELTRÁN, E. Coords.). Ed. Thomson-Civitas. 2004.

CAMPS RUIZ, L.M. *La modificación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 1994.

CARRERAS LLANSANA, J. “Jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Ed. Marcial Pons. 2004.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Apuntes sobre el tratamiento de los crédito sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”. En *Aranzadi Social* núm. 5. 2001.

–“La competencia laboral de los jueces del concurso”. En *Aranzadi Social* núm. 9. 2009.

CIFUENTES MATEOS, D. “La tramitación del expediente de regulación de empleo en caso de concurso cuando no existan representantes de los trabajadores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13. 2008.

–“El procedimiento concursal y su influencia laboral”. En *Lecciones de Jurisdicción Social* (NOGUEIRA GUASTAVINO, M. Y GARCÍA BECEDAS, G. Dirs). Ed. Tirant lo Blanch. 2013.

CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Aranzadi. 2005.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “La declaración judicial de concurso”. En *Revista Poder Judicial*, núm. 28. 2004.

COSTA REYES, A. “El tratamiento concursal del personal de alta dirección”. En *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 80. 2005.

-“El personal de alta dirección en la Ley 22/2003, concursal”. En *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 19 y 20 de mayo de 2005*, MTAS, Madrid. 2006.

-*Los trabajadores en el proceso concursal*. Ed. Aranzadi. 2007.

CRESPO CHAMPIÓN, F. “Especialidades respecto al personal de alta dirección”. *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004.

CRUZ VILLALÓN, J. “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”. En *Relaciones Laborales*, núms. 16-17. 1994.

-“Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a. “El procedimiento del incidente concursal en materia laboral”. En *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Granada, 28 y 29 de mayo de 2005*. Ed. MTAS. 2006.

DE CASTRO MEJUTO, L. F. “Delimitación de la competencia sobre los conflictos posteriores a la aprobación de un expediente de regulación de empleo”. En *Aranzadi Social*, núm. 20. 2010.

Bibliografía

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Artículo 64 LC”. En *Comentarios a la Ley Concursal, Vol. I*, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004.

-“Exigencias documentales en el despido colectivo: del RDL 3/2012 a la Ley 3/2012. STSJ Madrid 30 de mayo 2012 (AS, 2012, 1672)”. En *Aranzadi Social*, núm. 53. 2012.

-“Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa “. En *Teoría & Derecho*, núm. 13. 2013.

-“Causa y ausencia de causa en el despido colectivo: un análisis a través de la doctrina judicial reciente”. En *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 10. 2015.

DEL REY GUANTER, S. “Los despidos por ‘causas empresariales’ y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”. En *Relaciones Laborales*, núms. 17-18. 1994.

DEL REY GUANTER, Y LUQUE PARRA, M. “Proyecto de Ley concursal y relación laboral”. En *Relaciones Laborales*, núm. 22. 2002.

DE VAL TENA, A. L. “Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23. 2005.

-“La extinción colectiva de las relaciones laborales en el concurso: la valoración de la causa económica en el ámbito de la empresa o del grupo de empresas (STSJ Aragón 4.2.2011)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26. 2012.

DE VIVERO DE PORRAS, M^a. C. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch. 2009.

DESDENTADO BONETE, A. “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003.

-“La intervención de los trabajadores en el proceso concursal”. En *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores* (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. Y MERCADER UGUINA, J.R. Coords.). Ed. La Ley. 2004.

-“Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2012.

-“La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”. En *El concurso laboral*, (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012.

DESDENTADO BONETE, A. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal”. En *Tribuna Social*, núm. 166. 2004.

DESDENTADO BONETE, A Y LIMÓN LUQUE, M.A. “Aspectos procesales de la Ley Concursal. El concurso y el proceso social”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, (MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2005.

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

DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 17. 2003.

DÍAZ MORENO, A. “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8. 2006.

-“Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario”. En AAVV. *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*. Ed. Marcial Pons. 2012.

Bibliografía

DIEGO LUENGO, J.M. “La subrogación del FOGASA”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Ed. Thompson Reuters-Civitas. 2006.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. y VALLEJO LOBETE, E. “Los efectos para los trabajadores de la insolvencia empresarial: el pago de los créditos laborales en concurso de acreedores”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III. Ed. Marcial Pons. 2003.

DURÁN LÓPEZ, F. “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”. En *Relaciones Laborales*, núm. 8. 2005.

FALGUERA BARÓ, M.A. “Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales”. En *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 166. 2004.

FARRANDO MIGUEL, I. “La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos. (Un primer examen desde la óptica mercantil a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo penal, de 17 de julio de 2006)”. En *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 27. 2006.

-“El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”. En VV.AA. *Liber Amicorum Prof. Jose María Gondra Romero*. Ed. Marcial Pons. 2012.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A “Sobre la jurisdicción y competencia del juez del concurso”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. 2004.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “Marco y fin de la reforma de la legislación concursal”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (FERNÁNDEZ

DE LA GÁNDARA, L. Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M^a. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24. 2003.

-“Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 26. 2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “El concurso y las obligaciones con la seguridad social. El FOGASA.” En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.) Ed. Laborum. 2004.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “Conciliación laboral y concurso de acreedores: (comentario de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de mayo de 2006 y de 1 de febrero de 2007)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 12. 2007.

FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003”. En *Aranzadi Social*, núm. 11. 2009.

-“El juez del concurso y los expedientes de regulación de empleo”. En *Temas Laborales, Revista Andaluza de Derecho del Trabajo* núm. 98. 2009.

FERRADANS CARAMÉS, C. “Modificaciones colectivas de jornada en una empresa inmersa en un proceso concursal (un apunte sobre los trabajadores a tiempo parcial). En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2. 2005.

Bibliografía

FÍNEZ RATÓN, J. M, *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Civitas. 1992.

FONOLL PUEYO, J. M. “Hacia una nueva y definitiva estructura del privilegio salarial en situaciones de insolvencia a la luz del Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre 2001”. En *Aranzadi Social*, núm. 5. 2001.

-“Futuro cierto del crédito salarial en situaciones concursales del empresario tras la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. En *Estudios financieros*, núm. 237. 2002.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”. En *Justicia laboral*, núm. 15. 2003.

-“Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, En *Actualidad Laboral*, núm. 10. 2004.

-“Artículo 64”. En *Comentarios a la Legislación Concursal*. Tomo II, (SÁNCHEZ-CALERO, J Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Dirs.). Ed. Lex Nova. 2004.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MUSCHI LOAYZA, F. “Medidas laborales en situaciones concursales”, en *Medidas laborales para empresas en crisis* (SEMPERE NAVARRO, A.V. Dir.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2009.

-“La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con ‘omnicomprensividad retributiva”. En *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2. 2015.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites a la inmovilidad de posiciones empresariales durante el periodo de consultas”. En *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52. 2012.

GARCÍA-PITA LASTRES, J.L. “Los créditos salariales contra la masa”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6. 2005.

GARCÍA MURCIA, J. “El despido en empresa en concurso”. En *El Despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012* (MARTÍN VALVERDE, A Y GARCÍA MURCIA, J.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2012.

-“Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011”. En *Derecho de los Negocios*, núm. 256. 2012.

GARCÍA PIÑEIRO, N.P. “Aspectos procesales de la reforma: despido colectivo y otras cuestiones”. En *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. (GARCÍA MURCIA, J Y MONTOYA MELGAR, A. Dirs.). Ed. Civitas. 2012.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. “Comentario al artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004.

GARRIDO GARCÍA, J.M^a. “Artículo 90”. En *Comentario a la Ley Concursal* (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Tomo I. Ed. Thomson-Civitas. 2004.

GIL FERRO, L. “Efectos de la declaración del concurso sobre las relaciones laborales del deudor: La ley concursal y su afectación sobre el proceso laboral”. En *Comentarios a la Ley concursal* (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004.

GIL PLANA, J. “Despido colectivo: aspectos sustantivos”. En *Comentario a la Reforma Laboral de 2012* (MONTOYA MELGAR, A. Y GARCÍA MURCIA, J. Dirs.). Ed. Civitas. 2012.

GOERLICH PESET, J.M^a. “La extinción causal por voluntad del trabajador”. En *Extinción del Contrato de Trabajo* (ALBIOL MONTESINOS, I. Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. 2011.

Bibliografía

-“La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución”. En la *Reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, MERCADER UGUINA, J.R. Dirs.). Ed. Lex nova. 2012.

-“Los medios de impugnación (II): el recurso de suplicación”. En *Derecho Procesal Laboral* (ALBIOL ORTUÑO, M. ALFONSO MELLADO, C. BLASCO PELLICER, A. GOERLICH PESET, J.M^a). E. Tirant lo Blanch (11^a edición). 2015.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. *Aspectos laborales de la reforma concursal*. Ed. Francis Lefèbvre. 2011

GÓMEZ AMIGO, L. “La tramitación del incidente concursal”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33. 2014.

GÓMEZ MARTÍN, F. *Comentarios a la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal*. Ed. Aranzadi. 2010.

GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. *Resolución del Contrato de Trabajo por Incumplimiento Empresarial y Procedimiento Concursal*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. 2010.

-“Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 53. 2011.

GONZÁLEZ, C. “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso “. En *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6. 2010.

- “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2. 2012.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos tras la declaración del concurso”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Directora). Ed. La Ley. 2012.

GOÑI SEIN, J.L. “El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado en la reforma laboral de 2012”. En *Documentación Laboral* núm. 95-96. 2012.

GUALDA ALCALÁ, F. J. “El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 23. 2003.

GUALDA ALCALÁ, F. J. Y LILLO PÉREZ, E. “La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales”. En *Relaciones Laborales*, núm. 22. 2001.

GULLÓN RODRÍGUEZ, J. “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo den la situación de concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*. Ed. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2006.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. “Prevalencia de la jurisdicción social para conocer la reclamación de cantidad correspondiente a una indemnización por finalización de contrato de un TRADE en caso de encontrarse la empresa en situación de concurso, y a pesar de la existencia de pacto de sometimiento a arbitraje”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165. 2014.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. M. “La clasificación concursal de los créditos laborales”. En *El Concurso Laboral* (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley 2012.

HERRERA CUEVAS, E.J. “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2. 2005.

Bibliografía

-“Aspectos laborales del concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8. 2008.

HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004.

IGLESIAS CABERO, M. “Los créditos refaccionarios en la Ley Concursal”. En *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo* (BORRAJO DACRUZ, E. Dir.). Ed. La Ley. 2004.

LAHERA FORTEZA, J. “Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial del despido (STS de 10 de mayo de 2006)”. En *Relaciones Laborales*, núm. 1. 2007.

LAHUERTA BELLIDO, M^a.I. “La suspensión de los embargos trabados en el proceso laboral (art. 55 Ley Concursal)”. En *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 178. 2015.

LÓPEZ ORTEGA, R. “El incumplimiento del convenio concursal (Comentario de la Sentencia núm. 449/2014 del Tribunal Supremo (1^a) de 4 de septiembre de 2014). En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36. 2015.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. II (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004.

-“Disposición final 4^a”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. II. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004.

-*El proceso concursal*. Ed. Aranzadi. 2012.

LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R. Opinión vertida sobre el foro “La reclamación de intereses contra el FOGASA: competencia objetiva” (LLUCH CORELL, J. Coord.). En *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 1 de julio de 2015.

LOUSADA AROCHENA, J.F. “La propuesta de anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de empresa”. En *Actualidad Laboral*, núm. 48. 1996.

-“Los privilegios de los créditos laborales en el concurso de acreedores” En *Tribuna Social*, núm. 166. 2004.

-“Algunas consideraciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal”. En *Revista de Derecho Social*, núm. 27. 2004.

LOUSADA AROCHENA, J.F. Y RON LATAS, R.P. “La modalidad procesal de despidos colectivos”. En *Diario la Ley* núm. 7863. 2012.

LUJÁN ALCARAZ, J. “La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso” en *La Ley Concursal y los aspectos sociales*. (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.) Ed. Laborum. 2004.

LYON-CAEN, G Y LYON-CAEN, A. *Droit social international et eropéen*. Ed. Dalloz. 1991.

MADRAZO LEAL, J. “La ejecución forzosa de los créditos contra la masa: comentario de la sentencia número 711/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 12 de diciembre de 2014”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36. 2015.

MALDONADO MOLINA, J.P. “El Despido colectivo en el concurso y el sistema de Derecho del Trabajo (STJS Asturias 16.4.2010). En *Anuario de Derecho Concursal*, número 21. 2010.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “Validez del acuerdo de suspensión colectiva con eficacia retroactiva de los contratos de trabajo en empresas concursadas y acceso a la prestación por desempleo”. En *Aranzadi Social*, paraf. núm. 84/201311/2013.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “Artículo 55”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. I, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.). Ed. Tecnos. 2004.

Bibliografía

MARTÍN JIMÉNEZ, R. “Diez cuestiones sobre la negociación colectiva en los ERE’s”. En *Aranzadi Social*, número 10. 2013.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R. “Legitimación para negociar acuerdos en periodo de consultas sobre despidos colectivos e impugnación judicial de estos acuerdos”. En *Problemas procesales de la reforma laboral* (SAMPEDRO CORRAL, M. Coord.). Ed. CGPJ. 1994.

MARTÍNEZ GARRIDO, L. “Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma indispensable”. En *Actualidad Laboral*, núm. 38. 2001.

-“Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Vol. 1, (SAGRERA, J.Mª. SALA, A. Y FERRER, A. Coords). Ed. Bosch. 2004.

-“Artículo 65 LC”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (SAGRERA, J. Mª. SALA, A. Y FERRER, A. Coords.). Ed. Bosch. 2004.

-“La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal”. En *Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, CGPJ. 2005.

MARTÍNEZ GÓMEZ, E Y SOGORB BARAZA, J. “Cuestiones procedimentales en temas sociales”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.). Ed. Laborum. 2004.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. “La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral”. En *La reforma de la Legislación Concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 2004.

MELÉNDEZ-MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I. “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F.J. “Costas procesales y derecho de asistencia gratuita de los trabajadores en supuestos de recurso de apelación contra la declaración de concurso”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 9. 2008.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “Hacia un nuevo Derecho Concursal: su necesaria unidad”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005.

MERCADER UGUINA, J.R. *Salario y crisis económica*. Ed. Tirant lo Blanch. 2011.

-“Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas”. En *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 12. 2012.

- *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch (5ª edición). 2012.

-“Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31. 2014.

-“Artículo 32”. En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* (CRUZ, J. GARCÍA-PERROTE, I. GOERLICH J.Mª, MERCADER, J.R. Dirs.). Ed. Lex Nova. 2014.

MERCADER UGUINA, J.R. Y ALAMEDA CASTILLO, Mª T. “Artículo 64. Contratos de Trabajo”. En *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. Dirs.). Ed. Civitas. 2004.

MERCADER UGUINA, J. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2013.

MOLERO MARAÑÓN, Mª. L. “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”. En *Relaciones Laborales*, núms. 15-16. 2005.

Bibliografía

-“Sobre la delimitación entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de lo social”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 12. 2006.

-*El Régimen de las Modificaciones de Condiciones de Trabajo en la Ley Concursal*. Ed. Consejo Económico y Social. Colección de Estudios. 2007.

MOLINA NAVARRETE, C. “Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal”. En *Revista Estudios Financieros*, núm. 248. 2003.

-“Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: El artículo 64 LC” En *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006.

-*El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*. Ed. Tecnos. 2012.

MOLINER TAMBORERO, G. “Las competencias del Juez mercantil y del orden social de la -jurisdicción tras la reforma concursal”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Coord.) Ed. Lex Nova. 2004.

-“La distribución de la competencia judicial en materia social según la Ley Concursal”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 11. 2004.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “Las novedades competenciales de la ley reguladora de la jurisdicción social”. En *Aranzadi Social*, núm. 10 (BIB 2012\134). 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración del concurso”. En *Relaciones Laborales*, núm. 15-16. 2005.

-*La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos Laborales*. Ed. Lex Nova. 2006.

-“El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma laboral de 2012”. En *Temas Laborales*, número 115. 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C. “Introducción General: el modelo de regulación de la Ley Concursal y sus aporías”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y MORENO VIDA: Dirs.). Ed. Comares. 2006.

MONTEBLANCO MONTESINOS, S. “Aspectos de la llamada justicia gratuita en la jurisdicción social: justicia gratuita, semigratuita u onerosa”. En *Información laboral*, núm. 3. 1999.

MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*. Ed. Bosch. 1997.

MONTOYA MEDINA, D. *La extinción del contrato del alto directivo*. Ed. Thomson-Civitas. 2008.

-“La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes”. En *Actualidad Laboral*, núm. 2. 2009.

MONTOYA MELGAR, A “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica en el Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial”. En *Aranzadi Social*, núm. 1. 1996.

-“Crisis de empresa y contrato de trabajo”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 122. 2004.

Bibliografía

-“Jurisdicción y Administración en los expedientes de regulación de empleo”. Separata de estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2010.

-“Contrato de Trabajo y concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16. 2012.

-“Reforma laboral y concurso de acreedores”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156. 2012.

-*Derecho Laboral Concursal*. Ed. Civitas. 2013.

MONTOYA MELGAR, A. y otros. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Ed. Aranzadi. 2000.

MORENO VIDA, M^a. N. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. *El tratamiento del personal de alta dirección en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006.

MUERZA ESPARZA, J. “Artículo 195”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thomson–Aranzadi. 2004.

-“Artículo 197”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, (CORDÓN MORENO, F. Dir.) Ed. Thomson-Aranzadi. 2004.

NAVARRO ARIAS, F.J. “El deber de buena fe en la negociación durante el periodo de consultas de los Expedientes de Regulación de Empleo. STSJ Cataluña de 13 de junio de 2013”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 72. 2013.

NORES TORRES, L.E. *El Periodo de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*. Colección de Estudios CES. 2000.

ORELLANA CANO, A. M^a. “El tratamiento concursal de las prestaciones de la Seguridad Social”. En *Revista de Jurisprudencia*, núm. 3. Ed. El Derecho. 2007.

-“Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal”. En *Competencias de los Juzgados de lo mercantil*.

Competencias en materia concursal y “competencias añadidas “mercantiles (SAN JUAN Y MUÑOZ, E. Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. 2008.

- “La incidencia en el concurso de la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11. 2011.

-“Personal de alta dirección y concurso de acreedores”. En *El concurso laboral (ORELLANA CANO, N.A. Dir.). Ed. La Ley. 2012.*

ORELLANA CANO, N.A. “Aspectos laborales del concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14. 2011.

-“La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”. En *El concurso laboral (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012.*

-“Los grupos de empresas y la regulación de empleo concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19. 2013.

OLIVENCIA RUIZ, M. *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*. Ed. Iustel. Colección Biblioteca Jurídica Básica. 2006.

-“Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17. 2012.

OTERO LASTRES, J.M. “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo I. Ed. Marcial Pons. 2005.

PALOMO BALDA, E. “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en las empresas en concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, (GULLÓN RODRÍGUEZ, J. Y PALOMO BALDA, E. Dirs.). Ed. CGPJ. 2005.

PANTALEÓN PRIETO, F. “De la clasificación de los créditos”. En *Comentarios a la Ley Concursal (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª. Coords.). Ed. Marcial Pons. 2004.*

Bibliografía

PASCUAL SERRATS, R Y PARDO IRANZO, V. “Asistencia jurídica gratuita en asuntos civiles y mercantiles”. En *Derecho Procesal Civil Europeo. Acceso a la Justicia y auxilio judicial en la Unión Europea* (DE LA OLIVA SANTOS, A. Dir. CALDERÓN CUADRADO, P. Coord.). Aranzadi Thompson Reuters. 2011.

PAZ-ARES, C. “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”. En *Revista para el análisis del derecho, InDret*, núm. 2. 2009.

PEDRAJAS MORENO, A. “Apoderamiento apud acta en el proceso laboral. A propósito de la STC 285/2000, de 27 de noviembre”. En *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González* (SALA FRANCO, T. MARTÍNEZ RAMÍREZ, J. Y BORRAJO DACRUZ, E. Coords.). 2003.

PEINADO GRACIA, J.I. “Aspectos mercantiles de la Ley Concursal: principios, fines e intereses”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y MORENO VIDA: Dirs.). Ed. Comares. 2006.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (ejemplar dedicado al Estatuto de los Trabajadores veinte años después). 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y ROQUETA BUJ, R. “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”. En *Documentación Laboral*, núm. 51. 1997.

PÉREZ, M. *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empresario*. Ed. Bosch. 1980.

PETIT LAVALL, M^a. V. “La Junta de acreedores”. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo II. Ed. Marcial Pons. 2005.

PORFIRIO CARPIO, L.J. *La Junta de Acreedores: (su especial consideración como órgano del concurso)*. Ed. Thompson-Civitas.

POYATOS VILLENA, J. “Legitimación y alcance de la actuación del FOGASA en el procedimiento concursal”. En *El concurso laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2102.

PRADOS DE REYES, F. J. “Despidos colectivos e insolvencia del empresario”. En *Actualidad Laboral*, núm. 32. 1997.

PRENDES CARRIL, P. Y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. “Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)”. En *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I. (PRENDES CARRIL, P. Dir.). Ed. Thomson Reuters-Aranzadi. 2009.

PULGAR EZQUERRA, J. “Algunas consideraciones en torno a los aspectos jurídico-mercantiles del concurso de acreedores”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN Y SEMPERE NAVARRO: Dirs.). Ed. Laborum. 2004.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. “La junta de acreedores en la nueva legislación concursal”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3. 2005.

QUIRÓS HIDALGO J. G. “El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales incluidas en convenios colectivos. Viejos y nuevos interrogantes a partir de la Ley Concursal”. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 11. 2007.

Bibliografía

RENTERO JOVER, J. “La intervención del sindicato en el proceso laboral”. En *Derecho Colectivo*, (FALGUERA BARÓ, M.A. Coord.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. 2003.

RÍOS MESTRE, J. M^a. “Nota de urgencia sobre la resolución del contrato de trabajo por impago o retrasos salariales y el Proyecto de Ley de Reforma Concursal de 2011”. En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151. 2011.

-*Despido colectivo y concurso de acreedores*. Ed. Thompson-Reuters Aranzadi. 2012.

-“El proceso del art. 64 la Ley Concursal: la fundamentación (causa petendi) de la solicitud inicial”. En *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. 2012.

RÍOS SALMERÓN, B. “El anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto? En *Revista de Derecho Social*, núm. 14. 2001.

-“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”. En *Actualidad Laboral*, núm. 21. 2003.

-“La Ley concursal y los trabajadores”. En *Revista del Poder Judicial* núm. 18. 2004.

-“La nueva Ley Concursal y los trabajadores”. En *Actualidad Laboral*, núm. 2. 2004.

-“La Ley Concursal y los créditos laborales”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. Y SEMPERE NAVARRO, A.V. Dirs.). Ed. Laborum. 2004.

RÍOS SALMERÓN, B. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El Expediente concursal de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”. En *Nueva Sociedad*

y *Derecho del Trabajo* (BORRAJO DACRUZ, E. Dir.). En MTAS-La Ley Actualidad. 2004.

RÍOS SALMERÓN, B. Y FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “Despido objetivo y concurso: consideraciones a partir de la doctrina judicial”. En *Aranzadi Social*, núm. 20. 2011.

RÍOS SALMERÓN, B. Y RÍOS MESTRE, J.M. “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011”. En *Despido y crisis económica de los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía* (DE LA PUEBLA PINILLA, A. Coord. y DESDENTADO BONETE, A. Dir.). Ed. Lex Nova 2011.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. “Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal”. En *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 10. 2005.

-“Representación procesal de los trabajadores en el concurso. Crítica a una interpretación restrictiva”. En *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 13. 2006

-“Reformas procesales del RDley 3/2009 en la Ley Concursal”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5.2009.

-“El ERE concursal tras la Ley 38/2011, de reforma concursal”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9. 2012.

RODRÍGUEZ MERINO, A. “Artículo 21”. En *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, (SÁNCHEZ-CALERO, J. Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Coords.). Ed. Lex Nova. 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”. En *Relaciones Laborales*, núm. 23. 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M Y CASAS BAAMONDE, M^a.E. “La nueva reforma laboral”. En *Relaciones Laborales*, núm. 5. 2012.

Bibliografía

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. “Artículo 111”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Dirs). 2004.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A Y TIRADO MARTÍ, I. “Artículo 21”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, (ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Coords.). Ed. Thomson-Aranzadi. 2004.

ROQUETA BUJ, R. “El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales”. En *Actualidad Laboral*, núm. 20. 2004.

-“El Fondo de Garantía Salarial en la Ley Concursal”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21. 2005.

-“Régimen de protección de los créditos laborales: los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso”. En *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C; MORENO VIDA, M.N. Dirs.). Ed. Comares. 2006.

-“La insolvencia concursal y el Fondo de Garantía Salarial”. En *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 12. 2010.

-“El silencio administrativo y el Fondo de Garantía Salarial”. En *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 9. 2015.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. “La moderación judicial de las indemnizaciones a favor del alto directivo en el concurso”. En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2005.

SÁEZ LARA, C. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal”. En *Relaciones Laborales*, núm. 7. 2012.

SÁNCHEZ LINDE, M. “La competencia territorial y objetiva de los juzgados mercantiles en el concurso de acreedores”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27. 2012.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)”. En *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 28. 2007.

SARAZÁ JIMENA, R. “El Convenio del concurso, una visión judicial”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2. 2005.

SEGALÉS FIDALGO, J. “La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)”. En *Aranzadi Social*, núm. 17. 2003.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a. L. “Incidencia del Proyecto de Ley Concursal en la normativa laboral”. En *Información Laboral*, núm. 9. 2002.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “Retoques laborales en el procedimiento concursal (Notas sobre la Ley 38/2011, de 10 octubre)”. En *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8. 2011.

-“La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2012.

-“La reglamentación del Despido Colectivo”. En *Aranzadi Social*, número 8. 2012.

SENÉS MOTILLA, C. “Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal*. Tomo II, (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Dirs.). Ed. Thomson-Civitas. 2004.

-“Disposición Final Cuarta. Reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.”. En *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. (ROJO, A Y BELTRÁN, E. Coords). Ed. Thomson-Civitas. 2004.

Bibliografía

SERRERA CONTRERAS, P.L. “El crédito laboral suerprivilegiado y los créditos hipotecarios ante la situación de concurso”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702. 2007.

RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M^a. S. “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”. En *Actualidad Laboral*, núm. 17. 2005.

SESMA GARCÍA, M. F. “Empresario, crisis de empresa y procesos concursales. Aspectos laborales del proceso concursal desde la perspectiva del concursado”. En *La reforma concursal*, (FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. Dir.). Ed. CGPJ. 2006.

TALÉNS VISCONTI, E.E. “El papel del secretario judicial con la Nueva Oficina Judicial”. En *Diario La Ley*, núm. 7886. 2012.

-“La retribución de los administradores y directores generales de las sociedades cotizadas”. En *Derecho de los Negocios*, núm. 267. 2013.

-“El auto del juez del concurso que resuelve sobre el despido por causas económicas: problemas prácticos”. En *Documentación Laboral*, núm. 101. 2014.

-“La Tesorería General de la Seguridad Social no puede realizar embargos por créditos contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 12 de diciembre de 2014, rec. núm. 2500/2013)”. En *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, números 389-390. 2015.

TALÉNS VISCONTI, E.E Y ANDRÉS SEGOVIA, B. “La resolución extemporánea del FOGASA: el valor del silencio administrativo y órgano judicial competente para conocer sobre la reclamación de intereses”. En *RTSS. CEF*, núm. 392. 2015.

TAPIA HERMIDA, A. “Efectos del concurso sobre la relación laboral de alta dirección”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 264. 2005.

TOBÍO RIVAS, A. M^a. “Los privilegios en la Ley Concursal ¿reducción o reordenación?”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20. 2010.

TORRES ANDRÉS, J. M. “El régimen de recursos en la Ley concursal”. En *Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, (GULLÓN RODRÍGUEZ, J Y PALOMO BALDA, E. Coords.). Ed. CGPJ, Madrid. 2005.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”. En *Relaciones Laborales*, núm. 19-20. 2012.

TRUJILLO DÍEZ, I. J. “Artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir.). Ed. Tecnos. 2004.

-“Artículo 66 LC”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Dir). Ed. Tecnos. 2004.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “El régimen de adopción de medidas laborales en la empresa en situación de concurso”. En *Relaciones Laborales*, núm. 7. 2012

VALENCIANO SAL, A. “El art. 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011”. En *Aranzadi Social*, núm. 3. 2013.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Comentario al artículo 65”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi. 2004.

-“Incompetencia del Juzgado de lo Social para ejecutar sentencia de despido dictada frente a la empresa concursada”. En *Aranzadi Social* paraf. núm. 69/200819. 2008.

VAQUER, F.J. “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24. 2011.

Bibliografía

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. “Artículo 8”. En *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios*. Ed. Dijusa. 2003.

-“Artículo 184”. En *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Texto Legal. Leyes vinculadas. Jurisprudencia. Esquemas. Formularios*. Ed. Dijusa. 2003.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”. En *La Ley*, núm.4. 2003.

VEGAS TORRES, J. “Los aspectos procesales del concurso”. En *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, (RÍOS SALMERÓN, B Y SEMPERE NAVARRO, A. Dirs.). Ed. Laborum. 2004.

VEIGA COPO, A.B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Ed. Thomson-Civitas. 2010.

VELA TORRES, F.J. “El recurso de suplicación contra resoluciones del Juez del Concurso”. En *El Concurso Laboral* (ORELLANA CANO, N. Dir.). Ed. La Ley. 2012.

VIGUERA RUBIO, J. M. “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”. En *Relaciones Laborales*, núm. 14. 2004.

VIQUEIRA PÉREZ, C. *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*. Ed. Thomson-Civitas “colección Estudios de Derecho Laboral”. 2007.

-“El ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retraso en el abono del salario en el contexto del concurso: algunos puntos críticos”. En *Aranzadi Social*, núm. 17. 2007.

- “Aspectos laborales de la Ley Concursal: algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. En *Actualidad Laboral*, núm. 18. 2010.

ZABALO ESCUDERO, M^a E. “Comentario al artículo 10”. En *Comentarios a la Ley Concursal* (CORDÓN MORENO, F. Dir.). Ed. Thompson-Aranzadi. 2004.