GRADO EN RELACIONES LABORALES

TRABAJO FIN DE GRADO

ASPECTOS LABORALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

LABOUR ASPECTS OF STATE OF INSOLVENCY LAW

Alumno: César Cañas Cobo.
Tutor: José Alberto Cereceda Ocejo.

DICIEMBRE 2015

ASPECTOS LABORALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

INDICE:

PRIMERA PARTE. - INTRODUCCIÓN.

1 - OBJETO DEL TRABAJO DE FIN DE GRADO……..1
2 - APROXIMACIÓN CONCURSO DE ACREEDORES…….....2

SEGUNDA PARTE. - LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN EL CONTRATO.

1 - EFECTOS COMUNES CON PROYECCIÓN SOCIAL……5
A) LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL DEUDOR.
B) CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y VIGENCIA DE LOS CONTRATOS.
C) PROCEDIMIENTOS ARBITRALES Y CRÉDITOS LABORALES.
D) LOS ACTOS PERJUDICIALES A LA MASA. EL REINTEGRO.
E) EL CONTRATO DE TRABAJO.

2 - EFECTOS EN EL PROCESO JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO: EXTINCIONES, SUSPENSIONES Y MODIFICACIONES COLECTIVAS**.....8**

2.1) ÁMBITO DE APLICACIÓN.
2.2) CAUSAS LEGITIMADORAS; CONSECUENCIAS ECONÓMICAS.
2.3) MOMENTO PROCESAL DE LA SOLICITUD. MEDIDAS ANTERIORES AL CONCURSO.
2.4) PROCEDIMIENTO.
2.4.1) PARTES DEL PROCEDIMIENTO.
2.4.2) TRAMITACIÓN.
2.4.3) ACUERDO. REFERENCIA AL IMPORTE DE LA IDEMNIZACIÓN
2.4.4) RESOLUCIÓN.
2.4.5) IMPUGNACIÓN.

3- SUSPENSIÓN DE LAS ACCIONES RESARCISORIAS DEL CONTRATO POR MODIFICACIÓN SUSTANCIAL…….....15

4- ACIONES RESARCISORIAS POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO: SU INCLUISON EN EL DESPIDO COLECTIVO.....15

5- LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DEL ART. 64……17
5.1) PROBLEMAS DE COORDINACIÓN DE LAS EXTINCIONES.
5.2) LOS DESPIDOS TACITOS.
5.3) LOS DESPIDOS INDIVIDUALES.
6- REGLAS ESPECIFICAS DE SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN……..18

7- CONCURSO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA……...21

8- CONCURSO Y TRASMISIÓN DE EMPRESA…….22
TERCERA PARTE. - LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL CONCURSO.

1 - CONCURRENCIA DE CREDITOS EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA…….....24

2 - CRÉDITOS LABORALES CONTRA LA MASA……....24

A) EL CRÉDITO CONTRA LA MASA IMPROPIO.
B) CREDITOS LABORALES POR CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD.

3 - CRÉDITOS LABORALES CONCURSALES……26

A) CONCEPTO Y CLASES.
B) RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS LABORALES CONCURSALES.

4 - CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL CONCURSALES.....28

A) CONSIDERACIONES GENERALES.
B) DISTINTAS POSICIONES DEL CREDITO DE LA ADMINISTRACIÓ DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
C) CREDITOS DE LOS BENEFICIARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

CUARTA PARTE. - **ASPECTOS PROCESALES**.

1- LA COMPETENCIA SOCIAL DEL JUEZ MERCANTIL……....34

A) COMPETENCIA DECLARATIVA.
B) COMPETENCIA EN LA EJECUCIÓN Y LA TUTELA CAUTELAR.
C) LA PREJUDICIALIDAD SOCIAL.
D) TRATAMIENTO PROCESAL.

2- PARTES DEL CONCURSO. REPRESENTACIÓN……38

3- INSTRUMENTOS SOCIALES EN EL CONCURSO……..……39

A) EL INCIDENTE LABORAL CONCURSAL.
B) RECURSOS EXTRAORDINARIOS LABORALES DEL CONCURSO.

*. - ABREVIATURAS……...42
*. - BIBLIOGRAFIA……..43
*. - LEGISLACIÓN……..43

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION

1.) OBJETO DEL TRABAJO.

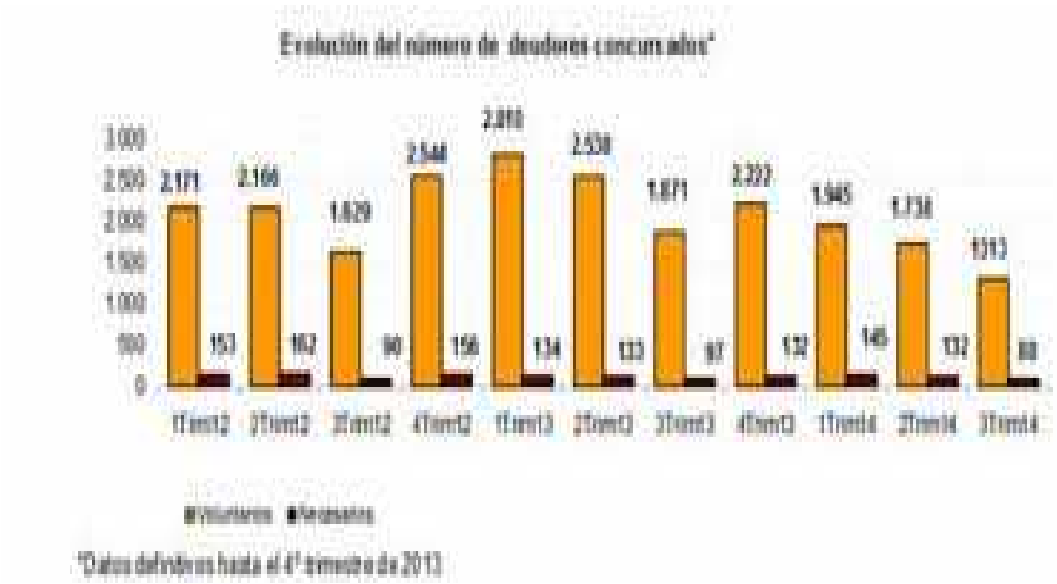
Éste trabajo de fin de grado pretende analizar los aspectos laborales o sociales de la regulación concursal. Desde la perspectiva del grado en relacione laborales, se realiza un estudio normativo de los efectos que produce el concurso sobre las relaciones laborales vigentes, y de los créditos sociales del concurso.

La evolución histórica de los concursos de acreedores publicados desde 2004 hasta el tercer trimestre de 2013 muestra una tendencia claramente creciente de los mismos, con la excepción de 2010, donde se produjo una ligera reducción. La tendencia ha cambiado desde el último trimestre de 2013, registrando continuas reducciones de procedimientos concursales. La cifra de concursos de empresas en el primer trimestre de 2015 llegaba a 1.344 concursos publicado en España, lo que supuso un descenso del 30% en comparación con los datos del año anterior.

Analizada la documentación del Instituto Nacional de Estadística, se concluye que el número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.143; lo que supone una disminución de 21,3% respecto al mismo período del año anterior. Por tipo de concurso, 1.069 son voluntarios (21,6% menos que en el tercer trimestre de 2014) y 74 necesarios (17,8% menos).

Cabe concluir, que el número de concursos de acreedores sigue descendiendo en 2015 y se sitúa a niveles de 2010.

En la siguiente tabla se muestra la evolución de los concursos durante los últimos años hasta el tercer trimestre de 2014, observándose ya la reducción de los mismos.



2) APROXIMACIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES.

Un acreedor no puede hacer efectivo su crédito si no media el pago de forma voluntaria por el deudor. El acreedor ha de recurrir a la jurisdicción, instando un procedimiento declarativo que concluya con la condena del deudor y luego, en su caso, una ejecución singular contra el patrimonio del deudor. Pero, junto a la ejecución singular, aparecen los procesos concursales, caracterizados por la necesidad de atender a una pluralidad de acreedores de un deudor común en una situación de crisis económica que hace previsible la insuficiencia del patrimonio de ese deudor para atender a la totalidad de las deudas.

Se establece un sistema coordinado de pago que permita ponderar la posición de los distintos acreedores y distribuir entre ellos las cargas de la insuficiencia patrimonial del deudor, evitando los efectos negativos que se derivan de un conjunto desordenado de ejecuciones singulares.

El concurso, como institución jurídica, tiene por objetivo prioritario la satisfacción de los acreedores y, en la medida de lo posible, la conservación de la actividad económica del deudor.

La Ley Concursal parte del principio de unidad, desde una triple perspectiva: unidad legal (recogiendo tanto aspectos procesales como sustantivos), de disciplina (aplicable a todos los deudores sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes) y de sistema, instaurando un único procedimiento (el concurso de acreedores) para todas las situaciones de insolvencia (sin distinguir entre insolvencia provisional y definitiva), y que permite dos soluciones distintas, el convenio o la liquidación, en lugar de dos procedimientos con distintos presupuestos objetivos. La reforma concursal no sólo ha sido procesal y sustantiva, sino también orgánica, dando lugar a la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que entraron en funcionamiento a la vez que la citada Ley Concursal, el 1 de septiembre de 2004.

El concurso tiene, una primera fase común que se desarrolla en dos etapas: una inicial de carácter declarativo, que comprende desde la solicitud de declaración del concurso hasta la resolución judicial que se pronuncia sobre la misma; y una segunda etapa de gestión, en que se designa la administración, se fija la masa activa y se reconocen y califican los créditos. Y una segunda fase final que puede desarrollarse a través del convenio o de la liquidación.

La declaración de concurso del deudor da lugar a consecuencias relevantes en el ejercicio del derecho de crédito y en la responsabilidad del deudor.

La situación concursal es causada por una declaración judicial que fija al deudor en tal situación debiendo acreditarse el estado de insolvencia del deudor. La prueba de la insolvencia estará constituida por indicios que hagan presumir dicha situación, como el impago generalizado de obligaciones habituales, pluralidad de embargos etc. La insolvencia puede ser actual o inminente (art. 2 LC).

La declaración del concurso puede ser solicitada por cualquier acreedor (concurso necesario) o por el propio deudor (concurso voluntario). Este último estará obligado a hacerlo en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia debiendo presentar una detallada documentación que incluye la historia económica y jurídica del deudor, las causas de la insolvencia, que podrá ser actual o inminente (en este último caso la declaración sólo podrá ser solicitada por el deudor).

Declarado el concurso, comienza el proceso concursal en el que todos los acreedores deberán seguir el cobro de sus créditos a través de este único procedimiento colectivo perdiendo la libertad de exigir el pago de sus créditos en el momento y modo que deseen, y de ejercitar libremente las acciones que considere oportunas.

Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales ni extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, con anterioridad a la declaración, siempre que los bienes objetos de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la declaración, sin perjuicio, del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. El juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos cuando dificultaran gravemente a la continuidad de la actividad del deudor.

Otros puntos en los que se observa la incidencia en los derechos de crédito son:

- Como regla general, no siguen devengándose intereses.
- Las obligaciones a plazo vencen anticipadamente de forma automática.
- Se interrumpe automáticamente la prescripción de los derechos contra el deudor.
- Los acreedores no pueden compensar sus créditos con lo que deban al deudor.
- En las obligaciones reciprocas, los acreedores no pueden optar por la resolución motivada del contrato de trabajo, y exigir la restitución de las prestaciones. Si las prestaciones estuvieran pendientes de cumplimiento por ambas partes corresponde al deudor (o a los administradores del concurso) decidir entre resolver el contrato o cumplir el mismo.

En el proceso concursal se determina el conjunto de deudas a cargo del deudor (masa pasiva), así como de sus bienes y derechos (masa activa).

Se establece una relación de acreedores, determinando el importe de sus créditos y su clasificación (privilegiados, ordinarios o subordinados) e igualmente se fija el patrimonio liquidable del deudor concursado, incluyendo la reintegración de bienes que hubieran salido de su patrimonio de forma fraudulenta, a través de la acción rescisoria.

El proceso se dirige a obtener un convenio concursal o la liquidación del patrimonio del deudor. Es posible la propuesta anticipada de convenio desde la solicitud de declaración hasta que finalice el plazo de comunicación de créditos. La liquidación es la forma de solución del concurso en caso de solicitud del deudor o cuando se frustra un convenio o propuesta de convenio.

El convenio persigue la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, estipulando aplazamientos, quitas, garantías etc. Se aprueba por mayoría del pasivo y su decisión vincula a todos los acreedores, aunque estuvieran disconformes con el convenio exceptuando a los acreedores privilegiados pudiendo exigir el pago del crédito al margen de lo estipulado en el convenio, salvo que votasen a favor del mismo.

De no obtenerse convenio concursal, se procede a la liquidación del patrimonio pagando los créditos conforme a su rango de privilegiados, ordinarios y subordinados.

Realizada una conceptualización básica del proceso concursal, nos centramos a partir de aquí en los aspectos sociales del concurso de acreedores.

En la práctica, la situación de declaración de concurso de acreedores, sitúa a los trabajadores de la empresa ante un escenario desconocido, se les plantea dudas e incertidumbre sobre el futuro de sus puestos y sobre las posibles consecuencias económicas en las deudas contraídas con anterioridad, la aplicación de expedientes de regulación de empleo y sobre cómo quedará la aplicación del convenio colectivo.

El tema que nos ocupa intenta analizar algunos aspectos del proceso concursal en lo relativo a los trabajadores.

SEGUNDA PARTE

EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Estudiamos en este apartado la incidencia que el concurso del empleador puede tener en diversos aspectos sustantivos de la relación laboral; más concretamente, abordamos las normas especiales en materia de modificación y extinción de la relación laboral operadas durante la tramitación del proceso concursal, o inmediatamente antes.

1) REFERENCIA A LOS EFECTOS COMUNES DEL CONCURSO, CON POSIBLE PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.

Comenzamos con una breve referencia a los efectos comunes de la declaración de concurso, que pueden llegar a aplicarse a las vicisitudes de la relación laboral; pasaremos posteriormente a estudiar las normas específicas referidas a aspectos laborales.

El concurso despliega una serie de efectos recogidos en el Título III de la LC, distinguiendo los que se producen sobre el deudor, los acreedores, los contratos del concurso y los realizados por éste en perjuicio de la masa.

A) La declaración del concurso y la limitación de las facultades del deudor.

El concurso supone una limitación de la capacidad de obrar del deudor. Las facultades patrimoniales del deudor pueden someterse a intervención o suspensión. En la fase de liquidación, la situación del concursado es siempre de suspensión.

En principio, salvo decisión motivada del juez, la intervención se aplica en el concurso voluntario y la suspensión en el necesario.

Conforme al artículo 40 de la LC, en la intervención, el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero sometidas al control de la administración concursal mediante su autorización o conformidad. En la suspensión, el concursado deja de ejercer esas funciones que pasan a ser desempeñadas por la administración concursal.

Los actos de administración son los que tienen por objeto la explotación, el aumento y la conservación de los bienes, así como la percepción y utilización de sus frutos, mientras que se consideran actos de disposición los que transmiten, gravan, modifican o extinguen un derecho.

El artículo 43 de la LC establece una limitación finalista en la medida en que ni el concursado, ni la administración podrán realizar actos que no tiendan a la conservación de la masa activa de acuerdo a los intereses del concurso. Se incluye una prohibición adicional, hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación no se podrán enajenar, ni gravar los bienes y derechos de la masa activa sin la autorización del juez,

salvo que se trate de actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Para el ejercicio de acciones por el concurso, el artículo 54 de la LC distingue dos supuestos: en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal corresponde a la administración concursal. En caso de intervención, es el deudor el que tiene capacidad para actuar en el juicio, pero necesita la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar su patrimonio.

B) Continuación de la actividad profesional o empresarial. Vigencia de los contratos.

La declaración del concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor, como señala el artículo 44 de la LC. Esta norma será de espacial importancia en al ámbito laboral, pues de su aplicación dependerá la subsistencia de los contratos de trabajo en los primeros momentos del proceso concursal.

Este artículo distingue tres situaciones:

1- La primera tiene carácter provisional y se extiende durante el periodo comprendido entre la declaración del concurso y la aceptación de los administradores concursales. Durante este periodo el deudor puede seguir realizando actos de giro o tráfico imprescindibles para la continuación de la actividad y sometidos a las condiciones generales del mercado. Deberá también respetar las medidas cautelares acordadas por el juez.

2- En la segunda situación, la administración concursal ya ha asumido sus funciones, y el deudor está sometido a intervención. El deudor podrá seguir ejerciendo por sí mismo la gestión técnica de su actividad, siempre bajo la supervisión y control de los administradores. Para facilitar la gestión, se contempla que los administradores puedan autorizar con carácter general grupos de actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad empresarial.

3- La tercera, también definitiva, es la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor. Corresponde a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial.

El último apartado de este artículo dispone que el juez mercantil "*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 ejercita una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial, de ésta*."

Norma ésta de especial trascendencia para la subsistencia de las relaciones laborales, y que deja a salvo las medidas de tipo colectivo, que se regirán en todo caso por la norma especial prevista para ellas (art. 64 de la LC). Volveremos sobre ella más adelante.

En consecuencia, el mantenimiento de la actividad supone que los contratos de trabajo celebrados por el deudor antes de la declaración del concurso se mantienen vigentes (ello se desprende también de la norma contenida en el artículo 61.2 de la LC)

C) Procedimientos arbitrales.

El artículo 52 de la LC dispone "*La declaración de concurso, por si sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado... Cuando el órgano jurisdiccional entendiere que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos";* y añade que "*los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo*..."

Por su parte, el artículo 53 de la LC señala que los laudos firmes dictados antes o después de la declaración del concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda, sin perjuicio de la acción de la administración concursal para impugnar los convenios y los procedimientos arbitrales en caso de fraude.

D) Efectos sobre los derechos de crédito

En cuanto a los efectos del concurso sobre los créditos -aplicables por tanto a los de tipo laboral-, los artículos 58, 59 y 60 de la LC contienen tres normas importantes:

- El artículo 58 de la LC establece que, una vez declarado el concurso, no procede la compensación de créditos y deudas del concursado salvo cuando los requisitos necesarios para la misma hubieran existido antes de la declaración del concurso.
- El artículo 59 de la LC dispone la regla general de suspensión del devengo de intereses. No obstante, los créditos salariales devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos, siempre que sea reconocido. Esta exigencia de reconocimiento muestra que la regla se aplica sólo a los créditos concursales. Este mismo artículo señala que los créditos sobre intereses tendrán la consideración de subordinados. En el convenio puede, sin embargo, pactarse el devengo de intereses y en la liquidación se satisfacen los intereses si hay remanente después de la totalidad de los créditos concursales.
- Finalmente, el artículo 60 de la LC, establece que desde la declaración del concurso hasta su conclusión queda interrumpida la prescripción para los créditos anteriores a la declaración y también las acciones contra los socios administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. El plazo de prescripción se inicia nuevamente en el momento de la conclusión del concurso.

D) Sobre actos perjudiciales a la masa: el reintegro de la masa activa.

Los efectos del concurso sobre los actos relacionados en perjuicio de la masa se regulan en los artículos 71, 72 y 73 de la LC estableciendo la defensa activa a través del ejercicio de acciones de reintegración que persiguen la rescisión de los actos perjudiciales para la masa realizados durante el denominado "periodo sospechoso", que es el de dos años anteriores a la declaración del concurso.

La rescisión procede, aunque el acto se haya realizado sin intención fraudulenta, estableciendo la LC un sistema de presunciones del perjuicio (art. 71.2 y 3).

En cuanto a los efectos de la rescisión, el artículo 73 dispone: La sentencia que estima la acción rescisoria debe declarar la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél con sus frutos e intereses.

El derecho a la prestación que pueda resultar como consecuencia de la rescisión a favor de quien haya intervenido en el acto rescindido pasa a tener consideración de deuda de la masa que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objetos del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerara crédito concursal subordinado.

2) Las extinciones, suspensiones y modificaciones colectivas de los contratos de trabajo.

2.1. Ámbito de aplicación de la norma.

El artículo 64 de la LC dispone: *"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*".

Esta norma supone una importante alteración del régimen laboral común sobre extinciones y modificaciones colectivas de las relaciones laborales: se somete a aprobación o decisión judicial las materias que, antes del concurso, quedaban determinadas por acuerdo entre la representación de los trabajadores y el empresario, o por decisión de éste, a falta de acuerdo.

El procedimiento previsto en el art. 64 de la LC se aplica, pues, a:

- Extinciones de contratos de trabajo de carácter colectivo.

- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (con régimen especial previsto para las condiciones pactadas en convenio colectivo).

- Traslados colectivos (en que habrán de tenerse presentes las especificadas contempladas en el apdo. 9 de la norma).

- Suspensiones y reducciones de jornada, tengan o no carácter colectivo.

La anterior referencia a las suspensiones y reducciones de jornada requiere una somera explicación. El carácter colectivo de las extinciones y las modificaciones de las condiciones de trabajo (traslados incluidos) no admite duda alguna, conforme al tenor literal de la norma. Para la determinación del carácter colectivo de las medidas se aplicarán los arts. 51.1 (extinciones), 41.2 (modificación de condiciones sustanciales) y 40.2 (traslados) del Estatuto de los Trabajadores (el art. 64.11 de la LC contiene una remisión expresa a las normas laborales, en todo lo que no se encuentre regulado en la norma).

En las suspensiones y reducciones de jornada no encontramos el adjetivo de "colectivas" en el texto del art. 64.1. Su redacción proviene de Ley 9/2015, de 25 de mayo, que trata de aclarar definitivamente la duda interpretativa que existía sobre este particular. Esta norma queda así concordada con el art. 8.2º de la misma LC, que

determina la competencia del juez mercantil para las "suspensiones colectivas" (incluyendo reducciones temporales de jornada); pero entendiendo por tales las previstas en el art. 47 del ET; norma que se refiere a cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la suspensión[1].

Aunque el texto de la norma es bastante desafortunado, la conclusión es clara: en cualquier tipo de suspensión de la relación laboral, o reducción de jornada ordinaria, se aplicará el art. 64 de la LC.

En otro sentido, también se han suscitado dudas en relación con los supuestos en que la extinción afecte a la totalidad de la plantilla, pero cuando esta no supere los cinco trabajadores.

El artículo 51.1 del ET dispone que "... se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a: a) 10 trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores, b) 10% de los trabajadores en empresas de entre 100 y 300 trabajadores y c) 30 trabajadores en empresas de más de 300 trabajadores...".

El artículo 64.10 de la LC, a que nos referimos más adelante, señala a la inclusión como despido colectivo el que resultaría de las acciones rescisorias individuales por incumplimiento del empresario. ¿Debemos atender exclusivamente a lo dispuesto en el artículo 51?1. del ET o puede admitirse la aplicación analógica del artículo 64.10 de la LC?

La solución es dudosa. El auto del juzgado de lo mercantil de Bilbao, del 3 de marzo de 2005 se ha inclinado por la aplicación analógica y por tanto se tramitará el expediente cuando la extinción afecte a la totalidad de la plantilla con independencia del número de trabajadores que la compongan.

2.2. Causas legitimadoras de las medidas; consecuencias económicas.

El artículo 64 de la LC no contiene regulación sustantiva de los supuestos que justifican las medidas extintivas, suspensivas y modificativas ni sus consecuencias, por lo que habrá de aplicarse el régimen laboral común. La propia declaración de concurso no sirve, por sí sola, como causa económica justificativa de las medidas, y deberá acreditarse la concurrencia de alguna de las contempladas en la legislación social.

Los artículos 40 y 41 del ET, para la modificación y la movilidad geográfica señalan como causas "las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa".

Para las extinciones y modificaciones se aplicarán las causas del artículo 51 del ET a las que se remite el artículo 47: "*cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en caso tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*", si se trata de causas económicas; para las causas técnicas, organizativas, y de producción, vid. apdo. III del art. 51.1 ET.

[1] Sobre esta cuestión interpretativa vid. MONTOYA MELGAR, A. : "*Derecho Laboral Concursal*", Aranzadi 2015. Se han utilizado los extractos de algunos capítulos de este libro publicados como archivos independientes en la base de datos de la editorial. La cita se corresponde con el capítulo "*Efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (I): las medidas de regulación de empleo*", pags. 11-17.

En todo caso, la doctrina precisa que la extinción se justifica, aunque las medidas no vayan encaminadas a superar la situación económica negativa, ni a mantener la actividad de la empresa, cuando la medida procedente es el cierre de la empresa[2]. Así lo refleja el mismo art. 51.1.IV del ET, o el art. 64.4 de la LC al referirse a las medidas para garantizar la viabilidad futura de la empresa, "*en su caso*".

La descentralización productiva puede en determinados casos ser una medida organizativa justificada.

También se rigen por las normas laborales los efectos de las medidas aplicadas, en particular las indemnizaciones y compensaciones, así como las acciones resolutorias que pueden ejercitarse como consecuencia de las modificaciones o traslados. Ello con la importante salvedad de la suspensión de ésta últimas, a que nos referimos más adelante.

2.3. Momento procesal de la solicitud. Medidas anteriores al concurso.

La obligación de utilizar el procedimiento judicial de comienza con la declaración del concurso. Desde ese momento, no cabe otra vía de abordar las medidas de tipo colectivo indicadas. Las medidas de tipo colectivo tramitadas fuera de ese cauce serán nulas (a ello probablemente se refiere el art. 124.11.IV de la Ley reguladora d la Jurisdicción Social, al contemplar los despidos realizados sin "autorización" del juez del concurso).

a) Más concretamente, el inicio del procedimiento podrá solicitarse una vez que los administradores hayan emitido su informe (art. 64.3 LC). Este sería el momento que la Ley considera adecuado para conocer la procedencia de las medidas extintivas o modificativas, a la vista de la información aportada por los administradores; en especial, la relativa a la situación económica de la empresa y su viabilidad futura.

El informe puede emitirse hasta tres meses desde la aceptación del nombramiento de administradores[3]; lo cual, a su vez ha requerido la previa declaración de concurso, designación de administradores y aceptación de éstos. La demora puede ser grave teniendo en cuenta la posible urgencia en adoptar cualquiera de estas medidas, para evitar mayores quebrantos económicos al patrimonio empresarial.

Por ello el propio 64.3 de la LC prevé la posibilidad de instar la adopción de estas desde la declaración del concurso cuando se acredite que "*la demora en la aplicación de las medidas colectivas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores*".

Acreditada esta urgencia, ninguna necesidad existe de esperar al informe de la administración concursal, cuya ausencia no genera ningún tipo de indefensión (STSJ Cataluña de 6 de mayo de 2015, (AS 2015/1328), F de Dcho. 2º.

b) La norma se refiere también a las medidas que se encuentran en trámite a la fecha de declaración de concurso. El art. 64.1.II dispone que la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso; allí se citará a las partes para que puedan justificar sus

[2] MONTOYA MELGAR op.cit., pag. 37; DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N. "*Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas",* 2007, pag.198.

[3] Art. 74 LC

posiciones, continuando ante el Juzgado las actuaciones en función de las realizadas anteriormente, que conservarán su validez.

c) Finalmente, si a la fecha de declaración de concurso el empresario hubiera adoptado ya las medidas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada, las mismas conservarán su validez, y deberán ser ejecutadas por la administración concursal. A estos efectos, la medida se entiende adoptada su hubiera sido ya comunicada a la autoridad laboral, en cumplimiento de los arts. 51.2 últ. párr. y 47.2.IX del ET[4]

A estos efectos, es importante destacar que corresponde a la jurisdicción laboral enjuiciar la impugnación de las medidas adoptadas por el empresario antes de ser declarado en concurso, pero en que la demanda se promueve con posterioridad a la declaración: STS de 27 de enero de 2015 (RJ 2015/474), F. de Dcho. 2º.

d) La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece varios casos en que la representación de los trabajadores aducía una conducta fraudulenta del empresario, para eludir la aplicación del art. 64. Se trataba de despidos colectivos consumados antes de la declaración del concurso, que fue instada pocos meses después de la medida adoptada.

Se alegaba que, a la fecha de tomar la decisión de despido colectivo, el empresario conocía ya su propio estado de insolvencia, e incumplió el deber de instar la declaración de concurso, impuesta en el art. 5 de la LC. En su sentencia de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6871), el Tribunal Supremo observa que no se había acreditado una situación económica de las previstas en el art. 2 de la LC, ni el consiguiente incumplimiento del empresario de instar el concurso. Importa destacar que la proximidad temporal entre el despido y la posterior solicitud de concurso no es indiciaria, a estos efectos, de una insolvencia ni mucho menos de una intención fraudulenta.

La STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6889), ya dictada por el Pleno de la Sala, se dicta en un supuesto muy semejante; pero su doctrina va más allá, y afirma que, aunque a efectos hipotéticos hubiera existido una infracción de la empresa del deber de solicitar el concurso, ello tampoco constituye por sí solo un fraude de ley. Recuerda el Tribunal que no cualquier infracción normativa es constitutiva de fraude, sino que para ello debe acreditarse una específica intención de eludir la aplicación de otra norma; prueba que tampoco concurre en el caso de autos.

Por último, los posibles perjuicios derivados de la extinción de la relación laboral anterior a la declaración de concurso -carácter ordinario del crédito de los trabajadores frente a la calificación como créditos contra la masa, si se hubiera seguido la extinción judicial- no sería tampoco causa de nulidad del despido; el problema habría de canalizarse, en su caso, mediante la exigencia de responsabilidad a los administradores de la empresa.

2.4 Procedimiento.

2.4.1. Partes del procedimiento.

[4] Llamamos la atención, mas sin poder ofrecer explicación alguna, que en estas previsiones sobre medidas colectivas iniciadas o adoptadas antes de la declaración del concurso se silencia lo relativo a las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo del art. 41 ET.

No existe una específica regulación de las partes del procedimiento judicial del artículo 64 de la LC.

En la posición empresarial, la solicitud de las medidas puede formularse por la administración concursal o por el deudor, no determinando el precepto si cualquiera de los dos puede formular indistintamente la solicitud, o si hay una selección legal en función de que el deudor conserve o no sus facultades de administración.

La representación de los trabajadores se encomienda a los señalados en el art. 41.4 del ET, por el orden y con las condiciones señaladas en el mismo. Es decir, representación unitaria o secciones sindicales que sumen más de la mitad de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, y así lo acuerden dichas secciones; en defecto de representación, comisión ad hoc formada por tres miembros, elegidos entre los trabajadores o elegidos por los sindicatos más representativos (a nivel general y en el sector de la empresa) que tuvieran legitimación para negociar un convenio colectivo.

A falta de los anteriores, el juez mercantil puede nombrar una comisión de hasta tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector a que pertenezca la empresa.

2.4.2. Tramitación.

La ordenación de este procedimiento judicial es insuficiente ya que el artículo 64 de la LC se limita a reproducir con algunas adaptaciones, las normas del artículo 51 del ET sin incluir las normas comunes de la LRJAPC. La omisión es grave pues con ella se difuminan en la ordenación de la LC los aspectos procesales más importantes en orden al carácter contradictorio del proceso (prueba, audiencia de las partes). Para integrar la laguna no se podrá recurrir a la LRJAPC, como se hace en el expediente de regulación de empleo ordinario, sino a los principios de la LEC y de la propia LC, aplicando el modelo del incidente laboral a la fase contradictoria del procedimiento judicial.

El procedimiento se inicia con la solicitud, una vez que se haya emitido el informe por la administración concursal (artículos 74 y 75 de la LC). Ello con la salvedad ya mencionada de la urgencia en la adopción de la medida para evitar mayores perjuicios a la viabilidad futura de la empresa, y al empleo existente.

La legitimación para iniciar el proceso corresponde al deudor, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores.

La solicitud contiene una pretensión de regulación de empleo y en este sentido equivale a una demanda, como señala el artículo 64.4 de la LC disponiendo que la solicitud debe exponer y justificar las causas motivadoras de las medidas pretendidas y el objetivo que pretende alcanzar, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. En todo caso será necesaria la aportación de la relación nominal de los trabajadores afectados y los datos que permitan el cálculo de las indemnizaciones y si la medida propuesta afectara a empresas de más de 50 trabajadores se deberá acompañar un plan que contemple, en su caso, “la incidencia de las medidas propuestas en la viabilidad futura de la empresa”.

En el artículo 64.5 de la LC sólo hace referencia a las medidas para posibilitar la continuidad del proyecto empresarial, olvidando que la empresa puede ser inviable. No hay reglas sobre el contenido de la solicitud cuando ésta la formulen los representantes de los trabajadores; pero como se trata de una pretensión, tendrá que estar determinada en su objeto y en sus fundamentos expresando razones por las que se inicia el expediente, aportando las correspondientes pruebas. Si la solicitud presentara defectos,

se concederá un plazo de subsanación de 10 días y si no se hiciese, el procedimiento se tendrá por desistido y se archivan las actuaciones.

Admitida la solicitud, el juez mercantil debe convocar a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas. En referencia a la administración concursal como única parte autorizada para negociar en periodo de consultas, sorprende que se haya prescindido del deudor cuando éste no tiene suspendidas sus facultades de administración y disposición y ha iniciado, el propio procedimiento conforme al artículo 64.2 de la LC. El periodo de consultas tendrá una duración de 15 días, o de 30 en empresas de más de 50 trabajadores.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes de los trabajadores del inicio del periodo de consultas deberá incluir copia de la solicitud y de los documentos que en su caso acompañen. Pero si la solicitud la presentan los representantes de los trabajadores, habrá que entregar copia a la parte empresarial (deudor, administración concursal o a ambos).

Las partes deberán negociar de buena fe sobre si la medida propuesta está o no justificada, el alcance de la medida y la posibilidad de reducir sus efectos; así como las compensaciones para los trabajadores afectados.

2.4.3. Acuerdo; referencia al importe de la indemnización.

El acuerdo sobre las medidas propuestas se celebra, en caso de alcanzarse, entre la representación de los trabajadores y la administración concursal. Así se desprende del art. 64.6 de la LC; de forma que, aunque el concursado conserve sus facultades de administración, el acuerdo debe ser consentido por la administración, omitiendo la ley toda referencia a la voluntad del deudor.

Por parte de los trabajadores, el acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de los miembros de la representación que haya intervenido, o de la comisión representativa de los trabajadores (la designada por los trabajadores o por el Juzgado); y ello siempre que, en ambos casos, los miembros que voten a favor representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros afectados por la medida. Norma ésta que presentará problemas de aplicación cuando los negociadores se hayan designado por su pertenencia a un sindicato.

El art. 64.6.IV contempla la posibilidad de que se pacten indemnizaciones superiores a las legales, "*ponderando los intereses afectados por el concurso*". Con ello se pone fin a la polémica sobre la admisibilidad de esta posibilidad. El criterio para acordar una indemnización superior dependerá de la suficiencia del patrimonio empresarial, de modo que en ningún caso se deberían ver afectados los derechos de los demás acreedores. La intervención de la administración en el acuerdo es una garantía de que así será, pues en otro caso incurrirían en responsabilidad personal por negligencia en sus funciones (LC 36).

Obtenido el acuerdo o transcurrido el plazo del periodo de consultas las partes comunicarán al juez el resultado de la negociación y el juez requerirá el informe de la Administración laboral sobre las medidas propuestas o sobre el acuerdo, si lo hay.

La Administración laboral deberá emitir el informe en un plazo de 15 días, pero superado el plazo el juez también podría tenerlo en cuenta a la hora de adoptar la posible resolución.

Si la representación de los trabajadores formula oposición nueva y aporta prueba, se recurre al trámite de audiencia previsto, ampliando en su caso los plazos.

El juez de lo mercantil también podría, al comunicar a la otra parte la solicitud de las medidas colectivas, darle un plazo para fijar su posición por escrito aportando los elementos de prueba que considere oportunos. También cabría la posibilidad de una comparecencia tas la terminación del periodo de consulta durante el plazo de informe por la administración, que curiosamente sí que tiene prevista la posibilidad de oír a las partes para la elaboración del informe del artículo 64.6 de la LC.

2.4.4. Resolución.

A partir de la recepción del informe de la administración laboral o transcurrido el plazo de 15 días, el juez mercantil tiene 5 días para dictar auto resolviendo sobre las medidas propuestas según el artículo 64 de la LC. El precepto distingue si existe acuerdo o no

Si hay acuerdo, el auto aprobará las medidas propuestas, salvo que se aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, no autorizando el acuerdo y determinando lo que proceda.

Si no hay acuerdo, el juez mercantil decide sobre la propuesta con poderes propios. El contenido de esta decisión debe autorizar nominalmente las extinciones, suspensiones o modificaciones propuestas y fijar en su caso las indemnizaciones aplicables.

2.4.5. Impugnación.

El artículo 64.8 de la LC establece dos vías de impugnación:

1- El recurso de suplicación -y recurso de casación para la unificación de doctrina- ante los órganos competentes del orden social, sin que estos recursos tengan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni sobre los incidentes concursales. Solamente están legitimados el deudor, la administración concursal, la representación de los trabajadores que hubiera intervenido en las consultas, y el FOGASA.

2- Acciones de los trabajadores de “cuestiones que se refieren estrictamente a la relación jurídica individual” y sustanciadas mediante incidente concursal laboral.

La primera sería la impugnación general a la que se contrapondría la impugnación individual a través del incidente laboral (por ejemplo, para excluir a un determinado trabajador o a varios de la medida acordada, para aumentar o reducir la indemnización que le corresponde etc.).

Las acciones planteadas por el incidente podrán llevarse a cabo no solo por los trabajadores sino también por la administración concursal, el empresario y otros sujetos legitimados.

En cuanto a los plazos en el recurso de suplicación hay que estar a los dispone el artículo 192 LPL sobre el anuncio de este recurso dentro de los cinco días contados a partir de la notificación del auto.

Para las impugnaciones individuales se establece el plazo de un mes[5] (art. 64.8.II).

3. La suspensión de las acciones rescisorias del contrato por modificación sustancial de éste o traslado.

Una norma importante es la que afecta a la opción de los trabajadores afectados por la modificación sustancial de sus condiciones laborales, por rescindir su contrato percibiendo la indemnización de 20 días por año de servicio, en caso de que tal modificación les causara un perjuicio (art. 41.3.II del ET).

El artículo 64.9 de la LC dispone que estas acciones quedarán en suspenso durante la tramitación del concurso, con un límite de un año desde que se hubiese aprobado dicha modificación. De forma que los trabajadores afectados deberán atenerse a la modificación establecida, no pudiendo accionar la resolución de su contrato durante ese tiempo.

Respecto del traslado colectivo, la suspensión se aplicará siempre que el nuevo dentro de trabajo se encuentre en la misma provincia y a menos de 60 kilómetros del centro de trabajo anterior; salvo que acredite que el desplazamiento de ida y vuelta supera el 25% de la jornada diaria, en cuyo caso podrá instar de inmediato la resolución de su contrato.

Se plantea la duda de su la norma se refiere a cualquier traslado, o sólo a los que impliquen un cambio de residencia, conforma al art. 40 del ET. Pues bien, en el supuesto del artículo 64.9. 2º de la LC plantea el problema de si, se está contemplando o no el traslado sin cambio de residencia. Parece que el sentido de la norma no puede ser otro que de excluir los traslados que impliquen cambio de residencia y que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 40 del ET, se concretan los criterios para entender cuando se produce éste.

La suspensión no afecta solo al ejercicio de las acciones resolutorias ante los órganos judiciales, pues impide también que se pueda acordar la resolución con trabajadores afectados.

4. Las acciones rescisorias por incumplimiento del empleador: su inclusión en el despido colectivo.

Otro aspecto importante es el efecto que tiene el proceso laboral concursal sobre las acciones rescisorias promovidas por el trabajador, por incumplimiento empresarial, y al amparo del art. 50 del ET.

El art. 64.10 de la LC dispone: "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 procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento 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 procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la

[5] Para las acciones anteriores a la reforma de la LC del año 2011 -en que la norma no establecía plazo alguno- el TS estableció el general de un año propio de las acciones derivadas del contrato de trabajo (STS24 de marzo de 2014, RJ 2014/2416).

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."

El efecto que impone la norma, es que las acciones resolutorias salgan del proceso laboral para su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el artículo 50 de la LC. Más concretamente:

- Desde la óptica procesal, los procesos en trámite ante la jurisdicción social quedarán en suspenso, y las actuaciones se remitirán el juez del concurso. Nótese que esta atribución se aplica a todas las acciones individuales pendientes de resolución firme. De modo que los procesos que estuvieran recurridos a través de cualquier medio de impugnación serán susceptibles de caer bajo el ámbito de esta norma.
- No se trata de una litispendencia en sentido estricto (STS 9 de febrero de 2015, RJ 2015/776), sino de la pérdida de competencia provisional de la jurisdicción laboral, hasta que el Juzgado de lo Mercantil se pronuncie sobre el fondo de la extinción. Esta situación se produce desde que el juez del concurso acuerde la apertura del proceso de despido colectivo, y afectará a las acciones individuales que se encontrasen pendientes de sentencia firme, y a las que se promovieran desde entonces; resulta, pues, intrascendente cuál de las acciones se promovió con anterioridad para determinar la competencia judicial (STSJ Galicia 9 de marzo de 2012, AS 2012/758).
- Desde la óptica sustantiva, es dudoso si el juez mercantil debe enjuiciar la pretensión conforme a los postulados del art. 50 del ET, o bien considerando a ese trabajador como incluido en la extinción colectiva que se ha planteado también. Parece que la "equiparación" de que habla la norma abunda en la segunda postura[6]

Un problema surge con si la inclusión de las acciones resolutorias en el expediente se limita a los aspectos procedimentales o tienen también consecuencias sustantivas en orden al enjuiciamiento de la causa extintiva. La doctrina se ha pronunciado a favor de la segunda opción señalando que la inclusión de las extinciones colectivas en el ámbito del expediente supone:

1- El enjuiciamiento de la causa extintiva no habrá de hacerse sólo en función del incumplimiento, sino que habrá que poner éste en relación con la situación económica de la empresa y valorar los propios efectos de las resoluciones sobre esta situación.

2- Las indemnizaciones aplicables serán las propias de la extinción colectiva de regulación de empleo, 20 días por año de servicio.

En ese sentido se pronuncia también la STS de 13 de abril de 2011 (RJ 2011/3951).

[6] "La atribución de la competencia al juez del concurso comporta al mismo tiempo la equiparación de las extinciones a instancia del trabajador con las extinciones objetivas. Todas ellas se colectivizan en atención a la situación de la empresa y en aras a alcanzar la finalidad del concurso." (STS 13 de abril de 2011)

5. Los despidos realizados fuera del ámbito del art. 64.

5.1. Problemas de coordinación de las extinciones del contrato de trabajo durante el concurso.

El carácter limitado del artículo 64.10 de la LC deja sin resolver el problema de coordinación entre los despidos que puedan acordarse por la vía del expediente judicial de regulación de empleo y las extinciones que se producen o se instan fuera del él (extinciones extravagantes).

Podrían aprobarse judicialmente dos extinciones con regímenes de indemnización distintos, una por despido colectivo por el juez mercantil y otra por despido individual por el juez social y podría llegarse también a dos resoluciones también incompatibles (condena a la readmisión en un contrato ya extinguido por despido colectivo).

El problema se extiende a las resoluciones individuales que tampoco están incluidas en el artículo 64.10 de la LC, y desde luego es una vía para poner en crisis el sistema de la LC pues dada la lentitud de expediente, la posibilidad de abrir la vía de las indemnizaciones superiores mediante la alegación de despidos tácitos es relativamente fácil.

Sentencias del TSJ Castilla-La Mancha establece que no procede a la suspensión del proceso de despido porque se haya iniciado en el concurso un expediente judicial de despido colectivo. La solución se razona en atención a que los despidos individuales quedan dentro de la competencia del juez social porque no son ni despidos colectivos ni resoluciones colectivas del contrato. De esta forma no entran en la competencia declarativa del juez mercantil y no pueden ser acumulados al concurso conforme al artículo 51.1 de la LC que señala “Los juicios declarativo en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuaran sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia” y ello, aunque se trate de despidos tácitos que podrían conectarse con la inactividad de la empresa, que a su vez se vincula a la situación de crisis patrimonial que determina la declaración del concurso.

En cualquier caso, observamos las limitaciones de la regulación: por defecto, al dejar fuera del expediente cuando éste se tramita, las extinciones individuales “económicas” extravagantes de los mismos trabajadores incluidos en el expediente y por exceso, al haber llevado al concurso una institución tan desfasada y disfuncional como el expediente de regulación de empleo.

En el concurso tendría que haberse aplicado el sistema del artículo 41 del ET: iniciativa empresarial o de la administración concursal, periodo de consultas, acuerdo o decisión empresarial unilateral y control judicial posterior.

5.2. Los despidos tácitos.

Una situación frecuente en los contextos concursales será el del cierre material del centro de trabajo; lo que será normalmente considerado como un despido tácito, si va unido a otras circunstancias también habituales (falta de bajo, baja en SS, …).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en el tipo de casos en que el cierre de la empresa, con falta de ocupación efectiva, es posterior a la solicitud de concurso. Casos éstos en que no procede la reclamación por despido tácito, sino que los trabajadores

han de articular su pretensión a través de la solicitud de despido colectivo, al amparo del art. 64 de la LC.

En este sentido pueden verse las SSTS de 3 de julio de 2012 (RJ 2012/10679) y 23 de octubre de 2013 (RJ 2013/ 8115).

5.3. Los despidos individuales.

En cuanto a la posibilidad de efectuar despidos individuales, al amparo de las diversas figuras existentes en el ordenamiento laboral, o simplemente despidos sin causa alguna, debe decirse lo siguiente.

La previsión del art. 44.1 de la LC, y el loable deseo de conservación de la empresa, no es ningún límite a la facultad del empresario de efectuar este tipo de despidos. Más dudoso es si su capacidad se ve mermada por la incoación misma del concurso. A estos efectos, puede plantearse si la decisión de despedir se encuentra o no incluida en los "actos propios de su giro o tráfico" del art. 44.2.II de la LC, sobre los actos que puede realizar el deudor antes de ser designados los administradores.

Pero ninguna duda nos cabe que la conciliación otorgada por el empresario, en que se reconozcan las consecuencias económicas de un despido improcedente -con grave quebranto para la masa pasiva- no puede encajar en aquella categoría, y necesitará en todo caso del concurso de los administradores.

Finalmente, puede plantearse la rescisión de este tipo de actos (avenencia al reconocimiento de la improcedencia de un despido, con opción por la indemnización), realizada previamente a la solicitud de concurso, cuando se acreditarse un claro perjuicio para el patrimonio empresarial; y toda vez que s e podrá argumentar la posibilidad de haber reconocido estas extinciones a los proceso de despido colectivo, y que el montante de la indemnización se debió a una pura decisión empresarial perjudicial para el resto de acreedores.

6. Reglas de extinción y suspensión de los contratos de Alta Dirección durante el concurso*.*

El concurso y la Alta Dirección:

Quedan incluidos en el artículo 65 de la LC los directivos 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 y que sólo se limita por los criterios e instituciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de la administración y gobierno de la entidad que ostenten esa titularidad.

El artículo 65 de la LC contiene cuatro reglas:

1- Autoriza la suspensión y extinción del contrato de trabajo por la administración concursal.

2- Faculta al alto directivo para extinguir el contrato de trabajo en caso de suspensión de éste.

3- Moderación judicial de la indemnización aplicable en caso de extinción.

4- Prevé la posibilidad de un aplazamiento del pago de la indemnización.

La suspensión del contrato:

El artículo 65.1 de la LC dispone que durante la tramitación del concurso la administración concursal, por propia iniciativa o a instancias del deudor podrá suspender los contratos de trabajo de éste con el personal de alta dirección.

La suspensión del contrato, durante la tramitación del concurso, se adopta sin necesidad de invocar causa alguna, aunque el alto directivo puede reaccionar pidiendo la resolución del contrato. Por lo tanto, no será necesario acudir al expediente judicial de regulación de empleo para suspender el contrato de trabajo del alto directivo. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal laboral. La sentencia será recurrible en suplicación.

Se vuelve a consagrar una competencia mayúscula de la administración concursal, incluso cuando el deudor no tiene suspendidas sus facultades patrimoniales.

La extinción del contrato.

La administración concursal puede también, por propia iniciativa o a iniciativa del deudor, la extinción del contrato de trabajo del alto directivo durante la tramitación del concurso. La concursal vuelve a entrar aquí en el poder de disposición del empresario deudor que no ha sido suspendido de sus facultades patrimoniales. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez de concurso a través del incidente concursal laboral. La sentencia será recurrible en suplicación. El desistimiento no requiere motivación, pero puede impugnarse por el alto directivo ante el juez mercantil.

La extinción del contrato a instancia del alto directivo:

La extinción del contrato a instancia del alto directivo puede continuar produciéndose durante el concurso por cualquiera de las causas del artículo 10 del RD 1382/85 (desistimiento preavisado y resolución por incumplimiento empresarial), aunque con las especialidades que derivan del régimen de moderación de indemnizaciones.

La LC crea, sin embargo, otra causa extintiva más que puede invocarse por el alto directivo, pues el artículo 65.2 establece que en caso de suspensión del contrato, podrá extinguirse a instancia del alto directivo, con preaviso de 1 mes, y con la indemnización que proceda conforme al artículo 10.3 del RD 1382/85, que remite al artículo 11.1 de la misma disposición: 7 días por años de servicio con tope de 6 mensualidades o la indemnización superior que se pacte mediante cláusula de blindaje que deberá ser moderada.

La exigencia de preaviso indica que la extinción se produce automáticamente mediante declaración de voluntad del alto directivo, sin necesidad de intervención judicial, lo que, sin embargo, no excluye la demanda ante el juez del concurso si la resolución no se acepta de contrario o la administración concursal insta la moderación de la

indemnización aplicable. Por otra parte, la exigencia del preaviso no se justifica en relación al contrato suspendido.

Moderación de las indemnizaciones:

Especial importancia en el régimen del alto directivo en el concurso tiene el número 3 del artículo 65 de la LC que establece que, en caso de extinción del contrato, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponde al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato. Se añade que en la moderación se aplicará el límite previsto en la legislación laboral para el despido colectivo. La motivación es clara: reducir el peso de las cláusulas de blindaje, sobre la masa activa del concurso.

La moderación operará sobre las indemnizaciones pactadas, no sobre las legales, con el tope de 20 días de salario por año de servicio y el máximo de 12 mensualidades.

La moderación la realizará el juez del concurso siempre a instancia de parte.

La vía procedimental es problemática porque depende de la opción que se aplique en la alternativa entre el incidente concursal o el incidente laboral y, también depende de cómo se haya instrumentado la decisión extintiva. Si ésta corresponde a la administración concursal y ha sido impugnada, la decisión judicial sobre la indemnización se adoptará en el mismo proceso incidental en que se ventile la impugnación del cese, pero si la extinción no es impugnada la propia administración concursal tendrá que dirigirse al juez mercantil para que éste modere la indemnización aplicable, demandando al alto directivo.

El aplazamiento del pago de la indemnización:

El régimen de los contratos de alta dirección en el concurso se cierra con el número 4 del artículo 65 de la LC, que señala que la administración concursal podrá solicitar al juez del concurso que el pago de la indemnización se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación.

Esta regla se explica en función de la previsión que contiene el artículo 172.2.3ª de la LC, a tenor del cual la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieren 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.

El aplazamiento tiene, por tanto, en cuenta la posición especial del alto directivo en la empresa y su posible implicación en las circunstancias que hayan podido determinar la calificación del concurso como culpable.

El juez mercantil actúa a instancia de la administración concursal y la solicitud de aplazamiento habrá de tramitarse en el incidente concursal, porque se trata de una decisión más de este carácter que del propiamente laboral.

El aplazamiento puede pedirse y acordarse antes del inicio de la pieza de calificación, pues no hay que olvidar que la indemnización del alto directivo es un crédito contra la masa que ha de satisfacerse a su vencimiento, conforme al artículo 154. de la LC.

7. Concurso y negociación colectiva.

Las relaciones entre negociación colectiva y el concurso presentan dos vertientes:

1- Los efectos del concurso sobre el convenio colectivo aplicable en la empresa.

2- El desarrollo de la negociación colectiva durante el concurso.

En cuanto al primer punto, la regulación se encuentra en el artículo 66 de la LC, que es un complemento del artículo 64 de la misma en la medida en que contempla el convenio colectivo desde la perspectiva de su modificación dentro del ámbito del concurso, recordando el régimen común que se deriva del artículo 41 del ET y que supone:

1- La modificación de las condiciones de trabajo en el convenio colectivo estatutario sólo puede realizarse respecto a las materias mencionadas en los apartados b (horario), c (régimen de trabajo a turnos), d (sistema de remuneración) y e (sistema de trabajo y rendimiento).

2- Que la modificación ha de ser acordada con los representantes de los trabajadores, con lo que queda fuera del artículo 64 de la LC y continúa rigiéndose por las normas laborales comunes del artículo 41 del ET. El ámbito efectivo de estas modificaciones es, sin embargo, muy reducido en la medida en que la jornada y el régimen salarial, la determinación del importe concreto de las retribuciones y simplemente el sistema de remuneración, quedan al margen de la modificación por la vía del artículo 41 del ET.

Para la modificación de estas condiciones en relación al régimen salarial hay que acudir a la cláusula o al acuerdo de descuelgue del artículo 82.3 del ET. Por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados se podrá proceder previo desarrollo de un periodo de consultas, a no aplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea éste de sector o de empresa que afecten a las materias propias de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El segundo problema es la incidencia de la declaración del concurso sobre la negociación colectiva.

¿Puede negociarse y aprobarse un convenio colectivo durante el concurso?

Distinguimos entre convenios de ámbito supra empresarial y los de ámbito empresarial o inferior.

En los primeros la eventual declaración del concurso no tiene ninguna relevancia porque la empresa ni es parte de la negociación ni define el ámbito del convenio.

Si la unidad de negociación es la empresa o algún ámbito inferior, la declaración del concurso tendrá algunas consecuencias relevantes:

En primer lugar, la legitimación para negociar por parte de la empresa queda alterada como consecuencia de las reglas sobre la limitación de la capacidad del empresario: Negociará el empresario, pero con intervención de la administración concursal o ésta con exclusión del empresario, según se haya aplicado el régimen de intervención o el de suspensión en el esquema de artículo 40 de la LC, que hace referencia a las facultades patrimoniales de administración y disposición del deudor.

En segundo lugar, el contenido de la negociación también quedará afectado por el concurso en la medida en que la representación de la empresa tendrá que aceptar las limitaciones que a la gestión patrimonial impone el artículo 44 de la LC, atender a “la

conservación de la masa activa del modo más conveniente a los intereses del concurso", lo que hará difícil los acuerdos de incremento salarial.

8. Concurso y trasmisión de empresa.

En nuestro ordenamiento laboral la venta de la empresa en el marco del procedimiento concursal se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de trasmisión de empresas a efectos de la aplicación del régimen de garantías para los trabajadores: Manteniendo los contratos de trabajo con subrogación del adquiriente y responsabilidad solidaria de éste en las obligaciones anteriores a la trasmisión.

En este sentido es particularmente claro el artículo 51.11 del ET a tenor del cual en los supuestos de venta judicial de la empresa o de parte de la misma será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 del propio ET "cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial".

La rigidez de la fórmula aplicada en la legislación unida a la dureza del régimen de responsabilidad solidaria que se impone al adquirente provocó múltiples problemas tanto para el mantenimiento de la actividad empresarial en los procesos de liquidación (el llamado efecto "cementerio de empresas" del artículo 44 del ET), como para las operaciones de "salvamento" de empresas protagonizadas por los propios trabajadores con la finalidad de mantener sus puestos de trabajo.

La LC no ha supuesto cambios significativos de este régimen, aunque introduce alguna moderación. Las previsiones sobre la trasmisión de la empresa se contienen tanto en la regulación del convenio como en la regulación de la liquidación.

Para el convenio el artículo 100.2 señala que en la propuesta del convenio podrá incluirse proposiciones de enajenación de la totalidad o de determinadas unidades productivas. Estas proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta del convenio.

La regulación de los efectos laborales de la trasmisión de empresa es más detallada para la liquidación. Se distinguen dos supuestos:

-El primero se produce cuando hay plan de liquidación el artículo 148.1 de la LC prevé que el plan de liquidación debe contemplarse siempre que sea factible "la enajenación unitaria del conjunto de establecimiento, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos".

El plan de liquidación tiene que someterse a informe de los representantes de los trabajadores a efectos de que puedan formar observaciones o propuestas de modificación, que, de formularse, se resuelven por auto.

El régimen laboral de estas trasmisiones dependerá de su objeto. Si se trasmite la empresa en su conjunto o unidades productivas autónomas se aplicará el artículo 44 del ET y si la trasmisión sólo comprende elementos patrimoniales aislados, queda fuera del régimen de este artículo.

En cualquier caso, el número 4 del artículo 148 de la LC señala que en caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan extinción o suspensión de los contratos de trabajo o modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC. Esto será lo que suceda

cuando la trasmisión de elementos aislados imponga la extinción de los contratos de trabajo afectados.

Si hay trasmisión de empresa y el nuevo empresario tiene que recurrir a la adopción de medidas extintivas, suspensivas o modificativas, ya no se aplicará el artículo 64 de la LC sino, los artículos 41, 47 y 51 del ET, como, para la extinción recuerda el artículo 51.11 del ET.

-En cuanto a la liquidación sin plan puede implicar también una trasmisión sometida al régimen del artículo 44 del ET o una trasmisión de elementos aislados.

El artículo 149 de la LC señala que, si las operaciones de liquidación sin plan suponen la extinción, suspensión o modificación de condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC.

Pero el artículo 149.2 de a LC establece que, si la enajenación se realiza manteniendo la identidad económica de la empresa, se aplicará el régimen del artículo 44 del ET, aunque con una excepción importante, porque se autoriza al juez del concurso para acordar que “el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendiente de pago anteriores a la enajenación que será asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del ET”.

La referencia a la subrogación es incorrecta, lo que limita el precepto es la responsabilidad solidaria que se impone al cesionario respecto a las obligaciones anteriores a la trasmisión. La norma exonera al adquirente de la responsabilidad, pero únicamente de los importes de las deudas que le correspondería abonar al FOGASA.

Fuera de estos casos, la apreciación de una sucesión de empresa es discutible. Tan sólo citamos, por una parte, la STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2014 (AS 2015/169), que con criterio aceptado se pronuncia en contra de la subrogación empresarial en los casos de venta precedida de una liquidación concursal, con cita de las Directiva comunitaria aplicable, y en cuyo detalle no podemos entrar.

Por otra parte, encontramos la STS de 29 de octubre de 2014 (RJ 2014/6149), en que confirma la apreciación de sucesión de empresa establecida por los órganos inferiores, determinando la competencia de la jurisdicción social para tal apreciación, confirmando la condenan de la nueva empresa a abonar la diferencia de indemnización percibida por los trabajadores con cargo al FOGASA.

TERCERA PARTE

LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL CONCURSO

1) CONCURRENCIA DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

El concurso surge para ordenar una concurrencia de acreedores frente a un deudor común. Junto a la prioridad temporal en las ejecuciones singulares, se admite la existencia de créditos preferentes. La preferencia consiste en la cualidad que tiene un crédito para ser satisfecho antes que otro y se materializa a través de dos instituciones: el privilegio y la garantía real.

El privilegio, puede ser general o especial, es una preferencia de cobro, por lo que no puede aplicarse cuando los bienes del deudor se han trasmitido a un tercero.

La garantía real nace normalmente de la iniciativa privada en atención a consideraciones económicas: La necesidad de atender a las necesidades de financiación en mejores condiciones de las que, de acuerdo con el mercado financiero, se aplicaría sin esa garantía.

Cuando existe una situación de insolvencia del deudor y una pluralidad de acreedores, la ejecución singular resulta un mecanismo procesal insuficiente para resolver la concurrencia. En el concurso hay una satisfacción coordinada de los créditos a través de dos medidas:

La primera de carácter procesal, que consiste agrupar la ejecución dentro de un mismo proceso, evitando el desorden de las ejecuciones separadas; incluso los créditos con privilegio especial, que tienen la facultad de separarse de la ejecución del concurso, tienen que ejecutarse ante el juez del concurso.

La segunda, introduce la clasificación de créditos bajo los principios de jerarquía y de igualdad.

La existencia del concurso y la necesidad de conservar la actividad profesional o empresarial del deudor lleva a incorporar otro instrumento para atender a los créditos nacidos después de la declaración del concurso y para cubrir necesidades de este. Se trata de los créditos contra la masa.

2) CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

Los créditos contra la masa se definen como los que genera la propia existencia del concurso, tanto en su vertiente procedimental (costas y gastos judiciales), como por el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor.

A) Créditos contra la masa impropios.

En su régimen jurídico destaca, por una parte, su extraconcursalidad (no se les aplican las reglas de comunicación y reconocimiento, ni experimentan los efectos que la declaración del concurso produce sobre los créditos concursales) y, por otra parte, su régimen de satisfacción que se rige por la prededucción y el pago al vencimiento.

La regulación de los créditos contra la masa se contiene en el artículo 84 de la LC. Comienza con una ficción, estableciendo un crédito contra la masa impropio: los créditos por salarios por los últimos 30 días trabajados antes de la declaración y en cuantía que

no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Se considera crédito contra la masa a algo que no lo sería porque ni nace después de la declaración del concurso, ni surge para atender las necesidades de éste.

Comprenderán estos créditos las percepciones económicas que percibe el trabajador por cuenta ajena, con exclusión de las cantidades percibidas en concepto de indemnizaciones, o prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social ni los salarios de tramitación que se consideran indemnizaciones. No se trata de los 30 días inmediatamente anteriores a la declaración, ocurriendo así sólo cuando se haya trabajado todos esos días.

Por último, en cuanto al límite cuantitativo, existe polémica en cuanto a la inclusión de las pagas extraordinarias en la cuantía, pero la doctrina del tribunal supremo en materia de seguridad social ha señalado que el SMI es únicamente el establecido como tal en la forma prevista en el artículo 27 del ET. También se ha debatido si, a efecto de topes, debe tomarse el SMI vigente en el momento del devengo del salario adeudado o el de la fecha en que se dictó el auto, pronunciándose la doctrina por la segunda opción.

El carácter de crédito de la masa se traduce en el beneficio de la "prededucibilidad", en el sentido en que ha de hacerse efectivo su abono "antes de proceder al pago de los créditos concursales" a cuyo efecto "la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derecho necesarios" para hacer efectiva su satisfacción (154.1 de la LC). Pero únicamente los bienes y derechos no afectos al pago de los bienes con privilegio especial, estableciendo que en caso de resultar insuficiente lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos.

Hay, por otra parte, diferencias entre los créditos por los últimos 30 días de salario y el resto de créditos contra la masa, ya que se señala que aquéllos se pagarán "de forma inmediata", mientras que para los restantes lo serán en "sus respectivos vencimientos". Se puede pensar que el crédito por salarios de los últimos 30 días se antepone sobre cualquier otro crédito sobre la masa, pero también se ha sostenido que en realidad pago inmediato y pago al vencimiento son expresiones equivalentes, pues el crédito que se abona a su vencimiento se paga también de forma inmediata.

B) Créditos laborales surgidos como consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial.

El artículo 84.2. 5º de la LC señala como créditos contra la masa a "*los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso*" y hasta que "*el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso*". Por ello, algunos créditos contra la masa se producirán por la continuidad y otros por el cese siempre que éste se haya producido después de la declaración del concurso y antes de la aprobación judicial del convenio o de la conclusión del concurso. Los créditos anteriores a la declaración serán créditos concursales y los posteriores a la aprobación del convenio o conclusión del concurso ya no podrán ser créditos contra la masa y serán créditos contra el deudor ya fuera del concurso.

También se consideran créditos contra la masa los generados tras la aprobación del convenio concursal, y una vez que el mismo ha sido incumplido por el empresario (STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 2012, RJ 2012/912)

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el ámbito de los créditos generados por la actividad es más amplio que la referencia a los créditos laborales incluyendo indemnizaciones y recargos de prestaciones. En cuanto a los créditos laborales lo serán la totalidad de las obligaciones que para el empresario surgen del contrato de trabajo

extendiéndose a las obligaciones derivadas de las normas laborales (sanción por infracción de una norma laboral).

En todo caso los créditos laborales típicos son:

1- Los salarios en todas sus formas (artículo 26.1 del ET), incluida la retribución de los periodos de descanso computables como de trabajo (domingos, festivos, vacaciones, permisos retributivos e interrupción de la jornada con derecho a retribución).

También las percepciones extra salarial que comprende los conceptos no salariales que compensan gastos realizados por el trabajador (suplidos, quebranto de moneda, dietas, plus transporte o distancia etc). Los salarios y las retribuciones extra salariales que tienen consideración de créditos contra la masa son aquellos cuyo devengo se produce dentro del periodo comprendido en el ámbito temporal de las deudas de la masa.

2- En relación a las indemnizaciones se establece la posición temporal del crédito por éstas en función de la fecha del despido y no de la fecha de la resolución judicial que declara la extinción. El artículo 84.2. 5º de la LC señala que "*los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenadas por el juez del concurso, se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento*".

Hay otras posibles indemnizaciones laborales que no se mencionan en el artículo 84.2. 5º de la LC como las compensaciones por traslados o las indemnizaciones adicionales por contingencias profesionales que podrán ser deudas contra la masa si nacen dentro del ámbito temporal del artículo 84 de la LC.

3- Y finalmente el recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas de una contingencia profesional que se reconocen a cargo del empresario cuando la lesión se produce como consecuencia de una infracción de una norma de la seguridad. El incremento de entre el 30 y el 50% en función de la gravedad de la infracción (artículo 123 de la LGSS).

Un accidente de trabajo o una enfermedad profesional pueden poner en marcha tres vías de reparación: las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida que ésta opera en los riesgos profesionales como un seguro público obligatorio de la responsabilidad del empresario, el recargo, y la indemnización civil adicional.

En el recargo, el problema fundamental consiste en determinar su inclusión en el ámbito temporal propio de las deudas contra la masa, porque a estos efectos hay que distinguir entre el momento del accidente, el surgimiento de la situación protegida que da lugar a la prestación incrementada por el recargo y el restablecimiento de la existencia de la infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales. El crédito nace con la situación protegida que da derecho a la prestación correspondiente.

Los créditos a la masa se abonan a su vencimiento cualquiera que sea el estado del concurso y mediante la operación de prededucción. Tiene preferencia, por tanto, frente a créditos concursales, salvo créditos con privilegio especial.

3) CREDITOS CONCURSALES.

A) Concepto y clases de créditos concursales.

Los créditos concursales son los que ya existían en el momento de la declaración del concurso. La clasificación de estos créditos se establece en el artículo 89 de la LC, que distingue tres clases de créditos concursales: los privilegiados, los ordinarios y los subordinados.

Los créditos concursales ***privilegiados***, tiene a su vez una subclasificación que diferencia entre privilegiados especiales y privilegiados generales en relación de los bienes sobre los que opera la preferencia, siendo generales cuando afecte a la totalidad del patrimonio del deudor y especial cuando afecte a determinados bienes. Los créditos privilegiados tienen preferencia para el cobro y pueden desvincularse del convenio.

El artículo 89.2 de la LC señala que no se admitirán en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocida en esta ley y el número 3 de este artículo añade, que "se entenderán calificados como ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta ley como privilegiados ni como subordinados".

B) El régimen de los créditos laborales concursales.

El artículo 90.1. 3º de la LC dispone que son <u>créditos privilegiados especiales</u> "*los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados (crédito que se contrae y se emplea en la construcción, conservación o reparación de una cosa), incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado*". El crédito tiene por objeto la remuneración por parte del empresario de los servicios prestados por el trabajador en la elaboración de los bienes refaccionarios sobre los que recae el privilegio. Se discute si el crédito expresa el valor total del bien o el valor de la aportación del trabajador.

Este privilegio lo recoge la LC del artículo 32 del ET.

El artículo 90.2 de la LC aclara que para los créditos refaccionarios de los trabajadores no se exigen formalidades especiales, únicamente la existencia de un crédito en virtud de un trabajo en la elaboración de un bien material mueble o inmueble en propiedad o en posesión del concursado.

En caso de concurrencia de privilegios especiales, el artículo 155 de la LC establece que, "*si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*".

Si el crédito con privilegio especial refaccionario no se cubre con el valor obtenido de los bienes sobre los que recae, podrá satisfacerse dentro del concurso como crédito con privilegio general o crédito ordinario, según la clasificación que le corresponderá en estas categorías.

El titular tiene derecho de abstención en los términos del artículo 123 de la LC y con los efectos del artículo 134 de la misma ley. No queda vinculado, en relación con este crédito, por el contenido del convenio salvo que hubiera votado a favor de la propuesta o hubiera formado o se hubiera adherido a ésta.

Los créditos concursales con <u>privilegio general</u> se enumeran en el artículo 91. 1º de la LC:

1- "*Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días pendientes de pago".*

2- "Las indemnizaciones derivadas de las extinciones de los contratos, en las cuantías correspondientes al mínimo legal calculada sobre una base que ni supere el triple del salario mínimo interprofesional".

3- "Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional".

4- "Los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso".

El artículo 89.3 de la LC dispone que los créditos concursales ordinarios son los que no se consideran privilegiados, ni subordinados.

El artículo 157 de la LC señala que el pago se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, abonándose a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte de éstos que no hubiere sido satisfecha con cargo a los bienes o derechos afectados.

Los créditos ordinarios no tienen derecho de abstención y, por tanto, quedan vinculados por el convenio y ello, aunque no hubieran sido reconocidos (artículo 134.1 de la LC). Tienen, sin embargo, derecho de asistencia a la Junta y de voto en ella (artículo 118 y 122 de la LC).

Finalmente, los créditos concursales subordinados se definen en su inclusión en alguno de los tipos que contiene la lista de créditos del artículo 92 de la LC, en la que se aplican seis criterios de calificación: comunicación tardía, calificación contractual, versar sobre intereses o sobre sanciones, vinculación personal del titular y la concurrencia de la mala fe en caso de créditos afectados por rescisión contractual.

Los créditos subordinados no se abonan hasta que no se hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y, su pago se realizará siguiendo la orden de graduación del artículo 92 aplicando, en su caso, la prorrata dentro de cada número (artículo 158 de la LC).

En el plano político su titular tiene derecho a asistencia a la Junta, pero carece del derecho a voto. Estos créditos subordinados quedan afectados a las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los créditos ordinarios, pero se precisa que "los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto a estos últimos", con lo que su situación se agrava.

No son créditos concursales ni contra la masa, y serán percibidos directamente por los trabajadores, aquellos cuyo importe fue consignado por el empresario para recurrir en suplicación o casación: SSTS 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1756) y 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/7482).

4) CREDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONCURSO.

A) Consideraciones generales.

Existen dos grandes tipos de créditos de la Seguridad Social: los créditos de la Administración de la Seguridad Social y los créditos de los beneficiarios de la misma.

Los primeros, a su vez, pueden ser de dos clases: créditos de Derecho Público, mencionados en el artículo 91.4 de la LC, y créditos de Derecho Privado derivados de la gestión de sus recursos patrimoniales, a los que se refiere el artículo 86.1.d de la LGSS.

Los créditos de la Seguridad Social de los beneficiarios son créditos por prestaciones que sus titulares ostentan frente al empresario u otras personas, en su condición de responsables del pago de las correspondientes prestaciones.

La LC sólo regula los créditos de Seguridad Social de la Administración para incluirlos en el privilegio general en los apartados 2º y 4º pero estos créditos pueden ser también deudas contra la masa e igualmente concursales de privilegio especial, ordinarios o subordinados.

Para determinar cuáles son esos créditos hay que tener en cuenta dos preceptos. El primero, el artículo 86 de la LGSS, diferencia tres tipos de recurso de la Seguridad Social:

1) Recursos de Derecho Público afectados a la financiación de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social.

2) Recursos de Derecho Público afectados a la financiación de la modalidad contributiva.

3) Recurso de Derecho Privado.

No entran dentro de los créditos de la Seguridad Social a efectos del concurso: los recursos de Derecho Privado, los recursos destinados a la financiación de la Seguridad Social no contributiva y recursos para la asistencia sanitaria transferida a la Comunidades Autónomas porque se trata de consignaciones presupuestarias o de transferencias entre entes públicos, que están excluidos del concurso conforme al artículo 1.3 de la LC.

Por el contrario, los recursos destinados a la financiación de la modalidad contributiva pueden tener la consideración de créditos de la Seguridad Social de la Administración, pero de la relación del artículo 86.1 de la LGSS no la tendrán: los recursos patrimoniales (apartado e) y las aportaciones del Estado (apartado a) que quedan al margen del concurso.

De esta forma los créditos de la Seguridad Social son: los créditos por cuotas (apartado b) y los provenientes de recargo, sanciones y conceptos análogos (apartado e).

Pero existen créditos de la Seguridad Social fuera del artículo 86 de la LGSS completándose con en el artículo 1.1 RGRSS relacionando los ya señalados (cotizaciones, sanciones y recargos) con otros, creando una lista de recursos:

1) Aportaciones que deban efectuarse a favor de la Seguridad Social en virtud de norma o concierto que tenga por objeto la dispensación de servicios que constituyan prestaciones de la Seguridad Social.

2) Aportaciones para el sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social y de contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, a efectuar por las Mutuas de Accidentes de Trabajos y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

3) Los capitales coste de pensiones o de renta y otras cantidades que deban ingresar la Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas declaradas responsables de prestaciones por resolución administrativa.

4) Aportaciones por reaseguro.

5) El importe de los recargos de prestaciones.

6) Los reintegros de préstamos que tengan carácter de inversión social.

7) Los premios de cobranza o de gestión que se deriven de la recaudación de cuotas u otros conceptos para Organismos y Entidades ajenos a la Seguridad Social.

8) El importe de contraprestaciones e indemnizaciones en los contratos administrativos.

9) Las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas o para ayudas previas a las jubilaciones ordinarias.

10) Las aportaciones por integración de entidades sustitutorias.

11) Los reintegros de prestaciones indebidamente percibida.

12) El reintegro de cantidades indebidamente compensadas o deducciones indebidamente practicadas en los boletines de cotización.

13) Las costas procesales impuestas a las personas que hayan litigado contra la Administración de la Seguridad Social.

14) Otros ingresos de la Seguridad Social distintas, que tengan el carácter de ingresos de derecho público.

15) Los recargos e intereses que procedan sobre los conceptos anteriormente enumerados.

B) Distintas posiciones del crédito de la Administración de la Seguridad Social en el concurso:

B1) Privilegio general del crédito de Seguridad Social: retenciones y créditos.

El artículo 91 de la LC otorga el privilegio general a dos conceptos relacionados con los créditos de la Seguridad Social: retenciones y créditos de la Seguridad Social.

El primer concepto se menciona en el apartado 2º y refiere a “las cantidades correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal”.

La particularidad del concepto surge como consecuencia del procedimiento de recaudación. La cuota es el resultado de aplicar un tipo de cotización a una base, pero en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena hay dentro de la cuota dos aportaciones: la del empresario y la del trabajador, que se determina aplicando a la misma base dos fracciones del tipo. El empresario está obligado al pago de su fracción, pero debe también descontar la fracción de cuota del trabajador en el momento de abonarle su retribución mensual e ingresar su importe al practicar la liquidación del mes.

Desde el momento que se practica ese descuento el empresario se convierte en deudo frente a la TGSS de la fracción de cuota del trabajador porque éste ya ha pagado y si aquél no ingresara la fracción de cuota podrá incurrir en apropiación indebida. La particularidad de este crédito consiste en que goza de privilegio general en todo su importe, sin aplicación de la limitación del número 4 del artículo 91 de la LC.

Las retenciones tienen un privilegio general de segundo grado detrás de los salarios e indemnizaciones. Se abona después de que haya atendido con cargo a la masa activa los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial sobre los bienes afectos. El privilegio concede derecho de abstención.

El segundo concepto, los créditos de la Seguridad Social son los recursos relacionados en el artículo 1.1 del RGRSS, en el que ya están excluido los recursos de Derecho Privado. El privilegio general solo afecta a crédito de Derecho Público como se deduce del artículo 91.4 de la LC. Pero de esta relación hay que eliminar los créditos derivados de sanciones administrativas que tienen la consideración de créditos subordinados al igual que los recargos.

El ámbito del privilegio se limita negativamente por la exclusión de los créditos de la administración de la seguridad social que tengan reconocido un privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC, y los créditos por retenciones del artículo 91.2 de la LC.

Por otra parte, se aplica un límite cuantitativo: la cantidad incluida en el privilegio no puede superar el 50% del conjunto de los créditos de la seguridad social.

Los juzgados de los mercantil tienden a excluir del cómputo los créditos que gocen de otro privilegio ya sea general o especial, y los subordinados.

El privilegio se concreta en una preferencia de cobro que recae sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Como establece el artículo 156 de la LC una vez "deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos al privilegio especial o del remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos se atenderá al pago del privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91 de la LC y en su caso a prorrata dentro de cada número.

Dentro del conjunto de bienes con privilegio general los créditos de seguridad social se encuentran en el cuarto grado tras salarios e indemnizaciones, retenciones y créditos por trabajo personal no dependiente. El privilegio general permite además a la TGSS ejercitar el derecho de abstención en los términos del artículo 123 de la LC.

B2) Posición de los créditos con privilegio especial sobre ordinarios y subordinados.

La Administración de la Seguridad Social puede haber constituido determinadas garantías a favor de sus créditos. En este caso los créditos garantizados tendrán la consideración de créditos con privilegio especial conforme al artículo 90 de la LC con las consecuencias que de ello se derivan.

La primera preferencia la recoge el artículo 155 de la LC que señala que "el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, sean objeto de ejecución separada o colectiva".

La segunda consiste en que estos créditos tendrán derecho a la abstención.

Los *créditos ordinarios* se definen como los que no se encuentran calificados como privilegiados ni como subordinados. Serán, por tanto, los que no gocen de privilegio especial, los que por razones de ámbito o por superar el límite cuantitativo no entren el articulo 91. 2º y 4º y los que no tengan la consideración de subordinados.

Son créditos que no tienen ninguna preferencia y se abonan de acuerdo con las normas del artículo 157 de la LC: el pago se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, satisfaciéndose a prorrata conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte de éstos que no hubiere sido satisfecha con cargo a los bienes o derechos afectados.

Estos créditos no tienen derecho de abstención y por tanto quedan vinculados por el convenio, aunque no hubieran sido reconocidos. Si tienen derecho de asistencia en la Junta y de voto (artículos 118y 122 de la LC).

Y para instrumentar estos derechos el artículo 24. 2º de la LGSS, en la redacción de la disposición final dieciseisava de la LC, modera para TGSS la prohibición de realizar transacciones, autorizándola a "suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previsto en la LC, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas para el resto de los acreedores.

En cuanto a los *créditos subordinados*, hay que estar a la lista del artículo 92 de la LC ya explicada.

En materia de Seguridad Social los grupos más importantes son los intereses y las sanciones, grupos en los que hay que incluir los recargos planteando un problema de calificación. Las resoluciones mayoritarias de los juzgados de lo mercantil califican los recargos por mora y apremio como créditos subordinados.

Estos créditos no se abonan hasta que no hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y ese abono se realiza siguiendo el orden del artículo 92 de la LC y en su caso a prorrata dentro de cada número.

En el plano político tiene derecho a asistencia a la Junta, pero carecen de derecho al voto.

B3) Los créditos de la Administración de la Seguridad Social como deudas contra la masa.

Dentro de la lista del artículo 84.2 de la LC señala que las deudas de la Administración como deudas contra la masa se relacionan con el apartado 5º, que se refiere a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo las deudas de la seguridad social por cuotas en la medida en que la obligación de abonar éstas surge como consecuencia del simple desarrollo de la actividad.

Estas deudas calificadas contra la masa, no se limitan a las cuotas extendiéndose a todos los recursos susceptibles de ser calificados como créditos de la seguridad social simple que se devenguen en el ámbito temporal al que alude el artículo 84 de la LC.

Un concepto típico son los capitales coste de pensiones o de recargo, que el deudor debe ingresar en la Tesorería por sus responsabilidades en materia de prestaciones.

Los créditos contra la masa son prededucibles y se abonan "antes de proceder al abono de los créditos concursales" (artículo 154.1 de la LC). En principio, su pago no queda afectado por el concurso, pues han de satisfacerse "de forma inmediata a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso".

C) Los créditos de los beneficiarios de la Seguridad Social en el concurso.

El artículo 121 de la LGSS concede a las prestaciones de los beneficiarios de la seguridad social los mismos privilegios del artículo 32 del ET, pero de la LC ha desaparecido cualquier mención de los créditos de los beneficiarios en la regulación de los distintos privilegios de los créditos concursales.

Lo más correcto será incluir estos créditos en el apartado 1º del artículo 91 de la LC que se refiere al privilegio general de los créditos por salarios sin privilegio especial, las

indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.

La protección del beneficiario por la vía del artículo 91. 1º de la LC plantea dos supuestos:

Uno relativo a los salarios y a las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo sobre los que opera un límite en la base de cálculo del triple del SMI multiplicado por los días de salario pendientes de pago o por los días de cálculo de la indemnización por extinción.

Y otro relativo a las indemnizaciones y recargos por accidentes de trabajo que no tienen tope.

La asimilación es dudosa porque en principio es mayor con el recargo de prestaciones que actúa simplemente como incremento de la prestación de la seguridad social, pero mientras el recargo no tiene ninguna limitación, los salarios sí que están limitados por el importe del triple del SMI.

Debe prevalecer la asimilación al recargo a efectos de privilegio no sólo porque el recargo es el incremento de una prestación sino también por la lógica del devengo entrando en privilegio en función de los días de salario devengados y no abonados con anterioridad a la declaración del concurso, mientras que las prestaciones tienen un tratamiento complejo especialmente a través de la constitución de los capitales coste.

Un problema adicional se relaciona con la exigencia de que las prestaciones se hayan devengado antes de la declaración del concurso. La solución es compleja, pues mientras que las pensiones, por su transformación en capitales coste, y las indemnizaciones a tanto alzado se han de entender normalmente devengadas en el momento del hecho causante, no sucede lo mismo con las prestaciones periódicas que no son pensiones que se devengan día a día.

El orden de preferencia será en cualquier caso el que derive de su inclusión en el apartado 1º del artículo 91 de la LC, con lo que las prestaciones se pagarán conforme al artículo 156 de la LC y los créditos tendrán derecho de abstención.

Menos problemas tiene la posición del crédito del beneficiario como deuda contra la masa. Su inclusión en el artículo 84.1. 5º de la LC no plantea duda en la medida que se trata de créditos vinculados a responsabilidades derivadas de hechos causantes producidos después de la declaración del concurso que han de ligarse al mantenimiento del ejercicio empresarial del deudor.

Surgen problemas en la determinación de la posición temporal de estos créditos cuando, aunque se refieren a prestaciones causadas con posterioridad a la iniciación del concurso, respondan a incumplimientos anteriores. Tales créditos surgen con el hecho causante de la prestación y no con el incumplimiento, pero no se trata de créditos generados por la continuidad del ejercicio empresarial después del concurso, aunque nazca después de iniciado éste.

Lo más razonable para las pensiones e indemnizaciones será estar al hecho causante y si éste se produce después de la declaración del concurso, se consideran créditos contra la masa, aunque el incumplimiento sea anterior a la declaración.

En los subsidios habrá que estar a la fecha del devengo de cada pago periódico y, si éste se produce declarado el concurso y antes de su tramitación o de la aprobación del convenio, se calificará como deuda contra la masa. Estos créditos estarán para su abono a lo dispuesto en el artículo 154 de la LC.

CUARTA PARTE

ASPECTOS PROCESALES

1) La fuerza atractiva del concurso. La competencia social del juez mercantil.

El artículo 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) señala que la Jurisdicción social tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre el empresario y los trabajadores. Pero tras la reforma concursal de 2003 y la creación a partir de 2004 de los Juzgados de lo mercantil se atribuyen partes de las materias que antes conocía el juez de lo social, al juez del concurso.

Uno de los aspectos más destacados de la Ley Concursal en el ámbito social es que los derechos de los trabajadores y de las personas protegidas por la Seguridad Social tendrán que satisfacerse por los cauces procesales del concurso. Uno de los objetivos de la reforma era la de terminar con la huida de los créditos laborales del marco del concurso.

La reforma se traduce en la extensión de la fuerza atractiva del concurso y en la consiguiente ampliación de la competencia del juez mercantil a costa del juez social. Esto ha exigido la incorporación al concurso de elementos propios del proceso social y en este sentido se ha hablado de una laboralización del concurso.

Esta laboralización se advierte en dos planos: la inclusión de reglas sociales sobre representación, defensa y beneficio de justicia gratuita, y en la adopción de determinadas instituciones como el incidente laboral o el sistema de recursos.

La fuerza atractiva del concurso es un instrumento procesal para lograr un examen integrado de las diversas pretensiones contra el deudor común, evitando una dispersión que produciría un ejercicio separado de estas pretensiones con riesgo para el objetivo de una satisfacción general coordinada ante la situación patrimonial del deudor. Esta fuerza atractiva es más débil para las pretensiones declarativas y más fuerte para las ejecutivas.

A) Competencia declarativa del juez mercantil en materia social.

La regla básica respecto a la competencia del juez mercantil en materia social es la del artículo 86 ter 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que repite el 8.2 de la Ley Concursal (LC), y a tenor de la cual el juez mercantil conoce con carácter exclusivo y excluyente de “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación, y suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea el empleador el concursado así como la suspensión o extinción del contrato de alta dirección sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores”.

En extinciones y suspensiones colectivas, como se ha visto, el juez mercantil asume la competencia que en el régimen normal se atribuye al propio empresario en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En las modificaciones, el juez del

concurso sustituye la decisión empresarial, que tendría que ser impugnada por el trabajador ante el juez social. De esta manera se ha producido una judicialización de decisiones que quedaban fuera del ámbito judicial.

Este esquema tradicional se altera en el concurso porque la competencia del juez mercantil no es una competencia para autorizar, sino para resolver sobre pretensiones en orden de que se declaren extinguidos o suspendido los contratos. La resolución del juez mercantil determina los contratos de trabajo que se suspenden o extinguen exigiendo que tal determinación se establezca ya en la propia solicitud.

En cuanto a las modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo, el juez no autoriza, sino que acuerda directamente la modificación o aprueba u homologa el pacto sobre la misma, siguiendo el procedimiento del artículo 64 de la LC. La única particularidad es que no se sustituye a la administración laboral, sino al propio empresario o a la administración concursal, con lo cual paradójicamente se ha introducido una mayor rigidez para las modificaciones en empresas en concurso.

En lo relativo a la competencia del juez mercantil durante la liquidación, el artículo 149.2 de la LC posibilita la enajenación del establecimiento empresarial o unidad productiva que, al mantener su identidad económica, determine un supuesto de sucesión de empresa. El juez mercantil podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios o indemnizaciones pendiente de pago anteriores a la enajenación que serán asumidos por el FOGASA conforme al artículo 33 del ET.

En consecuencia, la jurisdicción social mantiene su competencia para enjuiciar otras pretensiones típicas de las situaciones de insolvencia empresarial:

- Reconocimiento y pago de salarios.
- Extinciones de carácter individual llevadas a cabo por el empresario.
- Extinciones individuales promovidas por el trabajador, pero con las importantes modulaciones previstas en el art. 64.9 y 10, ya vistas.

En todos estos casos, deberá siempre emplazarse a la administración concursal y tenerla como parte si se personase, aunque no hubiese asumido funciones de representación de la empresa (art. 50.4 de la LC).

B) Competencia ejecutiva del juez mercantil. El fin de la ejecución social separada.

La competencia en la ejecución, en la que la fuerza atractiva es más intensa, dispuesta en el artículo 86 ter de la LOPJ, atribuye a los juzgados de los mercantil “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado” y esto se reitera en el artículo 8. 3º de la LC.

La disposición final 14ª de la LC modifica el artículo 32 del ET eliminando la ejecución separada del ámbito social y la disposición 15ª de la LC da nueva redacción al artículo 246.3 de la LPL señalando que, en caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a los establecido en la Ley Concursal. En este ámbito de la ejecución, la innovación más importante fue esta supresión del beneficio de ejecución separada defendiéndose que los objetivos del concurso, la satisfacción ordenada de los créditos y lograr la continuidad de la actividad de la empresa son incompatibles con la “estampida” de las ejecuciones separadas.

C) El juez mercantil y la prejudicialidad social.

El artículo 9 de la LC señala que el juez mercantil es competente para conocer de “todas las cuestiones administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo concursal”. De acuerdo con esta norma, conocerá de aquellas cuestiones prejudiciales sociales que sean necesarias para resolver y pronunciarse sobre una cuestión concursal incluida en su competencia; lo que se producirá, por ejemplo, en las operaciones de reconocimiento y calificación de créditos laborales.

La decisión de la cuestión prejudicial social adoptada por el juez mercantil no genera cosa juzgada, y, en consecuencia, podrá tramitarse ante el juez de lo social como un juicio declarativo propio y diferenciado.

D) Tratamiento procesal de la jurisdicción social del juez mercantil.

Estas reglas sobre la jurisdicción se completan con las que se establecen sobre los efectos del concurso en las acciones individuales.

Del art. 50.1 de la LC se desprende que, una vez declarado el concurso, el juez social ante el que se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso deberá abstenerse de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante éste. Si se hubiese admitido se procederá al archivo con nulidad de lo actuado.

Para los procesos sociales que estén en tramitación en el momento de la declaración del concurso el artículo 51 de la LC prevé que continuarán ante el mismo hasta que se dicte sentencia firme.

El artículo 53 de la LC dispone que las sentencias que se dicten en los procesos antes o después del concurso vinculan al juez mercantil.

En materia de ejecuciones el artículo 55 de la LC contiene dos reglas clave que responden a la fuerza atractiva del concurso.

En primer lugar, declarado el concurso ya no podrán iniciarse ninguna ejecución singular contra el concursado, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el mismo.

Y en segundo, las actuaciones ejecutivas que se encuentran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio de tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos.

Existen tres excepciones: las ejecuciones administrativas, que podrán continuarse si se ha dictado providencia de apremio antes de declararse el concurso, las laborales que también podrán seguirse cuando se hubiera embargado bienes del concursado, y las garantías reales.

En las dos primeras, la ejecución se excluye y procede su inclusión en el concurso si los bienes embargados resultan necesarios para el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor. Finalmente, para los créditos con garantía real se establece un régimen más complejo en los artículos 56 y 57 de la LC.

Competencia territorial.

El artículo 10 de la LC señala que la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales.

Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el del centro de sus intereses, el acreedor solicitante podrá optar entre ambas.

Si se hubiesen presentado solicitudes en dos o más juzgados, será competente el juzgado donde se hubiese presentado la primera solicitud.

Como puede observarse, la regla de la competencia difiere notablemente de la establecida con carácter general en el art. 10.1 de la LRJS, sobre le lugar de la prestación de servicio

2) Partes del concurso. Representación y Defensa de los trabajadores en el concurso.

Existe en la LC un reconocimiento a la especial posición de los trabajadores, de la Seguridad Social (beneficiarios y Administración) y del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Distinguimos entre partes necesarias y partes contingentes. Las primeras se componen por el deudor, la administración concursal y en determinados casos, el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial y las segundas, básicamente los acreedores y terceros interesados conforme a lo dispuesto en el artículo 184.4 de la LC en el que señala: "Cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado".

El artículo 184.1 de la LC prevé que el Fondo de Garantía Salarial "deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios e indemnizaciones de los trabajadores".

El Fondo tiene así dos actuaciones distintas dentro del concurso: la oposición al reconocimiento de un crédito que puede recaer, en régimen de responsabilidad directa o subsidiaria, sobre el mismo, caso de las acciones declarativas sociales ante el juzgado mercantil y la reclamación de un crédito laboral que le corresponde cobrar del deudor como "subrogado" del trabajador.

La exigencia de citación es más amplia atendiendo al artículo 33.3 del ET que dispone: "en los 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 Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá esté las obligaciones"

Los trabajadores, beneficiarios de la Seguridad Social y la administración actuarán normalmente como acreedores. Para éstos, el artículo 184.3 de la LC prevé que, sin necesidad de comparecer en forma podrán comunicar créditos, formular alegación y asistir e intervenir en la junta. Sin embargo, el mismo artículo exige para las actuaciones cualificadas la intervención de procurador y letrado. La representación y defensa en el concurso se entiende sin perjuicio "de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la LPL incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y los sindicatos" tal y como se deduce del artículo 184.2 de la LC.

El beneficio de la Justicia Gratuita.

En el marco de la denominada "laboralización" del concurso tiene especial importancia la disposición final 4º que ha dado una nueva redacción al artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. El beneficio se concede a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social y pese a la referencia de derechos laborales, ha de entenderse que comprende también las pretensiones de Seguridad Social y desde luego no se limita al incidente laboral y a los recursos de este carácter, sino que abarca todas las actuaciones dentro del concurso. Ahora bien, salvo en el caso del incidente laboral, en el que las costas se rigen por la LPL conforme al artículo 196.3 de la LC, el beneficio de justicia gratuita no lleva aparejada la exención de costas, como en la práctica sucede en el orden social. En el incidente concursal, se regirá la regla del articulo 196.2 LC que prevé que en materia de costas se aplicará lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

3) Los instrumentos procesales sociales dentro del concurso: el incidente laboral y los recursos extraordinarios.

El incidente concursal se define, en el artículo 192 de la LC, como el aplicable para satisfacer todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan prevista en esta ley otra forma de tramitación. Estos incidentes concursales no suspenden el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte.

Se establece como objeto del incidente: el reconocimiento de créditos, la impugnación de la lista de acreedores, la oposición a la aprobación del convenio, la solicitud de la declaración de incumplimiento del convenio y la impugnación de la declaración de la conclusión del concurso.

La LC fija junto a este incidente concursa general, otro incidente laboral.

El ámbito del ***incidente laboral*** se define en el artículo 195.1 de la LC: las acciones que tienen por objeto la impugnación individual del auto dictado por el juez del concurso en los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectiva de las relaciones laborales en lo que se refiere "estrictamente a la relación jurídica individual". Las restantes cuestiones en relación a los créditos sociales se sustanciarán por el incidente general.

Estos incidentes se refieren normalmente a problemas genéricos del concurso, con lo que se mueven dentro de la prejudicialidad social del juez mercantil del concurso conforme al ya citado artículo 9 de la LC.

En la ordenación del incidente laboral hay que tener en cuenta que los actos previos, preparatorios y las medidas precautorias se rigen por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) conforme a la disposición final quinta de la LC.

El incidente laboral se inicia con la demanda "sucinta" del juicio verbal, en la que sólo se consignan los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, los domicilios en los que puedan ser citados y con claridad y precisión lo que se pide. El plazo será el de la legislación laboral del artículo 59.4 del ET que le señala de 20 días desde la notificación correspondiente, exceptuando las pretensiones de moderación de las indemnizaciones de los altos directivos.

En el trámite de admisión de la demanda existen dos reglas especiales.

En primer lugar, la demanda del incidente laboral no puede ser inadmitida por las causas del artículo 194.2 de la LC (impertinencia o irrelevancia de la pretensión ejercitada).

En segundo lugar, se incorpora la regla del artículo 81 de la LPL sobre la advertencia por el juez de lo defectos, omisiones o imprecisiones de la demanda a efectos de su subsanación dentro de cuatro días. Si la demanda se admite, el juez dentro de los 10 días siguientes, señalará fecha y lugar para el acto del juicio.

El acto del juicio sigue también un modelo, entre la vista del juicio verbal y el juicio laboral. El juicio está precedido de intento de conciliación. Si no hay conciliación se entra en el juicio y el actor debe ratificar o ampliar la demanda y el demandado contestará oralmente.

Terminada la fase alegatoria, las partes proponen y ejecutan las pruebas sobre los hechos que no tuvieran conformidad, y tras éstas se vuelve al modelo laboral, pues el artículo 195.2. 2º de la LC prevé que "se otorgará a las partes un trámite de conclusiones".

La sentencia se dictará en el plazo de 10 días conforme al artículo 196.1 de la LC, rigiéndose por la LEC, salvo en la decisión sobre las costas en la que resulta aplicable

la LPL, por lo que éstas sólo se impondrán al empresario o a la administración concursal, cuando se aprecie temeridad notoria o mala fe y por el importe de los honorarios de los abogados según el artículo 97.3 de la LPL.

En cuanto a los ***recursos extraordinarios laborales*** *del concurso* nos encontramos con el recurso de suplicación y el recurso de casación de unificación de doctrina y de queja.

La reforma concursal presenta en esta materia una solución compleja, pues pese a haber atribuido al juez mercantil determinadas competencias declarativas sociales, ha establecido que el control de estas decisiones sociales del juez mercantil se realiza a través del recurso extraordinario por los órganos judiciales del orden social.

El recurso procede contra las decisiones del juez mercantil que se adopten en el marco de sus competencias declarativas sociales: extinción, suspensión y modificaciones colectivas del contrato de trabajo, relaciones colectivas, y suspensiones y extinciones del contrato de trabajo de los altos directivos.

El problema surge cuando se trata de las pretensiones de ejecución de créditos sociales que entran en el concurso para su satisfacción de acuerdo con la fuerza atractiva de aquel, y que han de ser objeto de reconocimiento, clasificación y pago en el marco del convenio o de la liquidación. En estos casos el carácter social no determina que estemos ante una controversia laboral, siendo operaciones concursales y por lo tanto excluidas del recurso de suplicación y lo mismo ocurre con las medidas cautelares de carácter concursal desde la declaración del mismo.

Determinado el ámbito de las decisiones recurribles, hay que señalar que no operan las limitaciones en función de cuantía litigiosa o criterios cualitativos que establece el artículo 189 de la LPL.

También cambian los efectos del recurso, el artículo 197.7 de la LC dispone que ni el recurso de suplicación, ni el de casación para la unificación de doctrina que pudieran interponerse contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tendrán efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso, ni de ninguna de sus piezas.

El recurso de suplicación puede plantearse contra dos tipos de resoluciones: el auto de resolución del expediente de regulación de empleo y sentencias dictadas en los incidentes.

Los trabajadores individualmente considerados no estarán legitimados para actuar contra el auto de las resoluciones contractuales colectivas y, aunque en estas resoluciones la iniciativa corresponde a los trabajadores, la conversión de las acciones resolutorias en pretensiones de regulación de empleo determina la intervención de los representantes de los trabajadores en la tramitación del procedimiento del artículo 64 de la LC.

Al tratarse de un recurso extraordinario, las causas de impugnación no son abiertas sino limitadas a motivos legales que constan en el artículo 191 de la LPL: denuncia de quebrantamiento de forma, revisión de los hechos probados y denuncia de infracciones sustantivas.

La sentencia se rige también por la LPL y contendrá, aparte de la decisión principal, los pronunciamientos accesorios en relación al depósito, la consignación y las costas. Estas últimas se rigen por artículo 233 de la LPL imponiéndose a la parte vencida que no goce de beneficio de justicia gratuita, beneficio que se aplica al concurso con la misma extensión que en el proceso social.

Finalmente, sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de queja señalaremos que, contra sentencia dictada en suplicación cabe recurso de casación para la unificación de doctrina en los términos de la LPL.

ABREVIATURAS:

- LC ……. Ley Concursal.
- LPL ……. Ley de Procedimiento Laboral.
- LOPJ …… Ley Orgánica del Poder Judicial.
- ET ……. Estatuto de los Trabajadores.
- SMI …….... Salario Mínimo Interprofesional.
- FOGASA ……. Fondo de Garantía Salarial.
- LEC ……... Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LGSS ……... Ley General de la Seguridad Social.
- RGRSS ……. Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.
- TGSS ……. Tesorería General de la Seguridad Social.
- LRJAPC ……. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.

LEGISLACIÓN:

- Ley 1/1995 de 24 de marzo. Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y sus sucesivas modificaciones.
- Ley Concursal 22/ 2003 de 9 de julio.
- Ley Orgánica 8/ 2003 de 9 de julio para la reforma concursal, que modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.
- Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación concursal.
- Ley 38/2011 de 10 de octubre. Reforma de la Ley Concursal.
- Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social. Reforma de la Ley Procesal.
- Ley 9/2015, de 25 de mayo de reforma de la Ley Concursal

- Reforma Laboral: Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, transformada en Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- Real-Decreto 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, validada como Ley 3/2012 de 6 de julio.
- Real-Decreto 801/2011 de 10 de junio sobre el Reglamento sobre los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa de traslados colectivos.
- Real-Decreto 1382/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección.

BIBLIOGRAFIA:

- Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas.

  Aurelio Desdentado Bonete y Nuria Orellana Cano. 2007.
- Contando con los trabajadores y trabajadoras para un crecimiento inteligente y sostenible. Un mapa de participación laboral. Gabinete de Estudios CCOO de Navarra. 2011.
- MONTOYA MELGAR, A.: Derecho Laboral Concursal, Aranzadi 2015.