

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La problemática laboral en el concurso de acreedores

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ana María Orellana Cano

Madrid, 2017

TESIS DOCTORAL.

“LA PROBLEMÁTICA LABORAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES”.

Ana María Orellana Cano.

Magistrada Especialista de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

RESUMEN:

El objeto del presente trabajo consiste en un análisis de todas las cuestiones que afectan a la nueva disciplina que surge con la Ley Concursal, denominada Derecho Concursal Laboral. Se distribuyen las materias en cinco bloques. En el primer bloque, se examinan las competencias laborales del Juez del Concurso, a saber, el despido colectivo, la suspensión de relaciones laborales, la reducción temporal de la jornada de trabajo, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado colectivo y la extinción del contrato por voluntad del trabajador. Asimismo, se exponen, de un lado, el tratamiento del personal de alta dirección y, de otro, las peculiaridades del descuelgue del Convenio Colectivo, en el concurso. En el segundo bloque, se aborda el estudio del procedimiento concursal de regulación de empleo. El tercer bloque se refiere a los efectos de la declaración de concurso, en las acciones individuales entabladas por los trabajadores ante el orden jurisdiccional social. El cuarto bloque trata de la protección de los créditos laborales y de la Seguridad Social en el concurso, distinguiendo en éstos últimos, entre los créditos públicos de la Seguridad Social y, los créditos a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social. Y el quinto bloque contiene otras cuestiones que inciden en el Derecho Concursal Laboral, como

SUMMARY:

The purpose of this work is an analysis of all the issues affecting the new discipline that comes with the Bankruptcy Act, named Laboral Bankruptcy Law. The materials are distributed in five blocks. In the first block, the work skills of the bankruptcy judge, namely the collective dismissal, suspension of labor relations, the temporary reduction of the working day, the substantial change in working conditions, collective transportation and examined termination of the contract by the will of the worker. It also exposed the one hand, the treatment of senior management and on the other, lift the peculiarities of the Collective Agreement, in the contest. In the second part, the study of the bankruptcy procedure of employment regulation is discussed. The third section refers to the effects of the insolvency, in individual actions brought by workers against social jurisdiction. The fourth section deals with the protection of workers' claims and Social Security in the contest, the latter distinguishing between public social security credits and credits for recipients of Social Security. And the fifth block contains other issues that affect the laboral Bankruptcy Law, as the transmission of the autonomous productive unit in the liquidation and business succession; the position of the Wage Guarantee Fund in the bankruptcy; the impact of the settlement of payments in the workplace; and, the second time the

la transmisión de la unidad productiva autónoma en la fase de liquidación y la sucesión de empresa; la posición del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores; la incidencia del acuerdo extrajudicial de pagos en el ámbito laboral; y, la segunda oportunidad del empresario persona física. Todas estas materias se abordan desde una perspectiva eminentemente práctica, examinando los principales problemas que suscita la aplicación de la Ley Concursal, - integrada con la legislación laboral- y, que han sido puestos de manifiesto por la doctrina científica y judicial.

individual entrepreneur. All these subjects are approached from a very practical perspective, examining the fundamental issues raised by the application of the Bankruptcy Act, - made with and of the labor law, which have been highlighted by the scientific and judicial doctrine.

SUMARIO:

[Introducción.](#)

[I. LAS COMPETENCIAS LABORALES DEL JUEZ DEL CONCURSO.](#)

1. La aplicación de la legislación laboral, de los principios del Derecho del Trabajo y de los principios del proceso laboral.
2. El despido colectivo.
 - 2.1 La concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.
 - 2.1.1 Las causas económicas.
 - 2.1.2 Las causas técnicas, organizativas o de producción.
 - 2.1.3 Especial referencia a los grupos de empresas irregulares o patológicos a efectos laborales.
 - A) El grupo de sociedades regular.
 - B) Los requisitos jurisprudenciales exigidos para apreciar la existencia de un grupo de empresas irregular.
 - C) La concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los grupos de empresas irregulares y, su incidencia en el procedimiento de despido colectivo concursal.
 - 2.1.4 La concurrencia de las causas que justifican el despido colectivo en otros países de la Unión Europea.

2.1.5 El control judicial de las causas en España y en otros países de la Unión Europea.

2.1.6 La constitucionalidad de la regulación de las causas justificadoras del despido colectivo. La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015, (Recurso de inconstitucionalidad 5610/2012).

2.2 Los presupuestos para considerar colectiva la extinción en el ámbito internacional y comunitario.

2.2.1 Los sistemas legislativos internacionales existentes para definir el despido colectivo.

2.2.2 El sistema acogido por la Directiva Comunitaria 98/59.

2.2.3 La transposición de la Directiva Comunitaria 98/59 en los distintos países de la Unión Europea.

2.3 La consideración de despido colectivo atendiendo al número de trabajadores afectados.

2.3.1 La transposición de la Directiva Comunitaria 98/59 al ordenamiento interno español.

2.3.2 El número de trabajadores afectados, sin cese de la actividad de la empresa (artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores).

A) Trabajadores excluidos del cómputo: contratos temporales y despidos disciplinarios.

B) Los despidos sucesivos fraudulentos. El cómputo del plazo de noventa días.

C) El cómputo de los trabajadores en las empresas con varios centros de trabajo.

2.3.3 Con cese de la actividad de la empresa (artículo 51.1.4º del Estatuto de los Trabajadores y artículo 44.4 de la Ley Concursal).

2.4 La indemnización legal y los salarios de tramitación.

2.5 Las consecuencias de la utilización de un cauce inadecuado. La nulidad del despido.

2.6 El despido objetivo en el concurso de acreedores.

2.6.1 Los requisitos formales del despido objetivo.

A) La comunicación escrita.

B) La puesta a disposición de la indemnización.

C) El plazo de preaviso.

2.6.2 Los efectos del despido objetivo.

3. La suspensión de las relaciones laborales.

3.1 La naturaleza individual y colectiva de la suspensión como competencia del Juez del Concurso.

3.2 El carácter temporal de la suspensión. La situación coyuntural de la empresa.

Ana María Orellana Cano

3.3 La concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

3.4 La indemnización por la suspensión del contrato de trabajo.

3.5 La suspensión de los contratos y la prestación por desempleo con carácter retroactivo.

3.6 La posibilidad de tramitar un procedimiento concursal de despido colectivo estando vigentes los efectos de un procedimiento de suspensión contractual.

3.7 La conversión de un procedimiento temporal de regulación de empleo en un procedimiento de regulación de empleo de extinción. El pacto de prejubilación.

4. La reducción temporal de la jornada de trabajo.

4.1 La naturaleza individual y colectiva de la reducción temporal de la jornada como competencia del Juez del Concurso.

4.2 La delimitación entre la suspensión de los contratos y la reducción temporal de la jornada de trabajo.

4.3 La delimitación entre el procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada y, el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Especial referencia al descuelgue del Convenio Colectivo.

4.4 La distribución irregular de la jornada como medida alternativa al procedimiento de regulación de empleo de reducción temporal.

4.5 Las consecuencias de la reducción temporal de la jornada.

4.5.1 El trabajo a tiempo parcial y la jornada flexible de los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada.

A) La distribución de la jornada ordinaria.

B) La flexibilidad de la jornada a través de las horas complementarias.

a) Los trabajadores a tiempo parcial que pueden realizar horas complementarias.

b) Las horas complementarias pactadas.

c) Las horas complementarias voluntarias.

4.5.2 La reducción temporal de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y el desempleo parcial.

5. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

5.1 Las causas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

5.2 La delimitación de lo que se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

5.3 La modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva.

5.4 La modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual en el concurso de acreedores.

5.5 La incidencia del concurso de acreedores en la extinción indemnizada del contrato, por voluntad del trabajador afectado.

6. Los traslados colectivos.

6.1. Las causas que justifican el traslado.

6.2 Los traslados individuales y los desplazamientos temporales en el concurso de acreedores.

6.3 Los traslados colectivos y los desplazamientos temporales equiparados.

6.4 La incidencia del concurso en el derecho del trabajador a la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

7. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

7.1 La naturaleza de la acción del trabajador y de la resolución judicial.

7.2 Las causas que justifican la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador.

7.2.1 Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar el procedimiento legal y, que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

7.2.2 La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

7.2.3 Cualquier otro incumplimiento grave del empresario o, la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de traslados, declarados injustificados por sentencia firme.

7.3 El régimen jurídico concursal de las acciones de extinción de los contratos de trabajo por voluntad de los trabajadores.

8. La impugnación de la suspensión o de la extinción de la relación laboral especial del personal de alta dirección.

8.1 Una aproximación al régimen jurídico del personal de alta dirección.

8.1.1 La normativa aplicable.

8.1.2 Las notas características del personal de alta dirección.

8.1.3 La delimitación de figuras afines.

A) La delimitación entre el personal de alta dirección y el trabajador por cuenta ajena con relación laboral común.

B) La delimitación entre el personal de alta dirección y el administrador social.

8.1.4 El contrato de trabajo del personal de alta dirección.

A) El precontrato y el contrato in fieri.

B) La forma.

C) El contenido:

Ana María Orellana Cano

a) El contenido mínimo del contrato. Algunas cuestiones sobre la retribución del personal de alta dirección: el *bonus* y las *stocks options*.

b) El periodo de prueba.

c) El pacto de blindaje.

d) El pacto de no concurrencia.

e) El pacto de permanencia.

8.1.5 Las particularidades de la promoción interna.

8.1.6 La suspensión del contrato de trabajo.

8.1.7 La resolución del contrato por voluntad del personal de alta dirección.

A) El plazo de preaviso.

B) Las causas de resolución del contrato.

8.1.8 La extinción del contrato por voluntad del empresario.

A) El plazo de preaviso.

B) El desistimiento del empresario.

C) Las causas de extinción fundadas en el incumplimiento grave y culpable del personal de alta dirección.

a) El régimen disciplinario.

b) Las causas de extinción.

8.2 El tratamiento concursal del personal de alta dirección.

8.2.1 La extinción o la suspensión del contrato del personal de alta dirección durante la tramitación del concurso.

8.2.2 La extinción por voluntad del personal de alta dirección en el caso de la suspensión de su contrato acordada por la administración concursal.

8.2.3 La moderación por el Juez del Concurso de la indemnización por extinción del contrato del personal de alta dirección.

8.2.4 El aplazamiento del pago del crédito de la indemnización por extinción del contrato del alto directivo.

9. El descuelgue del Convenio Colectivo.

9.1 El ámbito objetivo de aplicación del artículo 66 de la Ley Concursal.

9.2 Los mecanismos de solución extrajudicial, en caso de falta de acuerdo.

II. EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

1. La delimitación de la competencia del Juez del Concurso y del orden jurisdiccional social, en materia de despido colectivo, suspensión de relaciones laborales y reducción temporal de la jornada de trabajo.

- 1.1 La incidencia de la declaración de concurso en los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de relaciones laborales y de reducción temporal de la jornada, que estén en tramitación.
- 1.2 La incidencia de la declaración de concurso en los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de las relaciones laborales y de reducción temporal de la jornada, comunicada la decisión del empresario a la Autoridad laboral.
2. La legitimación para instar el procedimiento.
 - 2.1 La administración concursal.
 - 2.2 El empresario concursado.
 - 2.3 Los trabajadores a través de sus representantes legales.
3. Los trabajadores que pueden ser afectados por el procedimiento. El ámbito subjetivo.
 - 3.1 Los trabajadores en excedencia.
 - 3.2 Los socios trabajadores de las sociedades cooperativas de trabajo asociado y la extinción de la relación por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Carecen del derecho a la indemnización.
 - 3.3 Los representantes de los trabajadores. La prioridad de permanencia.
4. La solicitud del procedimiento.
5. El contenido de la solicitud y la documentación que se debe aportar.
6. El periodo de consultas
 - 6.1 La convocatoria y la duración.
 - 6.2 Los interlocutores y los intervinientes.
 - 6.2.1 La administración concursal.
 - 6.2.2 Los representantes de los trabajadores.
 - 6.2.3 El empresario concursado.
 - 6.2.4 Las personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada.
 - 6.3 El desarrollo del periodo de consultas.
 - 6.3.1 La sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje.
 - 6.3.2 La negociación de buena fe.
 - 6.3.3 La negociación en las empresas con varios centros de trabajo.
 - 6.3.4 Las medidas de acompañamiento.
 - 6.3.5 El plan de viabilidad en las empresas con más de cincuenta trabajadores.
 - 6.3.6 La documentación de las sesiones.
 - 6.4 El acuerdo en el periodo de consultas.
 - 6.4.1 Las mayorías exigidas para adoptar el acuerdo.

Ana María Orellana Cano

6.4.2 El contenido del acuerdo.

A) Los trabajadores afectados.

B) La cuantía de las indemnizaciones.

6.4.3 La presentación del acuerdo con la propia solicitud del procedimiento concursal de regulación de empleo.

7. El informe de la Autoridad laboral.

8. El Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento de regulación de empleo.

8.1 En el caso de acuerdo en el periodo de consultas.

8.2 En el caso de finalización del periodo de consultas sin acuerdo.

8.3 Los efectos del Auto.

8.4 El importe de la indemnización.

9. El recurso de suplicación.

9.1 La legitimación activa para la impugnación colectiva del Auto que resuelve el procedimiento concursal de regulación de empleo.

9.2 El acceso al recurso de suplicación. La necesidad de consignar el importe de la condena.

9.3 La ejecución del aval prestado por tercero para consignar. El órgano competente.

10. El incidente concursal laboral.

10.1 El objeto del procedimiento. Los grupos de empresas.

10.2 El plazo de caducidad de un mes.

III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LAS ACCIONES INDIVIDUALES DEL ORDEN SOCIAL.

1. Los efectos del concurso en la fase declarativa del procedimiento laboral.

1.1 Los efectos del concurso en los nuevos juicios declarativos.

1.1.1 La presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Social, correspondiendo la competencia al Juez del Concurso.

1.1.2 El ejercicio de acciones ante el orden social con trascendencia en el patrimonio del concursado.

1.2 Los efectos del concurso en los juicios declarativos pendientes.

2. Los efectos del concurso en la ejecución laboral.

2.1 Los efectos de la declaración de concurso en las nuevas ejecuciones.

2.2 Los efectos de la declaración de concurso en las ejecuciones laborales en tramitación.

2.2.1 Las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado, antes de la declaración de concurso.

2.2.2 Los procedimientos administrativos de ejecución, en los que se hubiera dictado diligencia de embargo de bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado, antes de la declaración de concurso.

2.2.3 La ejecución de garantías reales de bienes no necesarios para la continuación de la actividad del concursado.

2.3 Especial referencia a las ejecuciones judiciales de créditos contra la masa.

IV. EL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

1. Los créditos laborales.

1.1 La posibilidad de transmisión del privilegio del crédito del trabajador a terceros.

1.2 La imputación de los pagos realizados a cuenta por el empresario a los trabajadores, antes de la declaración de concurso.

1.3 Los créditos laborales contra la masa.

1.3.1 Los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, hasta el doble del salario mínimo interprofesional (artículo 84.2.1º de la Ley Concursal).

A) El elemento objetivo: los créditos por salarios.

a) Las comisiones.

b) Los salarios de tramitación.

c) Los salarios de las relaciones laborales de carácter especial.

d) Las vacaciones devengadas y no disfrutadas, cuando se extingue el contrato.

e) El cheque comida.

B) El límite temporal.

C) El límite cuantitativo de la consideración de crédito contra la masa.

D) El elemento subjetivo: el trabajador acreedor concursal, en los supuestos de las contratas y subcontratas, en los de sucesión de empresas y, en los casos de cesión ilegal de trabajadores. El deudor concursado y el Fondo de Garantía Salarial.

1.3.2 Los créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado después de la declaración de concurso (artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal).

A) El ámbito objetivo.

B) El ámbito temporal.

Ana María Orellana Cano

a) El despido improcedente. La calificación de la indemnización y de los salarios de tramitación.

b) El despido nulo. La calificación de la indemnización sustitutoria por no readmisión o readmisión irregular y, de los salarios de trámite.

c) La calificación de la indemnización por la resolución del contrato a instancia del trabajador con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, reconocida por sentencia firme del orden social.

1.3.3 Las indemnizaciones por extinciones colectivas acordadas por el Juez del Concurso (artículo 84.2.5.2º de la Ley Concursal).

1.4 Los créditos laborales con privilegio especial: los créditos refaccionarios.

1.4.1 El ámbito subjetivo. Los trabajadores como titulares de los créditos refaccionarios.

1.4.2 El ámbito objetivo: los créditos refaccionarios y los bienes refaccionados.

A) Los créditos refaccionarios a favor de los trabajadores incluyen los créditos salariales, los créditos extrasalariales consistentes en indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral y, los intereses de estos créditos.

B) Los bienes refaccionados son los objetos elaborados por los propios trabajadores titulares del crédito.

1.4.3 El elemento temporal. El privilegio especial de los créditos refaccionarios se mantiene mientras los objetos sean propiedad o estén en posesión del concursado.

1.5 Los créditos laborales con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal.

1.5.1 Los créditos salariales hasta el triple del salario mínimo interprofesional.

1.5.2 Las indemnizaciones por la extinción de los contratos en la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.

1.6 Los créditos laborales ordinarios (artículo 89.3 de la Ley Concursal).

A) La indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales del artículo 183.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

B) La indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

1.7 Los créditos laborales subordinados (artículo 92 de la Ley Concursal).

1.7.1 Los créditos comunicados tardíamente del artículo 92.1 de la Ley Concursal.

1.7.2 Los intereses del artículo 92.3 de la Ley Concursal.

1.7.3 Los créditos cuyos titulares sean personas especialmente relacionadas con el concursado del artículo 92.5 de la Ley Concursal.

1.8 El pago de los créditos laborales contra la masa, en los supuestos de insuficiencia de masa activa.

2. La protección de los créditos de la Seguridad Social.

2.1 Los créditos a favor de la Seguridad Social.

2.1.1 Los créditos contra la masa del artículo 84.2.5º de la Ley Concursal.

2.1.2 Los créditos con privilegio especial del artículo 90.1.1º de Ley Concursal.

2.1.3 Los créditos con privilegio general.

A) Las cantidades retenidas por el empresario concursado.

B) Los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, ni de otro privilegio general, hasta el 50 % de su importe.

2.1.4 Los créditos subordinados.

A) Los créditos comunicados tardíamente, incluidos como tales por la administración concursal, o los incluidos por el juez, en la resolución de la impugnación, aunque hayan sido comunicados dentro de plazo.

B) Los créditos por intereses y recargos de cualquier clase, incluidos los moratorios.

a) Los intereses de las deudas a favor de la Seguridad Social devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

b) Los intereses moratorios.

c) Los créditos por recargos de mora y apremio.

C) Los créditos por multas y sanciones.

2.2 Los créditos a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social.

2.2.1 Las prestaciones de la Seguridad Social de las que sea responsable el empresario concursado.

A) Los supuestos de responsabilidad empresarial en el abono de las prestaciones de Seguridad Social.

B) Son créditos contra la masa, las prestaciones de la Seguridad Social de las que responda el empresario, devengadas con posterioridad a la declaración de concurso.

C) Son créditos concursales con privilegio general, los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

D) El problema de las prestaciones de incapacidad temporal.

2.2.2 Los recargos de prestaciones por la infracción de la normativa sobre la salud laboral.

2.2.3 Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

A) La indemnización de daños y perjuicios.

B) La indemnización derivada del fallecimiento por accidente de trabajo.

2.2.4 Las mejoras voluntarias.

2.2.5 Los intereses.

V. LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA.

VI. LA POSICIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

1. El Fondo de Garantía Salarial: objetivos.

2. Los aspectos procesales de la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores.

2.1 Las consecuencias de la falta de emplazamiento.

2.2 Los motivos de oposición. La prescripción y la caducidad.

3. Los aspectos sustantivos.

3.1 El ámbito subjetivo de la protección.

3.2 El alcance de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. El salario mínimo interprofesional computable para calcular el límite.

4. Las particularidades de la posición del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores.

4.1 Los créditos de los que responde el Fondo de Garantía Salarial tienen que estar reconocidos en la lista de acreedores o considerados como créditos contra la masa.

4.2 El ámbito objetivo: los salarios y las indemnizaciones. La deducción de lo abonado por el concursado de la cuantía de la indemnización de la que responde el Fondo de Garantía Salarial.

4.3 El plazo de solicitud de las prestaciones del Fondo y la prescripción.

4.4 El Fondo de Garantía Salarial en los concursos con insuficiencia de masa activa.

4.5 La subrogación del Fondo de Garantía Salarial. La subrogación en el importe bruto o neto de los salarios.

4.6 La utilización del cauce adecuado.

4.7 La incidencia de la transmisión de la unidad productiva autónoma en fase de liquidación, en la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

4.8 El Fondo de Garantía Salarial y el pago de los créditos ante la firma del convenio en el concurso de acreedores y del archivo del procedimiento concursal.

VII. LA INCIDENCIA DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL ÁMBITO LABORAL.

1. El ámbito subjetivo.

- 1.1 El empresario persona natural.
 - 1.1.1. El empresario que tenga tal condición, de acuerdo con la legislación mercantil.
 - 1.1.2 El empresario que tenga tal condición, de acuerdo con la legislación de la Seguridad Social.
 - 1.1.3. Los trabajadores autónomos.
 - A) Los caracteres de la actividad.
 - B) Los supuestos incluidos expresamente.
 - C) Las exclusiones.
- 1.2 El empresario persona jurídica.
- 1.3 Las exclusiones.
2. Las peculiaridades en la solicitud de mediador concursal.
3. La comunicación de la aceptación del cargo del mediador concursal a la representación de los trabajadores.
4. Los efectos de la iniciación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos.
 - 4.1 Los efectos frente al deudor. La continuación de la actividad empresarial. La prohibición de realizar actos de administración o disposición. Las medidas de flexibilidad externa e interna de la empresa.
 - 4.2 Los efectos frente a los acreedores. La prohibición de instar nuevas ejecuciones judiciales o extrajudiciales y la paralización de las ejecuciones laborales pendientes.
 - 4.3 Los efectos frente a los créditos. La suspensión del devengo de intereses.
5. La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos.
 - 5.1 Las medidas de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. Especial referencia a las quitas y a la irrenunciabilidad de derechos del trabajador.
 - 5.2 El contenido de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. El plan de viabilidad de pagos y el plan de viabilidad empresarial.
6. La aprobación o no del acuerdo extrajudicial de pagos.
7. La impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos.
8. Los efectos de la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos sobre los acreedores. Especial referencia a las contratadas y subcontratadas, a los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y a la sucesión empresarial.
9. El cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.

VIII. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA.

1. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho al empresario, persona física.
2. Los supuestos en los que el empresario persona física puede solicitar la exoneración y el plazo para la solicitud.

3. Los requisitos que debe reunir el deudor empresario persona física para que opere la exoneración.
4. Los créditos laborales y de la Seguridad Social afectados por la exoneración.
5. El acuerdo provisional y definitivo de la exoneración del pago del pasivo insatisfecho.

[Bibliografía.](#)

INTRODUCCIÓN.

La Ley Concursal ha tendido un puente importante entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil¹ y, más concretamente, la atribución de competencias laborales al Juez del Concurso ha originado la creación de una nueva disciplina, el Derecho Concursal Laboral². Esta denominación no es unánime, pero sí mayoritaria. Y así, algún sector doctrinal³, se refiere a la legislación laboral del concurso. No obstante, considero que es acertada la expresión, Derecho Concursal Laboral, como disciplina que compendia la aplicación de las normas laborales en el concurso de acreedores, pues la declaración en concurso del empresario y la situación de los trabajadores derivadas de esta declaración, obligan a aplicar las normas desde una perspectiva transversal, sobre todo, la legislación laboral y la normativa concursal.

Una de las novedades más relevantes que aportó la Ley Concursal, fue la regulación, en un único texto, del régimen jurídico del concurso de acreedores, para comerciantes y para no comerciantes, tanto en su aspecto

¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*La incidencia en el concurso de la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*”, Revista Anuario de Derecho Concursal, número 22, 2011-1, página 242.

² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, página 1092.

³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, en el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “*Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma*”, Albacete, 2011.

sustantivo como procesal. Ello es fruto de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, por los que opta el legislador, según se declara en el apartado II del Preámbulo de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Esta regulación conjunta fue prevista, anteriormente, en el Anteproyecto elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos de 1959, que no vio la luz⁴.

Se ha llegado a afirmar que la Ley Concursal ha constituido una auténtica revolución jurídica en el tratamiento normativo de los fenómenos de reorganización productiva de las empresas en situación de insolvencia, inmersas en un procedimiento concursal⁵.

El objeto del presente estudio consiste en un análisis de las principales cuestiones que se suscitan en la práctica, en el ámbito del Derecho Concursal Laboral, por lo que examinaré, en primer lugar, la problemática concreta de las distintas competencias laborales del Juez del Concurso, tanto desde el punto de vista sustantivo, como del procedimiento de regulación de empleo concursal. Debe destacarse que el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, sustituye la locución “expediente” por “procedimiento”, en el artículo 64.1 de la Ley Concursal, unificando, en cierta medida, la terminología en las situaciones concursales y extraconcursoales. A continuación, me detendré en el examen de los efectos de la declaración de concurso en los nuevos procedimientos o en los que se encuentren en tramitación, ante el orden jurisdiccional social, así como en las ejecuciones nuevas o pendientes en los Juzgados de lo Social. Seguidamente, me referiré a la controversia que plantea la clasificación de los créditos laborales y de la Seguridad Social. Y, para

⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil, competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)*”, coordinada por Enrique Sanjuán y Muñoz, Valencia 2008, página 1163.

⁵ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “*Los procedimientos de regulación de empleo*”, Valencia, 2007, página 386.

Ana María Orellana Cano

terminar, llevaré a cabo una exposición de algunos aspectos del concurso de acreedores que tienen una clara influencia en materias laborales, tales como la posición del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores, la transmisión de la unidad productiva autónoma y la sucesión de empresa, la incidencia en el ámbito laboral del acuerdo extrajudicial de pagos y, el régimen de la segunda oportunidad, en el empresario concursado persona física. Toda esta problemática laboral del concurso de acreedores, será abordada desde el análisis reflexivo de las Directivas Comunitarias, así como de las principales Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Provinciales, de los Juzgados de lo Mercantil y, de los Juzgados de lo Social; así como desde el examen ponderado llevado a cabo por la doctrina más autorizada.

I. LAS COMPETENCIAS LABORALES DEL JUEZ DEL CONCURSO.

La Ley Concursal supuso una profunda modificación al atribuir competencias propias del ámbito laboral al Juez del Concurso. Y así, en su Disposición Final Decimoquinta dio una nueva redacción a determinados preceptos de la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral, exonerando a los órganos del orden jurisdiccional social del conocimiento de las cuestiones litigiosas atribuidas, con carácter exclusivo y excluyente, al Juez del Concurso. En igual sentido, el artículo 3 h) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal, a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del Concurso. A estos efectos, el artículo 8.2 de la Ley Concursal, - de idéntico tenor al artículo 86 ter 1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial -, preceptúa que la jurisdicción del Juez del Concurso es exclusiva y excluyente para el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que, cuando estas medidas supongan modificar las condiciones

establecidas en Convenio Colectivo aplicable a estos contratos, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. La redacción de este precepto ha suscitado algunas dudas interpretativas y, a pesar de que fue objeto de modificación por el apartado cuarto del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, no han quedado solventadas. Entre las principales cuestiones que deberían de abordarse de lege ferenda, conviene destacar las siguientes:

1. La norma atribuye al Juez del Concurso el conocimiento de las “acciones sociales” a las que se refiere. Teniendo en cuenta la especial naturaleza de las competencias laborales del Juez del Concurso, se ha discrepado de la utilización por el legislador concursal del término “acciones”, ya que, en sentido técnico procesal, es discutible que se ejerciten acciones, por los legitimados para instar la adopción por el Juez del Concurso de las medidas de flexibilidad externa e interna de la empresa declarada en concurso. Un sector doctrinal⁶, por el contrario, considera que esta crítica no es correcta, porque en el concurso se ejercitan acciones que constituyen pretensiones constitutivas encaminadas a que el órgano judicial extinga, suspenda o modifique las relaciones laborales. En mi opinión, la pretensión de la parte no es constitutiva, sino que es la resolución del Juez del Concurso la que tiene naturaleza constitutiva. Considero que hubiese sido más acertado atribuir al Juez del Concurso el conocimiento de las pretensiones sobre las materias que regula, como lo hace el artículo 3 h) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

2. La relación de competencias laborales atribuidas al Juez del Concurso contenida en el artículo 8.2 de la Ley Concursal es incompleta e inexacta. Considero que es incompleta porque no contempla otras competencias que también ostenta el Juez del Concurso que se regulan en otros preceptos de la Ley Concursal, concretamente, los traslados colectivos, la reducción temporal de la jornada de trabajo, la resolución indemnizada de los contratos de trabajo

⁶ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas”*, Albacete, 2007, página 117.

por voluntad del trabajador regulada en el artículo 64.10 de la Ley Concursal y, la impugnación individual del Auto que resuelve el expediente de regulación de empleo concursal, por discrepancias con cuestiones sobre la relación jurídica individual del afectado. Y creo que es inexacta, de un lado, porque el Juez del Concurso no conoce de la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, ya que tanto la suspensión como la extinción es competencia de la administración concursal, de acuerdo con el artículo 65.1 de la Ley Concursal y, la competencia del Juez del Concurso se limita al conocimiento de la impugnación de estas decisiones adoptadas por la administración concursal. Y, de otro lado, porque no es acorde con la nueva redacción del artículo 64.1 de la Ley Concursal, dada por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que recoge todas las competencias laborales del Juez del Concurso, a saber, 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.

Por todo lo expuesto, es conveniente integrar el contenido del artículo 8.2 de la Ley Concursal con el artículo 64.1 de la misma. En la redacción originaria de este último precepto se establecía que se tramitarían ante el Juez del Concurso, por el procedimiento de expediente de regulación de empleo concursal, los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el Juzgado de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso. Este párrafo fue modificado por el artículo 12 del Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, para atribuir la competencia para conocer de los expedientes de regulación de empleo concursales al Juez del Concurso, desde la declaración del concurso y no desde la solicitud, pues si se instaba, como permitía la norma, el expediente de regulación de empleo concursal antes de la declaración de concurso, ni siquiera se podía abrir el periodo de consultas, pues no había administración concursal nombrada para negociar en el mismo. Sin embargo, a los efectos

que nos ocupan, seguía originando la redacción del artículo 64.1 de la Ley Concursal el problema de la determinación de la competencia del Juez del Concurso para conocer de la suspensión individual o colectiva de las relaciones de trabajo. Y ello, porque si bien el artículo 8.2 de la Ley Concursal se refería a la extinción o suspensión “colectivas”, en plural, el artículo 64.1 contemplaba la “suspensión o extinción colectiva”, lo que permitía interpretar que el Juez del Concurso era competente para conocer de los expedientes temporales de regulación de empleo de suspensión individual o colectiva y de los expedientes de regulación de empleo de extinción, sólo cuando la medida mereciera la consideración de colectiva. Esta problemática ha quedado solventada por la redacción actual de la norma, tras la reforma operada por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Abundaré, no obstante, en esta materia, en el epígrafe destinado al análisis concreto de la suspensión como competencia del Juez del Concurso, pero dejo sentado lo anterior para delimitar cuáles son el conjunto de las atribuidas por la Ley Concursal al Juez del Concurso.

Asimismo el artículo 8.4 de la Ley Concursal extiende la competencia del Juez del Concurso, a todas las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que no sean de su competencia. Dentro de los actos preparatorios del proceso y las diligencias preliminares en el procedimiento laboral, se regulan las medidas cautelares, debiendo resaltarse que los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social y los Sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, así como las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, estarán exentos de la prestación de cauciones, garantías e indemnizaciones relacionadas con las medidas cautelares que pudieran acordarse. El artículo 79 de la Ley de la Jurisdicción Social establece que se podrán adoptar medidas cautelares idóneas o el embargo preventivo en los siguientes supuestos:

1. En las reclamaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional podrán acordarse medidas cautelares respecto de cualquier clase

de responsabilidades empresariales y, de terceros, derivadas de estas contingencias.

2. En los procedimientos referidos a la impugnación de las resoluciones de la Autoridad laboral sobre la paralización de los trabajos por riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como en el caso de responsabilidad empresarial por enfermedades profesionales derivadas de la falta de reconocimientos médicos, podrán adoptarse también estas medidas cautelares de aseguramiento.

3. En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador o, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o, concurren posibles consecuencias de tal gravedad, que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares, contempladas en el artículo 180.4 de la Ley de la Jurisdicción Social, con el mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia. Estas medidas son: la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o la reducción del tiempo de trabajo y, cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse⁷.

Como puede observarse, todas estas medidas cautelares tienen trascendencia en el patrimonio del empresario concursado, por lo que, una vez declarado el concurso del mismo, corresponderá su conocimiento al Juez del Concurso, debiéndose abstener el Juzgado de lo Social.

⁷ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*”, publicado en mayo de 2012, por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de España, con ocasión del Congreso Nacional, celebrado en Cádiz, en conmemoración de la Constitución Española de 1812.

Debe tenerse en cuenta también, que el artículo 9 de la Ley Concursal, atribuye al Juez del Concurso la competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales directamente relacionadas con el concurso o, cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. La Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal introdujo el párrafo segundo del artículo 9, disponiendo que la decisión sobre las cuestiones prejudiciales no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca. Por consiguiente, conocerá el Juez del Concurso de las cuestiones prejudiciales que se susciten en relación con las competencias laborales que le son propias. Habrá de aplicarse el artículo 4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social que regula la competencia funcional por conexión y que, expresamente, excluye en el párrafo primero, de la competencia del orden social, el conocimiento de las cuestiones prejudiciales atribuidas por la Ley Concursal al Juez del Concurso. De acuerdo con el párrafo segundo, serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso y, la decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte. Ahora bien, considero que sólo serán de la competencia del Juez del Concurso las cuestiones prejudiciales sociales no devolutivas y debe distinguirse entre la fase declarativa y la fase de ejecución. En las cuestiones prejudiciales devolutivas, en la fase declarativa, deberá aplicarse el artículo 4.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social que establece, respecto de las cuestiones prejudiciales penales, que hasta que las resuelva el órgano judicial competente, suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión, sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla. Y, en la fase de ejecución, de acuerdo con el artículo 4.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la suspensión de la ejecución por existencia de una cuestión prejudicial penal sólo procederá, si la falsedad documental en que se base, se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo y, se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquélla.

Las competencias laborales del Juez del Concurso constituyen un *numerus clausus* y, por tanto, el Juez del Concurso será competente,

únicamente, para el conocimiento de las materias que le vengan atribuidas expresamente por la ley. En este sentido, es interesante resaltar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias Santa Cruz de Tenerife de 26 de septiembre de 2007 (Recurso de suplicación 437/2007). Los actores presentaron demanda ante el Juzgado de lo Social en reclamación de los salarios que le adeudaban las empresas demandadas. Aun cuando los demandantes se basaban en la falta de pago de los salarios, no solicitaban la resolución de sus contratos de trabajo, sino sólo la condena de las empresas demandadas a que les abonasen los salarios adeudados. Por el Auto del Juzgado de lo Social se declaró la incompetencia de jurisdicción, con base en que una de las empresas demandadas había sido declarada en concurso. Este Auto fue recurrido en suplicación. La Sentencia indicada estimó el recurso de suplicación y revocó el Auto recurrido, dejándolo sin efecto, declarando la competencia del orden jurisdiccional social, con buen criterio, a mi juicio. Y así, afirma esta Sentencia que en las acciones laborales ordinarias declarativas y de condena, -como la presente reclamación salarial, por retribuciones no pagadas-, la competencia objetiva reside en el orden jurisdiccional laboral, conforme a los criterios ordinarios de atribución de competencias, con independencia de que las acciones estén acumuladas subjetivamente, de acuerdo con el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues esto sólo conlleva la pluralidad procesal del litisconsorcio pero sin transformar la acción en colectiva. Considero, además, que en este supuesto de reclamación de cantidad, ni siquiera cuando concurrieran los umbrales de trabajadores afectados que permiten calificar las acciones que son competencia del Juez del Concurso como colectivas, sería competencia del Juez del Concurso, ya que la reclamación cantidad es competencia del orden social, cualquiera que sea la afectación, es decir, aunque reclamase toda la plantilla de la empresa demandada y, aunque la empresa hubiera sido declarada en concurso⁸.

⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 55 y 56.

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, es decir, que las competencias laborales del Juez del Concurso constituyen un *numerus clausus*, se ha de concluir que, de conformidad con el artículo 82 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 8, en relación con los artículos 64 y 65 de la Ley Concursal, el Juez del Concurso es competente para el conocimiento de las siguientes materias laborales declarativas:

1. El despido colectivo de los trabajadores de la empresa concursada.
2. La impugnación por el trabajador afectado o por el Fondo de Garantía Salarial, del Auto que resuelve el procedimiento de regulación de empleo concursal, sobre las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, según el artículo 64.8.2º de la Ley Concursal, a través del incidente concursal laboral.
3. La suspensión individual o colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa declarada en concurso.
4. La reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, individual o colectiva, de los trabajadores de la empresa concursada.
5. La modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la concursada.
6. Los traslados colectivos de los trabajadores de la empresa concursada.
7. La resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador cuando merezca la consideración de extinción colectiva, conforme al artículo 64.10 de la Ley Concursal.
8. La impugnación de la decisión de la administración concursal de la suspensión o la extinción del contrato del personal de alta dirección, de acuerdo con el artículo 65 de la Ley Concursal.

1. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL, DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y, DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL.

Las medidas de flexibilidad externa, -a saber, el despido colectivo- y, las de flexibilidad interna de la empresa concursada, se adoptan siguiendo el trámite del procedimiento de regulación de empleo concursal del artículo 64 de la Ley Concursal. Del tenor de este precepto, se extrae que debe integrarse con la normativa vigente para cada pretensión que se vaya a ejercitar, pues las prescripciones de la norma indicada se refieren a aspectos procedimentales. Por esta razón, el artículo 64.11 de la Ley Concursal dispone que, en lo no previsto, se aplicará la legislación laboral, con una referencia especial al mantenimiento de las competencias de los representantes de los trabajadores. Es una consecuencia de la *vis atractiva* del concurso que exige la denominada laboralización del mismo, en cuanto que es imprescindible la aplicación de la normativa laboral en el seno del procedimiento de regulación de empleo concursal y, por un órgano judicial que no se integra en el orden social de la jurisdicción, sino en el civil, a saber, el Juez del Concurso.

Pues bien, la legislación laboral a la que se refiere el artículo 64.11 de la Ley Concursal se integra esencialmente por el Estatuto de los Trabajadores, por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre y, por la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. El despido colectivo se regula en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 47 del citado texto legal, en relación con la suspensión, que contiene también el régimen de la reducción temporal de la jornada de trabajo. La regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se encuentra en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y, el régimen de los traslados colectivos, en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. La resolución contractual indemnizada a instancia del trabajador, se contempla en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta normativa debe ser completada con lo previsto en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y, de suspensión de contratos y, reducción de jornada, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 30 de octubre de 2012. Este Reglamento es fruto de la Disposición Final Quinta del Estatuto de los Trabajadores y, de la Disposición Final Decimonovena, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sólo es aplicable en el seno del concurso de acreedores el Título I, que regula los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Y ello, porque el Título II se refiere a las medidas adoptadas por fuerza mayor y, el Título III al despido colectivo en las Administraciones Públicas, que no pueden ser declaradas en concurso, de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley Concursal.

En relación con el artículo 65 de la Ley Concursal, -aun cuando no contiene una previsión similar a la del artículo 64.11 de la Ley Concursal-, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección. Asimismo, respecto del artículo 66 de la Ley Concursal ha de tenerse presente el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, que contempla el descuelgue del Convenio Colectivo.

Por otra parte, el artículo 8.2 de la Ley Concursal establece que en el enjuiciamiento de las competencias laborales del Juez del Concurso deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Conviene indicar cuáles son estos principios, realizando la misma distinción que hace el precepto.

Respecto de los principios regulados en el Estatuto de los Trabajadores en relación con la normativa sustantiva, se encuentran, en primer lugar, los que afectan a la aplicación de las normas, a saber, el principio de jerarquía normativa, el principio de norma mínima y el principio de norma más favorable;

Ana María Orellana Cano

en segundo lugar, el que afecta a la sucesión de normas, que es el principio de condición más beneficiosa adquirida; en tercer lugar, la imposibilidad de renuncia por los trabajadores de los derechos reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario o por Convenio Colectivo; y, por último, el principio pro operario, que afecta a la interpretación de las normas. Los analizaré, a continuación.

1. El principio de jerarquía normativa.

Según el artículo 9 de la Constitución, el principio de jerarquía normativa impone que las normas de rango inferior deban someterse a lo previsto en las normas de rango superior. El artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores regula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, y establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se rigen, en primer lugar, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; en segundo lugar, por los Convenios Colectivos; en tercer lugar, por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que, en ningún caso, puedan establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y Convenios Colectivos anteriormente expresados; y, por último, por los usos y costumbres locales y profesionales. Pues bien, el principio de jerarquía normativa viene contemplado en el artículo 3.2 del Estatuto de los Trabajadores que declara que las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar. En la pirámide Kelseniana, le seguirían los Convenios Colectivos que regulan las condiciones de trabajo con respeto a las disposiciones legales y reglamentarias, -que generalmente, establecen unos mínimos- y, a continuación, se encuentran los contratos de trabajo individuales, que deben respetar las normas y los Convenios Colectivos.

2. El principio de norma mínima.

Íntimamente relacionado con el principio de jerarquía normativa y con el principio de norma más favorable, rige en el Derecho del Trabajo, el principio

de norma mínima, que impide que se establezcan en la regulación de las relaciones laborales, condiciones que no respeten las disposiciones legales de Derecho necesario, que son las que no pueden ser excluidas por las partes, por ejemplo, las que regulan la jornada máxima, el salario mínimo interprofesional, la duración mínima de las vacaciones o, los descansos entre jornadas. Tanto los Convenios Colectivos como los contratos de trabajo deberán respetar estos mínimos establecidos por la ley. En este sentido, por ejemplo, el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso, podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria o, compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2013 (Rcud 2459/2012), declara que la expresión legal "en ningún caso" conduce al "*ius cogens*" y, por lo tanto, por aplicación del principio de jerarquía normativa y del principio de norma mínima, se impone el inexorable respeto a este mínimo. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre otras, en al Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2013 (Rcud 1838/2012), resolviendo que la cuantía de las horas extraordinarias de los vigilantes de seguridad, coincide con la de las horas ordinarias, pero siempre que se realicen en las mismas condiciones.

3. El principio de norma más favorable.

Se encuentra regulado en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores. Conforme al mismo, los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto si se trata de normativa estatal como los Convenios Colectivos, en su naturaleza de normas pactadas, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables. Debe tenerse en cuenta que han de respetarse, en todo caso, los mínimos de Derecho necesario, es decir, debe cumplirse con el principio de norma mínima, que es

inderogable. Y, además, en virtud del principio de jerarquía normativa, el conflicto sólo puede originarse entre normas del mismo rango⁹.

4. El principio de condición más beneficiosa adquirida.

Se trata del respeto a las condiciones más beneficiosas o a las ventajas reconocidas por el empresario al trabajador individualmente considerado o, a un colectivo plural de los mismos. Los requisitos exigidos jurisprudencialmente para apreciar la existencia de una condición más beneficiosa, -como han declarado, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2011 (Rcud 486/2011), de 14 de octubre de 2011 (Rcud 4726/2010), de 27 de septiembre de 2011 (Rcud 4146/2010) y, de 26 de septiembre de 2011 (Rcud 4249/2010)-, son los siguientes: que se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama; que exista una voluntad inequívoca de su concesión, de forma tal que se incorpore al contrato de trabajo; que se acredite que la voluntad del empresario era atribuir a sus trabajadores, una ventaja o un beneficio social que superaba a los establecidos en la ley o en los Convenios Colectivos. Por lo tanto, cuando se reconoce la existencia de una condición más beneficiosa, la misma no podrá extinguirse por voluntad unilateral del empresario, pero sí por acuerdo de éste con la representación de los trabajadores o, en virtud de compensación por una norma posterior legal o, pactada colectivamente, que sea más favorable, como declararon, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2002 (Rcud 3590/99), de 20 de noviembre de 2006 (Rcud 3936/05), de 12 de mayo de 2008 (Rcud 111/07) y, de 13 de noviembre de 2008 (Rcud 146/07).

5. El principio de indisponibilidad de los derechos adquiridos por los trabajadores, en virtud de norma de Derecho necesario o Convenio Colectivo.

Como establece el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales

⁹ LEFEBVRE, FRANCIS: “*Memento práctico. Social 2012*”, Santiago de Compostela, página 17.

de Derecho necesario, ni de los derechos reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo. Es una consecuencia de lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil, que considera nulos los pactos de renuncia o contrarios, a las normas imperativas, al orden público o los que perjudiquen a terceros. Aunque el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la indisponibilidad, debe entenderse que lo que proscribe es la renuncia de derechos. Atendiendo a este principio, deben ser interpretados los documentos de finiquito, por los que se extingue la relación laboral y las partes se consideran saldadas, generalmente renunciando a las acciones que se pudieran ejercitar derivadas del contrato de trabajo¹⁰.

6. El principio in dubio pro operario.

Como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero, este principio deriva de la naturaleza protectora de la legislación laboral. Consiste en una regla hermenéutica de las normas, según la cual donde existan varias interpretaciones posibles de una norma, se aplicará la que reporte mayor beneficio al trabajador¹¹. Este principio de favor hacia una de las partes de la relación jurídica, data de antiguo. Se recogía ya en el Digesto I, XVII, 56, donde se articulaba como *in dubiis benigniora praeferenda sunt* y, se aplica en todos los órdenes jurisdiccionales. Piénsese en el *favor debitoris* del Derecho Civil, en el *in dubio pro reo* del Derecho Penal, o en el principio de favor al administrado del Derecho Administrativo. Se trata de un principio que opera en la interpretación de las normas y, no en la interpretación de los contratos. Exige la existencia de una duda interpretativa, es decir, de varias interpretaciones posibles de la norma en cuestión, lo que se denomina la *res dubia*.

También deben tenerse en cuenta, en virtud del artículo 8.2 de la Ley Concursal, en el enjuiciamiento de las competencias laborales del Juez del

¹⁰ MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Derecho del Trabajo”, decimosexta edición, Madrid, 1995, página 225.

¹¹ MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Derecho del Trabajo”, decimosexta edición, Madrid, 1995, página 217.

Concurso, los principios del proceso laboral. En el proceso social, se aplican, de un lado, los principios generales del proceso, que son comunes a los restantes procesos, entre los que se encuentran, el principio de audiencia, de igualdad y, de buena fe procesal. Por otro lado, destacan los principios especiales, que derivan del objeto del proceso, en los que se incluyen el principio dispositivo y, el principio de aportación de parte. Y, por último, se aplican los principios propios del proceso laboral¹². Están regulados en el Título VI del Libro I, concretamente, en el artículo 74, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que establece que las normas del proceso laboral, se interpretarán y aplicarán, según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. Los principios de inmediación, concentración y celeridad son una consecuencia del principio de oralidad. De estos principios, conviene destacar lo siguiente:

1. El principio de oralidad.

Todo el proceso laboral, sobre todo en la fase declarativa, se caracteriza por la oralidad, de forma tal que, salvo la demanda escrita, tanto la contestación a la demanda como la prueba se practican oralmente en el acto del juicio. No existen los pliegos de posiciones en la prueba de interrogatorio de parte o, los de preguntas en la prueba de interrogatorio de testigos. Tras la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se permite la aportación por escrito de las denominadas conclusiones complementarias, en las que se valorará por las partes la prueba documental o pericial de extraordinario volumen o complejidad, de acuerdo con el artículo 87.6 del citado texto legal. La sentencia debe documentarse por escrito, pero fruto del principio de oralidad, caben supuestos en los que pueden dictarse *in voce*. En la fase de ejecución, la manifestación del principio de oralidad se evidencia en la posibilidad que se le otorga al órgano judicial de citar de comparecencia a las partes, para resolver determinadas cuestiones incidentales. Esta comparecencia se rige por la oralidad en las alegaciones y, en la práctica de pruebas, así como en las

¹² LEFEBVRE, FRANCIS: “*Memento práctico. Procedimiento Laboral 2012-2013*”, Madrid 2012, página 33.

conclusiones. Los recursos, por el contrario, se formalizan y, se impugnan por escrito.

2. El principio de inmediación.

Este principio garantiza que el juicio oral, las pruebas y, las comparencias se desarrollen en presencia del Juez o, del Letrado de la Administración de Justicia¹³, en las actuaciones que hayan de realizarse ante el mismo. La consecuencia es que el propio Juez que celebre el juicio, es el que tiene atribuida la competencia de valorar libremente la prueba¹⁴ y, tiene la obligación de dictar la sentencia¹⁵.

3. El principio de concentración.

Supone que la celebración del juicio esté presidida por la unidad de acto, de forma tal que sólo puede interrumpirse por el tiempo estrictamente necesario para la práctica de actuaciones fuera de la sede del Juzgado o Tribunal. Y, en este acto se desarrollan las alegaciones, se proponen, se admiten y se practican las pruebas, así como se realizan las conclusiones, -salvo que se acuerden las conclusiones complementarias, a las que he hecho referencia anteriormente-, sin solución de continuidad, en un solo acto.

4. El principio de celeridad.

El proceso laboral, debido a la especial naturaleza de los conflictos que por este cauce se tramitan, exige una especial rapidez. Mediante el mismo, se consigue que el proceso laboral sea un proceso ágil y eficaz. Con base en el mismo, en determinadas modalidades procesales, no se exigen actos previos al proceso (artículo 64.1 y artículo 70 de la Ley reguladora de la Jurisdicción

¹³ El Secretario Judicial pasa a denominarse Letrado de la Administración de Justicia, en virtud de la reforma operada en el artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el apartado cincuenta y seis del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, a partir del 1 de octubre de 2015.

¹⁴ LEFEBVRE, FRANCIS: “*Memento práctico. Procedimiento Laboral 2012-2013*”, Madrid 2012, página 43.

¹⁵ SOUTO PRIETO, JESÚS: “*De los principios del proceso y de los deberes procesales*”, en la obra colectiva *Procedimiento Laboral, comentarios y jurisprudencia*, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, Madrid 2010, página 324.

Social), -conciliación o reclamación previa en vía administrativa-, se reducen los plazos (artículo 81.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social) o, se habilita el mes de agosto (artículo 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social).

La aplicación de los principios del proceso laboral al procedimiento de regulación de empleo concursal es complicada, dado que éste último es un proceso atípico¹⁶. La regulación de este procedimiento en el artículo 64 de la Ley Concursal, permite afirmar que prácticamente no existe contradicción. Tan sólo, a partir de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el artículo 64.7 de la Ley Concursal se ha introducido la contradicción, cuando no se alcance un acuerdo en el periodo de consultas, supuesto en el que el Juez del Concurso, dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el Letrado de la Administración de Justicia les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y, aportar prueba documental. El Juez del Concurso podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días. En esta comparecencia sí que deberán aplicarse los principios de oralidad, inmediación, concentración y, celeridad. En los restantes trámites del procedimiento de regulación de empleo concursal, en los que rige fundamentalmente la forma escrita, -salvo el principio de celeridad-, no serán aplicables los principios del proceso laboral.

2. EL DESPIDO COLECTIVO.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, -el 1 de septiembre de 2004- y, la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil, para adoptarse la medida de despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debía acudir al expediente de regulación de empleo concursal del artículo 64 de la Ley Concursal, si la empresa había solicitado la declaración de concurso; o debía tramitarse el

¹⁶ RIOS MESTRE, JOSÉ MARÍA: *“Despido colectivo y concurso de acreedores”*, Pamplona, 2012, páginas 54 y 55.

denominado expediente de regulación de empleo administrativo, si no se había solicitado esta declaración. La necesidad de autorización administrativa en los despidos por crisis, se implantó en nuestro Derecho, en 1944. En la redacción originaria de la Ley Concursal, se admitía la solicitud del expediente de regulación de empleo concursal, desde la solicitud del concurso y, no desde la declaración, lo que provocaba serios problemas prácticos, pues hasta la declaración del concurso, no se nombra a la administración concursal, por lo que no podía abrirse el periodo de consultas, -como ya indiqué anteriormente-. Este problema fue solventado en la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, que modificó el artículo 64.3 del texto legal, permitiendo que se instara el expediente de regulación de empleo concursal, sólo cuando se hubiera declarado el concurso del empresario. El Auto del Juez del Concurso por el que extingue los contratos de trabajo es recurrible en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. Por el contrario, frente a la resolución de la Autoridad Laboral por la que, -poniendo fin al expediente de regulación de empleo administrativo-, se autorizaba o no, al empresario a adoptar la medida de despido colectivo, se podía interponer el recurso contencioso administrativo ante las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. La jurisdicción contencioso administrativa era competente para conocer tanto de las cuestiones sustantivas, relativas a la concurrencia de las causas que justificaban el despido colectivo, como para analizar las posibles irregularidades formales del procedimiento de expediente de regulación de empleo administrativo. Esta atribución competencial a la jurisdicción contencioso administrativa, dio lugar a sentencias tales como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 101/2006, de 3 de febrero de 2009, que declaró que no era competente el orden social para conocer de la vulneración del derecho de libertad sindical en el marco de un expediente de regulación de empleo. La Ley 29/1998 de 13 de julio, -en su redacción originaria-, modificó el artículo 3.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, atribuyendo al orden social la competencia para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas relativas a la regulación de empleo. No obstante, no había entrado en vigor la reforma, cuando la Disposición Adicional Vigésimo Cuarta

Ana María Orellana Cano

de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, adicionó un nuevo párrafo al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral que establecía que, en el plazo de nueve meses, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales en esta materia. Este plazo fue incumplido y, de esta forma, se aplazó *sine die*, la entrada en vigor de la atribución de esta competencia al orden jurisdiccional social.

El artículo 2 n) de la Ley de la Jurisdicción Social, en su versión inicial, atribuyó, con buen criterio, a la jurisdicción social, el conocimiento de la impugnación de las resoluciones de la Autoridad Laboral, recaídas en los expedientes de regulación de empleo administrativos. Sin embargo, en los últimos años, -en los que se ha producido una enorme crisis económica que ha provocado la extinción de numerosos contratos de trabajo-, las estadísticas han evidenciado que los empresarios preferían acudir al despido exprés regulado anteriormente en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, que utilizar los cauces legales establecidos para adoptar la medida de despido colectivo, lo que puso de manifiesto las carencias del sistema y, provocó la reforma laboral del año 2012. Efectivamente, en el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, desapareció el denominado despido exprés y, se suprimió la autorización administrativa necesaria para que el empresario pudiera realizar un despido colectivo o, la suspensión de las relaciones laborales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esta línea, seguida en la Ley 3/2012, supone un cambio sin precedentes en nuestro sistema del despido colectivo. La regulación del despido colectivo, es fruto de la trasposición de la Directiva Comunitaria 75/126/CEE, de 17 de febrero, modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 junio, que han sido codificadas en la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio. La intervención de la Autoridad Laboral no derivaba de la transposición de la Directiva reseñada, ya que en otros países de la Unión Europea no habían acogido este sistema. Se trataba de una opción del legislador español, que por otra parte, no era contraria a la Directiva, ya que expresamente el artículo 5 de la misma facultaba para ello. Por el contrario, en la mayoría de los países de la Unión Europea, la intervención de la

Administración se limita a controlar la regularidad del procedimiento, a formular propuestas de acuerdo en el periodo de consultas o, a determinar medidas de empleo y de protección social para los trabajadores afectados. Y, precisamente, en la Ley 3/2012 se produce un acercamiento de nuestra regulación a la de los restantes países de la Unión Europea.

La supresión de la necesidad de autorización de la Autoridad Laboral para que el empresario acuerde el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone que lo que se impugna es una decisión empresarial y, como tal, la competencia para el conocimiento de esta impugnación ha de atribuirse a la jurisdicción social y, esta consecuencia es la que se acoge en la reforma urgente del mercado de trabajo operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, instaurando el nuevo procedimiento de despido colectivo. El artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social regula esta materia y, también el despido colectivo por fuerza mayor. Cuando el despido trae causa de fuerza mayor, a tenor del artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores no se suprime la resolución de la Autoridad Laboral, pero se limita su extensión, pues sólo constatará la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a ésta la decisión sobre la extinción de los contratos.

En el régimen actual, por consiguiente, si la empresa ha sido declarada en concurso, se adoptará la medida de despido colectivo por el cauce del artículo 64 de la Ley Concursal, a través del denominado inicialmente expediente de extinción colectiva y, a partir de la reforma del párrafo primero de la norma operada por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, procedimiento de despido colectivo, igual que en el ámbito extraconcursal. Si la empresa no ha sido declarada en concurso, para proceder al despido colectivo se deberá utilizar el trámite previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, la decisión empresarial será impugnable ante la jurisdicción social. Si la impugnación es de naturaleza colectiva, la competencia corresponde a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que conocerán, en única instancia, por el procedimiento de despido colectivo, regulado en el artículo 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que

Ana María Orellana Cano

ha sido modificado por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. La sentencia que recaiga será recurrible en casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. De la impugnación individual del despido colectivo conocerán los Juzgados de lo Social y, la sentencia será recurrible en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Conviene tener presente que, de conformidad con el artículo 1.3 de la Ley Concursal, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. En los sistemas de reajuste o reestructuración del sector público, el legislador laboral facilita distintos mecanismos, diferenciando según que la medida vaya a ser o haya sido adoptada, por una Administración Pública o por otra entidad perteneciente al sector público pero que no ostente la condición de Administración Pública. El criterio que utiliza la reforma laboral para llevar a cabo esta delimitación es el recogido en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/ 2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, considero que debe ponerse en relación con el artículo 1.3 de la Ley Concursal, para delimitar, cuándo debe acudir al procedimiento de regulación de empleo concursal, para adoptar una medida de despido colectivo, desde el punto de vista del ámbito subjetivo. Por lo tanto, deberán utilizar el procedimiento de regulación de empleo concursal como cauce adecuado para proceder a la extinción colectiva de los contratos de trabajo, -además, de las empresas privadas que hayan sido declaradas en concurso-, dentro del sector público, los siguientes entes, organismos y entidades, declarados en concurso:

1. Las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. De estas entidades quedarían excluidas porque tienen la consideración de Administración Pública y, por lo tanto, no pueden ser declaradas en concurso, las entidades de Derecho Público vinculadas a una o varias Administraciones

Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.1 Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso, sin ánimo de lucro.

1.2 Las entidades que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales.

2. Las sociedades mercantiles en las que sea superior al 50 %, la participación en el capital social, directa o indirecta, de los siguientes entes, organismos y entidades:

2.1 La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y, las Entidades que integran la Administración Local.

2.2 Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

2.3 Los Organismos Autónomos, las Entidades Públicas Empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y, cualesquiera entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o, con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

2.4 Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia, a los que se refiere el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, la legislación de régimen local.

2.5 Las Fundaciones a las que se refiere el siguiente apartado.

3. Las Fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público o, cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

4. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

5. Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o, nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

6. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados anteriormente.

2.1 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN.

Para la reestructuración o el reajuste de la plantilla de la empresa concursada, es necesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal, denominado anteriormente, expediente de regulación de empleo concursal y, tras la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modifica el párrafo primero, procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de la jornada de trabajo, cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Podría pensarse que el Auto de declaración de concurso de la

empresa supone la existencia de las causas económicas y, que, por lo tanto, en el concurso de acreedores, no sería preciso acreditar las mismas¹⁷. Sin embargo, la Ley Concursal prevé un procedimiento específico, en el que debe acreditarse la concurrencia de las causas que justifican la medida extintiva, con independencia de que la empresa haya sido declarada en concurso, aunque con una mayor flexibilidad que en el ámbito extraconcursal, según se desprende del artículo 64.4 de la Ley Concursal, que exige que, en la solicitud, se expongan y justifiquen, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

En el presente epígrafe, realizaré un análisis del régimen jurídico sustantivo de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, que contiene el Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Abordaré, consiguientemente, toda la normativa que ha de tenerse en cuenta a la hora de justificar la adopción de la medida de despido colectivo, en el seno de un procedimiento de regulación de empleo concursal.

A partir de la Ley 11/1994, que reformó el anterior texto del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se sustituyó el despido por causas económicas y tecnológicas, por el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con el aparente objetivo de superar las rigideces del modelo anterior basado en la idea de crisis empresarial. De este modo, aunque el despido por causas técnicas, organizativas o de producción, se concibió como un mecanismo preventivo al que se podía acudir, aun cuando la empresa no

¹⁷ CALLE MARTÍNEZ, VICENTE: *“Los expedientes colectivos de extinción y suspensión de contratos de trabajo. La valoración del momento de su presentación. Factores a tener en cuenta. Expedientes iniciados inmediatamente antes del concurso. El posible conflicto de competencias posterior entre la Autoridad Laboral y el Juez del Concurso”*, en la obra colectiva *“Crisis empresarial y concurso. Comentarios legales”*, Navarra, 2010, páginas 433 y 434.

estuviera atravesando dificultades económicas, la exigencia de que los despidos contribuyeran a garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma, supuso que se utilizaran estos cauces cuando la viabilidad de la empresa se sentía amenazada. De este modo, la aparente diferencia entre las causas económicas y las restantes causas, resultó ser prácticamente inexistente, dada la reconducción de todas ellas a problemas de rentabilidad económica¹⁸.

En la redacción originaria, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores sólo contenía una referencia a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como justificadoras de la medida extintiva, así como a los objetivos que debían cumplirse con su adopción. A partir de la reforma del precepto llevada a cabo por la Ley 35/2010, el legislador facilita las circunstancias que permiten apreciar la concurrencia de las causas. De este modo, se entendía que concurrían las causas económicas, cuando de los resultados de la empresa se extrajera una situación económica negativa -y, a continuación, daba algunos ejemplos de esta situación-, tales como las pérdidas actuales o previstas. Con la inclusión de las pérdidas previstas, se instauraba el despido económico preventivo. Estas previsiones no se han visto afectadas por las reformas posteriores y, por lo tanto, siguen con el mismo tenor, en la Ley 3/2012. Y, otra circunstancia que permitía apreciar la existencia de causas económicas, se refería a la disminución persistente de su nivel de ingresos. Además se exigía que todas estas circunstancias, pudieran afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Se vinculaba el objetivo que se perseguía con los despidos por estas causas, a la competitividad de la empresa. A estos efectos, la empresa tendría que acreditar los resultados alegados y justificar que, de los mismos, se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Esta exigencia incidía en el ámbito del control judicial de la extinción, que debía limitarse a constatar la razonabilidad de la

¹⁸ JURADO SEGOVIA, ÁNGEL: *“Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)”*, Diario La Ley, nº 7772, Sección Doctrina, 10 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-13, página 2.

medida en términos de gestión empresarial y, por lo tanto, que no había sido adoptada de forma arbitraria¹⁹.

La ambigüedad de estos últimos aspectos, hizo necesaria la reforma de la norma. Y, a partir, del Real Decreto ley 3/2012, se mantuvo que concurría una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas. Pero, respecto de la disminución persistente se adiciona, como justificadora del despido colectivo económico, la disminución persistente de su nivel de ingresos “o ventas”. Y, a continuación, se instauraba una presunción legal, -que a mi juicio, tenía naturaleza jurídica de *iuris tantum* y, admitía la prueba en contrario-, consistente en que, en todo caso, se entendería que la disminución era persistente, si se producía durante tres trimestres consecutivos. Un sector doctrinal consideró que se había descausalizado el despido en nuestro ordenamiento. Según mi criterio, la norma debía interpretarse de conformidad con el Convenio número 151 de la O.I.T., suscrito por España, cuyo artículo 4 impone que no cabe despido sin causa. En cualquier caso, la aplicación práctica de esta circunstancia evidenció numerosos problemas, pues parecía permitir que las empresas con actividad de temporada de tres meses de duración, -por ejemplo, hoteles con temporada alta en verano-, podían acudir a este cauce, para extinguir los contratos de trabajo. No era esta la intención del legislador. El Real Decreto Ley 3/2012, - que ha sido calificado como una medida de política económica y, no como una medida de política social²⁰-, suprimía tanto en las causas económicas, técnicas y, organizativas, como en las de producción, la referencia a que el empresario debía acreditar la concurrencia de las causas y sólo justificar la razonabilidad de la medida, lo que creo que no debía entenderse, en el sentido de que exoneraba al empresario de acreditar la existencia de las causas, dada la naturaleza causal del despido en nuestro ordenamiento laboral, reforzada por

¹⁹ DESDENTADO BONETE, AURELIO: “*La reforma del despido en el Real Decreto-ley 10/2010*”, en la obra colectiva “*La reforma laboral de 2010*”, Valladolid, 2010, páginas 95 y 96.

²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL: “*Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012*”, *Diario La Ley*, nº 7833, Sección Doctrina, 9 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-144, página 3.

la reforma del Real Decreto Ley reseñado, al suprimir el denominado despido exprés.

La reforma de la Ley 3/2012, modifica la concurrencia de la disminución persistente y, exige que afecte al nivel de ingresos “ordinarios” o de ventas. Al hacer la referencia al nivel de ingresos ordinarios, se evita el problema reseñado. Y, en cuanto a la presunción legal, dispone que, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Me parece interesante la adición para reforzar la necesaria causalidad del despido colectivo. Se ha afirmado²¹ que con esta modificación se gana no sólo en claridad sino, también, en garantía, en tanto se evidencia una auténtica situación de pérdida económica.

La reforma sigue manteniendo, aunque con algún pequeño matiz, los criterios de la Ley 35/2010 para la consideración de la existencia de causas técnicas, organizativas o de producción, adicionando que concurren también causas organizativas cuando los cambios afecten al modo de organizar la producción. Por lo tanto, se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, entre otros. Las causas organizativas existen cuando se produzcan cambios, - entre otros también-, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o, en el modo de organizar la producción. Y concurren las causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

²¹ VARELA AUTRÁN, BENIGNO: “Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Reformas producidas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, Diario La Ley, nº 7900, Sección Tribuna, 12 de julio de 2012, página 8.

Al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se le ha denominado también, despido por causas empresariales²², en tanto que dependen de la voluntad del empresario²³. De este modo, debe utilizarse el procedimiento de despido colectivo para extinguir los contratos de los trabajadores por cese de la actividad empresarial, como declaró la Sentencia del Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea 235/2006, de 7 de septiembre y, no por fallecimiento del empresario, según afirmó también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 381/2009, de 10 de diciembre.

A continuación, examinaré, en primer lugar, las distintas causas expuestas y su interpretación judicial; en segundo lugar, realizaré también una referencia a las peculiaridades de la concurrencia de las causas en los grupos de empresas irregulares, patológicos o, a efectos laborales; en tercer lugar, analizaré la regulación de las causas del despido colectivo en otros países de la Unión Europea y, el control judicial; y, para terminar, me referiré a la constitucionalidad de la regulación de la presente materia declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad 5610/2012).

2.1.1 LAS CAUSAS ECONÓMICAS.

El artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores establece, con carácter general, que concurre la causa económica para proceder al despido colectivo cuando de los resultados de la empresa se extraiga una situación económica negativa, tales como las pérdidas actuales o previstas o, la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas. En la redacción del precepto dada por la reforma urgente del mercado de trabajo

²² DEL REY GUANTER, SALVADOR: “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales de los nuevos artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores según la Ley 35/2010”, Diario La Ley 7488/2010, página 1.

²³ COSTA REYES, ANTONIO: “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010”, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 109/2011, segundo trimestre, página 14.

Ana María Orellana Cano

operada por la Ley 35/2010, el tenor de la norma era similar, aunque no se refería a la disminución persistente de los ingresos ordinarios o las ventas, sino sólo a los ingresos. Sin embargo, en la misma, se adicionaba que tales circunstancias concurrirían cuando pudieran afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tenía que acreditar los resultados alegados y, justificar que de los mismos, se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Interpretando la necesidad de prueba de los resultados negativos y, la justificación de la razonabilidad de la medida, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012 (Rcud 3638/2011) declaró que, si bien al empresario se le exigía una prueba plena respecto de los hechos que invocaba como causa del despido, a saber, las pérdidas o la persistente disminución del nivel de ingresos, en cuanto a la conexión finalista, es decir, que las extinciones acordadas constituían una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo, eran circunstancias que aludían a un futuro, y con relación a ellas, solo se podían exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando, por tanto, el empresario, en este aspecto, un margen discrecional que excluía aquellas conclusiones que resultaran irrazonables o desproporcionadas. Con estos criterios, se hacía necesaria la reforma, y la supresión de la justificación razonable, un concepto ambiguo que originaba o podía originar, inseguridad jurídica, lo que se llevó a cabo, primero por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, por la Ley 3/2012.

Aunque con la redacción del artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, dada por la Ley 35/2010, la situación económica negativa de la empresa no se equiparaba a una situación de pérdidas que mereciera ser calificada como real, actual, suficiente y objetiva, pues cabían las pérdidas meramente potenciales o, la disminución persistente de ingresos, no obstante, sí que debía ser de entidad, relevancia o gravedad suficiente como para que pudiera afectar a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el

volumen de empleo. En relación con esta reforma, se ha afirmado por la doctrina²⁴ que la exigencia de una situación económica negativa, derivada de los resultados de la empresa, incide en la rentabilidad, por lo que debe ser valorada la causa considerando el conjunto empresarial. La Ley 3/2012, de reforma urgente del mercado laboral, suprime estas exigencias, así como la necesidad de justificar la razonabilidad de la medida, y consiguientemente, la conexión entre su adopción y los objetivos reseñados, lo que supone una mayor flexibilización de los presupuestos requeridos para adoptar la medida de extinción colectiva. Sin embargo, tanto por el empresario, como en el control judicial del despido colectivo, deberá tenerse en cuenta que el despido en nuestro ordenamiento sigue siendo causal, como ya indiqué anteriormente.

Concretamente, el legislador considera que la situación económica negativa de la empresa puede concurrir en supuestos tales como los de pérdidas actuales o previstas o, cuando presente una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas. La Ley 35/2010 al introducir en el artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, como manifestaciones de la situación económica negativa de la empresa, las pérdidas previstas o la disminución persistente de los ingresos, supuso un cambio muy importante en nuestro sistema. Y así, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, venía interpretando que la situación económica negativa se equiparaba a una situación de pérdidas, sin que fuera necesario haber llegado a una situación irreversible, pues la finalidad de la medida extintiva era contribuir a superar esa situación. Por lo tanto, cuando la situación de pérdidas era elevada o suficiente y, se prolongaba en el tiempo, es decir, no era meramente coyuntural, se presumía, salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos de trabajo contribuía a superar la crisis y, el despido por causas económicas merecía ser calificado de procedente. En este sentido, se pronunciaron, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 (Rcud 1205/03) y la de 11 de junio de 2008

²⁴ COSTA REYES, ANTONIO: “*Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010*”, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 109/2011, segundo trimestre, página 20.

Ana María Orellana Cano

(Rcud 730/08). A *contrario sensu*, podía deducirse que no estaba justificada la medida ante una mera situación de disminución de los beneficios, si no existían pérdidas. Sin desconocer la relevancia del cambio legislativo producido, se ha de resaltar que tanto las pérdidas previstas como, sobre todo, la disminución persistente de los ingresos ordinarios o las ventas, venían considerándose causas justificadoras del despido colectivo, pero no causas económicas, sino productivas u organizativas.

Las pérdidas actuales de una empresa son más fáciles de acreditar mediante los resultados contables, en especial, con la cuenta de pérdidas y ganancias. En los resultados de una empresa influyen factores exógenos y endógenos. Los factores exógenos que intervienen en la obtención de beneficios o de pérdidas, son los cambios en la demanda de los productos elaborados por la empresa o de los servicios que preste y, los cambios en los costes de producción de estos productos o servicios. Además inciden elementos endógenos o derivados de las decisiones empresariales, entre los que caben destacar los cambios en los precios, los cambios en los productos, la inversión en capital, la inversión en nuevas tecnologías, la reorganización del trabajo, los despidos, las contrataciones y, la apertura o el cierre de establecimientos. Sin embargo, los resultados contables de una empresa se pueden presentar distorsionados, dependiendo de los criterios de valoración que se utilicen. Para los flujos anuales (ventas, gastos corrientes...), de referencia temporal corta, se utiliza el precio de adquisición, pero para la valoración de los activos y pasivos de referencia temporal más larga, es más adecuada la utilización del criterio del valor razonable. Las variaciones de valor originadas por la aplicación del criterio del valor razonable se deben imputar en la cuenta de pérdidas y ganancias y, por otro lado, los bienes de capital físico generan una partida de amortización del inmovilizado en la cuenta de pérdidas y ganancias, que depende de su valor contable y, de los criterios que regulan la dotación anual de la amortización. Además el criterio del valor razonable puede

no ser adecuado, sobre todo, respecto de bienes sometidos a una burbuja especulativa, como ha ocurrido en España en el sector de la construcción²⁵.

Las pérdidas previstas también pueden evidenciar una situación económica negativa de la empresa que justifique la extinción colectiva de las relaciones de trabajo. Y, precisamente, por lo expuesto anteriormente, el artículo 4.3 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre exige, en estos casos, que el empresario informe de los criterios utilizados para la estimación de las pérdidas previstas. Se ha criticado que las pérdidas previstas puedan justificar el despido colectivo, ya que se procede a extinguir los contratos de trabajo con base en hechos futuros. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la importancia que adquieren, sobre todo, en la época de crisis, las medidas de naturaleza preventiva, pues obligar a una empresa a mantener los puestos de trabajo que sean improductivos, mientras tenga viabilidad, puede transformar un reajuste parcial de la plantilla, en una extinción de todos los contratos por cierre de la empresa²⁶. El exceso de plantilla tiende a incrementar los resultados negativos o a disminuir la rentabilidad de la empresa progresivamente, se dificulta la obtención de financiación externa o aumenta el coste de la misma. Y estas circunstancias se ven agravadas, precisamente, en las empresas declaradas en concurso.

Pues bien, en relación con las pérdidas, cabría plantearse si los resultados económicos negativos de la empresa deben ser actuales en el momento del despido, es decir, si procedería adoptar esta medida de extinción, cuando fruto de la aplicación de un plan de viabilidad, la empresa, después de presentar pérdidas durante varios ejercicios, en el momento del despido ya

²⁵ BENTOLILA CHOCRÓN, SAMUEL: *“Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010. Una perspectiva económica”*, en la obra colectiva *“Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía”*, Valladolid, 2011, páginas 64 a 70.

²⁶ BENTOLILA CHOCRÓN, SAMUEL: *“Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010. Una perspectiva económica”*, en la obra colectiva *“Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía”*, Valladolid, 2011, página 66.

había empezado a cambiar su situación y, acreditaba, incluso, beneficios²⁷. En este caso, en la fecha de la extinción, en puridad, no existían ni pérdidas actuales ni previstas. El tema fue resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 (Rcud 596/2012) que, -aunque se pronuncia en relación con la redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores anterior a la reforma de la Ley 35/2010-, hace referencia a la misma y, por lo tanto, es aplicable actualmente, al no haberse modificado, en este sentido, la redacción por la Ley 3/2012, ni por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero. Y declara el Alto Tribunal que, en este supuesto, la medida de despido objetivo fue adecuada a la situación económica negativa acreditada y, no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. La empresa sufrió una crisis prolongada en los últimos años, y aunque, en la fecha de la amortización del puesto de trabajo, las perspectivas económicas de la empresa ofrecían ya unas expectativas de balance positivo, lo cierto es que el despido del trabajador no fue sino una medida más de las contempladas en el plan de viabilidad, con el que se produjo la deseada mejora en las perspectivas económico-financieras de la mercantil. Por ello, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, confirmando la declaración de procedencia del despido del trabajador, teniéndose por convalidada la extinción de la relación laboral.

La tercera circunstancia, - no con carácter taxativo-, mencionada por el legislador como manifestación de la situación económica negativa de la empresa se refiere a la disminución persistente de los ingresos ordinarios o de las ventas. En la redacción del artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se introduce un elemento temporal en relación con la disminución persistente de los ingresos ordinarios o de las ventas. Y así establece el artículo 51.1.2º del

²⁷ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El expediente de regulación de empleo y el concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*La Ley Concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*”, Madrid, 2014, páginas 287 y 288.

Estatuto de los Trabajadores que, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente, si durante tres trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre, es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. A pesar de la utilización por el legislador de la locución “en todo caso”, no estamos en presencia de una presunción *iuris et de iure* y, la mera constatación de la disminución persistente de los ingresos ordinarios o de las ventas, en tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos del año anterior, no justifica la adopción de la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo. La norma debe ser interpretada, a tenor del artículo 3.1 del Código Civil, según el sentido propio de sus palabras, pero también en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Pues bien, en el artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, la referencia al elemento temporal de la disminución persistente de los ingresos ordinarios o ventas, se lleva a cabo al indicar uno de los supuestos que pueden evidenciar una situación económica negativa de la empresa y, además, en relación con la concurrencia de la causa económica como justificadora del despido colectivo. Por consiguiente, aun cuando se constate la existencia de la disminución, durante tres trimestres consecutivos, en comparación con los mismos del año anterior, deberá acreditarse también que ello evidencia una situación negativa de la empresa y que, concurre la causa económica para proceder al despido colectivo. El control judicial, por lo tanto, debe extenderse a todas estas circunstancias, a pesar de que se haya suprimido en la reforma de la Ley 3/2012, -en relación con la redacción dada por la Ley 35/2010-, la exigencia de que la disminución persistente de su nivel de ingresos, pudiera afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, así como, la necesidad de que acreditara el empresario los resultados alegados y, justificara que de los mismos, se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva, para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Como ya indiqué, anteriormente, el despido sigue siendo causal en nuestro ordenamiento, como no podía ser de otro modo y, así lo ha reconocido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015.

2.1.2 LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

En relación con las causas técnicas, organizativas o de producción, el legislador, en el artículo 51.1.3º del Estatuto de los Trabajadores, introduce una lista abierta de situaciones que constituyen las distintas causas del despido, al utilizar la locución “entre otras”, pero en todas se refiere a la existencia previa de un cambio, es decir, vincula la existencia de las causas a que haya sobrevenido una alteración respecto a la situación hasta entonces presente²⁸.

De acuerdo con el precepto indicado, se entiende que existen causas técnicas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, entre otros. Las causas organizativas concurren cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o, en el modo de organizar la producción. Y concurren las causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Cuando la Ley 35/2010, introdujo en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, los supuestos en los que debía considerarse que concurrían las causas organizativas, se refirió sólo a los cambios producidos, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal. Sin embargo, la jurisprudencia laboral, sentada, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996, había entendido que las causas organizativas se referían a los cambios que afectaban a los medios personales y a los materiales. Por esta razón, el Real Decreto ley 3/2012 y, la Ley 3/2012, adicionan en el artículo 51.1.2º que concurren las causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal “o en el modo de organizar la producción”.

²⁸ DEL REY GUANTER, SALVADOR: “*Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales en los nuevos artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores según la Ley 35/2010*”, Diario La Ley, nº 7488, Sección Tribuna, 14 de octubre de 2010, Año XXXI, Ref. D-306, página 2.

En ocasiones, en la práctica, es difícil o complicado delimitar cuándo concurren las causas técnicas, organizativas o productivas. Incluso para un mismo supuesto de hecho, el Tribunal Supremo ha afirmado la concurrencia de la causa productiva, por su origen y, también de la organizativa, atendiendo a su ámbito. Y así, declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (Rcud 2396/2012), que la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada, por su origen, una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada y, por el ámbito en que se manifiesta, una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y, a la distribución de la carga de trabajo, entre los trabajadores. Debe destacarse, no obstante, que la mera pérdida de la contrata no significa que, siempre y en todo caso, concorra la causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo, puesto que le incumbe a la empresa, la carga de acreditar la concurrencia de la misma. Por otro lado, la misma circunstancia, -la pérdida de la contrata por la empresa-, es considerada causa productiva. Y así la Sentencia indicada, consideró procedente la extinción del contrato por causas productivas, justificada en la finalización de la contrata, ya que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso del volumen de actividad. En el caso, tal circunstancia afectaba solo a parte de la jornada del trabajador pues éste distribuía la misma entre dos contratas distintas, lo que podría haber justificado otro tipo de medida de flexibilidad interna por parte de la empresa, que evitara la pérdida del empleo. Ahora bien, la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, exige la voluntad del trabajador por tratarse de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La empresa le había ofrecido al trabajador esta posibilidad, negándose éste, por lo que el empresario no pudo adoptar la medida de flexibilidad interna reseñada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y, confirmó la procedencia del despido del trabajador.

2.1.3 ESPECIAL REFERENCIA A LOS GRUPOS DE EMPRESAS IRREGULARES O PATOLÓGICOS, A EFECTOS LABORALES.

La concurrencia de las causas económicas y de las causas técnicas, organizativas o de producción, tiene un régimen diferente en los grupos de empresas irregulares, anteriormente denominados grupos de empresas a efectos laborales o patológicos. Lo primero que habrá de delimitarse en el procedimiento de regulación de empleo concursal de extinción colectiva, como cuestión prejudicial, es si estamos en presencia de un grupo de empresas irregular, para lo que deben concurrir los requisitos exigidos jurisprudencialmente.

En el presente epígrafe, en primer lugar, realizaré una aproximación al grupo de sociedades regular o mercantil, a los efectos del concurso de acreedores. En segundo lugar, expondré los requisitos jurisprudenciales que deben concurrir para apreciar que estamos en presencia de un grupo de empresas irregular. Y, por último, analizaré la incidencia de los grupos de empresas irregulares en el concurso de acreedores, a los efectos de valorar la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el procedimiento de regulación de empleo concursal, de extinción colectiva.

A) El grupo de sociedades regular.

El grupo de sociedades mercantil o regular es una forma de organización empresarial, cada día más, en auge. Y es diferente del denominado grupo de empresas laboral, irregular o patológico. El grupo de empresas hace referencia a una realidad más amplia que el grupo de sociedades, ya que en el mismo estarán incluidas no sólo las sociedades, sino también entidades o personas jurídicas no societarias y personas físicas²⁹.

La Ley Concursal, en su redacción originaria, no contenía un concepto de grupo de sociedades a efectos del concurso de acreedores. Tampoco

²⁹ ETXARANDIO HERRERA, EDORTA: “*Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores*”, en la obra colectiva, “El concurso laboral”, dirigido por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, 2ª edición, julio 2012, página 241.

regulaba el concurso del grupo de sociedades como tal. No obstante lo anterior, en la práctica, se permitía normalmente la presentación acumulada del concurso de diversas empresas de un mismo grupo de sociedades. La reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 cambia la situación e, introduce lo que debe entenderse por grupo de sociedades a los efectos de la Ley Concursal, estableciendo la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal, que se considerará grupo de sociedades, lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio. El artículo 42.1 del Código de Comercio, redactado por el apartado dos del artículo primero de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, establece que existe un grupo de sociedades, cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presume que existe este control, cuando una sociedad, - la dominante-, se encuentre en relación con otra sociedad, -la dependiente-, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo, en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y, durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presume que concurre esta circunstancia, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada son miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra, dominada por ésta.

De lo expuesto, se puede colegir que no están incluidos en el concurso de acreedores todos los grupos de sociedades mercantiles, ya que el concepto que facilita el legislador en el artículo 42.1 del Código de Comercio está basado en la existencia de una sociedad dominante y de otra u otras dominadas, en una relación jerárquica vertical. De este modo, quedan excluidos a los efectos

del concurso de acreedores, los grupos de sociedades horizontales o de coordinación y, los grupos que no tienen por cabecera una sociedad. Respecto de las sociedades multigrupos, un sector considera que estarían excluidas al estar reguladas en el artículo 47 del Código de Comercio y, no en el artículo 42.1 del citado texto legal. Y, alguna doctrina judicial, mantiene que se deben considerar incluidas en el precepto. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Oviedo de 9 de septiembre de 2011. Esta laguna, en la práctica, se suele solventar acudiendo a la figura del administrador de hecho o al levantamiento del velo³⁰.

Como indiqué anteriormente, la redacción originaria de la Ley Concursal permitía la acumulación del concurso de los grupos de sociedades a tenor del artículo 25. La reforma operada en este precepto por la Ley 38/2011, ha supuesto un avance en la presente materia. El artículo 25 regula la declaración conjunta del concurso de las sociedades que integren el grupo. Por su parte, el artículo 25 bis contempla la acumulación de los concursos ya declarados de quienes formen parte de un grupo de sociedades. Y, el artículo 25 ter prevé la tramitación coordinada de los concursos declarados conjuntamente y acumulados, con carácter general, sin consolidación de las masas, aunque excepcionalmente, se podrán consolidar los inventarios y las listas de acreedores, a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, cuando exista confusión de patrimonios y, no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos, sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

B) Los requisitos jurisprudenciales exigidos para apreciar la existencia de un grupo de empresas irregular.

En la jurisprudencia laboral más reciente, se aprecia una clara flexibilización, de la consolidación de los requisitos que debe reunir un grupo de

³⁰ ETXARANDIO HERRERA, EDORTA: “*Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores*”, en la obra colectiva, “El concurso laboral”, dirigido por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, 2ª edición, julio 2012, página 243.

empresas para que pueda ser calificado como grupo de empresas laboral, patológico o irregular, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

Se hacen eco de lo anteriormente reseñado, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014 (Rcud 314/2013), de 2 de junio de 2014 (Rcud 546/2013) y, de 27 de mayo de 2013 (Rcud 78/2012), entre otras.

Con carácter general, no basta la pertenencia a un grupo de empresas para que se pueda derivar una responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus trabajadores. Por el contrario, en principio, cada empresa tiene su ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son. Para que proceda la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, debe de concurrir alguno de los siguientes elementos, puestos de manifiesto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 (Rcud 124/2014), que reitera la doctrina sentada al respecto en la Sentencia del Alto Tribunal de 20 de marzo de 2013 (Rcud 81/2012):

1. El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. Este funcionamiento unitario se pone de manifiesto en la prestación indistinta de trabajo por los trabajadores a favor de varias empresas del grupo, bien de forma simultánea o sucesiva. En los supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo, estamos en presencia de una única relación de trabajo, cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores. Y, el grupo es el empleador, de conformidad con el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores.

2. La confusión patrimonial.

3. La unidad de caja. Esta circunstancia hace referencia, -como declara la Sentencia de 22 de octubre de 2014, que he reseñado anteriormente-, a lo que la doctrina científica ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica”

y, que la jurisprudencia considera una situación de “permeabilidad operativa y contable”.

4. La utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de una empresa aparente.

5. El uso abusivo o anormal de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

No obstante lo anterior, habrá que valorar el caso en concreto y, debe tenerse en cuenta que estos requisitos no constituyen una lista cerrada, así como que, basta la concurrencia de uno de ellos, para que opere la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

C) La concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los grupos de empresas irregulares y su incidencia en el procedimiento de despido colectivo concursal.

Siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala IV del Tribunal Supremo, sentada, entre otras, en la Sentencia de 3 de diciembre de 2012 (Rcud 965/2012), en los grupos de empresas laborales, la concurrencia de las causas objetivas que justifican la extinción colectiva se aprecia del siguiente modo³¹:

1. La concurrencia de las causas económicas debe afectar a todas las empresas del grupo y no sólo a la empleadora formal de los trabajadores, pues si el grupo constituye un único empleador, la causa económica concurrente en una de las empresas del grupo no justifica la extinción. En este sentido, se ha pronunciado también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 (Rcud 641/2005).

³¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El expediente de regulación de empleo y el concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “La Ley Concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas”, Madrid, 2014, páginas 291 y 292.

2. Por el contrario, la concurrencia de las causas técnicas, organizativas o productivas debe apreciarse en la empresa del grupo declarada en concurso, es decir, en la que prestan servicios los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo concursal. Cuando se alegan estas causas, deben concurrir en el espacio o sector concreto de actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento³². Así lo han declarado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2011 (Rcud 3159/10), de 16 de mayo de 2011 (Rcud 2727/10), de 16 de septiembre de 2009 (Rcud 2027/08), de 31 de enero de 2008 (Rcud 1719/2007), de 19 de marzo de 2002 (Rcud 1979/2001), y, de 13 de febrero de 2002 (Rcud 1436/2001). También se ha planteado, en esta materia, la obligación del grupo de empresas de recolocar a los trabajadores afectados por la extinción por causas organizativas, en otra empresa del grupo. Al respecto, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 (Rcud 199/2012) declara que las causas organizativas sólo deben apreciarse como causa justificadora de la extinción de los contratos de trabajo, si concurren en la empresa en la que se manifiesta, y no en el grupo, pero esta circunstancia no significa que exista la obligación empresarial de recolocar el excedente de mano de obra, en otro centro de trabajo. Por ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró procedente el despido de la trabajadora fundado en causas objetivas.

La consecuencia, en el ámbito laboral, de la existencia de un grupo de empresas patológico, en el ámbito laboral, consiste en la declaración de la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo. Sin embargo, si el Juez del Concurso aprecia la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales o irregular, del que forma parte integrante la empresa declarada en

³² SEGOVIANO ASTABURUAGA, MARÍA LUISA: “*Despidos colectivos*”, en la obra colectiva “Últimas reformas del Derecho del Trabajo: sustantivas y procesales”, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, 2012, página 8.

concurso, para la que prestaban servicios los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo concursal de extinción colectiva de los contratos de trabajo, carece de competencia para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. Por consiguiente, si se invoca la causa económica, al exigirse que concurra en todo el grupo y, no ser competente para declarar la responsabilidad solidaria, sólo podrá desestimar la extinción, porque no concurre la causa económica. Por el contrario, si el despido colectivo se funda en causas técnicas, organizativas o de producción, la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, no incide, pues ha de concurrir la causa en la empresa afectada, que será la declarada en concurso.

Atendiendo a lo expuesto, se podría pensar que la competencia, en estos supuestos, es del orden social, aunque algunas de las empresas del grupo hubiesen sido declaradas en concurso. Y ello, porque, en el supuesto de que se pretenda por las empresas integrantes del grupo, adoptar una medida de extinción colectiva, como el Juez del Concurso no tiene competencia para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, aunque algunas de ellas hubiesen sido declaradas en concurso, la competencia correspondería a la jurisdicción social, pues carecería de sentido acudir al Juez del Concurso, que sólo podría desestimar la extinción colectiva, como he indicado anteriormente. Y, precisamente, en esta línea, manteniendo la competencia del orden social, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014 (Rcud 314/2013), que declara que no es competente el Juez del Concurso, cuando la demanda por despido es posterior a la declaración de concurso de algunas de las empresas, aunque anterior a la declaración de concurso de otras; no existe una orden del Juez del Concurso para conocer de la cuestión; y, la demanda se presenta contra empresas de las cuales unas están en concurso y otras no.

2.1.4 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN EL DESPIDO COLECTIVO EN OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA³³.

³³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de

El artículo 1.1 a) de la Directiva Comunitaria 98/59 no regula las causas que justifican la medida de la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sino que tan sólo se refiere a que deben centrarse en “uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. Por ello, la transposición de la Directiva Comunitaria a los distintos ordenamientos de los Estados miembros ha sido poco homogénea.

En España, el legislador sólo había previsto que el despido colectivo se fundara en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero no había facilitado una interpretación auténtica de la concurrencia de las mismas. En la práctica, los Tribunales veníamos aplicando una consolidada doctrina jurisprudencial, iniciada con la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996 (Rcud 3099/1995). A partir de la reforma operada en el reseñado precepto, por el Real Decreto ley 10/2010, posteriormente convalidado por la Ley 35/2010, se contienen en la norma las circunstancias que han de darse para apreciar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Siguiendo esta línea, se han contemplado también en la reforma laboral de la Ley 3/2012, en el artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, como ha quedado reseñado en los epígrafes precedentes.

En Alemania, se puede adoptar la medida de despido colectivo cuando se pruebe la existencia de “necesidades empresariales urgentes”. Al exigirse legalmente que concurra la urgencia en las necesidades empresariales, de un lado, se convierte en una normativa más exigente que la española, y, de otro, deja un amplio margen al control judicial, pues serán los Jueces y Tribunales los que aprecien, en último término, la concurrencia de la urgencia, valorando las circunstancias concretas del caso.

Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 14 a 19. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

En Italia, las causas del despido colectivo se delimitan de una forma muy genérica, cuando se produzca una reducción, la transformación o el cese de la actividad. La regulación normativa de la causa se encuentra en la Ley 223/1991 y, aunque es muy amplia, por indefinida, se ve, en parte, compensada por las exigencias exhaustivas de información y negociación con los representantes de los trabajadores, en el periodo de consultas.

En Francia, el artículo L1233-3 del Código de Trabajo francés define el despido por causa económica como aquel “fundado en motivos no inherentes a la persona del trabajador resultante de la supresión o transformación del trabajo o de la modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo rechazada por el trabajador, como consecuencia, entre otras, a dificultades económicas o a cambios tecnológicos”. El artículo 107 de la Ley de Modernización Social, modificó el concepto de despido colectivo por causas económicas del Código de Trabajo, estableciendo una definición mucho más detallada. Sin embargo, este precepto fue declarado inconstitucional por atender al derecho de libertad de empresa, por la Sentencia del Consejo Constitucional de 12 de enero de 2002³⁴. Por este motivo, la regulación de las causas económicas en Francia continúa siendo muy genérica, al haber quedado sin efecto la reforma indicada.

Por su parte, el artículo L1233-2 del Código de Trabajo exige que toda causa de despido sea “real y seria” (“*cause réelle et sérieuse*”), expresión que no está definida ni legal ni jurisprudencialmente. Según la doctrina³⁵, por “real” cabe entender que la causa debe existir, ser objetiva, verificable y referida a hechos precisos y, cierta, es decir, no puede encubrir otra causa. Y, por “seria” debe entenderse que la causa revista cierta gravedad, haciendo que el despido sea necesario para la empresa.

³⁴ NAVARRO NIETO, F.: “*Los despidos por causas económicas en Francia: hacia una gestión negociada del empleo*”, CES, Madrid, 1994, página 18.

³⁵ PELISSIER, JEAN; AUZERO, GILLES; DOCKES, ENMANUEL: “*Droit du Travail*”, 25ª Edición, Dalloz, Paris, 2010, páginas 536 a 540.

Como puede observarse, la regulación de las causas que justifican el despido colectivo en Francia es más bien genérica, limitándose el legislador a indicar los supuestos en los que se puede adoptar la medida extintiva y, dejando un amplio margen al control judicial, pues lo relevante es que la causa que concurra sea real y seria, circunstancias que deberán ser valoradas en cada caso concreto, en último término, por los Jueces y Tribunales.

Concretamente, la jurisprudencia francesa de la “*Cour de Cassation*”³⁶ ha considerado que concurre la causa económica que justifica el despido colectivo en las siguientes circunstancias:

1. Cuando la empresa presente pérdidas financieras importantes.
2. Cuando tenga un endeudamiento notable.
3. Cuando atraviese la empresa graves dificultades financieras por un importante déficit presupuestario y de explotación.
4. Cuando la empresa pierda su único cliente.
5. Cuando la empresa obtenga una baja rentabilidad, a pesar de la aplicación de las medidas adoptadas en un plan de reestructuración.
6. La introducción de nuevas tecnologías en la empresa puede constituir una causa económica si conlleva la supresión de puestos de trabajo, la transformación del trabajo o la modificación del contrato de trabajo. Ahora bien, para que el despido por causas económicas esté justificado, es necesario que el empresario haya realizado todo lo necesario para adaptar a los trabajadores a la nueva situación. Por lo tanto, no podrá despedir a los trabajadores invocando que no están preparados para desempeñar su trabajo, con las exigencias derivadas de la introducción de las nuevas tecnologías.

³⁶ YSAS MOLINERO, HELENA: “*Aproximación al despido colectivo en Europa: una breve comparación de los casos español, francés, alemán e italiano*”, Barcelona, 2012, páginas 13 y 14.

7. La reorganización de la empresa para ser más competitiva no está reconocida como causa justificada de despidos económicos por el Código de Trabajo. Sin embargo la jurisprudencia estima que puede considerarse causa justificada de despidos, si dicha reorganización es necesaria para salvaguardar la competitividad de la empresa.

8. También se ha considerado que concurre la causa, cuando la empresa presente una disminución persistente e importante de la facturación. La legislación francesa no regula plazo alguno para entender que la disminución de la facturación es persistente e importante. Como se ha indicado, en la reforma del artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, en España, se establece que se considerará, en todo caso, que la disminución del nivel de ingresos ordinarios o de ventas es persistente, cuando se extienda a tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos trimestres del año anterior. Por el contrario, la jurisprudencia francesa no ha computado, a estos efectos, periodos de tiempo inferiores a un año. Los Jueces y Tribunales valoran cada caso concreto, con independencia del periodo de tiempo al que se refiera la disminución de la facturación de la empresa. Al respecto, cabe destacar la Sentencia de la Sala de lo Social de la *Cour de Cassation* de 8 de junio de 2005 (*Recueil de Jurisprudence de la Cour de Cassation* 822/2005), que declaró que no concurría la causa económica que justificaba el despido colectivo por haber presentado la empresa una disminución de la facturación durante dos años. Ello evidencia el ámbito más amplio del control judicial de los despidos colectivos que existe en Francia.

Por el contrario, la jurisprudencia francesa no ha reconocido como causas que justifiquen los despidos por motivos económicos, entre otras, las siguientes:

1. La pérdida de una parte de mercado.
2. La minoración poco importante de la actividad.

3. La disminución del ritmo de ventas. En España, sin embargo, como se ha indicado, se considera, a tenor del artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, que concurre la causa económica cuando se produzca una disminución persistente del nivel de ventas, durante tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos trimestres del año anterior.
4. Cuando el volumen de negocios o el volumen de beneficios sean inferiores a los del ejercicio anterior a la fecha del despido.
5. Cuando la empresa presente una situación financiera deficiente durante varios ejercicios, pero no se constate ninguna agravación.

El control judicial en Francia también se extiende, como en España, en las empresas que pertenecen a un grupo de empresas, a la concurrencia de la causa económica en el grupo.

En el Reino Unido, de conformidad con el artículo 139 de la Ley de 1996 de Derechos Laborales, "*Employment Rights Act 1996, Trade Union and Labour*", el despido por causas objetivas o "*redundancy*", es el debido al cierre de la empresa, a la necesidad de reducir la plantilla de determinada categoría o grupo de trabajadores, o a la previsión de la concurrencia de causas económicas en fechas próximas. Se trata de la necesidad de amortizar puestos de trabajo y, por este motivo, no se permite la sustitución de los trabajadores despedidos por otros. El control judicial se extiende a la razonabilidad de la decisión del empresario³⁷.

2.1.5 EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CAUSAS EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA³⁸

³⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO: "*Informe sobre la regulación del despido en Europa*", Temas Laborales, nº 99, 2009, página 268.

³⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: "*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*", publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 64 a 66. Discurso impartido con

El despido colectivo adoptado por el empresario puede ser impugnado, en España, de forma colectiva o, individual o plural. La regulación se contiene en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social que también ha sido modificado por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Cuando la decisión extintiva alcanza los parámetros numéricos establecidos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para ser considerada colectiva y, la empresa ha sido declarada en concurso, tras la tramitación del procedimiento de regulación de empleo concursal del artículo 64 de la Ley Concursal, el Juez del Concurso dicta Auto acordando o no el despido colectivo y, frente al mismo, cabe recurso de suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. Pues bien, la atribución de la competencia para la impugnación de la decisión empresarial de despido colectivo, en las empresas que no hayan sido declaradas en concurso, en única instancia, a los Tribunales Superiores de Justicia o a la Audiencia Nacional, facilitará la unificación de criterios, lo que es importante dada la enorme trascendencia social y la complejidad de esta materia. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Social, la competencia para el conocimiento de las impugnaciones individuales de los despidos colectivos, por el cauce del artículo 124.13 del citado texto procesal, corresponde a los Juzgados de lo Social³⁹.

En Alemania, en Francia y en Italia, el control judicial se extiende a la suficiencia de la causa y a la proporcionalidad de la medida extintiva de carácter colectivo.

Por otra parte, en Alemania, la carga de la prueba incumbe al trabajador, que deberá acreditar que la extinción no es razonable. Ahora bien, los Tribunales alemanes interpretan con rigor la concurrencia de la causa, de

ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

³⁹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El nuevo procedimiento de despido colectivo tras la reforma laboral de la Ley 3/2012*”, Actualidad Laboral n °18, 1/2012, página 131.

tal forma que, en la mayoría de los despidos impugnados, el pronunciamiento judicial es favorable a las pretensiones de los trabajadores⁴⁰. Además, si el trabajador impugna judicialmente el despido y, el Comité de Empresa se ha opuesto a la extinción, podrá seguir trabajando en la empresa hasta la decisión final. Y sólo en casos excepcionales puede solicitar el trabajador continuar trabajando si el Comité no se ha opuesto al despido colectivo.

En Francia, la indefinición de las causas que justifican el despido colectivo, regulada en el Código de Trabajo, unido al carácter lego de la primera instancia social, constituida por los “*conseils des prud’hommes*”, compuestos por representantes de las partes sociales, permiten que el control judicial se extienda a razones de oportunidad de la decisión empresarial⁴¹. Realmente, el Juez en **Francia** en materia de despidos colectivos, es una figura clave, por el amplio margen de actuación que ostenta. No sólo asume la tarea de controlar la causa real de los despidos, sino también la viabilidad y la fiabilidad del Plan de Salvaguarda del Empleo en los despidos colectivos de carácter económico. Por este motivo, los trabajadores pueden solicitar la suspensión del procedimiento de despido colectivo cuando el empresario no realice el periodo de consultas o lo haga de forma manifiestamente insuficiente.

En Dinamarca, se distingue la competencia para el conocimiento de la impugnación del despido colectivo, según que los trabajadores afectados se encuentren bajo el ámbito de aplicación de un Convenio Colectivo o no. Tiene un sistema de negociación colectiva fuerte, ya que las tasas de afiliación a los Sindicatos y a las Asociaciones Empresariales son elevadas, de forma tal que la actuación de los mismos en los procedimientos de despidos colectivos es relevante. De este modo, los Tribunales del Trabajo conocerán de la impugnación de los despidos de los trabajadores a los que se les aplica un

⁴⁰ GRUND, C., “Severance payments for dismissed employers in Germany”, European Journal of Law and Economics, volumen 22, nº 1, 2006.

⁴¹ De le Court, Alexandre: “*La reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad*”, Comunicación presentada en las XXIII Jornades Catalanes de Dret Social. Àrea de Dret del Treball i de l Seguretat Social. Universitat Pompeu Fabra, 2012, página 11.

Convenio Colectivo y, los Tribunales Ordinarios serán los competentes para conocer de la impugnación de los despidos de los trabajadores a los que no se les aplica ningún Convenio Colectivo. No obstante, la decisión de los Tribunales Ordinarios será recurrible ante los Tribunales del Trabajo. En la práctica, el Tribunal de Trabajo funciona más bien como un organismo de mediación y arbitraje que como un órgano judicial, aunque sus resoluciones no son susceptibles de recurso⁴². En los despidos colectivos, los Tribunales interpretan la concurrencia de “justa causa” de forma muy poco restrictiva. En la mayor parte de los casos, se consideran las causas económicas, razonables, cuando se amortiza efectivamente el puesto de trabajo del trabajador afectado, porque se considera que es prerrogativa del empleador decidir el volumen de empleo necesario para su empresa, salvo que se demuestre que el motivo real de la extinción es otro⁴³.

En Holanda, el control judicial es escaso, de forma tal que cuando el despido colectivo ha sido autorizado por la Autoridad Laboral, suele declararse ajustado a derecho por los Tribunales.

2.1.6 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS JUSTIFICADORAS DEL DESPIDO COLECTIVO. LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE ENERO DE 2015. (RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5610/2012).

La nueva redacción de las causas del despido colectivo, dada por el artículo 18 tres de la Ley 3/2012, de 6 de julio, al artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores fue objeto de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por 104 Diputados del Grupo Socialista y por 11 Diputados del Grupo IU/ICV-EUiA/CHA, la Izquierda Plural, por considerar que vulneraba el derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. La Sentencia del Pleno del

⁴² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO: “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, Temas Laborales, nº 99, 2009, página 284.

⁴³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO: “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, Temas Laborales, nº 99, 2009, página 283.

Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5610/2012, ha desestimado el recurso, declarando la constitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, por remisión a éste del artículo 52 c) del citado texto legal.

La reforma laboral de la ley 3/2012, de 6 de julio, modifica la definición legal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que justifican el despido colectivo. Y, respecto de la redacción dada por la Ley 35/2010, se producen dos novedades. De un lado, en relación con las causas económicas, se establece que se entenderá que existe, en todo caso, una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas, si durante tres trimestres consecutivos, éstos fueran inferiores al nivel de ventas o ingresos, del mismo trimestre del año anterior. Y, de otro lado, respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se suprime la exigencia contenida en la regulación anterior, sobre que el empresario debía acreditar los resultados alegados y justificar que, de los mismos, se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Los recurrentes argumentaban que se había producido una descausalización del despido, lo que vulneraba el derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución y, que se había suprimido el control judicial que, debía centrarse en la concurrencia de unos hechos, sin valorar la razonabilidad de la medida extintiva. Bastaría, por tanto, con que se constatase por el órgano judicial la disminución de ingresos ordinarios o de ventas, persistente en tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos del año anterior, para que concurriera la causa. Y ello suponía una clara violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

En el fundamento jurídico séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional se desestiman estos argumentos. Y declara el Alto Tribunal que, en modo alguno, puede considerarse que el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores consagre un despido colectivo no causal o *ad nutum*, sino que se trata de una medida extintiva que debe fundarse en causas económicas, técnicas organizativas o de producción. La delimitación de los supuestos en los

que puede entenderse que concurre la causa económica, aporta seguridad a las partes negociadoras del periodo de consultas y facilita el control judicial de la causa que justifica el despido colectivo. Y, precisamente, la nueva regulación suprime el ámbito de incertidumbre que provocaba la interpretación y la aplicación del precepto, cuando exigía que el empresario justificara la razonabilidad de la medida encaminada a unos objetivos tan amplios y poco concretos, como “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado” o “contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma” en orden a favorecer “su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. No se descausaliza el despido colectivo, ya que se sigue exigiendo la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y, además, el empresario, junto a la memoria explicativa, que debe entregar a la Autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, debe aportar también, toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo, a tenor del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. Y, concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que “la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización”. Y, por lo tanto, no vulnera el artículo 35 de la Constitución.

Y, en relación con la violación del artículo 24 de la Constitución, no comparte el Tribunal que la regulación de las causas que justifican el despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sea tan indefinida que impida el control judicial. Por el contrario, el control judicial se despliega no sólo en relación con la concurrencia de la causa real, justa y verosímil, sino que también debe valorar que esta causa es ajustada a la razón. Y, consiguientemente, concluye que no vulnera la redacción del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 24 de la Constitución.

La doctrina que recoge esta Sentencia del Tribunal Constitucional es acorde con la línea jurisprudencial seguida en numerosas Sentencias del

Tribunal Supremo, que examinan el alcance del control judicial de la concurrencia de las causas justificadoras del despido colectivo, tras la reforma laboral de la Ley 3/2012. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (Rcud 158/13) mantiene el mismo criterio que en la jurisprudencia sentada respecto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción anterior a la reforma. Y así declara que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas, además de ser reales, tienen la entidad suficiente para justificar la extinción colectiva y, si la medida es razonable, en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante. No se trata de efectuar un juicio de oportunidad de la medida en términos de gestión empresarial, ni fijar la medida idónea, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados. La Sala IV, en esta Sentencia, afirma que la justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos. En primer lugar, habrá de acreditarse la existencia de una situación económica negativa. En segundo lugar, debe analizarse la incidencia de esa situación económica en los contratos de trabajo de los trabajadores y determinar la necesidad de amortizar los puestos de trabajo. Y, en tercer lugar, debe existir una adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

En la misma línea, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014 (Rcud 136/13), manifiesta que el control judicial debe alcanzar la concurrencia de la causa, así como el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida. No debe, sin embargo, el órgano judicial llevar a cabo un juicio de optimización, es decir, determinar si es la mejor medida que pudo adoptar el empresario, porque esto entra dentro del ámbito de la gestión empresarial y, la única consecuencia de no acreditarse la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva es que se declare el despido colectivo como no ajustado a derecho. Y, en el caso de que la empresa esté en concurso de acreedores, que el Juez del Concurso, en el Auto, desestime la extinción colectiva, tras la tramitación del procedimiento de regulación de empleo concursal.

Abundando en lo anterior, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rcud 165/13) se pronuncia en el sentido de que el control judicial no sólo se extiende a la concurrencia de las causas, sino también debe enjuiciarse la existencia de un nexo de razonabilidad entre lo pretendido, a saber, llevar a cabo un determinado número de despidos y, la causa desencadenante económica, técnica, organizativa o de producción.

2.2 LOS PRESUPUESTOS PARA CONSIDERAR COLECTIVA LA EXTINCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO.

Para que sea necesario tramitar el procedimiento de despido colectivo en el seno del concurso de acreedores, es necesario, de un lado, que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y, de otro, es preciso que se alcancen unos umbrales numéricos de trabajadores afectados. En este epígrafe analizaré este segundo aspecto, con referencia a los tres grandes sistemas acogidos en el ámbito internacional, el régimen previsto en la Directiva Comunitaria 98/59, así como la transposición llevada a cabo en algunos países de la Unión Europea⁴⁴.

2.2.1 LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS INTERNACIONALES EXISTENTES PARA DEFINIR EL DESPIDO COLECTIVO⁴⁵.

Un estudio del Convenio núm. 158 de la O.I.T. y la Recomendación núm. 166 que le acompaña, relativo a la terminación de la relación de trabajo por

⁴⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

⁴⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 7 a 9. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

iniciativa del empleador, realizado respecto de 125 países, nos permite concluir que existen tres sistemas legislativos en el mundo para definir el despido colectivo⁴⁶:

1. El grupo de países en los que la legislación proporciona una definición de despido colectivo, en función del número de trabajadores afectados y, la obligación de respetar unos procedimientos específicos para adoptar la medida extintiva. Constituyen el 51,2 % de los 125 países analizados. En este grupo, se encuentran todos los países de la Unión Europea, -pues así lo dispone la Directiva Comunitaria 98/59-, la mayoría de los países de Europa Central y Oriental, Australia, Canadá, China, Estados Unidos de América y Japón.

Se encuadran en este grupo, concretamente, los siguientes países: Albania, Alemania, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, China, Colombia, la República Democrática del Congo, Chipre, la República de Corea, Côte d'Ivoire, Croacia, Dinamarca (con Groenlandia), Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Islandia, Japón, Kirguistán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, ex República Yugoslava de Macedonia, Marruecos, Montenegro, Mozambique, Noruega, Países Bajos, Polonia, Níger, Pakistán, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Sudáfrica, la Federación de Rusia, Senegal, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Uganda, Venezuela y Zimbabwe.

En China, -para reforzar las disposiciones de la Ley del Trabajo-, el Consejo de Asuntos de Estado difundió una circular en el año 2009, en la que se exigía la información a los representantes de los trabajadores y la celebración de un periodo de consultas, con 30 días de antelación, para despedir a más de 20 trabajadores o al 10 por ciento de la plantilla. Asimismo, debe presentarse un plan social en la Administración Local.

⁴⁶ MULLER, ANGELIKA: *“La legislación de protección del empleo a prueba de la crisis económica. Un examen global de la reglamentación de los despidos colectivos por razones económicas”*, trabajo elaborado en el Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo (DIALOGUE), Oficina Internacional del Trabajo, Suiza, páginas 2 y 3.

2. En el segundo grupo, no existe una definición del despido colectivo, sino que sólo se establecen unos procedimientos especiales para proceder a la extinción colectiva. Constituyen el 30,4 % de los 125 países analizados. Se encuentran en el mismo, los países de Asia y África y, México y Honduras, en América Latina. Y, concretamente, los siguientes países: Afganistán, Argelia, Azerbaiyán, Bangladesh, Camboya, Camerún, la República Centroafricana, Comores, Egipto, Filipinas, Ghana, Honduras, India, Irán, Jordania, Kazajistán, Madagascar, Mauricio, México, Moldova, Mongolia, Namibia, Nueva Zelandia, Nigeria, Panamá, Paraguay, Rwanda, Seychelles, Siria, Sri Lanka, Tanzania, Tailandia, Túnez, Turkmenistán, Ucrania, Viet Nam, Yemen y, Zambia.

3. Los países que carecen de una legislación sobre este tema son menos numerosos y se concentran principalmente en América Latina, en el Caribe y en Oriente Medio. Constituyen el 18,4 % de los 125 países analizados.

En este grupo, se encuentran los países que se detallan a continuación: Antigua et Barbuda, Arabia Saudita, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Georgia, Guatemala, Indonesia, Israel, Jamaica, Kuwait, Lesotho, Libia, Malasia, Malawi, Maldivas, Nicaragua, Santa Lucía, Singapur y Uruguay.

Debe destacarse, no obstante, que a pesar de no tener regulación sobre el despido colectivo, la jurisprudencia ha venido integrando esta ausencia de legislación. Concretamente, en Brasil, una Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, del año 2009, impuso el pago de una indemnización adicional al empresario, por no haber celebrado consultas con el Sindicato sobre soluciones alternativas a los despidos. En este caso, el Sindicato de la empresa “Embraer” impugnó la reducción del 20 por ciento del personal de la empresa. En el año 2010, el Tribunal Superior de Trabajo, se volvió a pronunciar en el mismo sentido en otro asunto y, esta línea jurisprudencial ha sido seguida por los Tribunales regionales. Y, evidentemente, estos precedentes no pueden ser ignorados por las empresas que pretenden llevar a cabo despidos colectivos.

Y, en Israel, ocurrió algo similar, pues la mayoría de los procedimientos y de las reglas aplicables a los despidos colectivos han sido establecidos por la jurisprudencia. Así consta en el informe de la 18ª Reunión de Jueces de Tribunales de Trabajo europeos organizada por la OIT, en octubre de 2010, en Jerusalén (Israel) en torno al tema “La legislación de protección del empleo”⁴⁷.

2.2.2 EL SISTEMA ACOGIDO POR LA DIRECTIVA COMUNITARIA 98/59.

La Directiva Comunitaria 98/59 del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, regula en su artículo 1.1 a), lo que deben entender los Estados miembros por despido colectivo, atendiendo al número de trabajadores afectados por la medida extintiva. Y establece que los despidos colectivos son los despidos efectuados por un empresario, basado en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, “según la elección efectuada por los Estados miembros”, para un período de 30 días, al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; y, al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo. Este es el sistema acogido en Hungría. O bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20 trabajadores, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados. Esta es la opción del legislador acogida en Eslovaquia. Obsérvese que la norma comunitaria faculta a los Estados a optar que el cómputo de los despidos se realice en un plazo de 30 días o, en un plazo de 90 días, siendo el número de trabajadores afectados, exigidos para que el despido merezca la consideración de colectivo, distinto en cada supuesto. Y, en el último párrafo del artículo 1.1. a) contiene una equiparación al despido colectivo, asimilando a estos despidos, las extinciones del contrato

⁴⁷ Página web: www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/events/judges/jeruxviii.htm.

de trabajo producidas por iniciativa del empresario fundada en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos de cinco trabajadores.

2.2.3 LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 98/59 EN LOS DISTINTOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA⁴⁸

A pesar de la homogeneidad pretendida por la Directiva en esta materia, sin embargo, las opciones elegidas por los legisladores de los Estados miembros, han sido muy diferentes. En Suecia, no existe una definición del despido colectivo atendiendo al número de trabajadores afectados por la medida extintiva, limitándose a exigir que se ponga en conocimiento del Servicio Público de Empleo de Suecia, el reajuste de plantillas que afecte, al menos, a 5 trabajadores o a 20 trabajadores, -dependiendo del número de trabajadores que tenga la empresa-, en un periodo de 90 días.

La regulación del despido colectivo en Alemania se encuentra en los artículos 17 y siguientes de la Ley de protección contra el Despido, *Kündigungsschutzgesetz (KSchG)*, de 25 de agosto de 1969 y, en los artículos 112 y 112 a) de la Ley de Organización de la Empresa, *Betriebsverfassungsgesetz*, de 21 de septiembre de 2001. Según esta normativa, se considera despido colectivo el que afecta, en un período de 30 días, como mínimo a 5 trabajadores en las empresas que empleen a más de 20 y menos de 60 trabajadores; al 10% de los trabajadores en empresas que empleen a más de 60 y menos de 500 trabajadores; y, a 30 trabajadores en empresas que empleen a más de 500 trabajadores.

En Italia, no se acoge el periodo de 30 días ni el de 90 días, a los que se refiere la Directiva 98/59 y, se considera despido colectivo, la extinción que

⁴⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 11 a 14. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

afecte, en un período de 120 días, como mínimo a 5 trabajadores en las empresas que empleen a más de 15 trabajadores. Los despidos deberán afectar a la misma unidad productiva o a las unidades productivas situadas en una misma provincia. Se encuentra regulado en el artículo 24 de la *Legge 223/1991*, de 23 de julio, *norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*.

En Francia, tras la reforma operada por la Ley de 28 de mayo de 2013, de conformidad con los artículos L1233-21 a L1233-57 de Código de Trabajo francés, se considera despido colectivo el que afecte, en un periodo de 30 días, al menos a 10 trabajadores de la misma empresa.

En Austria, el modelo de despido colectivo, en términos generales, es bastante parecido al alemán. Se regula en el Código Civil, en el Acta de Empleados de 2006 y, en el Acta de Constitución del Trabajo de 2009. Esta legislación se ha reformado en el año 2010. Se considera que el despido es colectivo cuando, en un plazo de 30 días, afecte al menos, a 5 trabajadores, en las empresas con una plantilla entre 21 y 99 empleados; al 5% de los trabajadores, en las empresas que tengan entre 100 y 600 empleados; a 30 trabajadores, en las empresas con más de 600 empleados; y a 5 trabajadores mayores de 50 años.

En el Reino Unido, la regulación del despido colectivo se encuentra en la Ley de Derechos del Trabajo de 1996, en la Ley Sindical y de Relaciones Laborales de 1992 y, en la Ley del Tribunal de Trabajo, reformada por la Ley de Empleo del año 2008.

A estos efectos, en relación con el número de trabajadores afectados por el despido colectivo y el procedimiento exigido para hacerlo efectivo, conviene destacar la protección de los pequeños empresarios que rige en Italia, donde no tienen que seguir el procedimiento de despido colectivo las empresas que tengan una plantilla de menos de quince trabajadores, lo que supone una mayor flexibilidad para las pequeñas empresas.

Por el contrario, en **España**, la protección en este sentido es menor. Si se produce el cierre empresarial, no tendrán que seguir el trámite previsto para el despido colectivo las empresas con una plantilla inferior a seis trabajadores. Y, si no se produce el cierre empresarial, la norma exige que afecte la medida a menos de diez trabajadores para no seguir el procedimiento, en las plantillas de hasta 100 trabajadores, etc... Es cierto que respecto de los pequeños empresarios, el porcentaje en relación con la plantilla de la empresa será mayor cuanto menos trabajadores en plantilla tenga, pero no existe una medida análoga a la de Italia, que me parece interesante.

2.3 LA CONSIDERACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO ATENDIENDO AL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS.

Pues bien, una vez que ha sido declarada en concurso la empresa y, concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, debe examinarse si la medida extintiva merece la consideración de colectiva, a los efectos de instar el procedimiento de despido colectivo concursal, ya que el Juez del Concurso sólo es competente, de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley Concursal, -de idéntico tenor que el artículo 86 ter 1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, para conocer de las extinciones que tengan el carácter de colectivas.

De no alcanzarse los límites numéricos de trabajadores afectados por el despido colectivo, el cauce adecuado para extinguir los contratos de los trabajadores será el del despido objetivo, que puede ser individual, si afecta a un solo trabajador o, plural, si la medida alcanza a los contratos de varios trabajadores, pero en número inferior al que permitiría calificar el despido como colectivo. Para proceder al despido objetivo no tiene que tramitarse el procedimiento de despido colectivo concursal del artículo 64 de la Ley Concursal. Se trata de una decisión del empresario, que como ha sido declarado en concurso, si tiene sus facultades intervenidas, precisará de la conformidad de la administración concursal y, si tiene sus facultades

suspendidas, no podrá adoptar, sino que la medida deberá realizarse por la administración concursal.

Por consiguiente, cuando el despido no es colectivo, se utilizará el cauce del despido objetivo, que es una decisión del empresario, sin trámite previo de procedimiento de regulación de empleo, regulada en el artículo 52 c) y en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores. Examinaré, a continuación, el número de trabajadores afectados exigible para que la extinción sea considerada colectiva, según la transposición de la Directiva Comunitaria 98/59 llevada a cabo por el legislador español, distinguiendo, a continuación, como hace el Estatuto de los Trabajadores, según que se produzca o no, el cese de la actividad de la empresa.

2.3.1 LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 98/59 AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL.

El artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores, define el despido colectivo como la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el 10 por 100 del número de trabajadores de las empresas, en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y, a treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores. De conformidad con el artículo 1.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, a los efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, estarán incluidos todos los trabajadores que presten servicios en la misma, en el día en que se inicie el procedimiento de despido colectivo, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada. Los trabajadores mayores de determinada edad, tienen en algunos países una protección especial, derivada de las dificultades para encontrar un empleo, con las que se suelen enfrentar. Y así, en España, la empresa tendrá que suscribir un Convenio especial con la Seguridad Social, cuando en un despido colectivo, resulten afectados trabajadores con 55 años o más, sin derecho a percibir pensión de jubilación anticipada.

Por consiguiente, puede afirmarse que no ha elegido ninguna de las dos opciones reguladas en el artículo 1.1 a) de la Directiva, pues el número de trabajadores afectados es el previsto en la Directiva para un cómputo en 30 días y, opta por el plazo de 90 días. Para este periodo de cómputo, el número de trabajadores afectados por la medida debía ser, al menos de 20, cualquiera que fuera la plantilla del centro de trabajo afectado.

Ante esta situación, debe estudiarse si se ha llevado a cabo, en legal forma, la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno. Y, para ello, conviene tener presente, como declaró la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007, proc. C-385/2005, que los umbrales previstos en el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59 constituyen las disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores.

Según el artículo 1.1. a) párrafo segundo de la Directiva Comunitaria, se considera despido colectivo el que afecta, en un plazo de 90 días, al menos a 20 trabajadores cualquiera que sea el número de trabajadores de la plantilla de la empresa. Reducir a 10 trabajadores, en las empresas con una plantilla de hasta 100 trabajadores, o exigir el 10 % en las empresas que cuenten con una plantilla entre 100 y 300 trabajadores y, 30 en las empresas de más de 300 trabajadores, supone una mayor protección para los trabajadores en las empresas que cuenten con una plantilla inferior a los 200 trabajadores y garantiza la protección mínima exigida por la Directiva, en los restantes casos. Y, además, respeta el número de trabajadoras afectados exigidos para los Estados miembros que opten por el cómputo en un plazo de 30 días.

2.3.2 EL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS, SIN CESE DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA (ARTÍCULO 51.1.1º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES).

La redacción del artículo 64 de la Ley Concursal no ofrece dudas respecto del carácter colectivo que ha de tener la extinción de las relaciones

laborales, para que la tramitación de los correspondientes expedientes deba sustanciarse ante el Juez del Concurso. No obstante, no contiene ninguna precisión para determinar tal carácter, por lo que ha de acudirse, de conformidad con el artículo 64.11 de la Ley Concursal, a la legislación laboral, que es de aplicación supletoria, como ya he indicado anteriormente. A estos efectos, el artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores dispone que se entenderá por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa, en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y, a treinta trabajadores en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores. Y adiciona el artículo 51.1 párrafo cuarto, -tras la reforma de la Ley 35/2010, pues antes era el tercero-, que se entenderá también, colectivo el despido, cuando se extingan los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y, cese la actividad empresarial por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ha de resaltarse que no cabe la flexibilización en la aplicación de estos límites numéricos, ya que determinan el procedimiento aplicable para extinguir los contratos de trabajo, con normas de orden público o de Derecho necesario o indisponible para las partes. Si se alcanzan los límites de afectación de la medida extintiva, la extinción será de naturaleza colectiva y se tramitará por el procedimiento de despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, si no se ha declarado el concurso. Si se ha declarado el concurso, será competente el Juez del Concurso y, se sustanciará la extinción colectiva por el trámite del artículo 64 de la Ley Concursal, del procedimiento de despido colectivo, anteriormente denominado expediente de regulación de empleo concursal. En el caso en el que no se alcancen los límites numéricos reseñados en el artículo 51.1 párrafos primero y cuarto del Estatuto de los Trabajadores, la extinción no tendrá el carácter de colectiva, pudiendo ser individual o con un solo trabajador afectado o, plural, si afecta a varios trabajadores, pero no en el número suficiente para merecer la

Ana María Orellana Cano

consideración de extinción colectiva. Las extinciones individuales o plurales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se ajustarán a lo previsto en los artículos 52 c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Como expondré, no utilizar el cauce legal adecuado, tiene consecuencias, incluso en el abono de la parte que le corresponde de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo, por el Fondo de Garantía Salarial.

Además de estos límites numéricos, el propio artículo 51.1 párrafo quinto establece una norma para el cómputo de los trabajadores afectados a los efectos de determinar el carácter colectivo de la extinción. De este modo, dispone que, para el cómputo del número de extinciones de contratos, se tendrán en cuenta las producidas en el período de referencia de noventa días, por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, distintos de la extinción de contratos temporales por transcurso del plazo o por la finalización de la obra o el servicio determinado, que constituía el objeto del contrato, siempre que su número sea, al menos, de cinco. Se excluyen, por tanto, los despidos disciplinarios y la extinción de los contratos temporales, aunque con matizaciones, como analizaré en el epígrafe siguiente. Y asimismo, el artículo 51.1 párrafo sexto establece una presunción legal para evitar el fraude y, así declara que, cuando en períodos sucesivos de noventa días y, con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa lleve a cabo despidos objetivos, en un número inferior a los umbrales señalados y, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal decisión, estos despidos se considerarán efectuados en fraude de Ley y, serán declarados nulos y sin efecto. La aplicación de este último párrafo, como seguidamente también examinaré, suscita dudas en la práctica.

A) Trabajadores excluidos del cómputo: contratos temporales y despidos disciplinarios.

El artículo 51.1.5º del Estatuto de los Trabajadores contiene una norma para el cómputo de los contratos, a los efectos de determinar la naturaleza

colectiva de la extinción y, establece que para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este precepto, se tendrán en cuenta cualesquiera otras producidas, en el período de noventa días, por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco. El artículo 49.1 c) recoge como causa de extinción de los contratos, la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o del servicio objeto del contrato. Por lo tanto, las extinciones de estos contratos temporales quedarían excluidas del cómputo, así como las realizadas por motivos inherentes a la persona del trabajador.

Este párrafo constituye la transposición al ordenamiento español del artículo 1.1 in fine de la Directiva Comunitaria 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, que dispone que, a estos efectos, se asimilarán a los despidos, las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5. Y también del artículo 1.2 a) de la misma, que establece que no se aplicará a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos. El legislador español contempla los dos supuestos a los que se refiere la Directiva.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015, que resuelve precisamente, la Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, por Auto de 9 de julio de 2013, C-392, declaró, en interpretación del artículo 1.2 a) de la Directiva 98/59, que, para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva, por una misma duración o, para una misma tarea.

Por lo tanto, solo quedarán excluidas del cómputo, aquellas extinciones de contratos temporales, por finalización del plazo o por terminación de la obra o servicio determinado, pero no los despidos practicados antes de estos momentos o, de los contratos temporales fraudulentos que hayan adquirido la naturaleza jurídica de indefinidos⁴⁹.

En relación con los ceses computables a los efectos de determinar la naturaleza colectiva de la extinción, debe resaltarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (Rcud 65/2014), que reitera la doctrina sentada al efecto, entre otras, en las Sentencias de 25 de noviembre de 2013 (Rcud 52/2013) y de 26 de noviembre de 2013 (Rcud 334/2013). Consideran estas Sentencias que deben computarse también los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales y los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos por los trabajadores aceptando el efecto extintivo, mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, ya que, en estos casos, la extinción por voluntad del empresario, no se convierte en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador, un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador, un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido.

Asimismo serían computables las extinciones de los contratos temporales por el cumplimiento del plazo pactado o la conclusión de la obra o el servicio para el que se fue contratado, cuando por haberse incurrido en fraude de ley, hubiesen de considerarse indefinidos. Así lo declaró la Sentencia

⁴⁹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, MARÍA LUISA: "*Despidos colectivos*", en la obra colectiva "Últimas reformas del Derecho del Trabajo: sustantivas y procesales", Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, 2012, páginas 13 y 14.

de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Rcud 1744/2011), -que tiene un voto particular-, que declaró que deben computarse las contrataciones temporales fraudulentas, que se extinguieron por una pretendida terminación del servicio para el que fueron contratados, ya que deben considerarse indefinidas, al haberse dedicado los trabajadores a tareas distintas de las pactadas y, no haber concluido el servicio contratado. Esta Sentencia declara la nulidad de los despidos acordados por no haberse seguido los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

B) Los despidos sucesivos fraudulentos. El cómputo del plazo de noventa días.

El artículo 51.1.6º del Estatuto de los Trabajadores dispone que, cuando en períodos sucesivos de noventa días y, con el objeto de eludir las previsiones de este precepto, la empresa lleve a cabo despidos objetivos, en un número inferior a los umbrales señalados y, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, las nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y, serán declaradas nulas y sin efecto. Contempla el supuesto de despidos objetivos en periodos sucesivos de noventa días, en un número que no alcance el límite necesario para tramitar el procedimiento de despido colectivo, precisamente, para eludir la tramitación de éste. La consecuencia es la nulidad del despido, lo que adquiere una especial gravedad en el concurso de acreedores, ya que la empresa concursada deberá readmitir a los trabajadores despedidos abonándoles los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la de la readmisión.

La duda que suscita este precepto es la forma en que han de computarse los noventa días sucesivos. Una posibilidad sería computar desde la fecha del despido hacia atrás los noventa días, o bien hacia delante o, computar ambos periodos.

Esta norma ha sido interpretada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 (Rcud 65/2014), que reitera lo declarado en las Sentencias de 9 de abril de 2014 (Rcud 2022/2013), de 23

Ana María Orellana Cano

de enero de 2013 (Rcud 1362/2012) y, de 23 de abril de 2012 (Rcud 2724/2011) y, consideran que el día del despido constituye el día final del plazo, -el "dies ad quem"-, para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial, -el "dies a quo"-, para el cómputo del período de los noventa días siguientes. Por lo tanto, para determinar si el despido es colectivo o individual, han de tenerse en cuenta únicamente las extinciones producidas en los noventa días anteriores a la fecha de la extinción de referencia.

C) El cómputo de los trabajadores en las empresas con varios centros de trabajo.

En cuanto a los límites numéricos que estoy analizando, en estos supuestos, en los que no se exige el cese en la actividad de la empresa, es decir, los regulados en el artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores, se ha planteado una interesante problemática, en orden a determinar la plantilla computable en las empresas con varios centros de trabajo.

El artículo 1.1 a) de la Directiva Comunitaria 98/59, -como ya indiqué anteriormente, en el epígrafe correspondiente-, establece que los despidos colectivos son los despidos efectuados por un empresario, basado en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros, para un período de 30 días, al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; y, al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo. O bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20 trabajadores, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados. Por lo tanto, la referencia es el centro de trabajo.

Por su parte, el artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores exige que la extinción afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y, a treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores. La referencia acogida por el legislador español es la empresa y no el centro de trabajo.

La cuestión no es baladí y fue resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 (Rcud 1878/2008), en el sentido de que había de computarse la plantilla de la empresa y no del centro de trabajo. En una tienda del aeropuerto, se despidieron a 27 trabajadores, sin tramitar el procedimiento de despido colectivo. Si se consideraba que la plantilla computable era la de la empresa, AENA, como tenía más de 300 trabajadores, la medida debía afectar a treinta, para que hubiese tenido que tramitar el procedimiento de despido colectivo, pero si se computaba la plantilla del centro de trabajo, a saber, la de la tienda del aeropuerto, que era inferior a cien trabajadores, la afectación a más de diez trabajadores, suponía que debió tramitarse el procedimiento de despido colectivo. Concluyó el Tribunal Supremo que la plantilla computable era la empresa y no el centro de trabajo.

Pues bien, el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, por el Auto de 9 de julio de 2013, planteó sobre esta materia, una cuestión prejudicial, que fue admitida con el número 392/2013. Ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015. Esta Sentencia, en sus argumentos, se inclina porque debe computarse la plantilla del centro de trabajo, pero no se pronuncia expresamente sobre este aspecto, pues considera que no es de aplicación la norma, al no superarse, cualquiera que fuera la opción elegida, los límites numéricos exigidos para la tramitación del procedimiento de despido colectivo.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la Sentencia de 30 de abril de 2015, resolviendo la Cuestión Prejudicial 80/2014, planteada por el Reino Unido, en el sentido de que debe

computarse la plantilla del centro de trabajo y no de la empresa. Se mantiene, consiguientemente, el criterio contrario al sustentado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Estas resoluciones ponen de relieve que, probablemente, el Tribunal Supremo deberá rectificar su doctrina y, puede que sea necesaria una reforma al respecto del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

2.3.3 CON CESE DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA (ARTÍCULO 51.1.4º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y ARTÍCULO 44.4 DE LA LEY CONCURSAL).

El artículo 51.1.4º del Estatuto de los Trabajadores considera también despido colectivo, la extinción de los contratos de trabajo, que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia del cese total de su actividad empresarial, fundada en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se exige, por tanto, además de la concurrencia de las causas, que se produzca el cese en la actividad y, que afecte a toda la plantilla, en un número de, al menos, seis trabajadores.

Por su parte, el artículo 44.4 de la Ley Concursal contempla la excepción al principio general de continuidad en la actividad empresarial o profesional del deudor concursado; excepción que, en la actual época de crisis, se ha generalizado más de lo deseado. Pues bien, establece la norma que, el Juez del Concurso podrá acordar mediante Auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta. La solicitud debe presentarla la administración concursal, con la documentación a la que se refiere el artículo 64.4 de la Ley Concursal y, se exige la previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa.

Cuando estas medidas de cierre de la empresa o cese de la actividad, -total o parcial-, supongan la extinción, suspensión o modificación, colectivas de

los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el Juez del Concurso simultáneamente, iniciará el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal.

La Ley 38/2011 reformó la redacción del artículo 44.4 de la Ley Concursal, facilitando el momento en el que el Juez del Concurso ha de iniciar la tramitación del procedimiento de regulación de empleo concursal, a saber, una tramitación paralela a la del cierre de la empresa o cese en la actividad y, exigió a la administración concursal que aportara la documentación necesaria con la solicitud, para justificar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁵⁰.

Podría pensarse que, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la medida, la competencia es del Juez del Concurso, a través del procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, aunque el número de empleados afectados sea inferior a seis. Pero, los términos del artículo 44.4 de la Ley Concursal no desvirtúan la aplicación del artículo 51.1.4º del Estatuto de los Trabajadores, ya que indica que el Juez del Concurso iniciará la tramitación del procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, cuando el cierre de la empresa o el cese de la actividad, -total o parcial-, supongan la extinción, suspensión o modificación, colectivas, de los contratos de trabajo. Y para que la extinción sea colectiva, en estos supuestos, se exige que afecte al menos a seis trabajadores. Y, por esta razón, considero que es de aplicación lo previsto en el artículo 51.1.4º del Estatuto de los Trabajadores.

2.4 LA INDEMNIZACIÓN LEGAL Y LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

En el procedimiento de regulación de empleo concursal, cabe pactar una indemnización superior a la legal en el periodo de consultas, cuestión que trataré en el epígrafe correspondiente del estudio del procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal y, que ha sido objeto de reforma por la Ley 38/2011.

⁵⁰ ORELLANA CANO NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales de la reforma concursal*”, en la obra colectiva “La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas”, Madrid, 2012, página 191.

Ana María Orellana Cano

Ahora bien, en defecto de acuerdo al respecto, de concurrir los presupuestos exigidos para que se produzca la extinción colectiva y, acordarse ésta, procederá el abono de la indemnización legal, que asciende a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. Esta cuantía no la contempla la Ley Concursal, debiendo aplicarse la legislación laboral, de acuerdo con el artículo 64.11 de la Ley Concursal. El artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que, alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley. Y, precisamente, el artículo 53.1 b) del citado texto legal, fija la indemnización en la cuantía indicada anteriormente. Antes de la reforma laboral del año 2012, venía recogida en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Una cuestión que suscita cierta polémica al respecto, consiste en determinar si, en estos supuestos, se devengan salarios de tramitación o de trámite, para los casos de declaración del despido colectivo como improcedente o nulo. Frente al Auto del Juez del Concurso que acuerde la extinción colectiva de los contratos, cabe interponer recurso de suplicación, según el artículo 64.8 de la Ley Concursal. En el ámbito laboral, en los supuestos de declaración en la instancia por el Juez de lo Social de improcedencia del despido, se devengan, de conformidad con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, los salarios de tramitación que equivalen a los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente. Este devengo sólo se produce, si se opta por la readmisión y, no opera si la opción se ejercita a favor de la indemnización. Y, en el caso en el que el despido se declare nulo por la jurisdicción social, se abonarán los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la de la readmisión del trabajador y, se denominan salarios de trámite.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006 (Rcud 5310/2004) consideró que no se devengaban, en estos supuestos, los salarios de tramitación. En ella mantuvo el Alto en Tribunal, en primer lugar, que los artículos 56.1 y 53.5 del Estatuto de los Trabajadores imponían el abono de los salarios de tramitación, en los casos de despido improcedente y, objetivo, respectivamente, porque sólo dependían de la voluntad empresarial y, sin embargo, el despido colectivo, se acuerda tras la tramitación de un procedimiento concreto, cuyo resultado excede de la voluntad del empresario. Y, en segundo lugar, declaró el Tribunal Supremo que, cuando expresamente se recogía que no se devengaban los salarios de tramitación en las extinciones colectivas de los contratos de trabajo, mientras se tramitaba el recurso contencioso administrativo, contra la resolución de extinción autorizada por la Autoridad Laboral, en el artículo 19.2 del Real Decreto 696/1980, -ya derogado-, lo que hacía la norma reglamentaria era, -más que desarrollar el Estatuto de los Trabajadores-, concretar lo que ya se extraía del mismo, lo que venía corroborado por lo establecido en los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. La ejecutividad inmediata de la autorización de la Autoridad Laboral para la extinción de los contratos de trabajo otorgaba a la decisión empresarial, la necesaria condición de requisito de legitimidad en orden a la producción del despido colectivo y, a su vez, legitimaba la no concesión de salarios de tramitación en tales casos, como así se infería, por otra parte, del Estatuto de los Trabajadores⁵¹.

El problema se origina con la regulación actual, ya que ha de aplicarse, a tenor del artículo 64.6.4º de la Ley Concursal, la legislación laboral, es decir, el artículo 53.1 por remisión del artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 72 a 74.

Ana María Orellana Cano

Y, el artículo 53.5, -que completa el 53.1-, dispone que la calificación de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con unas modificaciones que no afectan a los salarios de tramitación ni a los salarios de trámite.

Por todo lo expuesto, considero que con la regulación actual, debe concluirse que se devengan los salarios de tramitación, en los supuestos de la declaración de improcedencia de la decisión extintiva y, los salarios de trámite, si se califica el despido colectivo como nulo.

2.5 LAS CONSECUENCIAS DE LA UTILIZACIÓN DE UN CAUCE INADECUADO. LA NULIDAD DEL DESPIDO.

Cuando concurriendo los presupuestos exigidos para que se haya de tramitar un procedimiento de despido colectivo en el concurso de acreedores y, se proceda a despedir a los trabajadores mediante la vía del despido objetivo, - con independencia de la responsabilidad en la que pueda incurrir la administración concursal-, la consecuencia será la declaración de nulidad del despido y, que el Fondo de Garantía Salarial no responda de las prestaciones de garantía. En cuanto a la responsabilidad del Fondo, me remito a lo que expondré en el epígrafe correspondiente a la posición de este Organismo en el concurso de acreedores. Pero, me gustaría resaltar la gravedad que adquiere en el concurso, la declaración de nulidad de los despidos. Piénsese que, como ya he indicado, la consecuencia legal de esta declaración, conforme al artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, es la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, que tendrán la consideración de créditos contra la masa, desde la declaración de concurso, conforme al artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. La nulidad del despido por la utilización de un cauce inadecuado ha sido declarada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012 (Rcud 2341/2011).

2.6 EL DESPIDO OBJETIVO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Cuando, concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se alcance el número de trabajadores afectados que permita considerar la medida colectiva, se podrá utilizar el cauce del despido objetivo en el seno del concurso de acreedores, en cuyo caso, no se exige la tramitación del procedimiento de regulación de empleo concursal del artículo 64 de la Ley Concursal, sino que deberán cumplirse los requisitos sustantivos, a saber, que concurren las causas y, los requisitos formales del despido objetivo contemplados en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores.

En el presente epígrafe analizaré, en primer lugar, estos requisitos formales y, las cuestiones que se han suscitado y resuelto por la doctrina judicial, -pues respecto del requisito sustantivo de la concurrencia de las causas, me remito a lo indicado en relación con la extinción colectiva-. Y, en segundo lugar, los efectos del despido objetivo. A saber, la declaración de procedencia, improcedencia o nulidad.

2.6.1 LOS REQUISITOS FORMALES DEL DESPIDO OBJETIVO.

El artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores regula los presupuestos formales que debe cumplir la decisión extintiva, a saber, el despido objetivo debe comunicarse por escrito al trabajador, con puesta a disposición de la indemnización y, concediéndole un plazo de preaviso. Si deriva de causas económicas, tendrá que entregarse copia de la carta a la representación legal de los trabajadores.

A) La comunicación escrita.

La carta de despido objetivo debe comunicarse por escrito al trabajador y, esta comunicación debe contener los mismos requisitos que la carta de despido disciplinario, es decir, debe expresar concretamente la causa de la decisión extintiva y, los motivos que fundamentan la misma, de forma clara y suficiente, para que el trabajador adquiera pleno conocimiento de las circunstancias que han originado la adopción de la medida y, pueda ejercitar su derecho de defensa frente a la misma.

En los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de acuerdo con el artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, ha de entregarse copia del escrito de preaviso a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, es la comunicación escrita y no el escrito de preaviso, lo que ha de entregarse por el empresario a los representantes de los trabajadores, a pesar de que se extrae lo contrario de la redacción literal de la norma, pero, en este sentido, ha sido interpretado por reiterada jurisprudencia y doctrina judicial. En relación con la entrega de la carta de despido objetivo por causas económicas a los representantes de los trabajadores, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2014 (Rcud 649/2013) ha concretado que se cumple la obligación con la entrega de la copia de la carta a uno sólo, de los dos delegados de personal de la empresa. Es suficiente, por tanto, con que se efectúe la entrega a uno solo de los delegados de personal de la empresa para poder cumplir las previsiones del artículo 64.6 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas y, el número de trabajadores afectados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación sobre despido y, confirma la resolución judicial impugnada, que declaró la procedencia del despido objetivo. Sin embargo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2011 (Rcud 2965/2010) declaró que no es suficiente la comunicación verbal a los representantes de los trabajadores, a través de terceros, para entender cumplida esta obligación.

B) La puesta a disposición de la indemnización.

El empresario tiene la obligación de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades. Este deber tiene una excepción, que opera en los supuestos de despido objetivo por

causa económica, en los que si, como consecuencia de la situación económica, la empresa no pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

La indemnización tiene que ser efectiva, simultánea, incondicionada y, en el importe legal. Este requisito formal ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia, debiendo resaltarse las siguientes cuestiones que se han suscitado y, el sentido en el que han sido resueltas.

1. La entrega efectiva de la indemnización se entiende realizada en legal forma, si se le abona en metálico al trabajador la misma o, se le entrega un cheque. La posibilidad de admitir como entrega efectiva el cheque, ha sido admitida por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2010 (Rcud 3611/2009). En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011 (Rcud 1667/2011) también declara que la transferencia bancaria a la cuenta del trabajador, un día antes del despido, surte los mismos efectos que su oportuno depósito en el Juzgado.

2. La puesta a disposición, por lo tanto, debe ser simultánea a la entrega de la carta de despido objetivo. Este requisito ha sido interpretado restrictivamente por la jurisprudencia. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2014 (Rcud 2475/2014) declaró el despido improcedente debido a que se había retrasado la puesta disposición del trabajador de la indemnización, tres días, incumpliendo, de esta manera, el empresario la obligación de poner a disposición del trabajador la indemnización simultáneamente a la entrega de la carta de despido. Reitera la doctrina sentada entre otras, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014 (Rcud 3152/2012) y, de 9 de julio de 2013 (Rcud 2863/2012).

3. La entrega de la indemnización debe ser incondicionada. No cabe condicionar la entrega de la indemnización a la firma de un finiquito (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de enero de 1997). Pero sí que el empresario, puede exigir que firme el trabajador un recibo de haber percibido la indemnización y, si se negara, puede no entregársela, entendiéndose cumplido el requisito (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15 de noviembre de 2007).

4. La cuantía de la indemnización asciende a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades. No obstante, el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sino que tendrá como consecuencia, el deber del empresario de abonar al trabajador las diferencias en el importe de ésta. El problema radica en la determinación de lo que debe considerarse error excusable y error inexcusable. La doctrina judicial en la presente materia es prolija y, se contiene en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 (Rcud 1437/2012). Pues bien, se considera error excusable:

- La escasa cuantía de la diferencia, unida a la complejidad del cálculo del salario del trabajador (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 (Rcud 239/2005).

- No haber incluido como salario, el importe atribuido a las *stock options* (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (Rcud 3813/2004).

- No haber incluido el salario en especie, consistente en el valor del *renting* del vehículo cedido en uso al trabajador (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2006 (Rcud 3850/2004).

- No incluir el "*bonus*" en el cálculo de la indemnización (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 (Rcud 121/2005).

- No tener en cuenta la antigüedad reconocida al trabajador en el momento de su contratación, a efectos de calcular la indemnización. En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 (Rcud 3110/2005), en un supuesto en el que la empresa reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior "a todos los efectos".

Por el contrario, se ha entendido que constituyen un error inexcusable las siguientes circunstancias:

- Que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, Rcud 3794/2006).

- Que la empresa calculara la indemnización sin tener en cuenta la real antigüedad del trabajador, en la que había que incluir el periodo de trabajo en prácticas (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006, Rcud 2858/2005).

- No tener en cuenta la antigüedad real del trabajador, al haberse subrogado la empleadora en la antigüedad reconocida en la anterior empresa (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 15 de abril de 2011, Rcud 3726/2010).

- Calcular la indemnización conforme al salario de la categoría reconocida a la actora y, no conforme al salario que le correspondía por las funciones de superior categoría que efectivamente realizaba (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Rcud 3526/2010).

3. Ahora bien, se entenderá cumplida la obligación por el empresario si pone a disposición del trabajador la indemnización legal y, éste se niega a recibirla (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de noviembre de 2000).

4. En los supuestos de despido objetivo por causa económica, en los que, como consecuencia de la situación económica, la empresa no pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario o la administración concursal, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono, cuando tenga efectividad la decisión extintiva. La situación económica de la empresa que le impide poner a disposición del trabajador la indemnización, se equipara a la falta de liquidez o de tesorería, no siendo suficiente que concurra la causa económica del despido objetivo para que no haya de probarse esta circunstancia; ni tampoco se considera cumplido el presupuesto por la declaración de concurso de la empresa⁵². Esta equiparación viene reconocida en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010 (Rcud 3781/2009). Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (Rcud 649/2011) declara que la sentencia que califica de procedente la extinción del contrato por causas objetivas económicas, cuando el empresario no haya puesto a disposición del trabajador la indemnización por falta de liquidez, debe condenar al pago de la indemnización legalmente establecida, así como al pago del preaviso. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revocándola y, resuelve el debate en suplicación, estimando la pretensión subsidiaria, condenando a la empresa a que abone la cantidad reclamada por los conceptos de indemnización y preaviso.

C) El plazo de preaviso.

A tenor del artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá conceder al trabajador un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la

⁵² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014*”, Las Rozas, Madrid, 2015, página 306.

extinción del contrato de trabajo. El incumplimiento del plazo de preaviso no conlleva la declaración de la improcedencia del despido objetivo. En este caso, el empresario deberá abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad equivalente al importe del salario diario por el número de días de incumplimiento del plazo de preaviso. Dado que el preaviso indemniza los perjuicios causados por el incumplimiento del plazo, se puede afirmar que no constituye una indemnización derivada de la extinción y, por lo tanto, considero que debe ser calificado en el concurso como crédito ordinario, ya que no es crédito con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal.

El plazo de quince días es mínimo, por lo que se puede ampliar por Convenio Colectivo, por acuerdo de las partes o, por decisión unilateral del empresario. Y, si se hubiese incrementado el plazo, ante el incumplimiento, también el empresario deberá abonar tantos días de salario como de incumplimiento, sin que se aplique el límite de quince días. Esta cantidad, aunque tiene naturaleza indemnizatoria, no puede compensarse con el importe de los salarios de tramitación, como declararon las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006 (Rcud 3868/2005) y de 28 de febrero de 2005 (Rcud 1110/2004).

Durante el período de preaviso el trabajador, -o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera-, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. El empresario autoriza al trabajador a que haga uso de esta licencia, que no será obligatoria para el trabajador.

2.6.2 LOS EFECTOS DEL DESPIDO OBJETIVO.

El artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores considera que el despido objetivo será procedente, siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y, se hubieran cumplido los requisitos formales analizados. En caso contrario, es decir, si no se acredita la concurrencia de la causa o, no han cumplido los requisitos formales, será calificado el despido objetivo como improcedente. No obstante, el

incumplimiento del plazo de preaviso o el error excusable en el cálculo del importe de la indemnización, no conllevará la declaración de improcedencia, sino la condena al abono de la cantidad correspondiente.

Las causas para declarar el despido objetivo nulo son las mismas que las contempladas para el despido disciplinario, es decir la vulneración de los derechos fundamentales o que se practique el despido objetivo durante el permiso de maternidad, estando el contrato blindado hasta que el bebé cumpla nueve meses, el permiso de paternidad o cualquier otro permiso de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Será nulo por estos motivos, salvo que se acredite que la causa fue otra y, ajena a las anteriores.

Precisamente, además, el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que la calificación por el órgano judicial de despido objetivo como procedente, improcedente o nulo, produce los mismos efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

1. En caso de despido objetivo procedente, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista legalmente, consolidándola de haberla recibido y, se entenderá en situación de desempleo, por causa a él no imputable.
2. Si el despido objetivo se declara improcedente y, el empresario readmite al trabajador, éste tendrá que reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización.

3. LA SUSPENSIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES.

La suspensión de las relaciones laborales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se encuadra dentro de lo que se denominan medidas de flexibilidad interna, frente a la medida de flexibilidad externa que viene constituida por la extinción de los contratos o el despido colectivo. Se trata de una medida alternativa a la extinción, que puede adoptarse en el seno del concurso de acreedores, por el trámite del

procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, cuya competencia se atribuye al Juez del Concurso, por el artículo 8.2, en concordancia con el artículo 64.1 de la Ley Concursal.

Examinaré, en la presente materia, la naturaleza individual y colectiva de la suspensión como competencia del Juez del Concurso; el carácter temporal de la suspensión y la situación coyuntural de la empresa; la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; la indemnización por la suspensión del contrato de trabajo; la suspensión de los contratos y la prestación por desempleo con carácter retroactivo; la posibilidad de un procedimiento de despido colectivo estando vigente un procedimiento de suspensión contractual; y, la conversión de un procedimiento temporal de regulación de empleo en un procedimiento de regulación de empleo de extinción y el pacto de prejubilación.

3.1 LA NATURALEZA INDIVIDUAL Y COLECTIVA DE LA SUSPENSIÓN, COMO COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO.

El artículo 8.2 de la Ley Concursal, -de idéntica redacción al artículo 86 ter 1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, desde su redacción originaria, declara que la jurisdicción del Juez del Concurso es exclusiva y excluyente para el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Por su parte, el artículo 64.1 de la misma, en su versión inicial, se refería a los expedientes de “suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales”. La utilización del calificativo “colectiva” en singular en este último precepto originó la polémica sobre la naturaleza individual o colectiva que debía revestir la suspensión de las relaciones laborales para que fuera de la competencia del Juez del Concurso y, hubiera de tramitarse un expediente temporal de regulación de empleo concursal.

Un sector de la doctrina⁵³ mantuvo que serían de aplicación los límites de trabajadores afectados del artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores a las suspensiones, porque era más conforme con la intención del legislador, por lo que el Juez del Concurso sólo debía conocer de las suspensiones colectivas, lo que quedaba avalado por el paralelismo entre el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal y del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo cierto es que, de conformidad con el artículo 64.11 de la Ley Concursal, -al no regular nada el precepto concursal sobre las suspensiones de los contratos de trabajo-, era y es, obligado acudir a lo previsto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. Debe destacarse que el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, nunca ha distinguido entre la suspensión individual y la colectiva y, la remisión, -suprimida, a partir de la reforma operada por el apartado tres del artículo 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social- al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, se refería únicamente al procedimiento. Y, además, a raíz del artículo 7 del Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, a estos efectos, -en una redacción que se ha mantenido hasta la actualidad-, establece que el procedimiento es aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de trabajadores afectados por la suspensión. Por lo tanto, en el ámbito extraconcursal, debe tramitarse el procedimiento del artículo 47 para adoptar una medida de suspensión, cualquiera que sea la plantilla de la empresa y el número de afectados. Tan sólo a efectos de impugnación, distingue entre la impugnación individual y la colectiva, ante la jurisdicción social, en el artículo 47.1.7º del Estatuto de los Trabajadores. Aplicar a la suspensión, los límites numéricos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, para calificar como colectivo el despido, carece de base legal, pues la regulación de la suspensión se contiene

⁵³ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”*, Albacete, 2007, primera edición, páginas 119 y 120.

en el artículo 47 que es *lex specialis* y, que no ofrece dudas sobre su interpretación gramatical, sobre todo, tras la reforma indicada. Por esta razón, considero, -como siempre he mantenido⁵⁴ y, al igual que otro sector de la doctrina⁵⁵-, que debe tramitarse el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, para suspender los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa concursada, con independencia de la plantilla y del número de afectados por la medida.

Es cierto que la Ley 38/2011 modificó el artículo 64.1 de la Ley Concursal introduciendo el calificativo “colectivas”, en plural, que en la redacción anterior aparecía en singular, así como que adicionó un nuevo párrafo al artículo 8.2, en el que se equipara la reducción temporal de la jornada a la suspensión colectiva. De ello podría deducirse que fue la intención del legislador que el Juez del Concurso sólo conociera de las suspensiones colectivas. Sin embargo, considero que estas dos reformas no tuvieron en cuenta la nueva redacción del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, dada por el Real Decreto ley 10/2010, convalidado por la Ley 35/2010, aunque fue puesto de manifiesto en el informe del Consejo General del Poder Judicial⁵⁶.

La cuestión ha sido solventada por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que le ha dado nueva redacción al artículo 64.1.1º de la Ley

⁵⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, página 1241.

⁵⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO: “*La reforma concursal: aspectos laborales y de la Seguridad Social*”, Valladolid, 2004, página 221; y DE LA PUEBLA PINILLA, ANA: “*Comentarios a la Ley Concursal*”, volumen I, Madrid, 2004, páginas 729 y 730.

⁵⁶ ORELLANA CANO, NURIA A.: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, Las Rozas, Madrid, primera edición, febrero 2012, página 686.

Concursal, que establece que 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 el procedimiento previsto en el mismo precepto. Por lo tanto, la competencia del Juez del Concurso en materia de suspensión de contratos y de reducción, -ha de entenderse temporal-, de la jornada, se extiende a las medidas que se vayan a adoptar, cualquiera que sea la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados por la medida.

3.2 EL CARÁCTER TEMPORAL DE LA SUSPENSIÓN. LA SITUACIÓN COYUNTURAL DE LA EMPRESA.

El artículo 47.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción anterior a la reforma laboral del año 2012, establecía que la autorización de esta medida procedería, cuando de la documentación obrante en el expediente se desprendiera razonablemente, que tal medida temporal era necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. Aludía a la autorización, pues aún estaba vigente el expediente de regulación de empleo administrativo, que fue suprimido, precisamente por la reforma indicada. En la redacción dada a la norma reseñada por el Real Decreto ley 3/2012, desaparecen estas exigencias. No obstante lo anterior, el artículo 16.3 del Real Decreto 1483/2012 dispone que el alcance y la duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de la jornada se adecuarán a la situación coyuntural que se pretenda superar. En la práctica, como ha puesto de manifiesto un sector doctrinal⁵⁷, resulta muy difícil delimitar si se está ante una situación coyuntural o permanente, cuando se decide adoptar esta medida de reorganización productiva, pues situaciones que, en principio, parecen reversibles, se pueden convertir en definitivas y, al contrario. Por ello, es complicado acreditar la situación coyuntural que justifica la

⁵⁷ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 359.

suspensión y, habrá de analizarse cada caso en concreto, pues a veces, no depende de la actividad del empresario sino de las circunstancias del mercado.

No existe, por tanto, una duración predeterminada máxima ni mínima, sino que dependerá de la situación coyuntural que se pretenda superar. Cabrá acordar también una prórroga. Todas estas circunstancias deben ser valoradas en la fase de consultas, para llegar a un acuerdo y, en todo caso, por el Juez del Concurso al dictar el Auto que resuelva el procedimiento temporal de regulación de empleo. En ocasiones, el ahorro de los gastos de personal y en las cotizaciones a la Seguridad Social, supone una reducción de costes que puede contribuir a la continuación de la actividad. Por otro lado, la suspensión permite a los trabajadores la reincorporación a sus puestos de trabajo, si se reanuda la actividad y, supone un menor incremento del endeudamiento de la concursada, ya que de acordarse la extinción, se incrementarían los créditos contra la masa por las indemnizaciones correspondientes al despido. Pero, sólo cabe si estamos en presencia de una situación temporal, pues si no es así, lo acertado es adoptar una medida de extinción colectiva de las relaciones de trabajo.

3.3 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

La suspensión de los contratos de trabajo se puede acordar siempre que esté fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Al igual que en el despido colectivo, el legislador facilita en el artículo 47.1.2º y 3º del Estatuto de los Trabajadores, cuándo debe entenderse que concurren estas causas. La redacción es análoga a la del artículo 51.1.2º y 3º del citado texto legal. Tan sólo difiere respecto de la causa económica, en la que se entenderá que la disminución de ingresos ordinarios o de ventas es persistente, si durante dos trimestres consecutivos, el nivel de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, mientras que para el despido colectivo se estipula tres meses. Me remito a lo que he analizado, en relación con la presente materia, en el estudio del despido colectivo.

3.4 LA INDEMNIZACIÓN POR LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La suspensión temporal de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no daba derecho a indemnización y así se hizo constar expresamente en el artículo 47.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el artículo 7 del Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, que fue convalidado, en los mismos términos, por la Ley 35/2010. Esta reforma fue la consagración legislativa de la doctrina judicial imperante al respecto.

En esta situación cabía plantearse qué ocurría, cuando una vez tramitado ante el Juez del Concurso el procedimiento judicial de regulación de empleo, se acordaba la suspensión temporal de los contratos de trabajo y, recurrido el Auto en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, estimaba el recurso y dejaba sin efecto la suspensión acordada. La cuestión se centraba en determinar si el empresario debería abonar los salarios dejados de percibir a los trabajadores. Este tema fue resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de octubre de 2004, dictada en el recurso de suplicación 1983/2002, en relación con un expediente de regulación de empleo administrativo, tramitado ante la Autoridad laboral, que autorizó la suspensión de los contratos de trabajadores, que fue dejada sin efecto por la jurisdicción contencioso administrativa. Los trabajadores acudieron al orden jurisdiccional social, reclamando que se condenara al empresario a abonarles los salarios dejados de percibir, más los intereses legales desde su devengo. La Sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda. Alegaba la parte actora que el derecho al salario existía, a pesar de que el servicio no se prestó, ya que el único responsable de que no se hubiese prestado el trabajo efectivo, fue el empresario. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores contempla, -incluso en la redacción vigente-, como un supuesto de suspensión del contrato, la fundada en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, estableciéndose en el párrafo 2, que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Pues bien, la

Sentencia indicada, argumentando que era la Autoridad la que decidía si autorizaba o no la suspensión de los contratos y, no la empresa, que ésta no tenía que abonar los salarios dejados de percibir a los trabajadores, por lo que desestimó el recurso de suplicación. Ha de indicarse que los trabajadores durante la suspensión de sus contratos dejada sin efecto, no habían percibido la prestación por desempleo.

La situación ha variado sustancialmente, a partir de la reforma operada en el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, por el artículo 9.3 del Real Decreto ley 11/2013, 2 agosto, convalidado por el mismo precepto de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. A partir de esta norma, el artículo 47.1.16º dispone que, cuando la sentencia declare injustificada la suspensión, decretará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y, condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador, hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar, por el empresario, del importe de dichas prestaciones a la Entidad Gestora del pago de las mismas.

Por lo tanto, establece el legislador una indemnización tasada, equivalente a los salarios dejados de percibir por el trabajador por la suspensión indebida del contrato de trabajo y, si hubiese percibido prestaciones por desempleo, se descontará de la indemnización el importe de ésta, que deberá reintegrarlo el empresario al Servicio Público de Empleo. De este modo, se evita el doble abono al trabajador de la cuantía de la prestación.

Considero que el establecimiento de la indemnización para estos casos, era necesario, pero que debería de haberse contemplado también la circunstancia de que el trabajador, -durante la suspensión indebida de su contrato de trabajo-, hubiese encontrado otro empleo y, percibido un salario por el mismo, lo que, en cualquier caso, habrá de ponderarse, en aras de evitar un enriquecimiento injusto.

3.5 LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON CARÁCTER RETROACTIVO.

De conformidad con el artículo 208.2 de la Ley General de la Seguridad Social, los trabajadores afectados por el procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión temporal de las relaciones laborales, se encuentran en situación legal de desempleo desde la resolución que acuerde la suspensión, en el seno del procedimiento laboral.

Ahora bien, cabría plantearse si cabe la posibilidad excepcional de considerar en los supuestos de suspensión de los contratos por causas de producción, en situación legal de desempleo a los trabajadores, desde el momento en el que concurre la causa, con anterioridad al Auto que resuelve el procedimiento de regulación de empleo.

Las resoluciones administrativas que autorizan la suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor tendrán efectos desde que concurra esta causa de fuerza mayor y, en los restantes supuestos, -entre los que se incluyen la suspensión de los contratos fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción-, los efectos se producen desde el Auto del Juez del Concurso por el que se acuerda la medida suspensiva. Por lo tanto, los trabajadores afectados por la suspensión basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se considerarán en situación legal de desempleo cuando recaiga el Auto del Juez del Concurso.

Sin embargo, la doctrina de suplicación ha admitido que, en supuestos excepcionales, se retrotraiga esta situación legal de desempleo de los trabajadores, a un momento anterior a la resolución de la Autoridad laboral, -ya que se pronuncian en relación con los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la misma-. En este sentido, es interesante la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de febrero de 1998 (Recurso de suplicación 1502/1996). En el expediente de regulación de empleo tramitado para la suspensión de los contratos de los trabajadores, la

Autoridad Laboral homologó el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores de suspensión por fuerza mayor, durante unos días, que ya habían pasado, en los que la empresa no recibió producto de su cliente fundamental, para la que trabajaba. Los trabajadores solicitaron la prestación de desempleo por los días de la suspensión, que les fue denegada, por entender el Instituto Nacional de Empleo que no cabía reconocer la situación de desempleo con efectos retroactivos. Los trabajadores impugnaron la resolución denegatoria y, el Juzgado de lo Social desestimó la demanda. Recurrieron en suplicación y, el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso. En primer lugar, señala la Sentencia que se analiza, que no concurre en este supuesto, una causa de suspensión de los contratos por fuerza mayor, sino que la falta de producto suministrado al empresario por la empresa para la que trabajaba, constituye una causa de suspensión de los contratos por razones económicas. Personalmente discrepo de este criterio y, considero que se trata de una suspensión del contrato por causas productivas. No obstante, ello no incide en la doctrina judicial que sienta la Sentencia indicada, ya que el régimen es el mismo para la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y así, afirma la Sala de lo Social de Cantabria que la suspensión de los contratos por causas económicas puede tener efectos retroactivos, si los hechos que la motivan existían en el tiempo de la retroactividad, reconociendo la existencia de la situación de desempleo en el tiempo anterior a la resolución del expediente de regulación de empleo y, el derecho a la prestación reclamada. En su argumentación, parte de que el Real Decreto 696/1980, -de aplicación al caso de autos, dado el momento del hecho causante, pero de igual tenor en esta materia, al vigente-, dispone que, en lo no previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en la propia regulación específica, será de aplicación lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo. A estos efectos, el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, considera que, excepcionalmente, un acto administrativo podrá tener eficacia retroactiva, cuando produzca efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios, existieran ya a la fecha a que se retrotrae la eficacia del acto y, ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Con base en esta norma, se entiende que los actores estaban en situación legal de desempleo, con efectos retroactivos, por

concurrir la causa de la suspensión en un momento anterior a la resolución de la Autoridad Laboral, que homologó el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y así declara la Sentencia, que no cabe entender que se perjudique la Entidad demandada por el hecho de que los trabajadores que no pueden acceder a la prestación por desempleo, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, esperen a que se dicte la resolución administrativa que autoriza la suspensión pactada, al precisarse en el artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 1.3 del Real Decreto 625/1985, que la situación de desempleo nace desde que se dicta la resolución. Por otro lado, tampoco existe perjuicio si, acreditadamente, se retrotraen los efectos de la suspensión del contrato de trabajo al momento en que concurre la causa económica que lo motiva, como sucede en el presente litigio en que, además, al momento de autorizar la suspensión, dado el corto período de tiempo transcurrido en que concurre la causa invocada, ésta ya había desaparecido. Este criterio se mantiene también en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de enero de 1997, de 8 de abril de 1997 y, de 5 de junio de 1997 y, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 26 de marzo de 1997, relativas a la suspensión o extinción del contrato de trabajo o a la reducción de la jornada, con derecho a prestación por desempleo, concurriendo efectos retroactivos de las resoluciones administrativas relativas a causas económicas.

Ahora bien, el problema se suscita en relación con el Auto del Juez del Concurso, que es una resolución judicial y, por lo tanto, se puede afirmar que no le es de aplicación el artículo 57.3 de la Ley 30/1992 que regula la retroactividad de los actos administrativos. Además, la medida de suspensión se acuerda por el propio Auto del Juez del Concurso. No obstante, podría aplicarse el artículo 57.3 de la misma, pero por analogía, pero deberá tenerse presente que la retroactividad de la situación legal de desempleo a un momento anterior al Auto del Juez del Concurso que acuerda la suspensión de los contratos de trabajo, debe ser excepcional y aplicable sólo a supuestos concretos en los que, por ejemplo, la causa de la suspensión hubiese desaparecido en el momento del dictado del Auto. En este caso, como la

suspensión supone el cese de la obligación del trabajador de prestar los servicios y, del empresario de pagar los salarios, no admitir la retroactividad puede suponer la desprotección temporal de los trabajadores afectados por la medida.

3.6 LA POSIBILIDAD TRAMITAR UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE DESPIDO COLECTIVO ESTANDO VIGENTES LOS EFECTOS DE UN PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN CONTRACTUAL.

Con carácter general, se admite que se tramite un procedimiento de regulación de empleo y se acuerde el despido colectivo, estando vigentes los efectos de un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión de las relaciones de trabajo o, de reducción temporal de la jornada, siempre que concorra alguna de las siguientes condiciones:

1. Que se funde el procedimiento de regulación de empleo de extinción colectiva, en una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión o la reducción temporal de la jornada.
2. Que aunque se trate de la misma causa, se haya producido un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron la anterior suspensión o reducción temporal de la jornada.

En este sentido, se han pronunciado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015 (Rcud 273/2014), de 19 de mayo de 2015 (Rcud 286/2014), del Pleno de 17 de julio de 2014 (Rcud 32/2014), en la Sentencia de Sala General de 16 de abril de 2014 (Rcud 57/2013) y, en la de 12 de marzo de 2014 (Rcud 673/2013), entre otras.

Estas condiciones se exigen tanto si el procedimiento temporal de regulación de empleo que precedió al procedimiento de regulación de empleo de extinción colectiva, finalizó con acuerdo en el periodo de consultas o sin acuerdo, siendo fruto de una decisión unilateral del empresario.

Ana María Orellana Cano

En relación con el procedimiento temporal de regulación de empleo previo en el que hubo acuerdo en el periodo de consultas, argumenta la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2014 (Rcud 15/2013), dictada en Sala General, que se puede revisar la cláusula *rebus sic stantibus*, si se ha producido un cambio radical. Asimismo, ponen de manifiesto las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013 (Rcud 107/2012), de 30 de mayo de 2011 (Rcud 69/2010) y, de 5 de abril de 2010 (Rcud 119/2009), entre otras, que no ofrece duda, que la excepción al principio *pacta sunt servanda* se limita a supuestos extraordinarios, en los que, en virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos resulta extremadamente oneroso, para una de las partes, mantener el acuerdo.

Y respecto de los supuestos en los que el procedimiento temporal de regulación de empleo previo, fuera el fruto de la decisión unilateral del empresario, -aunque es cierto que ese negocio jurídico unilateral tiene plena eficacia, de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil y, que no puede ser dejado sin efecto de forma unilateral, por expresa disposición del artículo 1256 del Código Civil-, esta circunstancia tiene una excepción, a saber, que medie una grave alteración de las circunstancias concurrentes o de la base del negocio, como han declarado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2013 (Rcud 100/2012) y, de 26 de diciembre de 2013 (Rcud 291/2011).

Concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015 (Rcud 273/2014), declaró ajustado a derecho el procedimiento de regulación de empleo extintivo, que fue precedido de un procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada, al apreciar la concurrencia de una nueva circunstancia, -ya que cuando se resolvió el primero, la empresa no presentaba pérdidas y sí, cuando instó el despido colectivo- y, el agravamiento de una circunstancia preexistente, pues se perdieron aún más contrata, de las que ya se habían resuelto, cuando se acordó la reducción temporal de la jornada.

Cabría plantarse cómo incide la declaración de concurso de la empresa en esta posibilidad de despido colectivo, durante la vigencia de los efectos de un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión o de reducción temporal de la jornada. En este sentido, es interesante la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Rcud 286/2014), que consideró que la declaración de concurso de la empresa, con posterioridad al procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción de jornada y salario, constituye un cambio de circunstancia relevante que justifica el posterior procedimiento de regulación de empleo extintivo, vigentes los efectos del procedimiento temporal de regulación de empleo indicado.

3.7 LA CONVERSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO TEMPORAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN UN PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE EXTINCIÓN. EL PACTO DE PREJUBILACIÓN.

La prejubilación es una figura que no aparece regulada en nuestro Derecho positivo y, por lo tanto, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se regirá por lo pactado válidamente entre las partes. Puede definirse como el cese prematuro y definitivo de la relación del trabajador, antes del cumplimiento de la edad de la jubilación ordinaria, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe plantearse si, en la fase de consultas del procedimiento temporal de regulación de empleo tramitado ante el Juez del Concurso, para adoptar la medida de suspensión de los contratos de trabajo, fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, podría pactarse, entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, las prejubilaciones de los trabajadores afectados. En mi opinión⁵⁸, -compartida por una parte de la doctrina-, son instituciones incompatibles, ya que la prejubilación supone la extinción del contrato y, en la suspensión, el

⁵⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral*”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 82 y 83.

vínculo laboral continúa vigente, aunque cesen las obligaciones recíprocas de las partes, temporalmente. Debe tenerse en cuenta el criterio mantenido por las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 14 de diciembre de 2001 (Rcud 1365/2001) y, de 25 de junio de 2001 (Rcud 3442/2000). La cuestión que se plantea en estos recursos de casación unificadora consiste en determinar si la situación de prejubilación comporta o no la suspensión del contrato de trabajo y, en consecuencia, si la relación laboral sigue o no subsistente entre el prejubilado y la empresa en la que había venido prestando efectivos servicios con sus derivadas consecuencias, en especial, si se puede proceder al despido del prejubilado por hechos anteriores al inicio de tal situación. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001 (Rcud 1365/2001), un trabajador de una entidad bancaria, en virtud de un pacto escrito entre las partes, pasó a la situación de prejubilación, acordándose la suspensión del contrato de trabajo, al amparo del artículo 45.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, hasta que accediese a la jubilación, señalándose igualmente, las cantidades que percibiría el actor en aquella situación, así como el Convenio especial con la Seguridad Social que debía suscribir. Con posterioridad, la empresa comunicó al actor su despido disciplinario. Se afirma por el Alto Tribunal que la suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato, aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en el que se fijen las condiciones de la prejubilación. Por estas razones, se concluye que la prejubilación implica la extinción del contrato y no la suspensión.

Y, llegados a este punto, la controversia que se plantea, -como indiqué anteriormente-, es si cabe acordar en el periodo de consultas de un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión, la prejubilación con todos o con algunos de los trabajadores afectados. En puridad, se estaría transformando un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión en un procedimiento de regulación de empleo de extinción, haciendo de peor derecho a los trabajadores con los que se acordara la prejubilación, que en principio, sólo estaban afectados por una suspensión y,

sin embargo, ven extinguidos sus contratos de trabajo por el acuerdo de prejubilación. Según el artículo 20.1 del Real Decreto 1483/2012, en los procedimientos temporales de regulación de empleo de suspensión o reducción de jornada, el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada. Y, además, a tenor del artículo 47.1.11º del Estatuto de los Trabajadores, durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Pues bien, considero que es contrario a la finalidad del periodo de consultas prevista en la ley, la transformación para determinados trabajadores de un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión, en un procedimiento de regulación de empleo de extinción. Por lo tanto, como cláusula integrante del acuerdo en el periodo de consultas, no sería muy ortodoxo, desde el punto de vista jurídico, incluir los pactos de prejubilación. Sin embargo, creo que podrían ser objeto de pactos individuales con los trabajadores que aceptasen los mismos, sin formar parte del acuerdo del periodo de consultas.

En esta línea, se ha de afirmar que, por el contrario, con base en los argumentos expuestos, sí sería posible la transformación de un procedimiento de regulación de empleo de extinción en un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión, al ser una medida menos gravosa la suspensión de la relación laboral que el despido y, cumplirse con ello, los objetivos de la negociación en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo.

4. LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO.

De conformidad con el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, la reducción de jornada consiste en la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias, salvo el caso de fuerza mayor.

La medida, dada su naturaleza temporal, debe estar encaminada a superar una situación coyuntural⁵⁹. No se establecen límites concretos en la ley y, por lo tanto, habrá que analizarse el caso concreto para determinar si es adecuada, atendiendo a las circunstancias.

En el estudio de esta competencia del Juez del Concurso analizaré la naturaleza individual y colectiva de la medida; la delimitación entre el procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada y el de suspensión y modificación sustancial de las condiciones de trabajo; la distribución irregular de la jornada como medida alternativa al procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal; para terminar, con las consecuencias de la adopción de la medida, concretamente, la jornada flexible de los trabajadores afectados por el procedimiento temporal de regulación de empleo, en tanto trabajadores a tiempo parcial y, el desempleo parcial.

4.1 LA NATURALEZA INDIVIDUAL O COLECTIVA DE LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA COMO COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO.

Al igual que he señalado en el estudio de la suspensión de las relaciones laborales, tras la reforma del artículo 64.1 de la Ley Concursal llevada a cabo por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, no cabe duda de que será competente el Juez del Concurso para conocer de las reducciones temporales de la jornada, cualquiera que sea la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados por la medida. Y, ello, a pesar de que no se ha modificado el artículo 8.2 in fine de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, que equipara la reducción temporal de la jornada a la suspensión colectiva, lo que podría hacer pensar que la reducción debería de tener la cualidad de colectiva para que la competencia fuera del

⁵⁹ LEFEBVRE, FRANCIS: “*Memento práctico. Social 2013*”, Madrid 2012, página 500.

Juez del Concurso. No obstante, considero acertada la nueva redacción del artículo 64.1 de la Ley Concursal y acorde con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, que no distingue entre individual o colectiva, -a pesar de que se refiere sólo a la reducción de la jornada y no a la reducción temporal de la jornada, que hubiese lo correcto-.

4.2 LA DELIMITACIÓN ENTRE LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS Y LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO.

En ocasiones, resulta complejo, en la práctica, decidir cuándo debe instarse un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión de relaciones de trabajo o un procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada. Incluso, si comparamos el tenor literal del artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores y, el artículo 8.2 de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, parece extraerse que no casa bien el concepto de reducción temporal de la jornada de trabajo que contiene uno y otro precepto.

De este modo, el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, -de idéntico tenor al artículo 16.2 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada-, dispone que se entenderá por reducción de jornada, la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Por su parte, el artículo 8.2 in fine de la Ley Concursal, -introducido por el número cuatro del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre-, establece que se entiende por suspensión colectiva las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

Ana María Orellana Cano

Por lo tanto, mientras que en el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, la referencia es a la jornada diaria, semanal, mensual o anual, en el artículo 8.2 de la Ley Concursal, sólo consta la alusión a la jornada ordinaria diaria. Cabría plantearse si ello significa que la reducción temporal de la jornada semanal, mensual o anual, no es competencia del Juez del Concurso.

Pues bien, la respuesta a esta cuestión se encuentra en el artículo 16.1 del Real Decreto 1483/2012 que estipula que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, -continuados o alternos-, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo. Por consiguiente, puede afirmarse que cuando la reducción afecte a jornadas completas, habrá de tramitarse un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión y, si afecta sólo a parte de una jornada, deberá instarse la tramitación de un procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada. Por consiguiente, me parece más acertada la redacción del artículo 8.2 de la Ley Concursal que la que contiene el artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, más acorde con el concepto de ambas instituciones. En concordancia con lo expuesto, por ejemplo, si la empresa declarada en concurso pretende suprimir durante un día a la semana, la prestación de servicios de un trabajador a tiempo parcial que desarrolla su actividad tres días a la semana, no se tratará de una reducción temporal de la jornada semanal, sino de una suspensión de la relación laboral, al afectar a un día completo.

4.3 LA DELIMITACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO TEMPORAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA Y, EL DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. ESPECIAL REFERENCIA AL DESCUELQUE DEL CONVENIO COLECTIVO.

A veces, es difícil delimitar cuándo hay que utilizar el cauce del procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecte a la jornada, al horario o a la distribución del tiempo de trabajo o, cuándo procede el descuelgue del Convenio Colectivo.

Queda claro, por el tenor literal del artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores que, cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y, la medida consista en la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual, habrá de tramitarse ante el Juez del Concurso el procedimiento temporal de regulación de empleo de reducción temporal de la jornada.

Por el contrario, habrá de tramitarse el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando la reducción de la jornada sea definitiva, exceda de la franja indicada, es decir, sea la reducción inferior al 10 % o superior al 70 % afectando a la jornada o, cuando la medida se refiera al horario, o a la distribución del tiempo de trabajo. Y, en estos casos, si las condiciones laborales estuvieran reguladas en un Convenio Colectivo estatutario, para la modificación, debería tenerse en cuenta el artículo 66 de la Ley Concursal, en relación al descuelgue del Convenio Colectivo.

4.4 LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA COMO MEDIDA ALTERNATIVA AL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE REDUCCIÓN TEMPORAL.

Conviene tener presente en el concurso de acreedores que la regulación actual de la distribución irregular de la jornada, puede servir como media alternativa al procedimiento de regulación de empleo de reducción temporal, sobre todo, por el carácter coyuntural de esta última medida.

El artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores permite la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, mediante Convenio Colectivo o, en su

Ana María Orellana Cano

defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y, en defecto de pacto, establece que la empresa podrá distribuir, de manera irregular, a lo largo del año, el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Esta distribución deberá respetar, en todo caso, los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y, se exige también, que el trabajador conozca, con un periodo de preaviso mínimo de cinco días, el día y la hora de la prestación de trabajo, resultante de aquélla.

Esta era la regulación anterior al Real Decreto ley 16/2013, que adiciona un nuevo párrafo que viene a solventar el problema de la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada, que no se regulaba. En la redacción actual, con la reforma, se dispone que la compensación de estas diferencias de jornada se realizará como venga establecido en el Convenio Colectivo o, en su defecto, en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Y, en defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

Obsérvese que la norma se refiere también a la compensación por defecto, es decir, cuando a consecuencia de la distribución irregular de la jornada, el trabajador haya realizado una menor jornada, en cuyo caso, parece que se permite que se tengan que recuperar por los trabajadores las horas dejadas de trabajar, según se haya regulado en el Convenio Colectivo, en el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores o, en el plazo de los doce meses siguientes. Este régimen puede llevarnos a pensar que el empresario puede utilizar el cauce de la distribución irregular para obtener, de facto, una reducción temporal de la jornada de los trabajadores, durante un periodo de tiempo, consiguiendo, mediante este mecanismo, que los trabajadores tengan que compensar el defecto de jornada realizado, recuperando las horas. Y podría ser una vía sencilla para conseguir una

reducción temporal de la jornada, sin tener que tramitar el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal.

4.5 LAS CONSECUENCIAS DE LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA.

Los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo concursal de reducción temporal de la jornada, se convierten en trabajadores a tiempo parcial. Y, creo conveniente, realizar en primer lugar, un análisis del régimen de la jornada flexible al que quedarían sometidos, con las facultades que otorga al empresario declarado en concurso o, en su caso, a la administración concursal; y, en segundo lugar, realizar una referencia al desempleo parcial. El régimen de la jornada flexible se encuentra en el Real Decreto ley 16/2013. Por la Resolución de 22 de enero de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, se ordenó la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

4.5.1 EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y LA JORNADA FLEXIBLE DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA.

La reforma en la gestión del tiempo de trabajo, llevada a cabo por el Real Decreto ley 16/2013, se centra fundamentalmente, en incrementar la flexibilidad de la disponibilidad del trabajador, su dedicación y, en la distribución del tiempo de trabajo⁶⁰. En esta línea, se amplían las medidas a los contratos temporales a tiempo parcial, reduciendo las cotizaciones de los mismos y, se

⁶⁰ VALVERDE ASECIO, ANTONIO JOSÉ: “*Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto ley 16/2013 y Real Decreto ley 3/2014*”, publicado en la revista Temas Laborales nº 124, 2014, página 18.

permite que se concierte el contrato de apoyo a los emprendedores también a tiempo parcial.

Para dotar a la jornada de la necesaria flexibilidad, el legislador opta por prohibir la realización de horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo parcial y, por establecer un régimen detallado de las horas complementarias. Con este sistema, se puede distinguir, por tanto, entre la flexibilidad que obtiene el empresario, que afecta a la jornada ordinaria, a través de la distribución del tiempo de trabajo y, la que consigue mediante el mecanismo de las horas complementarias. Examinaré, a continuación, estas dos vías con las que cuenta el empresario y, por ende, la administración concursal, para conseguir una jornada flexible, que adquieren un carácter relevante en el concurso de acreedores, ya que, en esta situación, pueden servir para garantizar la continuidad de la actividad.

A) La distribución de la jornada ordinaria.

El artículo 1 del Real Decreto ley 16/2013, introduce una reforma en el artículo 12.4 a) del Estatuto de los Trabajadores, que merece ser analizada en el contexto de los medios de flexibilización en la gestión del tiempo de trabajo, mediante las horas complementarias y la distribución irregular de la jornada.

Este precepto estatutario se ha visto reformado en tres ocasiones, que ponen de manifiesto la intención del legislador de flexibilizar cada vez más la jornada, en este tipo de contratos a tiempo parcial. Desde el principio y, con una redacción no modificada, se establece, con carácter general, que es mención obligada en el contrato a tiempo parcial, el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año, contratadas. Las reformas se han venido pronunciando sobre la distribución de esta jornada ordinaria de trabajo en los trabajadores a tiempo parcial.

La primera reforma vino de la mano del Real Decreto ley 15/1998 que exigía que figurara en el contrato a tiempo parcial “la distribución horaria y su

concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios”. La Ley 12/2001 modificó el precepto, exigiendo tan sólo que contara, en el contrato de trabajo a tiempo parcial, “su distribución”, es decir, la distribución de la jornada ordinaria, sin más indicaciones, lo que dejaba en manos del empresario un amplio margen de determinación. La reforma laboral de la Ley 3/2012, de 12 de julio no modificó el precepto, pero con el objetivo de dotar a los contratos a tiempo parcial de una mayor flexibilidad en la jornada, se permitió que se realizaran por los trabajadores a tiempo parcial, horas extraordinarias y que se les aplicara la norma genérica sobre distribución irregular de la jornada del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Como he indicado, el Real Decreto ley 16/2013 aborda esta materia y reforma el artículo 12.4 a) del Estatuto de los Trabajadores, exigiendo que conste en el contrato de trabajo a tiempo parcial, además de la mención genérica al número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, el modo de su distribución según lo previsto en el Convenio Colectivo. No basta, consiguientemente, como en la redacción anterior a esta reforma, que figurara la distribución de la jornada ordinaria, sino que es preciso el modo de distribución de la jornada ordinaria, según lo indicado en el Convenio Colectivo. Esta locución significa que, en el contrato, deberán precisarse los criterios de distribución y, las indicaciones de cuándo se les exigirá a los trabajadores a tiempo parcial la prestación de servicios, según lo previsto en el Convenio Colectivo. El antecedente de la norma, se ha afirmado⁶¹ que se encuentra en la dicción literal del artículo 9 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 22 de abril de 2013. Uno de los criterios al respecto, podría ser el establecimiento de una franja horaria, donde el trabajador pudiera prestar servicios, tanto en su jornada ordinaria como en horas complementarias. Por consiguiente, se puede concluir que el modo de distribución de la jornada

⁶¹ VALVERDE ASECIO, ANTONIO JOSÉ: “*Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto ley 16/2013 y Real Decreto ley 3/2014*”, publicado en la revista Temas Laborales nº 124, 2014, página 20.

Ana María Orellana Cano

ordinaria, que debe figurar en el contrato de trabajo a tiempo parcial, es el criterio que puede utilizarse para la determinación del tiempo de trabajo, que se recoja en el Convenio Colectivo. Ahora bien, será importante que exista en el contrato de trabajo algún criterio de distribución de la jornada ordinaria, para que se pueda distinguir la jornada ordinaria, de la realización de horas complementarias pactadas, que estarían fuera de la jornada ordinaria y, así tendrían que abonarse al trabajador, es decir, aparte de la retribución por la jornada ordinaria. Y, el problema puede suscitarse cuando el Convenio Colectivo no disponga ningún criterio concreto de distribución de la jornada ordinaria, en cuyo caso, no sólo será difícil deslindar la jornada ordinaria de las horas complementarias pactadas, sino también del mecanismo de la distribución irregular de la jornada ordinaria.

Consecuencia de la anterior reforma del artículo 12.4 a) del Estatuto de los Trabajadores, es la supresión de la referencia a que la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podría realizarse de forma continuada o partida, como recogía el artículo 12.4 b). Si se apuesta por la flexibilidad y, porque conste en el contrato, el modo de distribución de la jornada ordinaria, carece de sentido esta afirmación.

B) La flexibilidad de la jornada a través de las horas complementarias.

En relación con las horas extraordinarias, el Real Decreto ley 16/2013 cambia completamente el régimen que regía con anterioridad al mismo, prohibiéndose la realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, salvo las reguladas en el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto permite la realización de las horas extraordinarias, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y, otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como tales, es decir, como horas extraordinarias. Desde la redacción dada al artículo 12.4 b) del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto ley 15/1998, hasta la reforma laboral operada por el Real Decreto ley 3/2012 de 10 de febrero, se había mantenido la prohibición de que los trabajadores a tiempo parcial realizaran horas extraordinarias. El régimen cambió radicalmente en la reforma laboral del año

2012 y, ahora se vuelve al sistema anterior de prohibición, reforzando la posibilidad de realización por los trabajadores a tiempo parcial de las horas complementarias, reguladas en el artículo 12.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Debe tenerse en cuenta que la realización de las horas complementarias deberá respetar, en todo caso, los límites legales en materia de jornada y descansos y, que serán retribuidas como las horas ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social -y, por lo tanto, para el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social-, y también serán computables para el cálculo de los períodos de carencia. Por ello, el número y la retribución de las horas complementarias realizadas, se deberá recoger en el recibo individual de salarios y, en los documentos de cotización a la Seguridad Social.

a) Los trabajadores a tiempo parcial que pueden realizar horas complementarias.

Con carácter general, el artículo 12.5 b) del Estatuto de los Trabajadores establece que sólo podrán realizar horas complementarias, los trabajadores a tiempo parcial que tengan una jornada superior a diez horas semanales en cómputo anual. La distribución de la jornada a tiempo parcial puede ser vertical u horizontal, es decir, pactándose un número de horas al día o a la semana, pero también al mes o al año. Para calcular que la jornada sea superior a diez horas semanales en cómputo anual, deberá hallarse el promedio. Sin embargo, el legislador omite esta expresión, aunque sí que la utiliza en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, al regular la jornada semanal máxima, en cómputo anual de promedio, que será de cuarenta horas. Tampoco acude al coeficiente de parcialidad, que sería del 25 %, teniéndose en cuenta que la jornada semanal máxima, como he indicado, es de 40 horas. Por lo tanto, diez horas a la semana, sería un coeficiente de parcialidad del 25 %. Para llevar a cabo este cómputo anual, deberá acudir al promedio de vigencia del contrato y, con independencia del modo de distribución de la jornada ordinaria.

b) Las horas complementarias pactadas.

El régimen jurídico de las horas complementarias pactadas viene regulado en el artículo 12.5 párrafos a) a f) del Estatuto de los Trabajadores, debiendo destacarse lo siguiente:

1. El empresario sólo podrá exigir la realización de las horas complementarias pactadas y, este pacto, que deberá adoptarse por escrito, en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo.
2. El número de horas complementarias pactadas no podrá exceder del 30 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los Convenios Colectivos podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá ser inferior al citado 30 por 100, ni exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas.
3. El trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un plazo de preaviso mínimo de tres días, salvo que el Convenio Colectivo establezca un plazo de preaviso inferior. Téngase en cuenta que el plazo de preaviso anterior a la reforma era de siete días y, que además, ahora se permite que el Convenio Colectivo establezca un plazo inferior a los tres días, lo que facilitará al empresario conseguir la disponibilidad casi inmediata del trabajador. Se ha indicado⁶² que, en la práctica, puede ser de enorme dificultad diferenciar cuándo el empresario pretende que el trabajador realice las horas complementarias pactadas o, cuando se trata de una distribución irregular de la jornada ordinaria, de acuerdo con el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien es cierto que cabe que el empresario acuda al mecanismo de la distribución irregular de la jornada ordinaria en los contratos de trabajo a tiempo parcial, considero que el distinto

⁶² VALVERDE ASECIO, ANTONIO JOSÉ: “*Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto ley 16/2013 y Real Decreto ley 3/2014*”, publicado en la revista Temas Laborales nº 124, 2014, páginas 27 a 29.

régimen de las horas complementarias pactadas y, el de la distribución irregular permitirán también, en la práctica, delimitar uno u otro supuesto. Es importante la diferenciación de ambos mecanismos, ya que las consecuencias son también bastante diferentes, pues mientras que las horas complementarias han de abonarse, por el contrario, la distribución irregular de la jornada ordinaria, debe, en su caso, compensarse en los doce meses siguientes a que se produzca el exceso o el defecto. El establecimiento por el legislador del Real Decreto ley 16/2013 de un plazo de preaviso de tres días, que sólo podrá verse disminuido y, no aumentado, por la negociación colectiva, puede servir para clarificar la delimitación. Por otro lado, además, la distribución irregular de la jornada ordinaria sólo puede alcanzar el diez por ciento de ésta, por lo que al estar pactadas el número de horas complementarias, pudiendo ser por pacto entre las partes, hasta de un 30 % de la jornada ordinaria, o hasta el 60 % si así se acuerda en el Convenio Colectivo, también este dato puede servir para diferenciar ambos mecanismos de flexibilidad. Por otro lado, se trata de vías intercurrentes, es decir, que el empresario podrá acudir a ambas, para conseguir la flexibilidad.

4. El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurren motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; por necesidades formativas, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria; o por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

5. Si no se cumplieran por el empresario las reglas anteriores, el trabajador podrá negarse a realizar las horas complementarias pactadas y su conducta no será sancionable.

c) Las horas complementarias voluntarias.

Con independencia de las horas complementarias pactadas, el artículo 12.5 g) del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto ley 16/2013, contiene el régimen de las horas complementarias

voluntarias. Sólo son predicables de contratos a tiempo parcial de duración indefinida y, -como ya se indicó anteriormente, pues se trata de un requisito común a todas las horas complementarias-, con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. En estos supuestos, el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, cuyo número no podrá superar el 15 por 100, ampliables al 30 por 100 por Convenio Colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá una conducta laboral sancionable. Estas horas complementarias son independientes de las horas complementarias pactadas, por lo que no se computan en el porcentaje máximo de las mismas.

4.5.2 LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN Y EL DESEMPLEO PARCIAL.

Los trabajadores afectados por esta medida tienen derecho al desempleo parcial. De conformidad con los artículos 203.3 y 208.3 de la Ley General de la Seguridad Social, el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. No están comprendidas en esta protección, las reducciones de jornadas definitivas o, que se extiendan a todo el período que reste de la vigencia del contrato de trabajo.

La cuantía de la prestación de desempleo parcial se determinará en función del porcentaje de la reducción de jornada, a tenor del artículo 211.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

5. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

El artículo 64.1 de la Ley Concursal atribuye al Juez del Concurso la competencia para conocer de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo está regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

A continuación, examinaré, en la presente materia, las causas que justifican la adopción de la medida por el empresario concursado; la delimitación de lo que se considera, a efectos del concurso, modificación sustancial de las condiciones de trabajo; distinguiré entre las de naturaleza colectiva e individual; para terminar, con el análisis de la incidencia del concurso en las acciones resolutorias individuales, derivadas del desacuerdo del trabajador afectado con la modificación, prevista en el artículo 64.9 de la Ley Concursal.

5.1 LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

El artículo 64 de la Ley Concursal no contempla las causas que justifican la adopción de esta medida por el empresario declarado en concurso, por lo que ha de acudir, en virtud del artículo 64.11 del citado texto legal, al artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y, a continuación, el legislador facilita cuándo debe considerarse que concurren estas causas, declarando concretamente, que son causas económicas, técnicas, organizativas o de producción las relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. En realidad, con esta referencia se están relacionando las causas con los objetivos, de forma tal que la competitividad y productividad van estrechamente ligadas a las causas económicas y productivas y, la

organización técnica o del trabajo, con las técnicas y organizativas⁶³. En cualquier caso, de un análisis comparativo de las causas que justifican acordar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, las que permiten practicar un despido colectivo o suspender las relaciones laborales, se extrae que será más fácil acometer la modificación de las condiciones laborales de los trabajadores que la extinción o la suspensión, que además resultan mucho más gravosas para éstos.

5.2 LA DELIMITACIÓN DE LO QUE SE CONSIDERA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

De conformidad con el artículo 41.1.2º del Estatuto de los Trabajadores, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: la jornada de trabajo; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; el sistema de remuneración y la cuantía salarial; el sistema de trabajo y rendimiento; y a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del mismo texto legal. Se trata de una lista no tasada, pues expresamente se indica que la relación de materias se especifica “entre otras”.

Se ha discutido si el Juez del Concurso es competente para conocer sólo de las modificaciones de las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial o de todas, sean sustanciales o accesorias. Y ello, debido a la falta de coordinación entre las normas concursales que se refieren a la misma. De un lado, el artículo 64.1 de la Ley Concursal alude a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como competencia del Juez del Concurso. Sin embargo, el artículo 8.2 de texto normativo indicado, atribuye al Juez del Concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de las acciones

⁶³ GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO: “*Modificaciones sustanciales, despidos y suspensiones tras la declaración de concurso*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, páginas 37 y 38.

sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Y, por otro lado, el artículo 44.4 de esta Ley remite al procedimiento del artículo 64, en los supuestos de cese de la actividad o cierre de la empresa, cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos. Un sector doctrinal⁶⁴, considera que es competencia del Juez del Concurso cualquier modificación de las condiciones de trabajo, lo que facilita la labor del juzgador que no tendría que analizar si la modificación es sustancial o no, lo que a veces, constituye una tarea difícil, calificado por algún autor⁶⁵ como “*tormentoso tema de la sustancialidad*”. La doctrina mayoritaria⁶⁶, por el contrario, sostiene que debe tramitarse el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, ante el Juez del Concurso, sólo respecto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Se argumenta a favor de esta tesis, que lo que debe tener carácter sustancial no es la condición de trabajo sino la modificación de esta condición⁶⁷.

En mi opinión, el Juez del Concurso es competente para conocer de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, según la redacción literal del artículo 64.1 de la Ley Concursal, dada por la reforma operada por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Esta norma no ofrece dudas sobre su interpretación, aunque quizás debieron reformarse, en este sentido, también los artículos 8.2 y 44.4. de la Ley Concursal.

⁶⁴ ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: “*Aspectos laborales de la Ley Concursal*”, Valencia, 2004, página 60.

⁶⁵ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “*Los procedimientos de regulación de empleo*”, Valencia, 2007, página 398.

⁶⁶ SALA FRANCO, TOMÁS: “*Las modificaciones contractuales*”, en AA.VV. Derecho del Trabajo, tomo II, “Contrato individual”, séptima edición, Valencia, 2005, página 500.

⁶⁷ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “*Los procedimientos de regulación de empleo*”, Valencia, 2007, página 398.

Otra cuestión que se ha criticado⁶⁸, a estos efectos, es la judicialización de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, pues en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de finalización del periodo de consultas sin acuerdo, adopta la decisión el empresario, que es impugnabile ante la jurisdicción social. Con base en esta regulación, se mantiene por una parte de la doctrina⁶⁹ que debió otorgarse la facultad de llevar a cabo una medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a la administración concursal, debiendo conocer sólo el Juez del Concurso, de la impugnación de la decisión de ésta. Considero que, teniéndose en cuenta que en el ámbito extraconcursal, -tras la reforma laboral del año 2012-, es decisión del empresario impugnabile ante la jurisdicción social hasta el despido colectivo, ha quedado sin virtualidad este argumento, ya que, con base en el mismo, tendría incluso que otorgarse a la administración concursal, la facultad de extinguir colectivamente los contratos de trabajo, lo que no comparto.

5.3 LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE NATURALEZA COLECTIVA.

Con carácter genérico, el artículo 41.2.1º del Estatuto de los Trabajadores, distinguía entre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza individual y colectiva, atendiendo a su origen. Y así, destacaba que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrían afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o, disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario, de efectos colectivos. Esta era la única delimitación que contenía la norma en la redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2012, convalidado por la Ley 3/2012 y, suscitaba problemas de interpretación, porque además regulaba determinados

⁶⁸ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”*, en Relaciones Laborales, números 23 y 24, 2003, página 36.

⁶⁹ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, páginas 401 y 402.

límites numéricos de trabajadores afectados por la modificación, en materia funcional y de horarios.

Tras la reforma laboral del año 2012, se simplifica considerablemente la labor interpretativa y, el artículo 41.2.2º del Estatuto de los Trabajadores, -al igual que para el despido colectivo, regula el artículo 51.1.1º de la misma norma-, establece que se considera de carácter colectivo la modificación que, en un período de noventa días, afecte al menos, a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y, a treinta trabajadores, en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores. Y, dispone también, que se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

Por lo tanto, para determinar si es competencia del Juez del Concurso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, habrá de tenerse en cuenta estos límites legales, pues sólo conoce este órgano judicial, de las modificaciones que tengan carácter sustancial y colectivo.

5.4 LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE CARÁCTER INDIVIDUAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Como he indicado anteriormente, cuando el número de trabajadores afectados por la modificación sustancial, sea inferior a los parámetros legales reseñados, tendrá naturaleza individual o plural, pero no colectiva, por lo que no tendrá que acudir al procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal. Ello no significa que la empresa concursada o, en su caso, la administración concursal no pueda adoptar medidas de este tipo. Lo que ocurre es que la tramitación es diferente. Viene regulado en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, que sólo exige que sea notificada la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, al trabajador

Ana María Orellana Cano

afectado y, a sus representantes legales, con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad. Por consiguiente, basta la comunicación al trabajador y a los representantes legales de los trabajadores, con una antelación de quince días. La modificación será ejecutiva, aunque el trabajador discrepe de la misma, en cuyo caso, podrá impugnarla o ejercitar la acción resolutoria individual de su contrato de trabajo. A la incidencia del concurso en la acción resolutoria, me referiré en el siguiente epígrafe.

Pero la impugnación de la decisión empresarial, plantea problemas de delimitación de competencias, cuando la empresa ha sido declarada en concurso. La decisión la adopta el empresario o la administración concursal, según que tenga sus facultades intervenidas o suspendidas. De acuerdo con el artículo 41.3.2º del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones. Cabría plantearse si, en los supuestos en los que la empresa ha sido declarada en concurso, la competencia para conocer de la impugnación de la medida, corresponde al Juez de lo Social o al Juez del Concurso. Considero que la impugnación ha de hacerse ante la jurisdicción social, pues en las competencias del Juez del Concurso del artículo 8.2 de la Ley Concursal, se encuentran las modificaciones colectivas, pero no las individuales y, constituyen, -como ya he reiterado en varias ocasiones-, un *numerus clausus* o lista tasada.

Por otra parte, el legislador, -al igual que en la regulación del despido colectivo-, contempla las consecuencias de la utilización del cauce inadecuado y, establece en el artículo 41.3.4º del Estatuto de los Trabajadores que, cuando con el objeto de eludir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, en períodos sucesivos de noventa días, en número inferior a los umbrales que establece el

apartado segundo para las modificaciones colectivas, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, estas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y, serán declaradas nulas y sin efecto.

5.5 LA INCIDENCIA DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO, POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR AFECTADO.

El artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores regula el procedimiento extraconcursal para adoptar la medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva y, en el párrafo noveno, se remite al artículo 41.3.2º del mismo texto, que contiene el régimen del derecho del trabajador a extinguir su contrato de trabajo, a cambio de una indemnización, por desacuerdo con la medida de naturaleza individual. Por lo tanto, el trabajador afectado, tanto por la modificación sustancial individual como colectiva de las condiciones de trabajo a las que se refiere el precepto, tiene derecho a la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, si así lo estima conveniente.

Declara la norma que, en los supuestos en los que la modificación afecte a la jornada de trabajo, al horario y a la distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial o, a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial, tendrá derecho a rescindir su contrato y, a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y, con un máximo de nueve mensualidades. No ostenta este derecho de resolución indemnizada el trabajador, cuando la modificación se refiera al sistema de trabajo y rendimiento.

Conviene tener presente las diferencias entre esta extinción por voluntad del trabajador y la contemplada en el artículo 50 del Estatuto de los

Ana María Orellana Cano

Trabajadores. Mientras que, en esta última, se precisa la declaración judicial extinguiendo la relación laboral, -que tiene naturaleza constitutiva-, en la resolución indemnizada por desacuerdo con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, basta con que el trabajador se lo comunique al empresario. Por lo tanto, el momento de la eficacia de la resolución del contrato en estos supuestos, coincide con aquel en el que el trabajador le comunica al empresario su decisión de extinguir el contrato. No es precisa la resolución judicial, es decir, basta con la declaración de voluntad, sin que sea necesario, - como en los casos del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores-, que la extinción sea declarada por el órgano judicial con efectos, además, constitutivos. Se trata de una decisión extrajudicial, que no necesita que el empresario esté conforme con la misma. Es un derecho del trabajador. No obstante lo anterior, también se admite que el trabajador acuda a la jurisdicción solicitando la extinción indemnizada de su contrato de trabajo. En este caso, se ha cuestionado cuál sería el plazo para el ejercicio de la acción, si el de caducidad del despido de veinte días hábiles o, el plazo de prescripción de un año. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2012 (Rcud 3851/2011), considera aplicable a un caso de resolución indemnizada del contrato de trabajo por discrepar del traslado, el de prescripción de un año.

La declaración de concurso de la empresa, tiene incidencia en la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador. De conformidad con el artículo 64.9.1º de la Ley Concursal, en el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo, el derecho del trabajador afectado de optar por la extinción indemnizada del contrato, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso, con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el Auto que acordó la modificación. Con redacción inadecuada, la norma se refiere a la autorización por el Auto, pero el Juez del Concurso no autoriza, sino que acuerda la modificación. Es importante tener en cuenta que no se aplica esta norma a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza individual. Por lo tanto, el concurso de acreedores supone la suspensión del derecho del trabajador a extinguir su contrato de trabajo, por no estar de acuerdo con la modificación sustancial de

las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, a cambio de una indemnización. El periodo de suspensión se extiende, con carácter general, hasta la terminación del concurso, pero si no ha concluido el concurso, transcurrido el plazo de un año desde la fecha del Auto del Juez del Concurso que acordó la medida, se alza la suspensión de este derecho. Cuando finalice el plazo de suspensión, el trabajador podrá comunicar al empresario o, en su caso, a la administración concursal, su decisión de extinguir el contrato por esta causa o, bien ejercitar la acción resolutoria.

Una cuestión que puede suscitarse, en relación con el 64.9 de la Ley Concursal, es la determinación de la jurisdicción competente para conocer de la acción resolutoria individual del trabajador por discrepancia con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, el procedimiento adecuado. Y, en este sentido, considero que deben distinguirse dos supuestos, según que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tenga carácter individual o colectivo.

1. Si se ha adoptado por el empresario declarado en concurso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo individual, -para la que no hay que acudir al procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, bastando la notificación al trabajador afectado y a los representantes de los trabajadores, con una antelación de quince días-, el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social. Considero que no es necesaria la declaración judicial, pero si el trabajador opta por ejercitar la acción, la competencia corresponde a la jurisdicción social, al no estar contemplada en el artículo 8.2 de la Ley Concursal, que le atribuye al Juez del Concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente para acordar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, pero no para la de carácter individual, por lo que no será aplicable el artículo 64.8.2º de la Ley Concursal.

2. Si el Juez del Concurso ha acordado la modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva, por Auto, el trabajador podrá comunicar su decisión de extinguir el contrato al empresario o, en su caso, a la administración concursal, o bien, ejercitar la acción resolutoria. En este último caso, también deberá acudir al orden social, ya que no parece razonable

permitir la impugnación del Auto dictado doce meses antes o, acudir al Juez del Concurso, una vez concluido el concurso.

6. LOS TRASLADOS COLECTIVOS.

En la redacción originaria de la Ley Concursal no se contemplaban los traslados colectivos como una competencia del Juez del Concurso. Fue a raíz de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, cuando se incluye en los artículos 64.1, 148.4 y 149.1.2º de la Ley Concursal. No obstante respecto de la redacción anterior, la doctrina mayoritaria venía entendiendo que no se había incluido expresamente en las competencias del Juez del Concurso, porque se había considerado por el legislador que constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esta configuración se extraía de la redacción del artículo 64.9.3º de la Ley Concursal, en el que con referencia al apartado anterior que regulaba el traslado colectivo, se afirmaba que, “tanto en este supuesto como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo”⁷⁰. En cualquier caso, la reforma incluyendo los traslados colectivos como competencia del Juez del Concurso, era necesaria, ya que el tratamiento en el Estatuto de los Trabajadores es diferente del tratamiento de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El artículo 64 de la Ley Concursal no contiene el régimen de los traslados colectivos, por lo que será de aplicación la legislación laboral, el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de lo previsto en el artículo 64.11 de la Ley Concursal.

Debe tenerse en cuenta, en relación con el ámbito subjetivo de estas medidas que, de conformidad con el artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores, los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad

⁷⁰ ORELLANA CANO NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales de la reforma concursal*”, en la obra colectiva “La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas”, Madrid, 2012, página 192.

de permanencia en los puestos de trabajo. Asimismo, que mediante Convenio Colectivo o en virtud del acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, se pueden establecer prioridades de permanencia, a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o, personas con discapacidad.

6.1. LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN EL TRASLADO.

De conformidad con el artículo 40.1.1º del Estatuto de los Trabajadores, el traslado de trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que exija cambios de residencia, requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial. El legislador adiciona, además de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, una nueva causa que justifica los traslados, acorde con la naturaleza jurídica de éstos, a saber, las contrataciones referidas a la actividad empresarial. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta norma, por la propia naturaleza de la actividad que desarrollan, los trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. Excepto las contrataciones referidas a la actividad empresarial, las causas son idénticas a las que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por lo que me remito a lo indicado en el epígrafe dedicado al estudio de estas últimas.

6.2 LOS TRASLADOS INDIVIDUALES Y LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

El empresario concursado o, en su caso, la administración concursal, podrá acordar traslados individuales o plurales y, desplazamientos temporales no equiparados a los traslados colectivos, sin tener que acudir al procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal. Analizaré, a continuación, el régimen jurídico de estas dos medidas.

Ana María Orellana Cano

1. El traslado individual o plural sólo exige la notificación por el empresario o, en su caso, por la administración concursal, -si tuviera sus facultades suspendidas-, al trabajador, así como a los representantes legales de los trabajadores, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, de acuerdo con el artículo 40.1.2º del Estatuto de los Trabajadores.

El trabajador afectado tiene tres posibilidades frente a la notificación:

1.1 Aceptar el traslado, en cuyo caso, tendrá derecho a percibir una compensación de los gastos propios y de los gastos de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca podrán ser inferiores a los límites mínimos establecidos en los Convenios Colectivos.

1.2 No aceptar el traslado y, optar por la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

1.3 Impugnar el traslado ante la jurisdicción social, sin perjuicio de la ejecutividad del mismo, por no estar de acuerdo con la decisión empresarial. En estos supuestos, la sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.

Para evitar la utilización indebida de este cauce, con el objetivo de eludir la tramitación del procedimiento previsto para el traslado colectivo, el artículo 40.1.5º del Estatuto de los Trabajadores dispone que, cuando la empresa realice traslados, en períodos sucesivos de noventa días, en número inferior a los umbrales que lo configuran como colectivo, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, estos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y, serán declarados nulos y sin efecto.

2. Los desplazamientos temporales viene regulados en el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o bien, por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales

de sus trabajadores que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas. En el concurso de acreedores, esta decisión será adoptada por el empresario o, en su caso, por la administración concursal, si tiene las facultades suspendidas.

Los desplazamientos temporales de más de doce meses de duración, en un periodo de tres años, se equiparan a los traslados colectivos, que serán, por tanto, analizados conjuntamente. Pues bien, en los restantes desplazamientos temporales, sólo se exige la notificación al trabajador, con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses. En este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. No se contempla la necesidad de comunicar la decisión a los representantes de los trabajadores.

El trabajador afectado podrá impugnar la decisión empresarial, sin perjuicio de su ejecutividad, pero, en estos casos de desplazamiento temporal, no se prevé la opción por la resolución indemnizada de su contrato de trabajo.

6.3 LOS TRASLADOS COLECTIVOS Y LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES EQUIPARADOS.

Los traslados colectivos vienen regulados en el artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el apartado dos del artículo 9 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. De conformidad con el párrafo primero del artículo 40.2, en concordancia con el artículo 40.4.4º del Estatuto de los Trabajadores, se considera traslado colectivo:

1. El traslado que afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores.

2. El traslado que, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días, comprenda a un número de trabajadores de, al menos, diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y, treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

3. Los desplazamientos cuya duración, en un período de tres años, exceda de doce meses, que tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto para los traslados colectivos.

En el concurso de acreedores, la medida de traslado colectivo y de desplazamiento temporal equiparado, se tramitarán por el cauce del artículo 64 de la Ley Concursal. El Auto del Juez del Concurso podrá ser recurrido en suplicación, de acuerdo con el artículo 64.8.1º de la Ley Concursal y, los trabajadores afectados también, en este supuesto, -al igual que en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva-, tendrán derecho a la resolución indemnizada del contrato.

6.4 LA INCIDENCIA DEL CONCURSO EN EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DE SU CONTRATO DE TRABAJO.

El régimen del derecho del trabajador a la resolución indemnizada del contrato de trabajo, ante el desacuerdo con el traslado individual, colectivo o con el desplazamiento temporal equiparado al colectivo, es igual que el de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por lo tanto, cabe la mera declaración de voluntad del trabajador afectado de optar por la extinción de su contrato a cambio de una indemnización, dirigida al empresario o a la administración concursal, en su caso. En estos supuestos, el derecho, persiste aunque el periodo de consultas finalice con acuerdo. No obstante, también puede el trabajador ejercitar la correspondiente acción resolutoria individual.

La incidencia del concurso de acreedores en el derecho de resolución indemnizada del contrato del trabajador afectado por un traslado colectivo es igual que en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva. Este derecho queda en suspenso durante la tramitación del concurso y, con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el Auto por el Juez del Concurso que acordó el traslado. Pero la suspensión no afecta a todos los traslados colectivos sino sólo cuando se acuerde un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y, a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Por lo tanto, no operará la suspensión y, el trabajador podrá optar por la extinción de su contrato de trabajo a cambio de una indemnización, desde la fecha del Auto que acuerde el traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, cuando el centro de trabajo de destino se encuentre en distinta provincia que el centro de trabajo de origen, o se encuentre en la misma provincia, pero a más de sesenta kilómetros, o se tarde en ir y volver del trabajo, más del veinticinco por ciento de la jornada diaria de trabajo.

En relación con la jurisdicción competente y, el procedimiento adecuado, deben distinguirse dos supuestos:

1. Si se ha adoptado por el empresario concursado o por la administración concursal, si tenía las facultades suspendidas, un traslado individual o plural, - para el que no hay que acudir al procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, bastando la notificación al trabajador afectado y a los representantes de los trabajadores, con una antelación de treinta días-, el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social, aunque no es necesaria la declaración judicial.
2. Si el Juez del Concurso ha acordado el traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, cuando el centro de trabajo de destino se encuentre en distinta provincia que el centro de trabajo de origen, o se encuentre en la

misma provincia, pero a más de sesenta kilómetros, o se tarde en ir y volver del trabajo, más del veinticinco por ciento de la jornada diaria de trabajo, por Auto, el trabajador podrá comunicar su decisión de extinguir el contrato al empresario o, en su caso, a la administración concursal, o bien, ejercitar la acción resolutoria. En estos supuestos no opera la suspensión del derecho del artículo 64.9 de la Ley Concursal. Pues bien, el trabajador para ejercitar la acción resolutoria, deberá utilizar el cauce de la impugnación del Auto del Juez del Concurso del artículo 64.8.2º de la Ley Concursal, ya que se trata de una cuestión que se refiere estrictamente a la relación jurídica individual, cual es la extinción de la misma, con derecho a una indemnización, que deberá tramitarse, en consecuencia, por el incidente concursal laboral. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 14 de junio de 2013 (Recurso de suplicación 991/2013). Y, este criterio ha sido mantenido también por algún sector doctrinal⁷¹.

3. Si el Juez del Concurso ha acordado por Auto, un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y, a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo, el derecho a optar por la resolución indemnizada, queda en suspenso, hasta que termine el concurso o, hasta que transcurra un año como máximo desde la fecha del Auto que acordó el traslado, si aún no hubiese concluido el concurso. El trabajador afectado podrá comunicar al empresario concursado -o a la administración concursal, si no ha terminado el concurso-, que quiere optar por la resolución indemnizada. Y, también podría ejercitar la acción resolutoria ante la jurisdicción competente,

⁷¹ MARTÍNEZ GARRIDO, LUIS RAMÓN: *“La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal”*, Ponencia impartida en el Curso del Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid de los días 30 de marzo a 1 de abril de 2005, sobre *“Aspectos laborales de la Ley Concursal. Especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”*, publicada en la página web del Consejo General del Poder Judicial, páginas 23 a 25.

que sería, en este caso, el orden jurisdiccional social, pues si se ha acordado ya la conclusión del concurso, no tiene sentido acudir al Juez del Concurso. Y, aunque no haya finalizado el concurso, tampoco parece razonable admitir la impugnación del Auto, que ha sido dictado doce meses antes, es decir, el tiempo que ha durado la suspensión del derecho. Por ello, considero que deberá acudir el trabajador, al Juez de lo Social y no al Juez del Concurso.

7. LA RESOLUCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

El artículo 64.10 de la Ley Concursal regula una competencia laboral del Juez del Concurso, que no se contempla entre aquellas a las que extiende su jurisdicción exclusiva y excluyente del artículo 8.2 de la Ley Concursal y del artículo 86 ter 1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que ha de entenderse incluida en virtud de la referencia genérica contenida en el artículo 86 ter 1 de este último texto legal, que establece que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. El artículo 64.10 de la Ley Concursal establece que 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 y, le atribuye la competencia al Juez del Concurso, por el trámite del artículo 64.1 de la Ley Concursal, cuando concurren determinadas circunstancias.

La redacción actual de la norma es fruto de la única reforma de la que ha sido objeto, operada por el número cuarenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011. En la versión originaria, disponía que las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrían la consideración de extinciones de carácter colectivo, a los efectos de su tramitación ante el Juez del Concurso por el procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal, cuando la extinción afectara a un número de trabajadores que superara, desde la declaración del concurso, los

límites siguientes: para las empresas que contaran con una plantilla de hasta cien trabajadores, diez trabajadores; para las empresas que contaran con una plantilla de cien a trescientos, el diez por ciento de los trabajadores; y, para las empresas que contaran con una plantilla de más de trescientos, el veinticinco por ciento de los trabajadores. Se entendería, en todo caso, que eran colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

El artículo 64.10 de la Ley Concursal, en su versión originaria, planteó numerosos problemas que afectaron fundamentalmente a la delimitación de las competencias entre el Juez del Concurso y los Juzgados de lo Social, presentando lagunas que propiciaron su inaplicación, con graves consecuencias para el concurso, derivadas de la diferente indemnización que podían llegar a percibir los trabajadores que se acogían a esta modalidad, si habían ejercitado o no la pretensión ante el orden social de la jurisdicción. Los más relevantes fueron los siguientes:

1. Las resoluciones indemnizadas de los contratos computables para la determinación de la superación de los límites establecidos en el artículo 64.10, a efectos de atribuir la competencia al Juez del Concurso. Esta cuestión fue solventada por los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 21 y 22 de junio y, 29 y 30 de noviembre de 2007, que concluyeron que sólo eran computables las acciones ejercitadas con posterioridad a la declaración del concurso.

2. La problemática procesal que suscitaba que, en un determinado momento, las acciones de resoluciones indemnizadas de los contratos que se estuvieran tramitando ante los Juzgados de lo Social, alcanzaran los límites numéricos exigidos por el artículo 64.10 de la Ley Concursal, para tener la condición de extinciones colectivas de la competencia del Juez del Concurso. Un sector de la doctrina⁷², -con un criterio que compartí- consideró que el Juzgado de lo Social debía abstenerse de conocer previniendo a las partes para que

⁷² ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo”, en la obra colectiva “Tratado Judicial de la Insolvencia”, Pamplona, 2012, página 1009.

ejercieran su derecho ante el Juez del Concurso y, que en ningún caso, debía el Juzgado de lo Social remitir el procedimiento al Juez del Concurso.

3. La cuantía de la indemnización también era discutible, pues la referencia a la tramitación por el cauce del procedimiento de regulación de empleo, parecía que era exclusivamente procedimental y, por lo tanto, podía entenderse que la indemnización que debía abonarse a los trabajadores, de estimarse la resolución de sus contratos, era la del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, igual a la del despido improcedente, que en esa época, ascendía a 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Sin embargo, también cabía interpretar que la equiparación a la extinción colectiva, tenía como consecuencia, el derecho del trabajador a la misma indemnización prevista para ésta, que era de veinte días por año, con un máximo de doce mensualidades, igual que ahora. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2011 (Rcud 2149/2010) declaró que la indemnización para estos supuestos era igual a la de la extinción colectiva.

Todas estas cuestiones han sido solventadas con la nueva redacción del precepto. Analizaré, a continuación, en primer lugar, la naturaleza de la acción del trabajador y de la resolución judicial; en segundo lugar, me referiré a las causas, desde el punto de vista sustantivo, que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador previstas en el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores; y, por último, examinaré el régimen previsto en el actual artículo 64.10 de la Ley Concursal.

7.1 LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DEL TRABAJADOR Y DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Con carácter previo, se han de destacar dos cuestiones básicas, que deben tenerse en cuenta, a la hora de examinar esta competencia del Juez del Concurso, ya que inciden notoriamente en el criterio que sostengo en relación con los diferentes problemas que se suscitan en la interpretación y aplicación de la norma:

1. Toda resolución del contrato de trabajo, a instancia del trabajador fundada en un incumplimiento del empresario, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, tiene naturaleza individual y no colectiva. Por ello, es muy interesante la equiparación que hace el legislador, de las resoluciones indemnizadas del contrato, a la extinción colectiva, desde el inicio del procedimiento de despido colectivo. Ello significa que no cabe hablar de resoluciones colectivas de los contratos de trabajo, pues ello iría en contra de la propia naturaleza de la institución. En este sentido, se pronunció el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo 31/2006, de 10 de julio, en el recurso 39/2005.

2. El Auto del Juez del Concurso que declare la resolución de los contratos de trabajo, tras el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, tiene naturaleza constitutiva, es decir, la resolución de los contratos se hace con fecha de efectos de la resolución judicial. Es el propio Auto el que resuelve los contratos y, no se retrotrae la fecha de efectos de la resolución de los mismos a un momento anterior, por ejemplo, al de solicitud de extinción por el trabajador. Así se ha declarado en relación con las sentencias dictadas por el orden social de la jurisdicción en los procedimientos tramitados con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, por reiterada jurisprudencia, debiendo resaltarse, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Rcud 3885/2010), que declara que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que el empresario ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento.

7.2 LAS CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA RESOLUCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

En la redacción inicial del artículo 64.10 de la Ley Concursal, la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, sólo podía estar fundada en la causa del artículo 50.1 b) del Estatuto de los

Trabajadores, es decir, por falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios pactados. La superior indemnización que se obtenía en el orden social, -equivalente a la del despido improcedente-, frente a la que se otorgaba en el concurso de acreedores, -a saber, veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades-, provocó que numerosos trabajadores acudieran al orden social, invocando como causa, además de la señalada, la de incumplimiento grave del empresario, que como cajón de sastre se regula en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y, que, con la redacción del precepto, no era competencia del Juez del Concurso. La versión actual de la norma, se refiere a todas las causas del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, solventado la cuestión indicada. Con carácter general, la acción de extinción del contrato por voluntad de trabajador, de acuerdo con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, debe fundarse en la situación económica o de insolvencia del concursado.

El artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador; la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; y, cualquier otro incumplimiento grave del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de traslados, declarados injustificados por sentencia firme.

En estos casos, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización igual a la del despido improcedente. No se devengan salarios de tramitación. Y esta indemnización es compatible con la generada por la vulneración de derechos fundamentales, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006 (Rcud 4372/2004). Analizaré, a continuación, las causas que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, reseñando algunos criterios jurisprudenciales que pueden ser de utilidad práctica.

7.2.1 LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO LLEVADAS A CABO SIN RESPETAR EL PROCEDIMIENTO LEGAL Y, QUE REDUNDEN EN MENOSCABO DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR.

De conformidad con el artículo 50.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que constituyen causa justa de la extinción del contrato por voluntad del trabajador, deben de reunir dos requisitos: que se hayan adoptado sin seguir el cauce legalmente establecido y, que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador. La dignidad del trabajador equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus superiores jerárquicos. En muchas ocasiones, se utiliza el cauce del artículo 50.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, cuando se ha producido una movilidad funcional, generalmente, un cambio de tareas al trabajador y, la atribución de otras menores, lo que supone un agravio comparativo, ya que los demás trabajadores permanecen en sus puestos de trabajo. Y también se acude a esta posibilidad cuando se somete al trabajador a la falta de ocupación efectiva, aunque considero que esta situación encaja mejor en el párrafo c) del precepto.

7.2.2 LA FALTA DE PAGO O RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO PACTADO.

Una de las cuestiones que suscita esta causa de resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador consiste en determinar cuánto tiempo debe de transcurrir para que el retraso continuado justifique la extinción. A estos efectos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (Rcud 1268/2013), resolvió un caso en el que el trabajador solicitó la extinción de su contrato, al haber incurrido el empresario en retrasos continuados en el abono del subsidio de Incapacidad Temporal. A estos efectos, el impago de la prestación de Incapacidad Temporal equivale al impago de salarios. Partiendo de un umbral de gravedad

de más de 3 meses, para que el incumplimiento de la obligación de pago puntual de la retribución, sea causa de extinción del contrato por voluntad del trabajador, concluyó con la estimación de la pretensión del trabajador. En este supuesto, los pagos ulteriores empresariales no pudieron dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, constatado por la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución, que superaba, con exceso, el retraso los tres meses. Es reiterada la jurisprudencia que se pronuncia sobre esta cuestión, a saber, que el pago posterior no desvirtúa la gravedad del incumplimiento a los efectos de estimar la resolución indemnizada del contrato de trabajo. Caben destacar en este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 (Rcud 406/2014), de 27 de enero de 2015 (Rcud 14/2014), de 19 de enero de 2015 (Rcud 569/2014) y, de 16 de enero de 2015 (Rcud 257/2014).

En relación con el momento en el que hay que tener en cuenta tales retrasos e impagos, considera la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 (Rcud 540/2013), que es la fecha del acto del juicio. Pues bien, en el caso que resuelve, se adeudaban tres mensualidades y una paga extraordinaria, lo que permitió apreciar un incumplimiento de carácter grave. El impago era relevante en términos cuantitativos, teniendo en cuenta la retribución del trabajador y, también había retrasos en el pago de salarios, reiterados a lo largo del tiempo. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, resolviendo el debate declaró el derecho del trabajador a resolver el contrato, confirmando, en este sentido, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. En la misma línea, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 (Rcud 380/2012) declaró que dies ad quem para el cómputo de incumplimientos empresariales en materia de pago de salarios o, la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos de los salarios, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, tanto a efectos

Ana María Orellana Cano

de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial y, en su caso, la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada. Esta interpretación es acorde con el artículo 26.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Los pagos ulteriores empresariales no pueden dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, constatado por la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución, superando con exceso el retraso, los tres meses, no siendo justificable, según la sentencia indicada, estar sin abonar los salarios correspondientes a siete meses continuados y, abonarlos en dos mensualidades posteriores. Esta sentencia contó con un voto particular.

No es óbice para acudir a esta causa justa de extinción de la relación laboral el que la empresa haya sido declarada en concurso de acreedores. Y en este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 (Rcud 2275/2012). Y, tampoco incide en la estimación de la extinción, el hecho de que, en la fecha del juicio, se hubiesen ya abonados los salarios impagados, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013 (Rcud 2800/2012).

7.2.3 CUALQUIER OTRO INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL EMPRESARIO O, LA NEGATIVA DEL MISMO A REINTEGRAR AL TRABAJADOR EN SUS ANTERIORES CONDICIONES DE TRABAJO EN LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO O DE TRASLADOS, DECLARADOS INJUSTIFICADOS POR SENTENCIA FIRME.

No todo incumplimiento de sus obligaciones por el empresario justifica la extinción del contrato por voluntad del trabajador, sino sólo el que sea grave y reiterado. Quedan excluidos los derivados de fuerza mayor, pero se incluyen los incumplimientos debidos a caso fortuito y a dolo, culpa o negligencia.

Son supuestos en los que se aplica esta norma los siguientes:

1. El impago de conceptos no salariales, como las mejoras voluntarias de la Seguridad Social (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012).

2. La falta de ocupación efectiva (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de julio de 2010).

3. Se ha considerado causa de extinción, el no dar de alta ni cotizar por el trabajador.

4. Las agresiones físicas o verbales.

5. La vulneración de derechos fundamentales, incluidos los casos de acoso.

Debe tenerse en cuenta, -como indiqué anteriormente-, que la sentencia que recaiga en estos procedimientos es constitutiva, es decir, es la propia resolución la que extingue la relación laboral, que por lo tanto, está vigente hasta ese momento.

7.3 EL RÉGIMEN JURÍDICO CONCURSAL DE LAS ACCIONES DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR VOLUNTAD DE LOS TRABAJADORES.

Como ha quedado reseñado anteriormente, el artículo 64.10 de la Ley Concursal regula la colectivización de las acciones resolutorias individuales, basadas en cualquiera de las causas que contempla el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, descritas en el epígrafe anterior y, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado.

El régimen actual de las acciones resolutorias del contrato de trabajo por voluntad de los trabajadores del artículo 64.10 de la Ley Concursal, permite distinguir cuatro situaciones, atendiendo a dos momentos esenciales a tener en cuenta, que suponen una delimitación entre la competencia para el

Ana María Orellana Cano

conocimiento de las acciones por el Juez de lo Social o por el Juez del Concurso e, incide en la cuantía de la indemnización que corresponde a los trabajadores, para el caso de estimarse su pretensión. Los dos momentos que distingue la norma son la solicitud del concurso y el acuerdo del inicio del procedimiento concursal de despido colectivo. Y las cuatro situaciones posibles son las siguientes:

1. Las acciones resolutorias individuales ejercitadas antes de la solicitud de concurso. Para el conocimiento de estas acciones será competente el Juez de lo Social y, de estimarse la demanda, la indemnización que le correspondería al trabajador sería la equivalente al despido improcedente, conforme al artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, a saber, treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

2. Las acciones resolutorias individuales ejercitadas después de la solicitud de concurso y antes del acuerdo del inicio del procedimiento concursal de despido colectivo, en las que haya recaído sentencia firme antes del acuerdo indicado. Para el conocimiento de estas acciones será competente el Juez de lo Social y, de estimarse la demanda, la indemnización que le correspondería al trabajador sería la equivalente al despido improcedente, conforme al artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, a saber, treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

3. Las acciones resolutorias individuales ejercitadas después de la solicitud de concurso y antes del acuerdo del inicio del procedimiento concursal de despido colectivo, que estuvieran pendientes de resolver en el momento del acuerdo indicado. Para el conocimiento de estas acciones será competente el Juez de lo Social y, desde el acuerdo del inicio del procedimiento concursal de extinción colectiva, los litigios que estén en tramitación ante el Juzgado de lo Social quedarán suspendidos hasta que adquiera firmeza el Auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal, a los efectos del reconocimiento, como contingente, del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día

se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los Tribunales ante los que se estuvieran tramitando los procedimientos individuales. Se refiere a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo, que estuvieran conociendo en vía de recurso de suplicación o de recurso de casación para la unificación de doctrina, respectivamente, la acción resolutoria individual. Del tenor del artículo 64.10 de la Ley Concursal, parece extraerse que la comunicación de la suspensión ha de hacerla el Juez del Concurso y, ello no es así, ya que el órgano judicial competente para acordar la suspensión es el del orden jurisdiccional social, ante el que se esté tramitando la acción resolutoria individual⁷³. El Auto del Juez del Concurso que acuerde la extinción colectiva, producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos. Por lo tanto, una vez dictado por el Juez del Concurso, el Auto que resuelva el procedimiento concursal de extinción colectiva, se alzarán la suspensión de los procedimientos pendientes ante los Juzgados de lo Social, debiendo resolver el Juez de lo Social, pudiendo darse dos circunstancias:

3.1 Si el Juez del Concurso acordó la extinción colectiva, extinguiendo el contrato del trabajador que ejercitó la acción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores ante el Juzgado de lo Social, como la sentencia del Juzgado de lo Social es de naturaleza constitutiva y el Auto del Juez del Concurso despliega el efecto de cosa juzgada, no se puede extinguir lo ya extinguido y, el Juez de lo Social estimará la excepción de cosa juzgada.

3.2 Si el Juez del Concurso desestimó la pretensión de extinción colectiva, el Juez de lo Social estimará o desestimará la demanda de resolución indemnizada del contrato del trabajador, según que concurren o no los presupuestos exigidos por el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Las acciones resolutorias individuales ejercitadas después del acuerdo de inicio del procedimiento concursal de despido colectivo, tendrán la

⁷³ DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, Madrid, julio 2012, página 71.

consideración de extinciones de carácter colectivo. Por lo tanto, será competente para conocer de las mismas, el Juez del Concurso y, la indemnización que corresponderá a los trabajadores, de estimarse su pretensión, será de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. Se produce, por imperativo legal, la colectivización de las acciones individuales.

La regulación expuesta soluciona la mayoría de los problemas que suscitaba la anterior redacción, aunque un sector doctrinal⁷⁴ ha puesto de manifiesto que deja sin solventar qué ocurre con la otra vía de huida del concurso, la del despido tácito y las acciones de impugnación del mismo ante el orden jurisdiccional social.

8. LA IMPUGNACIÓN DE LA SUSPENSIÓN O DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

Como he resaltado anteriormente, el Juez del Concurso es el que extingue, suspende o, acuerda la reducción temporal de la jornada, la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, el traslado colectivo o la resolución indemnizada de los contratos de trabajo. Esta es la facultad judicial en el ámbito competencial del artículo 64 de la Ley Concursal. Se diferencia del anterior expediente de regulación de empleo administrativo, - ya suprimido-, en que la Autoridad Laboral en aquéllos, se limitaba a autorizar la medida, que debía de ser adoptada posteriormente por el empresario. Pues bien, el artículo 65 de la Ley Concursal no atribuye al Juez del Concurso la facultad de extinguir o suspender la relación laboral especial del personal de alta dirección, sino que esta decisión compete a la administración concursal y, el Juez del Concurso conocerá de la impugnación de la extinción o de la suspensión acordada por la misma. Por este motivo, considero interesante, -

⁷⁴ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”*, en la obra colectiva *“El concurso laboral”*, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, Madrid, julio 2012, página 71.

para facilitar una mayor comprensión de esta competencia de la administración concursal, prevista en el artículo 65 de la Ley Concursal-, realizar una aproximación al régimen jurídico general de la relación laboral especial del personal de alta dirección, poniendo de relieve la normativa aplicable, las peculiaridades que permiten diferenciarlo de figuras afines, las notas características del contrato de trabajo y, sobre todo, haré hincapié en la regulación de las causas de extinción del vínculo. Estas circunstancias deberán tenerse en cuenta para valorar el alcance, la interpretación y la aplicación adecuada del artículo 65 de la Ley Concursal. Y, por último, centraré mi estudio, en el presente epígrafe, en un análisis detenido del precepto concursal, que plantea diversas cuestiones de interés en la práctica.

8.1 UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

8.1.1 LA NORMATIVA APLICABLE.

El personal de alta dirección se encuentra vinculado al empresario con una relación laboral de carácter especial, regulada en el Real Decreto 1382/1985, que mantiene la redacción original desde su entrada en vigor, el 1 de enero de 1986. El artículo 2.1 a) del Estatuto de los Trabajadores considera como relación laboral de carácter especial la del personal de alta dirección, cuya actividad no se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración, en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y, siempre que su actividad en la empresa no comporte sólo la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

El artículo 2 del Real Decreto 1382/1985 reconoce un amplio campo de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para regular la mayoría de los aspectos del contrato de trabajo. Ello es consecuencia de la recíproca confianza en la que se funda esta relación laboral especial, lo que significa que las partes, en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, deben acomodarse a las exigencias de la buena fe. Por esta razón, la regulación contenida en el Real Decreto reseñado se limita, de un lado, a fijar el esquema

Ana María Orellana Cano

básico o general del contenido del contrato y, de otro, a delimitar, con mayor detalle, las causas y los efectos de la extinción del contrato, pues en esta última materia, es más difícil que las partes alcancen un acuerdo.

Conviene tener presente que la relación laboral del alto directivo se regirá, en primer lugar, por lo pactado en el contrato de trabajo, que deberá respetar los mínimos establecidos en la ley. En segundo lugar, -en el sistema de fuentes de regulación-, se encuentra el Real Decreto 1382/1985. Y, por último, en lo no regulado ni en el contrato ni en el Real Decreto, será de aplicación supletoria lo previsto en la legislación civil o mercantil. Por lo tanto, la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo será aplicable en los casos en los que se produzca una remisión expresa a la misma en el Real Decreto indicado o, cuando así lo hayan pactado las partes en el contrato de trabajo del personal de alta dirección.

Cabría plantearse si le es de aplicación, el régimen previsto en el Convenio Colectivo vigente en la empresa. Y esta circunstancia, en el concurso de acreedores, puede ser relevante, ya que la norma convencional regula la mayoría de las cuestiones retributivas, a saber, los salarios, los complementos salariales, los premios de antigüedad, los premios de jubilación, las mejoras voluntarias a la Seguridad Social, los permisos retribuidos, etc., con la incidencia que puede tener todo lo anterior en la calificación de los créditos. Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 (Recurso de casación por infracción de ley 2414/1990) declaró que no le era de aplicación el Convenio Colectivo, al alto directivo por dos razones. Por una parte, porque no participa, como elector ni como elegible, en los órganos de representación unitaria del personal, a tenor del artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, por lo que queda fuera del ámbito representativo de estos órganos. Y, por otra, porque el Convenio Colectivo debe considerarse ordenamiento laboral común, por lo que sólo se aplicaría, si existiera remisión expresa del Real Decreto o en el contrato. Precisamente, en este supuesto, se

excluía la aplicación del Convenio Colectivo en el propio contrato de trabajo del alto directivo⁷⁵.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, se han suscitado cuestiones de interés en determinados concursos de acreedores. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 2 de julio de 2013 (Sentencia 266/2013) resuelve un tema relacionado con el artículo 65.3 de la Ley Concursal, que permite la moderación por el Juez del Concurso de la indemnización, en los supuestos de extinción de la relación del personal de alta dirección, acordada por la administración concursal. Pues bien, la administración concursal solicitó, con base en este precepto, que el Juez del Concurso moderara el importe del premio de antigüedad previsto en el Convenio Colectivo. El alto directivo reclamaba que se considerara como crédito contra la masa, el premio de antigüedad establecido en el Convenio Colectivo de aplicación, a favor de los trabajadores, que habiendo prestado servicios en la empresa durante más de diez años, cumplieran un quinquenio. La Sentencia indicada declara que no es competente el Juez del Concurso para moderar el premio de antigüedad, ya que el artículo 65.3 de la Ley Concursal sólo le faculta para moderar el importe de la indemnización por extinción del contrato. Y, efectivamente, es así, pero también debió tenerse en cuenta por la administración concursal que el Real Decreto 1382/1985 no contiene norma alguna que regule, por remisión al Convenio Colectivo, el premio de antigüedad y, que salvo que viniera contemplada la remisión expresa al Convenio Colectivo en el contrato de alta dirección, el Convenio Colectivo no es aplicable al alto directivo, por lo que no sólo no procedería que el crédito se considerara contra la masa, sino que carecía del derecho a lucrar el premio de antigüedad reclamado.

8.1.2 LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL ALTO DIRECTIVO.

⁷⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Personal de alta dirección y concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, página 148.

El mandato mercantil, -que otorgaba al mandatario un amplio elenco de facultades-, constituye el precedente de la figura del alto directivo. Tradicionalmente, se ha considerado al alto cargo como un “alter ego” del empresario⁷⁶. Algún sector doctrinal⁷⁷ mantiene que la especial relación de confianza que une a las partes contratantes deriva de la integración entre el vínculo representativo y el laboral, del personal del alto directivo con el empresario.

De conformidad con el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y, relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e, instrucciones directas, emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, que respectivamente ocupen aquella titularidad.

De este precepto, se extrae, que para delimitar si estamos en presencia de un alto directivo, debe atenderse a tres criterios, a saber, el funcional, el jerárquico y el objetivo. El criterio funcional supone que el alto directivo debe ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa. El criterio jerárquico significa que debe desarrollar su actividad, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la sociedad. Y, por último, el criterio objetivo se refiere a que los poderes de actuación del alto directivo versan sobre los objetivos generales de la empresa. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la

⁷⁶ BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “*Los auxiliares del comerciante en el Derecho Español*”, Revista de Derecho Mercantil, números 63 y 64, 1957; y “*Altos Cargos Laborales*”, Edersa, Madrid, 1984, páginas 21 y siguientes.

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, ANTONIO Y, CARDENAL CARRO, MIGUEL: “*Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica*”, en Estudios de Derecho Judicial: “Relaciones laborales especiales”, Madrid, 2007, página 35.

unificación de doctrina 923/2000, de 18 de diciembre de 2000, -aunque no entró en el fondo del asunto por falta de contradicción-.

Por lo tanto, las notas que delimitan la figura del personal de alta dirección son las que reseño a continuación:

1. El alto cargo ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y, no meramente instrumentales. Pueden considerarse poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, entre otros, los siguientes⁷⁸:

1.1 La representación de la entidad, especialmente en sus aspectos procesal y administrativo.

1.2 La capacidad para establecer y dirigir la organización y el funcionamiento, internos, de la sociedad.

1.3 La capacidad para dirigir y administrar todos los negocios de la sociedad, con actos de disposición patrimonial, como la compra y la venta de bienes muebles e inmuebles, la constitución y la extinción de derechos reales, la afectación de bienes con garantías hipotecarias, la capacidad para librar, tomar, aceptar, avalar, intervenir y negociar letras de cambio y, los demás documentos de giro.

1.4 La posibilidad de contratar y despedir a los trabajadores, fijando sus condiciones de trabajo.

1.5 La capacidad para realizar operaciones bancarias.

2. El alto directivo toma decisiones fundamentales o estratégicas en la gestión de la actividad empresarial, como ha declarado, entre otras, la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1991, que no consideró personal de alta dirección a un director administrativo.

⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “*Altos cargos y representantes de comercio: ámbito de aplicación de los Reales Decretos 1382/1985 y 1438/1985 a la luz de la reciente jurisprudencia*”, en Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, página 208.

3. El personal de alta dirección ejercita los poderes que le han sido conferidos con autonomía y plena responsabilidad. Se ha considerado que constituye un indicio de que no concurre esta autonomía y plena responsabilidad cuando el alto directivo ostenta los poderes de forma mancomunada, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2006 (Recurso de suplicación 4970/2005). También es un indicio de lo anterior, que ostente poderes limitados cuantitativamente, -cuando sobre todo en las operaciones bancarias, se le exige que no sobrepase determinada cantidad- o, cualitativamente, cuando se le obliga a solicitar autorización de los superiores para realizar algunas actividades concretas.

4. La autonomía del alto directivo en el desempeño de sus funciones sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa, por lo que los mandos intermedios no merecen la consideración de personal de alta dirección.

5. Las facultades otorgadas al alto directivo deben afectar a áreas funcionales relevantes para la empresa y, a objetivos trascendentes para la misma.

8.1.3 LA DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES.

En ocasiones, en el seno del concurso de acreedores, sobre todo, a la hora de adoptar alguna medida de extinción o de suspensión de la relación laboral, es imprescindible delimitar claramente cuándo estamos en presencia de una relación laboral especial de alta dirección, de una relación laboral común de trabajador por cuenta ajena, o de una relación mercantil y no laboral, que es la que vincula al administrador o al miembro del Consejo de Administración con la empresa concursada. Y la problemática deriva precisamente de los distintos mecanismos establecidos en la Ley Concursal, pues si se pretende despedir al trabajador por cuenta ajena, se tramitará el procedimiento de regulación de empleo concursal, si la extinción es colectiva, o habrá que utilizar el cauce del despido objetivo si no alcanzan los parámetros numéricos de trabajadores afectados para ser considerada colectiva. Y,

además, en el seno del concurso, sólo cabrá la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por el contrario, si se pretende extinguir o suspender el contrato del alto directivo, habrá de aplicarse el artículo 65 de la Ley Concursal y, la facultad para adoptar la medida la ostenta la administración concursal, siendo impugnabile la decisión ante el Juez del Concurso. La problemática se hace más compleja cuando concurre la condición de trabajador por cuenta ajena o de alto directivo en el administrador o el miembro del Consejo de Administración de la sociedad concursada. Todo ello, viene agravado al no exigirse la forma escrita para el contrato del personal de alta dirección, según el artículo 4 del Real Decreto 1382/1985. Y debe tenerse presente, a estos efectos, que lo relevante no es el *nomen iuris* otorgado por las partes, sino que es necesario averiguar la verdadera naturaleza jurídica de la relación. A continuación, examinaré algunas pautas que pueden servir para delimitar el alto directivo, del trabajador por cuenta ajena y, del administrador o el miembro del Consejo de Administración.

A) La delimitación entre el personal de alta dirección y el trabajador por cuenta ajena con relación laboral común.

El régimen jurídico del personal de alta dirección es más restrictivo que el de los trabajadores por cuenta ajena, ya que supone una limitación de derechos. Por esta razón, existe la presunción *iuris tantum* de que, en principio y, por tanto, salvo prueba en contrario, la relación laboral es común, de trabajador por cuenta ajena. Así lo han declarado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1986, de 12 de septiembre de 1990 y de 4 de junio de 1999. Esta última Sentencia consideró que el actor era alto directivo porque podía contratar y despedir al personal, tenía poderes notariales y, disponía de firma autorizada en las cuentas bancarias del grupo.

B) La delimitación entre el personal de alta dirección y el administrador social.

Esta es una de las cuestiones más complejas que plantea la materia en la práctica, en el seno del concurso de acreedores. Sobre todo, porque en la

Ana María Orellana Cano

mayoría de las ocasiones, el alto directivo participa también de la condición de administrador o miembro del Consejo de Administración de la empresa concursada. Ahora bien, la problemática se solventa aplicando la interesante jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, que pasó de la teoría funcional a la teoría del vínculo.

En un principio, la jurisprudencia social del Tribunal Supremo aceptó la denominada teoría funcional, que delimitaba una y otra figura, atendiendo a las funciones desempeñadas, de forma tal que, cuando concurría en una persona la condición de personal de alta dirección y de administrador social, había de estarse a las funciones que más primaban, para calificar su relación. Esta teoría suscitaba numerosas dudas en la práctica, pues tampoco siempre, las funciones estaban tan perfectamente delimitadas. Por esta razón, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988 cambió el criterio delimitador por la teoría del vínculo, según la cual, es imposible acumular en una misma persona y respecto de la misma empresa, la doble condición de administrador social (consejero delegado, administrador único o, administrador solidario) y la de alto directivo con una relación laboral especial. Esta nueva doctrina distingue el consejero, -incluido el consejero delegado o ejecutivo-, del alto directivo, fundándose en la naturaleza del vínculo, mercantil o laboral, que le une con la sociedad y, no en la naturaleza de sus funciones, -con buen criterio a mi juicio-, aunque precisaba de algunas matizaciones, que han venido llevando a cabo sentencias posteriores de la misma Sala del Tribunal Supremo.

La teoría del vínculo se siguió por la jurisprudencia posterior, excepto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1989, que la abandonó y que, aunque declaró la incompetencia de jurisdicción para conocer de la demanda del consejero delegado y socio fundador de una sociedad anónima, afirmó la posibilidad de que pudiera mantener, además de su cargo de consejero, una relación laboral especial de alta dirección, en el caso de que se le otorgaran poderes o facultades de gestión o dirección, sujetos a los criterios o instrucciones directas del propio Consejo de Administración. En realidad, dejaba entrever esta sentencia las fisuras de la teoría del vínculo, que no podía

ser tan inflexible, en el sentido de admitir sin más la incompatibilidad de ambas, es decir, que el alto directivo si era administrador social o miembro del Consejo de Administración, tenía en todo caso, una relación mercantil y, no laboral de carácter especial.

Ante ello, era necesario articular algunos supuestos de compatibilidad de ambas figuras, sobre todo, aplicable en los grupos de sociedades. En este sentido, resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (Rcud 1156/2009). Pues bien, según esta Sentencia, en los casos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de Administración de la Sociedad y, de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan, sino la naturaleza de vínculo. Y afirma, como regla general, que la relación laboral común o de trabajador por cuenta ajena es compatible con la condición de administrador o miembro del Consejo de Administración de la sociedad y, que, por el contrario, es incompatible ser administrador o miembro del Consejo de Administración y personal de alta dirección, de forma tal, que primará la relación mercantil sobre la relación laboral especial y, se considerará que no existe relación de alta dirección sino que el afectado es administrador o miembro del Consejo de Administración, pero no alto directivo. La compatibilidad entre la relación laboral común y la mercantil ha sido reconocida, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2002 (Recurso 337/2002) y de 26 de diciembre de 2007 (Recurso 1652/2006).

La Sentencia indicada de 9 de diciembre de 2009 admite la compatibilidad de la condición de administrador social y de alto directivo en los siguientes supuestos:

1. Cuando los propios Estatutos Sociales prevean el puesto del alto directivo como distinto del órgano de administración social y sometido al mismo. En este caso, se admite que pueda ser designado alto directivo, un miembro del Consejo de Administración, sin que la relación mercantil prevalezca sobre la laboral.

2. Puede ser considerado personal de alta dirección, el administrador de una sociedad integrante de un grupo de empresas, que ostente poderes amplios pero limitados y que actúe sometido, en todo momento, a las instrucciones del órgano de administración de la empresa matriz.

3. El alto directivo de una empresa matriz, nombrado consejero-delegado de una filial de la misma, puede continuar como personal de alta dirección de la entidad, ya que, por la estructura y constitución del grupo, el Consejo de Administración de la filial al que pertenece, queda sujeto a las decisiones de la sociedad matriz.

Por el contrario, como ya he indicado, es compatible la condición de administrador social con la de trabajador por cuenta ajena, con relación laboral común. En este caso, el vínculo mercantil no absorbe al laboral, salvo que las funciones llevadas a cabo en ambos puestos sean idénticas y, obviamente, el administrador no posea una participación en el capital social que desvirtúe la nota de ajenidad impidiendo su contratación laboral. La Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social nos facilita una presunción *iuris et de iure* y otras presunciones *iuris tantum*, que pueden servir, a mi juicio, como pautas para diferenciar al trabajador por cuenta ajena, con relación laboral común, del administrador social. El parámetro utilizado por el legislador es el control efectivo de la sociedad y la regulación se refiere al encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de los administradores sociales. Atendiendo a lo anterior, primará la condición de administrador social, impidiendo la consideración como trabajador por cuenta ajena, -al no concurrir las notas del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a saber, la dependencia y ajenidad-, en quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se presume que posee el control efectivo de la sociedad en los siguientes supuestos:

1. Cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se trata de una presunción *iuris et de iure*, en todo caso, y no cabe prueba en contrario.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

2.1 Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.2 Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

2.3 Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

8.1.4 EL CONTRATO DE TRABAJO DEL ALTO DIRECTIVO.

A) El precontrato y el contrato in fieri.

Es relativamente frecuente que el personal de alta dirección suscriba un precontrato o un contrato in fieri, de los que se pueden derivar indemnizaciones por el incumplimiento que, en su caso, deberán ser calificadas en el concurso de acreedores de la empresa, como créditos a favor del alto directivo. No puede olvidarse que, salvo en los casos de promoción interna, la empresa contrata a un alto directivo, a través de lo que se denomina “fichaje”, pues por regla general, se trata de una persona que está prestando servicios para otra empresa.

Antes del contrato de trabajo del personal de alta dirección, las partes pueden suscribir un precontrato o *pacto de contrahendo*, que consiste en una

oferta de contrato, que se concierta, sobre todo, para garantizar la posible indemnización de daños y perjuicios por la falta de contratación posterior. El incumplimiento no puede equipararse al despido, ya que al no existir contrato todavía, no ha nacido aún la relación laboral, pero del precontrato puede surgir un crédito en el concurso.

Dada la especial naturaleza de esta relación laboral, en ocasiones, el empresario suscribe con el trabajador un contrato cuya fecha de efectos se pacta para un momento posterior. Se trata del contrato *in fieri*, en el que la perfección del contrato de trabajo del personal de alta dirección por el consentimiento de las partes, no va seguida, sin solución de continuidad, de la ejecución de éste, sino que el inicio de la actividad se producirá en un momento posterior. El contrato *in fieri* es el contrato de ejecución, sometido a condición o término suspensivo⁷⁹. En este caso, el contrato de trabajo del alto directivo se ha perfeccionado, aunque su ejecución se produce en un momento futuro⁸⁰. El régimen es el mismo que en el precontrato⁸¹, por lo que su incumplimiento tendrá, en principio, las consecuencias pactadas en el contrato y, en su defecto, habrá que acudir a las normas generales de la indemnización de daños y perjuicios, valorando, consecuentemente, las circunstancias del caso.

B) La forma.

Con carácter general, no se exige la forma escrita en el contrato de alta dirección. Este requisito es *ad probationem* y no *ad solemnitatem*. El artículo 4.1 del Real Decreto 1382/1985 establece que el contrato se formalizará por escrito, en ejemplar duplicado, uno para cada parte contratante. Pero, en defecto de pacto escrito, se entenderá que el trabajador es personal de alta

⁷⁹ MOLINA VEGA, JAVIER: "*Pactos típicos en los contratos de alta dirección: aspectos prácticos*", Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, páginas 11 y 12.

⁸⁰ ALARCÓN CASTELLANOS, MARÍA DEL MAR: "*La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futura. (Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha 20.1.00)*", en la Revista Aranzadi Social número 7, 2000.

⁸¹ LIMÓN LUQUE, M. A. "*La extinción del contrato previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo ¿constituye despido?*", Aranzadi Social, número 12, 2003.

dirección cuando se den los requisitos exigidos para ello en el artículo 1.2. del Real Decreto 1382/1985. Precisamente de la falta de exigencia de la forma escrita derivan muchos problemas relativos a la delimitación entre el personal de alta dirección y los administradores sociales o los trabajadores con una relación laboral común, a los que anteriormente he hecho referencia.

C) El contenido:

a) El contenido mínimo del contrato. Algunas cuestiones sobre la retribución del alto directivo: el *bonus* y las *stocks options*.

El Real Decreto 1382/1985 no regula detalladamente el contenido del contrato del alto directivo, dejando gran parte de su régimen a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, dada la relación de confianza que les vincula. De acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto reseñado, el contenido mínimo que debe pactarse en el contrato de trabajo del personal de alta dirección, es el siguiente: la identificación de las partes; el objeto del contrato; la retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o en especie; la duración del contrato; y, las demás cláusulas que se exigen en el articulado, ya más concreto, del Real Decreto.

Haré una especial consideración de la retribución del alto directivo, dada su relevancia en el concurso de acreedores, tanto con carácter general, - en calidad de un crédito por retribuciones-, como respecto de los conceptos computables para determinar la indemnización en los casos de extinción acordada por la administración concursal. Pues bien, una de las cuestiones más importantes del contrato del personal de alta dirección es la relativa a la retribución convenida. La retribución, -aunque no se aplica el Estatuto de los Trabajadores-, puede ser en dinero o en especie. Y así, debe considerarse retribución en especie el *renting* mensual del vehículo cedido en uso por la empresa, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011 (Rcud 191/2011).

El Real Decreto 1382/1985 no indica nada sobre la estructura salarial del alto directivo. Pero es habitual que cuente con una retribución fija y una retribución variable. La naturaleza salarial de algunos conceptos de cuantía variable es cuestionada, en ocasiones. En este sentido, plantean dudas los *bonus* y las *stocks options*.

Se suele pactar, como integrante de la retribución del alto directivo, el sistema de *bonus*, cuya casuística es notable. El *bonus* en función de los resultados o por objetivos tiene también naturaleza salarial, como declaró, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (Recurso de suplicación 3018/2001).

Las *stocks options* son las acciones de la sociedad que ha recibido el trabajador de forma gratuita o a un menor precio de mercado, sobre las que existe un derecho de opción, condicionada a que la relación laboral se mantenga en vigor. La consideración de las *stocks options* como salario, ha de ser analizada en cada caso concreto. El carácter salarial o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones, debe determinarse en cada caso, a la vista de las características concretas de los distintos planes de *stocks options* y, de los acuerdos suscritos en aplicación de los mismos. Estos planes y acuerdos, en la práctica societaria, pueden y suelen ser, muy diversos. La exigencia de este "estudio individualizado" se indicó ya en dos Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 (Recursos 4851/2000 y 3295/2000), dictadas en Sala General, y se declara también, en la Sentencia de Sala General de 1 de octubre de 2002 (Recurso 1309/2001). Pues bien, esta doctrina fue acogida por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (Rcud 3813/2004). Esta Sentencia consideró que las *stock options* del caso que resolvió constituían salario, puesto que el diseño del plan apuntaba a la idea de asignar los beneficios a los trabajadores, en contraprestación o contrapartida, al menos parcial, por el trabajo realizado. No se trataba, por tanto, de compensar la fidelidad del trabajador, sino la

retribución del trabajo realizado. Y afirmaba que constituía salario sólo la diferencia entre el precio de la acción en el mercado, en el momento de la adquisición y, el precio del ejercicio del derecho pactado⁸².

b) El periodo de prueba.

El periodo de prueba del contrato del alto directivo, en ningún caso, podrá exceder de nueve meses, si el contrato es de duración indefinida, según el artículo 5 del Real Decreto 1382/1985. Cabría plantearse si este plazo máximo de nueve meses sería aplicable también a un contrato temporal de alta dirección. La cuestión ha sido resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de noviembre de 1997 (Recurso de suplicación 4243/1997), que declaró que el plazo máximo de nueve meses del periodo de prueba del contrato del alto directivo indefinido es aplicable también al contrato, si es de duración determinada.

Durante el periodo de prueba se podrá extinguir el contrato, a instancia de cualquiera de las partes, sin derecho a indemnización. Transcurrido el período de prueba, sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa. En realidad, el pacto de un periodo de prueba tiene menor relevancia en el contrato del personal de alta dirección, dado que en el mismo, cabe el desistimiento. Pero la diferencia radica en que, en el desistimiento, acaecido una vez transcurrido el periodo de prueba, debe abonarse una indemnización y, por el contrario, la extinción del contrato durante el periodo de prueba, no da derecho a indemnización alguna.

c) El pacto de blindaje.

⁸² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Personal de alta dirección y concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, páginas 155 y 156.

Mediante el pacto de blindaje, las partes contratantes acuerdan una indemnización superior a la mínima legal, bien para todos los supuestos de extinción del contrato o, sólo para algunos⁸³.

En mi opinión⁸⁴, existen tres causas que justifican e incentivan el pacto de las cláusulas de blindaje en los contratos del personal del alta dirección:

1. El contrato puede extinguirse por desistimiento del empresario. El contrato del alto directivo puede extinguirse por decisión unilateral del empresario, sin causa. Esta posibilidad sólo la contempla nuestro ordenamiento laboral en los contratos del personal del servicio doméstico y del personal de alta dirección, como manifestación de la especial confianza que constituye la base de ambas relaciones laborales. Ante esta situación, la cláusula de blindaje puede cumplir dos objetivos. En primer lugar, puede desplegar un efecto disuasorio para que el empresario no adopte la medida extintiva sin justificación alguna y, en segundo lugar, en cualquier caso, operaría como una indemnización de daños y perjuicios ante la decisión empresarial.

2. Las indemnizaciones por extinción del contrato del alto directivo o por despido son notablemente inferiores que las de los trabajadores por cuenta ajena. Por un lado, ascienden a menos días de salario por año de servicio. Además, en el salario sólo es computable el percibido en metálico, por lo que se excluye el salario en especie; y, no se devengan salarios de tramitación. Estas indemnizaciones inferiores justifican, por tanto, el pacto de blindaje.

3. Las cláusulas de blindaje sirven para garantizar la continuidad de la carrera profesional del alto directivo. Como ya he indicado anteriormente, el acceso a la condición de personal de alta dirección, si no proviene de promoción interna, puede deberse al denominado fichaje, que en general, recae en una persona

⁸³ DE LA VILLA GIL, LUÍS ENRIQUE: *“Los llamados «pactos de blindaje» en la relación especial de alta dirección”*, Revista del Poder Judicial, número 46, segundo trimestre, 1997, página 1.

⁸⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Personal de alta dirección y concurso de acreedores”*, en la obra colectiva *“El concurso laboral”*, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, página 157.

vinculada a otra empresa con una importante trayectoria profesional de futuro. Al integrarse en otra empresa, como personal de alta dirección, sometido a la posibilidad del desistimiento empresarial, como causa de extinción de su contrato y, desconociendo las expectativas de proyección profesional, asume un riesgo que puede moderarse a través del pacto de una cláusula de blindaje.

d) El pacto de no concurrencia.

El alto directivo puede tener la obligación de no concurrencia con la empresa, durante la vigencia de su relación laboral especial o, una vez finalizado su contrato, pudiendo pactarse ambas situaciones.

El artículo 8.1 del Real Decreto 1382/1985 establece que el alto directivo no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. A continuación, establece la norma una presunción de la existencia de esta autorización. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y, no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato de trabajo.

Por su parte, el artículo 8.3 del Real Decreto 1382/1985 dispone que el pacto de no concurrencia, -para después de extinguido el contrato del alto directivo-, no podrá tener una duración superior a dos años y, sólo será válido, si concurren los siguientes requisitos:

1. Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
2. Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada. En relación con la compensación económica, ha de resaltarse que puede que se pacte, con carácter genérico, el derecho a la compensación, pero sin establecer la cuantía concreta. En este caso, el órgano judicial no puede subsanar el defecto del contrato, es decir, no puede fijar el importe de la compensación omitido en el contrato. Como ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina, de 10 de julio de 1991, la omitida compensación

económica no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional mediante un pronunciamiento constitutivo que produzca la integración del pacto con la propia actividad judicial. Siendo, como lo es, requisito esencial de validez y licitud del pacto la fijación de la compensación económica, si dicho requisito no concurre, es evidente que tal pacto es nulo *ab origine* y, no puede reconocérsele efectividad alguna. Cabría plantearse si las cantidades que retribuyen el pacto de no concurrencia han de ser brutas o netas. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Sevilla, de 8 de mayo de 2001, (Recurso 1641/2000) consideró que, en el pacto de no concurrencia, se hace referencia a las cantidades brutas o íntegras, salvo que expresamente se hayan acordado netas.

El pacto de no concurrencia, una vez extinguida la relación laboral, persigue un doble objetivo, -según ha puesto de manifiesto, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 enero 1991 (Rcud 725/1990)-, a saber:

1. En primer lugar, pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda ocasionar la competencia o concurrencia del alto directivo cesado y, por lo tanto, cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, por lo que debe ser proporcional el importe de la compensación y, la duración del deber de no concurrencia.

2. Y, en segundo lugar, despliega un efecto disuasorio en el alto directivo, para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese. Por lo tanto, también la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada, para que se aprecie la adecuación del importe de la compensación exigida por el indicado artículo 8.3 del Real Decreto 1382/1985.

Como han declarado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009 (Recurso 1097/2008), de 15 de enero de 2009 (Recurso 3647/2007) y, de 5 de abril de 2004 (Recurso 2468/2003), el

pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución y, del que es reflejo el artículo 8.3 del Real Decreto 1382/1985, tiene un doble interés: para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas concurrentes y, para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo, con las limitaciones impuestas por el pacto de no concurrencia.

e) El pacto de permanencia.

De conformidad con el artículo 8.2 del Real Decreto 1382/1985, cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa, durante un período de tiempo, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios, si aquél abandona el trabajo antes del plazo fijado. Este acuerdo se denomina pacto de permanencia o de vinculación. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de Sentencia de 3 de febrero de 2004, (Recurso 2756/2003), ha declarado que un pacto de permanencia en la empresa, sin vinculación a causa alguna y, cuyo incumplimiento genera derecho a esa indemnización, es lícito sólo cuando el alto directivo ha recibido de su empresario, durante un determinado período de tiempo, una especialización profesional.

8.1.5 LAS PARTICULARIDADES DE LA PROMOCIÓN INTERNA.

Es habitual que adquiera la condición de alto directivo un trabajador por cuenta ajena de la empresa, al que se le promociona. Se trata de la denominada promoción interna, regulada en el artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, en virtud de la cual un trabajador vinculado a la empresa con un contrato de trabajo por cuenta ajena y, por tanto, con una relación laboral común, es contratado para prestar servicios como alto directivo, por la misma empresa o por otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar.

Como excepción, el artículo 9.1 del Real Decreto 1382/1985 exige la forma escrita del contrato de alta dirección, en estos supuestos de promoción interna.

El contrato de alta dirección puede sustituir o suspender la relación laboral común previa del trabajador. En el supuesto en el que, en el contrato escrito, no se indique nada, se entenderá que el contrato de personal de alta dirección suspende la relación laboral común. Y, en el caso de sustitución, debe haber pacto expreso al respecto y, el contrato del personal de alta dirección, habrá de tener una duración mínima de dos años.

Se ha afirmado por la doctrina⁸⁵ que la preferencia por la suspensión del contrato como trabajador común, en los supuestos de promoción interna y, la existencia de un plazo mínimo de dos años, para que pueda procederse a la extinción del contrato del alto directivo, constituyen una manifestación de la tutela de los trabajadores que caracteriza al ordenamiento laboral.

De acuerdo con el artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985, en el supuesto en el que la relación laboral común anterior hubiera quedado suspendida, al extinguirse la relación laboral especial de alto directivo, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de que perciba las indemnizaciones a que pueda tener derecho como consecuencia de la extinción del contrato de alta dirección. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente, en cuyo caso no se reanudará la relación laboral común.

Si la extinción de la relación laboral especial de alta dirección se declarara que constituye un despido improcedente, el empresario y el alto directivo podrán acordar la readmisión en la relación laboral especial o el

⁸⁵ SALA FRANCO, TOMÁS: *“Derecho del Trabajo”*, Valencia, 4ª edición, 2014, página 621.

abono de la indemnización correspondiente. Si se opta por el abono de la indemnización y el alto directivo tenía una relación laboral común suspendida, se ha planteado si puede también optar por reanudar la relación laboral común o percibir la indemnización por despido improcedente que corresponda a esta relación laboral común. Esta cuestión ha sido resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 (Rcud. 4348/2006), que declaró que si se extingue el contrato de trabajo de alta dirección por despido declarado improcedente, estando suspendida la relación laboral común -en el supuesto de que las partes de común acuerdo no opten por la readmisión en la relación laboral de alta dirección-, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, es decir, la relación laboral común. El precepto no concede al trabajador opción entre reanudar la relación laboral común o la extinción del contrato con abono de la pertinente indemnización, sino solamente la posibilidad de reanudar la relación laboral común que hasta ese momento se encontraba suspendida.

Conviene destacar que, en el supuesto en el que, en la extinción de la relación laboral especial de alta dirección, se haya incumplido el plazo de preaviso, aunque se reanude la relación laboral común que estaba suspendida, el alto directivo tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso. Así lo ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2004 (Rcud. 6010/2003).

Otra cuestión que puede plantearse es qué ocurre, cuando un trabajador con relación laboral común, promociona a alto directivo, pero en el desempeño de sus funciones, realiza las propias de administrador social. Esta problemática ha sido resuelta mediante la aplicación de la teoría del vínculo -reseñada anteriormente-, por la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Rcud. 1427/2010), que se pronuncia sobre la promoción interna de un trabajador por cuenta ajena a alto directivo y, que desde ese mismo momento, desempeñó las funciones propias de administrador único de la Sociedad. Esta Sentencia considera que el orden jurisdiccional social es incompetente para conocer de la extinción de la

relación, al tratarse de un vínculo con la sociedad de carácter mercantil y no laboral. Además, declara que no hay regla convencional, legal o individualmente pactada que permita entender que el pase de la situación de alto directivo a administrador de la sociedad, implica la suspensión de la relación laboral y, no la extinción de la misma, al contrario de lo que puede suceder entre la relación de alta dirección y la relación laboral común. Y concluye que, aunque el trabajador firmó un contrato laboral de alta dirección, desde esa fecha había venido desempeñando funciones de administrador social, que son, por tanto, ajenas al orden social.

8.1.6 LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El Real Decreto 1382/1985 no regula las causas de suspensión del contrato del personal de alta dirección. Tan sólo contiene en el artículo 15.2, en sede de otras disposiciones, una norma de reenvío a las causas de suspensión del contrato contempladas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, actualmente derogado. Sin embargo, ha de entenderse realizada la remisión al vigente Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de lo anterior, dado que es facultad de la administración concursal, de acuerdo con el artículo 65.1 de la Ley Concursal, acordar también, en su caso, la suspensión del contrato de alta dirección, creo conveniente hacer una referencia a las causas de suspensión del Estatuto de los Trabajadores, que vienen reguladas en el artículo 45 del citado texto legal. Por consiguiente, son causas de suspensión de la relación laboral especial de alta dirección, las siguientes:

1. El mutuo acuerdo de las partes.
2. Las causas consignadas válidamente en el contrato.
3. La incapacidad temporal del alto directivo.
4. La maternidad paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que

su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes..

5. El cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.
6. El ejercicio de un cargo público representativo.
7. La privación de libertad del alto directivo, mientras no exista sentencia condenatoria.
8. La suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
9. La fuerza mayor temporal.
10. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
11. La excedencia forzosa.
12. El ejercicio del derecho de huelga.
13. El cierre legal de la empresa.
14. Por decisión de la alta directiva que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

8.1.7 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL ALTO DIRECTIVO.

a) El plazo de preaviso.

El artículo 10.1 del Real Decreto 1382/1985 regula el plazo de preaviso que debe cumplir el alto directivo para comunicarle al empresario su decisión de extinguir, por su propia voluntad, la relación laboral especial. El contrato especial de trabajo se extinguirá por voluntad del alto directivo, debiendo mediar un preaviso mínimo de tres meses. Este plazo de preaviso podrá ampliarse hasta seis meses, en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años, debiendo establecerse así por escrito en el contrato.

No será preciso respetar el preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario.

El artículo 10.2 del Real Decreto 1382/1985 contempla las consecuencias del incumplimiento por el alto directivo del plazo de preaviso. Y así, el empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. En esta indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso, se incluyen tanto el salario en metálico percibido por el alto directivo, como el salario en especie, como el alquiler de vivienda, el uso de vehículo de empresa, etc... Así lo ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid de 29 de diciembre de 2011 (Recurso 1739/2011).

B) Las causas de resolución del contrato.

Las causas por las que el alto directivo puede solicitar la resolución del contrato de trabajo son similares a las del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, pero no coincidentes y, como he indicado anteriormente, no se aplica ni siquiera supletoriamente esta legislación laboral, salvo que se haya pactado expresamente en el contrato de trabajo, ya que no hay remisión expresa del Real Decreto, en esta materia. De conformidad con el artículo 10.3 del Real Decreto 1382/1985, las causas de resolución indemnizada del contrato por voluntad del alto directivo son las siguientes:

1. Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario. El Real Decreto no se ha hecho eco de la reforma operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio, en el artículo 50.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, en esta causa de resolución indemnizada. El actual artículo 50.1 a) del Estatuto de los Trabajadores dispone que será causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo

41 del Estatuto de los Trabajadores y, que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

2. La falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado.

3. Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, en los que no procederá el abono de las indemnizaciones a las que se refiere esta norma.

4. La sucesión de empresa o el cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o, en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios. Cabría plantearse si el importe de la indemnización en los supuestos de resolución indemnizada del contrato por voluntad del alto directivo, derivada de la sucesión empresarial, ascendería a la pactada en la cláusula de blindaje o, por el contrario, al importe legal, de siete días de salario en metálico por año de servicio, con un máximo de seis mensualidades. Sobre este tema se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Recurso de casación para la unificación de doctrina. 414672010) que declara que la cuantía de la indemnización por desistimiento de alto directivo en la empresa sucesora es la pactada en la cláusula de blindaje.

La indemnización que deberá abonar el empresario al alto directivo por la resolución indemnizada de su relación laboral especial será la pactada en el contrato de trabajo para estos supuestos y, en su defecto, la de siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. Atendiendo a lo que dejé indicado sobre la naturaleza salarial de determinados conceptos, en el epígrafe dedicado al contenido del contrato, se puede afirmar que, como el *bonus* tiene naturaleza salarial, deberá computarse su importe para el cálculo de la indemnización por despido o extinción del contrato del alto directivo, pues constituyen salario en metálico aunque de cuantía variable. Sin embargo, la retribución en especie, -como el *renting* del vehículo-, no se

Ana María Orellana Cano

computará. Y, respecto de las *stocks options*, debe destacarse que lo que se valora es el beneficio obtenido por el trabajador al adquirir las acciones con opción de compra. Por lo tanto, considero que no es salario en metálico y, por tanto, no se computaría el valor de este beneficio a los efectos del cálculo de la indemnización por extinción del contrato del alto directivo o por despido.

8.1.8 LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL EMPRESARIO.

El Real Decreto 1382/1985 distingue dos modalidades de extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario, a saber, el desistimiento del empresario y, el despido disciplinario, sin que regule expresamente el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante, como el desistimiento no es causal, en los supuestos de concurrencia de estas causas, podrá acudir el empresario o, en su caso, si la empresa ha sido declarada en concurso, la administración concursal, a este cauce.

A) El plazo de preaviso.

El artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985 se remite al artículo 10.1 en cuanto al plazo de preaviso, que será igual, por lo tanto, que el que debe cumplir el alto directivo que pretende la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, por su propia voluntad. Consiguientemente, el empresario deberá preavisar al alto directivo del despido con una antelación de tres meses, ampliable a seis meses, por pacto escrito, en el contrato del personal laboral de alta dirección. En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

B) El desistimiento del empresario.

En nuestro ordenamiento laboral sólo se permite el desistimiento del empresario en la relación de alta dirección y en el servicio doméstico, como ya

indiqué. El desistimiento empresarial libre supone una quiebra del principio causal del despido que impera en nuestro Derecho⁸⁶. Con el desistimiento indemnizado, se coordina, de una parte, la revocabilidad del mandato mercantil, como antecedente inmediato del personal de alta dirección y, de otra la necesidad de que la extinción del contrato sin causa sea indemnizada⁸⁷. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1990, de 4 de junio, poniendo fin a las discrepancias que se habían producido entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El artículo 11.1 del Real Decreto 1382/1985 sólo exige, para el desistimiento del empresario, la forma escrita de la decisión extintiva, el cumplimiento del plazo de preaviso indicado en el epígrafe precedente y, el abono de una indemnización. El desistimiento no exige la imputación de un incumplimiento⁸⁸. El alto directivo tendrá derecho, en estos casos, a las indemnizaciones pactadas en el contrato; y, en defecto de pacto, la indemnización será de siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Cabría preguntarse si la revocación de poderes supone la novación contractual del contrato de alta dirección, convirtiéndolo en una relación laboral común. En sentido negativo, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 julio de 1997 (Rcud. 4307/1996) que resuelve una cuestión interesante. El demandante era poseedor del 10% del capital de la empresa y fue nombrado Director Comercial Gerente, con facultades de alta dirección, recogidas en la escritura de apoderamiento, formalizada al efecto. Como consecuencia de modificaciones en la red

⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, ANTONIO Y, CARDENAL CARRO, MIGUEL: *“Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica”*, en Estudios de Derecho Judicial: “Relaciones laborales especiales”, Madrid, 2007, página 36.

⁸⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO: *“Una vistosa falta de concordancia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en relación con el concepto de alto directivo: el caso de los jefes de máquinas de buques”*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 6, 1992.

⁸⁸ MONTOYA MELGAR, ALFREDO: *“El despido improcedente y sus efectos”*, en Estudios sobre el despido disciplinario, páginas 504 y 505.

Ana María Orellana Cano

comercial a la que atendía la empresa, fueron revocados los poderes y, a los quince días, fue preavisado del cese, con tres meses de antelación a la fecha de efectos de la extinción por desistimiento de la empresa. Llegada esta fecha, se extinguió el contrato. El alto directivo ejerció la acción de despido, que fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social. Recurrida en suplicación, fue revocada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, declarando que la relación laboral especial había sido novada a común, al ser revocados los poderes y, continuar el actor al servicio de la empresa, por lo que el cese había constituido un despido improcedente. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina porque no consta la voluntad novadora de la relación laboral especial, en relación laboral común, sino que hubo el preaviso reglamentario para el desistimiento y, no ha quedado acreditado que el demandante realizara otras tareas distintas de las que constituyeron el contenido propio de la relación laboral especial.

C) Las causas de extinción fundadas en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo.

El incumplimiento grave y culpable del alto directivo es causa justa de despido, por voluntad de empresario. Está regulado en el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985. En cuanto a la forma y a los efectos, se remite la norma indicada, al Estatuto de los Trabajadores de 1980, pero esta remisión ha de entenderse realizada al vigente texto del Estatuto de los Trabajadores.

En relación con la forma, establece el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y, la fecha en que tendrá efectos. Además, por Convenio Colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido, pero, como he indicado, el Convenio Colectivo no es aplicable al alto directivo, salvo que así se haya pactado expresamente en el contrato. Y, de acuerdo con el artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, si el despido se realizara inobservando los requisitos de forma reseñados, el

empresario podrá realizar un nuevo despido, cumpliendo los requisitos omitidos en el precedente, en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Este nuevo despido sólo surtirá efectos desde su fecha. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos, en alta en la Seguridad Social.

La remisión de los efectos del despido del alto directivo al artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores no es muy afortunada⁸⁹, ya que el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El artículo 55.7 establece que el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Y los efectos del despido improcedente no los contempla el reseñado artículo 55 sino el 56 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, ningún efecto de la declaración del despido del alto directivo como procedente, improcedente o nulo coincide con el régimen de estas calificaciones en los despidos de los trabajadores por cuenta ajena, vinculados con una relación laboral común. Y, así, el despido procedente del alto directivo no da derecho a indemnización, pero tampoco a los salarios de tramitación, pues los salarios de tramitación no se devengan cuando se trata de personal de alta dirección, por ministerio de la ley, en los supuestos de desistimiento del empresario o despido. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1999 (Rcud 1700/1998). Por su parte, el despido nulo del alto directivo no implica la readmisión y el abono de los salarios de tramitación, pues las consecuencias pueden ser la readmisión o el abono de una indemnización y, tampoco se devengan salarios de tramitación, como ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (Rcud 788/1992). Aun cuando el despido nulo y el despido

⁸⁹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Personal de alta dirección y concurso de acreedores”*, en la obra colectiva, *“El concurso laboral”*, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, 2ª edición, julio 2012, páginas 167 y 168.

Ana María Orellana Cano

improcedente del alto directivo, tienen el mismo régimen jurídico, tampoco es igual que en el despido improcedente del personal vinculado a la empresa con una relación laboral común. El artículo 11.3 del Real Decreto 1382/1985 regula las consecuencias de la declaración de nulidad o de improcedencia del despido del alto directivo y, dispone que, cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas. La cuantía de la indemnización para estos supuestos será la pactada en el contrato del personal de alta dirección o, en su defecto, ascenderá a veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades.

a) El régimen disciplinario.

El régimen disciplinario del personal de alta dirección viene regulado en el artículo 13 del Real Decreto 1382/1985. El alto directivo podrá ser sancionado en virtud del incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta relación especial, en los términos que se pacten en el contrato de trabajo. Será competente para conocer de la impugnación de las sanciones, el orden jurisdiccional social. Las faltas, cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión o, desde que el empresario hubiese tenido conocimiento de ellas.

El artículo 13 se remite al Estatuto de los Trabajadores para la regulación de las infracciones laborales, pero considero que debe entenderse esta norma de reenvío, realizada al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

b) Las causas de extinción.

El artículo 12 del Real Decreto 1382/1985 también se remite a las causas y los procedimientos de extinción previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, integrando esta norma con el contenido del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, se puede concluir que se consideraran incumplimientos graves y culpables del alto directivo los siguientes:

1. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
2. La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
3. Las ofensas verbales o físicas al empresario o, a las personas que trabajan en la empresa o, a los familiares que convivan con ellos.
4. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
6. La embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo.
7. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y, el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o, a las personas que trabajan en la empresa.

8.2 EL TRATAMIENTO CONCURSAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

Como indiqué al principio del análisis de la facultad atribuida por el legislador a la administración concursal para acordar la extinción o la suspensión de la relación laboral especial del personal de alta dirección, finalizado el examen de las cuestiones genéricas que afectan al régimen jurídico del alto directivo, estudiaré, a continuación, las principales cuestiones prácticas que puede suscitar la aplicación del artículo 65 de la Ley Concursal, que regula el tratamiento del personal de alta dirección en el concurso. El precepto consta de cuatro párrafos. El párrafo primero se refiere a la suspensión y la extinción del contrato por la administración concursal. El párrafo segundo introduce una nueva causa de extinción del contrato por voluntad del alto directivo no regulada en el Real Decreto 1382/1985, para el

caso en el que la administración concursal haya acordado la suspensión de su contrato. El párrafo tercero contiene la facultad del Juez del Concurso de moderar el importe de la indemnización. Y, por último, el párrafo cuarto, permite el aplazamiento del pago del crédito, integrado por la indemnización por la extinción del contrato del personal de alta dirección.

8.2.1 LA EXTINCIÓN O LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO.

El artículo 65.1 de la Ley Concursal dispone que, durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos suscritos por el empresario con el personal de alta dirección. La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el Juez del Concurso a través del incidente concursal en materia laboral y, la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Lo primero que ha de resaltarse es que la extensión temporal de la facultad otorgada a la administración concursal de extinguir o suspender el contrato de trabajo del personal de alta dirección, es amplia y abarca a todo el periodo de tramitación del concurso. Sin embargo, puede afirmarse que el concurso inicia su tramitación con la solicitud y, desde este momento, no tiene las facultades reseñadas la administración concursal sencillamente, porque hasta el Auto de declaración de concurso no son nombrados los administradores concursales. Por lo tanto, aunque del tenor literal de la norma se desprende que, desde la solicitud del concurso, puede la administración concursal suspender o extinguir el contrato del alto directivo, en la práctica, ello no será posible hasta la declaración del concurso. El mismo problema planteaba la redacción originaria del artículo 64.3 de la Ley Concursal, que permitía la solicitud del expediente de regulación de empleo desde la solicitud del concurso y, que fue solventado por la reforma operada por el Real Decreto ley 3/2009 de 27 de marzo.

La legitimación para extinguir o suspender el contrato del alto directivo la ostenta la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del empresario concursado. Cabría plantearse si la administración concursal es la competente para suspender o extinguir la relación del personal de alta dirección, sólo en los supuestos de suspensión de las facultades del concursado o también en los casos de intervención. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 8 de noviembre de 2007 (Recurso de suplicación 285/2007)⁹⁰ considera que el artículo 40.1 de la Ley Concursal ha de interpretarse en relación con el artículo 65.1 de la misma. Esta resolución judicial reconoce que, en los contratos de alta dirección, mediante la suspensión o la extinción, la administración concursal invade la esfera de disposición del deudor concursado, incluso en aquellos supuestos en los que, -como ocurre en el caso analizado, que se refería a un concurso voluntario-, no se ha suspendido al deudor concursado, sino que sólo se ha procedido a decretar la intervención de sus facultades por la administración concursal. Y, por lo tanto, concluye que la administración concursal es competente para extinguir o suspender los contratos de los altos directivos, cualquiera que sea el régimen del concursado, tanto si tiene sus facultades suspendidas, como si las tiene sólo intervenidas.

Otro problema que puede suscitarse en la interpretación del artículo 65.1 de la Ley Concursal se refiere a las causas de extinción del contrato del alto directivo que permiten a la administración concursal hacer uso de esta facultad. Se podría considerar que, cualquiera que sea la causa de la extinción del contrato de trabajo del alto directivo, la competencia para acordarla es de la administración concursal; o bien, cabría entender que para las causas de extinción del contrato previstas en el Real Decreto 1382/1985 es competente el deudor concursado que sólo tiene intervenidas sus facultades de administración y disposición y, para el desistimiento del artículo 65.1 de la Ley Concursal es competente la administración concursal. Se ha afirmado⁹¹ que, en

⁹⁰ Ponente: Ana María Orellana Cano.

⁹¹ MOLINER TAMBORERO, GONZALO: *“Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción”*, en AAVV, coordinada por Ignacio García Perrote: *“La*

principio, la suspensión o extinción de los contratos de los altos directivos tiene que estar relacionada con las causas que han dado lugar al concurso, a saber, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por el contrario, -con un criterio que comparto, pues fui la ponente de esta resolución-, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, indicada concluye que esta dualidad competencial no es acorde con las funciones propias de la administración concursal que debe velar por la satisfacción de los créditos de los acreedores concursales y que, por ende, puede estar interesada en extinguir los contratos de alta dirección también por las causas previstas en el Real Decreto citado, que pueden llevar aparejada la extinción sin indemnización alguna. De todo lo expuesto, se puede concluir que la administración concursal es la competente para extinguir los contratos de trabajo de alta dirección, cualquiera que sea la causa de la extinción⁹².

Ahora bien, llegados a este punto de afirmación de la competencia de la administración concursal para acordar la extinción y la suspensión, por cualquier causa, de la relación del personal de alta dirección y, cualquiera que sea el régimen acordado respecto de las facultades del empresario concursado, -suspensión o intervención-, cabe plantearse la compatibilidad del artículo 65 con el 64 de la Ley Concursal. Es decir, si se puede incluir como trabajador afectado al alto directivo en un procedimiento de regulación de empleo de extinción o en un procedimiento temporal de regulación de empleo de suspensión o, la única vía para adoptar estas medidas extintivas o suspensivas del contrato del alto directivo, es la del artículo 65.1 de la Ley Concursal. La posibilidad de incluir al alto directivo en un procedimiento de regulación de empleo ha sido reconocida, -aunque no había entrado en vigor la Ley Concursal-, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1999 (Rcud 2277/1998) y de 17 de abril de 1996 (Rcud

reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Valladolid, 2004, página 81.

⁹² DESDENTADO BONETE, AURELIO y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Los trabajadores ante el concurso. Guía práctica para laboristas*”, Albacete, 1ª edición 2007, página 179.

3766/1995). Ahora bien, deberá tenerse en cuenta que, cuando el contrato de trabajo del alto directivo se extinga por procedimiento de regulación de empleo concursal, no tendrá derecho a percibir la indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso, al tratarse de una extinción del contrato por causas ajenas a la voluntad del empresario, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de mayo de 2005 (Recurso de suplicación 310/2005). No obstante, en la práctica, debe tenerse presente que, respecto del personal de alta dirección, cabe el desistimiento del empresario, que podrá ser acordado, cuando la empresa haya sido declarada en concurso, por la administración concursal, sin necesidad de tener que incluir al alto directivo en el procedimiento de regulación de empleo concursal.

Con la redacción originaria de la Ley Concursal, no quedaba claro cual era el procedimiento adecuado para tramitar la impugnación de la decisión de la administración concursal sobre la extinción o la suspensión del contrato del alto directivo, ante el Juez del Concurso. Este tema ha sido resuelto con la reforma de la Ley Concursal, operada por la Ley 38/2011, que establece que el procedimiento para la impugnación de la decisión de la administración concursal es el del incidente concursal laboral y, que la sentencia que recaiga en el mismo, será recurrible en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Esta remisión al procedimiento del incidente concursal laboral es importante y, tiene consecuencias esenciales en el plazo de caducidad de la acción de despido. Con carácter general, el artículo 15.3 del Real Decreto 1382/1985 contiene una remisión expresa al plazo de caducidad de la acción de despido del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, de veinte días hábiles. Sin embargo, considero que el plazo de caducidad para ejercitar la acción de impugnación de la extinción acordada por la administración concursal, es de un mes, que es el establecido para el incidente concursal laboral en el artículo 64.8, párrafo segundo, de la Ley Concursal, ya que *lex specialis derogat generalis*.

8.2.2 LA EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL ALTO DIRECTIVO EN EL CASO DE LA SUSPENSIÓN DE SU CONTRATO ACORDADA POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

El artículo 65.2 de la Ley Concursal introduce, -como indiqué anteriormente-, una nueva causa de resolución indemnizada del contrato de trabajo del alto directivo, que no viene regulada en el artículo 10 del Real Decreto 1382/1985. De este modo, en el caso de suspensión del contrato, podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del artículo 65.3 de la Ley Concursal. Además, se diferencia del régimen de las restantes resoluciones indemnizadas del contrato del personal de alta dirección del artículo 10 del Real Decreto 1382/1985, pues mientras que, en éstas el plazo de preaviso mínimo es de tres meses, -que puede ampliarse hasta seis meses en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años-, sin embargo, el plazo de preaviso en la resolución indemnizada de la Ley Concursal, se reduce a un mes. La indemnización que deberá abonar el empresario al alto directivo por la resolución indemnizada de su relación laboral especial no difiere de la del artículo 10 del Real Decreto 1382/1985 y, por lo tanto, será la pactada en el contrato de trabajo para estos supuestos y, en su defecto la de siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. No obstante, podrá ser moderada por el Juez del Concurso.

La duda que suscita esta norma es la competencia del Juez del Concurso o del Juzgado de lo Social para el conocimiento de la acción de resolución indemnizada del contrato, ejercitada por el alto directivo, con base en el artículo 65.2 de la Ley Concursal. Queda clara la competencia del Juez del Concurso para conocer de la acción de impugnación de la decisión de la administración concursal sobre la extinción o suspensión del contrato de trabajo del personal de alta dirección, pero en este supuesto, regulado en el artículo 65.2 de la Ley Concursal, podría entenderse que el alto directivo puede acumular a la acción de impugnación de la suspensión del contrato acordada por la administración concursal, la acción de resolución indemnizada de su

contrato de trabajo, que sería competencia del Juez del Concurso. O bien, podría ejercitar la acción de resolución indemnizada de su contrato de trabajo de forma independiente, sin acumularla a la de impugnación de la suspensión. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que el artículo 8.2 de la Ley Concursal reconoce la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del Concurso para el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. Del tenor de esta norma, junto con el último inciso del artículo 65.2 de la Ley Concursal, -que se refiere a la moderación de la indemnización por la resolución indemnizada del contrato del alto directivo, cuya competencia atribuye el artículo 65.3 de la citada ley al Juez del Concurso-, se extrae la competencia del Juez del Concurso para conocer de la acción de resolución indemnizada del contrato ejercitada por el alto directivo, ante la decisión de suspender su relación laboral especial adoptada por la administración concursal⁹³.

8.2.3 LA MODERACIÓN POR EL JUEZ DEL CONCURSO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

El artículo 65.3 de la Ley Concursal faculta al Juez del Concurso para moderar el importe de la indemnización, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo del alto directivo, quedando en este supuesto, sin efecto, la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo. Antes de la reforma urgente del mercado de trabajo operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, la indemnización para el supuesto de despido colectivo venía regulada en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores. Tras la reforma indicada ninguna referencia a la indemnización contiene el artículo 51 indicado, pero de la remisión contenida en el artículo 51.4 al artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, se extrae que la indemnización sigue

⁹³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Personal de alta dirección y concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, página 173.

Ana María Orellana Cano

siendo de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Y este es el límite mínimo al que puede moderar la indemnización el Juez del Concurso en los supuestos de extinción, en los que deben entenderse incluidos los casos de resolución indemnizada del contrato por voluntad del alto directivo.

Tanto en el caso de desistimiento del alto directivo como del empresario y, en los supuestos de despido improcedente o nulo, la indemnización que deberá abonarse es la acordada en el pacto de blindaje. A falta de pacto, en los supuestos de desistimiento del alto directivo o del empresario, el alto directivo tendrá derecho a la indemnización equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. Y, en los supuestos de despido improcedente o nulo, el personal de alta dirección tendrá derecho a una indemnización de veinte días de salario en metálico por año de servicio y, hasta un máximo de doce mensualidades.

Para el cálculo de la indemnización por extinción de los contratos del personal de alta dirección, el salario computable es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales, figurando entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de carácter puntual. Por lo tanto, se computan tanto las retribuciones fijas como las variables y, respecto de estas últimas, habrá de prorratearse por meses, el importe percibido en el año anterior. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 (Rcud. 5737/2003), de 27 de septiembre de 2004 (Rcud. 4911/2003) y, de 30 de mayo de 2003 (Rcud. 2754/2002). Además, debe resaltarse que las indemnizaciones en el importe legal de los altos directivos, vienen referidas al salario en metálico. Por lo tanto, se excluyen los salarios en especie, entre los que cabe destacar, entre otros, el importe del *renting* abonado por el vehículo de la empresa o, el alquiler de la vivienda. Y, respecto del *bonus* y de las *stocks options*, me remito a lo ya

indicado acerca de su naturaleza en el epígrafe dedicado a la extinción del contrato.

Siguiendo con el análisis del artículo 65.3 de la Ley Concursal, ha de destacarse que el Juez del Concurso podrá moderar, por lo tanto, la indemnización del alto directivo por extinción del contrato, para lo que tendrá que valorar las circunstancias concretas del caso, la situación del concurso y, de la empresa. La norma sólo establece un tope mínimo, a saber, el de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. En ocasiones, puede resultar difícil fijar la cuantía moderada de la indemnización. Por esta razón, considero con un sector doctrinal⁹⁴ que, a título orientativo, cabría tenerse en cuenta las limitaciones a las indemnizaciones de los altos directivos del sector público estatal, fijadas en la Resolución de 27 de diciembre de 1993, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, por el que se dictan instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal. Esta Resolución, en su apartado 1.2 b) establece que, en los contratos de trabajo que se celebren con el personal de alta dirección, las cuantías que pueden pactarse para los supuestos de extinción por desistimiento del empresario, se limitarán como máximo a las indemnizaciones que en la fecha de extinción del contrato estén previstas respecto del despido improcedente en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, -aunque debe entenderse realizada la referencia al vigente Estatuto de los Trabajadores-, no pudiendo exceder, en ningún caso, de doce mensualidades, computando en dicha cuantía las cantidades por incumplimiento total o parcial del plazo de preaviso legalmente establecido. Cuando la indemnización se fije por referencia a una cuantía fija, ésta no podrá exceder de doce mensualidades, incluyendo igualmente el periodo de preaviso incumplido. A mi juicio, como criterio orientador del órgano judicial, se podría tener en cuenta el límite de la indemnización del alto directivo previsto para el

⁹⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO: “Código Laboral 2008”, Códigos LA LEY, Las Rozas, Madrid, 2008, página 537.

sector público estatal. Este límite se encuentra en 33 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, -tras la reforma urgente del mercado de trabajo operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero-. Y, cuando la referencia en el contrato se realice a una cantidad fija, el tope no podrá exceder de doce mensualidades de salario. Además, la indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso estará incluida en estos límites⁹⁵.

8.2.4 EL APLAZAMIENTO DEL PAGO DEL CRÉDITO DE LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL ALTO DIRECTIVO.

El artículo 65.4 de la Ley Concursal establece que la administración concursal podrá solicitar del Juez del Concurso que el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación. La especial relación de confianza que constituye la base del contrato del alto directivo con el empresario justifican esta previsión legal de aplazamiento del pago del crédito de la indemnización derivada de la extinción. Y ello, porque, a tenor del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la sentencia que califique el concurso como culpable se pronunciará sobre la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o, declaradas cómplices, tuvieran como acreedores concursales o de la masa. Por lo tanto, de resultar el alto directivo afectado por la sentencia que declare el concurso culpable, este pronunciamiento desplegaría eficacia sobre su crédito.

Es interesante, a estos efectos, el supuesto que resuelve la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de 26 de julio de 2010. La administración concursal solicitó del Juez del Concurso que declarara la extinción del contrato del que consideraban alto directivo, -que ostentaba la condición de administrador social único-, reclamando que se pospusiera el abono de la indemnización, hasta que recayera la sentencia de calificación. El

⁹⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Personal de alta dirección y concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, páginas 176 y 177.

Juez del Concurso se considera competente, declara que el afectado es alto directivo porque concurren los requisitos del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 y, condena al abono de una indemnización de siete días de salario en metálico por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, aprobando que la administración concursal pospusiera el abono hasta que recayera la sentencia de calificación. En mi opinión, esta Sentencia plantea los siguientes problemas:

1. La competencia del Juez del Concurso. Yo considero que la administración concursal debió extinguir el contrato de trabajo del alto directivo, -si consideraba que tenía esta condición- y, no solicitar la extinción del Juez del Concurso, porque éste es competente para conocer de la impugnación de la decisión de la administración concursal, pero no para extinguir el contrato del alto directivo.

2. Se debió analizar la naturaleza jurídica de la relación, ya que, en principio, concurrían en el afectado la condición de alto directivo y de administrador social único, por lo que procedía la aplicación de la teoría del vínculo, -ya expuesta en la delimitación de figuras afines- y, como se indicó son incompatibles, primando la relación mercantil, no apreciándose, en este supuesto, ninguna circunstancia de compatibilidad de las contempladas en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (Rcud 1156/2009).

9. EL DESCUELGO DEL CONVENIO COLECTIVO.

De conformidad con el artículo 66 de la Ley Concursal, la modificación de las condiciones establecidas en los Convenios Colectivos del Título III del Estatuto de los Trabajadores, sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

Ahora bien, para una adecuada comprensión del precepto, es necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley Concursal, en el que tras declarar las competencias del Juez del Concurso, adiciona que, cuando estas

medidas supongan modificar las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo aplicable, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Efectivamente, el descuelgue del Convenio Colectivo como tal, no es competencia del Juez del Concurso. Las competencias constituyen un *numerus clausus* y, no se encuadra entre las mismas, la inaplicación del Convenio Colectivo. Por el contrario, el artículo 66 de la Ley Concursal es una norma común a todas las medidas que se tramiten por el cauce del artículo 64 de la Ley Concursal, a través del procedimiento previsto en el mismo. De lo expuesto, se extrae que la aplicación en el concurso de acreedores del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores es limitada. De este modo, por expresa remisión del artículo 66 de la Ley Concursal, las materias en las que cabe el descuelgue son las reguladas en el precepto estatutario, pero no el procedimiento en él regulado. El artículo 66 de la Ley Concursal constituye una norma complementaria del artículo 64 de la Ley Concursal. No se aplica al artículo 65, ya que el personal de alta dirección no está dentro del ámbito subjetivo de los Convenios Colectivos. Esta configuración queda avalada también por la ubicación sistemática de la norma.

Analizaré, a continuación, las materias que pueden ser objeto del descuelgue del Convenio Colectivo y, la posibilidad de acudir a la mediación o al arbitraje, en caso de falta de acuerdo.

9.1 EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 66 DE LA LEY CONCURSAL.

En el presente epígrafe ha de distinguirse, de un lado, el Convenio Colectivo del que se permite el descuelgue y, de otro, las materias que pueden ser objeto de descuelgue.

La norma se refiere a los Convenios Colectivos aprobados tras los trámites y con las formalidades exigidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de los Convenios Colectivos denominados estatutarios. Por lo tanto, no se exigirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores en el concurso de acreedores, cuando las modificaciones de las condiciones de

trabajo que se pretenden, hayan sido pactadas en los Acuerdos extraestatutarios o en los Acuerdos de Empresa, ya que, por su propia naturaleza, no han seguido el trámite previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, para su aprobación. Cabría plantearse si cabe el descuelgue respecto de un acuerdo adoptado en el seno de un procedimiento de regulación de empleo concursal. La norma no ofrece dudas sobre su interpretación y, a estos acuerdos del periodo de consultas, no les es de aplicación el artículo 66 de la Ley Concursal. En este sentido, se pronunció el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 22 de mayo de 2007.

Las materias que pueden ser objeto de descuelgue del Convenio Colectivo vienen reguladas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y, coinciden con las que constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero se incluyen, además, las mejoras voluntarias. No obstante, las condiciones de trabajo que se reflejan en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como propias de la modificación sustancial no constituyen una lista tasada, por lo que pueden también encuadrarse en las mismas, estas mejoras voluntarias de la Seguridad Social. A tenor del 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, pueden ser objeto de descuelgue, las siguientes materias: la jornada de trabajo; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; el sistema de remuneración y la cuantía salarial; el sistema de trabajo y rendimiento; y, las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Y, precisamente, esta coincidencia entre el objeto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de descuelgue del Convenio Colectivo, permite afirmar que en el concurso de acreedores, deberá instarse el procedimiento temporal de regulación de empleo concursal de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, cuando afecte a materias reguladas en el Convenio Colectivo de aplicación, se precisará el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Ello, con independencia de que no sea el único procedimiento en el que se deba aplicar el artículo 66 de la Ley Concursal, pues esta norma es aplicable a todo procedimiento de regulación de empleo concursal, cualquiera que sea la medida a adoptar y, por lo tanto, no

sólo en el procedimiento de regulación de empleo para la modificación sustancial de la condiciones de trabajo, sino también en el de extinción, traslado colectivo, suspensión o reducción temporal de la jornada, ya que en cualquier procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, en el periodo de consultas, se puede abordar la modificación de condiciones de trabajo. Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento de regulación de empleo de extinción, en el que puede pretenderse modificar el salario del Convenio Colectivo, computable para el cálculo de la indemnización correspondiente⁹⁶.

9.2 LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL, EN CASO DE FALTA DE ACUERDO.

Si hay acuerdo en el periodo de consultas del artículo 64 de la Ley Concursal, como se pacta con los representantes de los trabajadores, ya se estaría dando cumplimiento a la norma. El problema se suscita, cuando no ha habido acuerdo en el periodo de consultas y, las medidas propuestas en el procedimiento de regulación de empleo concursal afectan a las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo. Algunas resoluciones judiciales, - con buen criterio-, desestiman el expediente temporal de regulación de empleo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en estos casos, al no existir el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Así se acordó en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 29 de marzo de 2005 (autos 19/2004) y en el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 31 de enero de 2007 (autos 621/07).

Un problema que puede plantearse en el concurso de acreedores, en relación con la aplicación del artículo 66 de la Ley Concursal, ante la nueva redacción dada por el artículo 14 de la Ley 3/2012, al artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, es si ante la falta de acuerdo de los representantes de los trabajadores, para admitir el descuelgue del Convenio Colectivo de alguna

⁹⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Comentario de los artículos 64 a 66 de la Ley Concursal”, en la obra colectiva “Comentario práctico a la nueva Ley Concursal”, Las Rozas, Madrid, 2012, páginas 389 y 390.

condición laboral, se puede acudir a algún mecanismo de solución extrajudicial de los conflictos laborales. El artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que, en el caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión del Convenio Colectivo. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la Comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas. Y, adición que, cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma, a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma o, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto, por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas.

Como ya he indicado anteriormente, el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores sólo se aplica en el concurso de acreedores, por expresa remisión del artículo 66 de la Ley Concursal, en las materias que pueden ser objeto del descuelgue, pero no en el procedimiento. Por consiguiente, no serían de aplicación los mecanismos descritos para adoptar un acuerdo. Ha de acudirse, en cuanto al procedimiento al artículo 64 de la Ley Concursal, que precisamente, permite en el artículo 64.5.6º de la Ley Concursal, que el Juez del Concurso, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, acuerde, en cualquier momento, la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del

Ana María Orellana Cano

plazo máximo señalado para el periodo de consultas. En estos supuestos, en los que se pretende el descuelgue del Convenio Colectivo, puede ser complicado alcanzar un acuerdo, produciéndose, en ocasiones, el bloqueo de las negociaciones, por lo que será interesante que la administración concursal tenga en cuenta esta posibilidad, para facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y a la competitividad empresarial.

Este criterio no es unánime. En sentido contrario, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de mayo de 2013 (Recurso de suplicación 123/2013), que declaró que no procedía el descuelgue en una empresa declarada en concurso, ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores, reconociendo la posibilidad de adoptar las medidas para alcanzarlo, previstas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, tales como los medios de solución extrajudicial de los conflictos, a saber, la conciliación, la mediación o el arbitraje. Yo considero que no es de aplicación el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y, que sólo cabe la sustitución del periodo de consultas por la mediación o el arbitraje, pero con base en el artículo 64.5.6º de la Ley Concursal.

II. EL PROCEDIMIENTO DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

Como se declara en el apartado III de la Exposición de Motivos, de la Ley Concursal, se atribuye al Juez del Concurso, jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia del orden social, pero que, por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y, en aras de la unidad del procedimiento, no deben resolverse por separado. Y, efectivamente el artículo 64 de la citada norma regula un procedimiento común para la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de jornada, una

vez declarado el concurso, así como para las acciones resolutorias individuales que tengan la consideración de extinciones colectivas, en los términos del artículo 64.10 de la Ley Concursal.

No obstante lo anterior, debe destacarse que el procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal constituye un espejo del reflejado en el Estatuto de los Trabajadores⁹⁷. Ello obedece a dos razones: de un lado, porque ambos son fruto de la transposición al ordenamiento español de la Directiva Comunitaria 98/59/CE, de 20 de julio; y, de otro, porque, de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley Concursal, en el enjuiciamiento de estas materias, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral⁹⁸.

En cuanto a la naturaleza del procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, la doctrina no es unánime. Se ha afirmado que se trata de un procedimiento sin partes o de un proceso sin contradicción y, que cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo, el carácter procesal del procedimiento desaparece y, se asemeja más a una negociación formalizada que a un proceso judicial⁹⁹.

El artículo 64.11 de la Ley Concursal establece que, en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores las competencias que les atribuye la misma. Por consiguiente, se aplicarán las normas del procedimiento regulado en el artículo 64 de la Ley Concursal y, con carácter supletorio, habrá que acudir al Estatuto de los Trabajadores y, en la presente materia también al Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el

⁹⁷ GARCÍA PERROTE, IGNACIO: *“Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”*, en Justicia Laboral, número 15, 2003, página 20.

⁹⁸ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 388.

⁹⁹ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”*, Albacete, 2007, primera edición, página 152.

Ana María Orellana Cano

Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Analizaré, a continuación, las distintas fases del procedimiento, siguiendo la sistemática del artículo 64 de la Ley Concursal.

1. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL, EN MATERIA DE DESPIDO COLECTIVO, SUSPENSIÓN DE RELACIONES LABORALES Y REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO.

El artículo 64.1 de la Ley Concursal en la versión originaria, contemplaba la posibilidad de instar el expediente de regulación de empleo concursal desde la solicitud del concurso, lo que fue reformado por el Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que atribuyó la competencia al Juez del Concurso para el conocimiento de los procedimientos de regulación de empleo concursales, a partir de la declaración de concurso, solventado numerosos problemas que se habían suscitado al no poderse abrir el periodo de consultas, por no estar nombrada la administración concursal, en la fecha de la solicitud del concurso.

Debido a la coexistencia entre el expediente de regulación de empleo administrativo y el expediente de regulación de empleo concursal, fue necesaria la reforma del artículo 64.1 regulando la coordinación entre ambos, ante la declaración de concurso de la empresa. Esta reforma fue operada por el número cuarenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, estableciendo que se tramitaran por las reglas de este precepto, ante el Juez del Concurso, los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso. Con buen criterio, introdujo expresamente, entre las competencias del Juez del Concurso los traslados colectivos, pero omitía la referencia a la reducción temporal de la jornada. Y, continuaba la norma,

disponiendo que, si en la fecha de la declaración del concurso, estuviese en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral remitiría lo actuado al Juez del Concurso. Preveía también una comparecencia de los legitimados, para que expusieran y justificaran, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarían su validez en el expediente que se tramitara ante el Juzgado. Y, si en la fecha de la declaración de concurso, ya hubiera recaído resolución que autorizara o estimara la solicitud, correspondería a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso tenía que ser comunicada a la Autoridad laboral a los efectos que procedieran.

El problema surgió, porque, poco después de la entrada en vigor de la reforma del la Ley 38/2011, -lo que tuvo lugar el 1 de enero de 2012-, se produjo la reforma del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que fue redactado por el número tres del artículo 18 del Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que entró en vigor el 12 de febrero de 2012, que suprimió el expediente de regulación de empleo administrativo.

El artículo 64.1 de la Ley Concursal precisaba, ante esta circunstancia, una urgente reforma y, eran muchos los problemas prácticos que se originaron en su aplicación e interpretación. Se precisaba la adaptación del precepto al nuevo procedimiento de despido colectivo, lo que ha tenido lugar por el número 2 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

El actual artículo 64.1 de la Ley Concursal contiene una más acertada redacción y, establece en su párrafo primero, que 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

Ana María Orellana Cano

Juez del Concurso por las reglas establecidas en el presente artículo. Los aspectos más relevantes de la reforma de este párrafo son los siguientes:

1. Terminológicamente supone una aproximación a la denominación de las medidas en el ámbito extraconcursal. De este modo, sustituye la referencia a los expediente de regulación de empleo por los procedimientos y, ya no se refiere a las extinciones colectivas, sino al despido colectivo.

2. Contempla los traslados colectivos, no como una modalidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino con carácter independiente.

3. Resuelve el tema del alcance de la atribución de la competencia al Juez del Concurso, en materia de suspensiones de las relaciones laborales y de reducción temporal de la jornada, que comprenderá tanto las de naturaleza individual como colectiva.

4. Introduce la reducción de la jornada, como competencia del Juez del Concurso, aunque no incluye el calificativo temporal, lo que hubiese sido deseable para evitar problemas sobre el ámbito objetivo de esta medida.

La supresión del expediente de regulación de empleo administrativo y la instauración del procedimiento de despido colectivo, originó numerosos problemas de delimitación de competencias entre el orden social y el Juez del Concurso. Debe tenerse en cuenta que si la empresa ha sido declarada en concurso, para adoptar la medida de extinción colectiva, deberá tramitarse el procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal y, será el Juez del Concurso, en el Auto que resuelva el mismo, el que las acuerde. Por el contrario, si la empresa no ha sido declarada en concurso, tras los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, se haya o no alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas, el empresario extinguirá los contratos de trabajo, es decir, es el empresario el que adopta la medida y, su decisión será impugnabile ante el orden jurisdiccional social. De acuerdo con los artículos 7 a) y 8.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, para el conocimiento de la impugnación colectiva del despido colectivo, serán competentes las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o, en su caso, -si el ámbito del

despido colectivo excede del territorio de una Comunidad Autónoma-, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Y, para conocer de la impugnación individual del despido colectivo serán competentes los Juzgados de lo Social, a tenor del artículo 6.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

El problema de la delimitación de competencias entre el Juzgado de lo Social y el Juez del Concurso se vio agravado por la redacción anterior del artículo 64.1 de la Ley Concursal, que no se había adaptado a la reforma laboral y, seguía previendo la coordinación entre la declaración de concurso y el expediente de regulación de empleo administrativo, ya suprimido, tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores operada por el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, como indiqué anteriormente. Se suscitaron dudas sobre la competencia, respecto de la coordinación entre el procedimiento de despido colectivo extraconcursal y el expediente de regulación de empleo concursal de extinción colectiva. Pero fue solventado por la jurisprudencia, con un criterio que comparto. De este modo, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2015 (Rcud 189/2014) y de 26 de enero de 2015 (Rcud 173/2014), declararon que la fecha a tener en cuenta para determinar la competencia del orden social o del Juez del Concurso, es la del despido de los trabajadores, de forma tal que, si el despido tuvo lugar antes de la declaración de concurso, aunque la impugnación, fuera después de la declaración de concurso, la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción, puesto que el despido ha sido extraconcursal.

En ocasiones, la realidad supera la norma y los órganos judiciales deben resolver casos que parecen de laboratorio¹⁰⁰. Esto es lo que acaece en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 7 de abril de 2014 (Recurso de suplicación 32/2014) y de 3 de febrero de 2014 (Recurso de suplicación 1287/2013). En estas dos

¹⁰⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015, adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos-leyes 4/2014 y 11/2014”, Madrid, 2015, páginas 303 a 306.

Ana María Orellana Cano

resoluciones judiciales se planteaba la competencia del orden social para conocer de la impugnación individual de un despido colectivo, practicado por el empresario, el mismo día de la fecha del Auto de declaración de concurso. En estos supuestos, se llevó al extremo la problemática indicada de la falta de adaptación del artículo 64.1 de la Ley Concursal, a la reforma laboral que suprimió el expediente de regulación de empleo administrativo. En ambos casos, el empresario tramitó un despido colectivo por el cauce del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. El periodo de consultas finalizó sin acuerdo y adoptó la decisión, con efectos del mismo día en el que fue declarada la empresa en concurso por Auto del Juzgado de lo Mercantil. Se presentó la papeleta de conciliación y la demanda ante el Juzgado de lo Social, impugnando individualmente el despido colectivo. Y el Juzgado de lo Social estimó, en la sentencia, la incompetencia de la jurisdicción social, declarando que era competente el Juez del Concurso. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia recurrida, manteniendo la competencia del Juez del Concurso para conocer de la acción de impugnación individual del despido colectivo, por el trámite del artículo 64.8 de la Ley Concursal, es decir, a través del incidente concursal laboral. Se funda para ello en tres aspectos. En primer lugar, considera que el espíritu de la Ley Concursal es que conozca el Juez del Concurso de todas las cuestiones que afecten al despido colectivo, una vez la empresa haya sido declarada en concurso. En segundo lugar, invoca que el artículo 8 de la Ley Concursal no atribuye la competencia exclusiva y excluyente al Juez del Concurso para conocer de las extinciones colectivas, sino concretamente de las acciones sociales referidas a las extinciones colectivas, donde deben incluirse las impugnaciones individuales de las extinciones colectivas. Y, por último, declara que el cauce adecuado para la impugnación individual o plural, pero no colectiva, de una extinción colectiva, ante el Juez del Concurso, no puede ser otro que el incidente concursal laboral.

Yo discrepo, con todos mis respetos, de la solución adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. A pesar de que el artículo 64.1 de la Ley Concursal no se había adaptado a la reforma laboral, creo que debió aplicarse

con carácter analógico. Y, lo que se extraía de esta norma es que, una vez declarado el concurso, sólo es competente el Juez del Concurso para la extinción colectiva de las relaciones laborales, a tenor del artículo 8.2 de la Ley Concursal, de idéntica redacción que el artículo 86 ter 1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo tanto, el mismo día de la declaración de concurso, el empresario ya carecía de competencia para acordar el despido colectivo. Se trata de un despido nulo por no haberse seguido el cauce adecuado, que era el expediente de regulación de empleo concursal, como establece el artículo 124.13 a) 3º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, precisamente para la impugnación individual de los despidos colectivos, que dispone que la sentencia declarará nula la decisión extintiva, cuando el empresario no haya obtenido la autorización judicial del Juez del Concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista. Debe hacerse un inciso en cuanto a la defectuosa redacción del precepto, pues si bien, en el suprimido expediente de regulación de empleo administrativo, la Autoridad Laboral autorizaba el despido colectivo, en el procedimiento de regulación de empleo concursal, el Juez del Concurso no autoriza sino que acuerda la extinción colectiva. Consiguientemente, de acuerdo con lo anterior, la decisión que considero acertada no es la estimación de la incompetencia de jurisdicción, sino la declaración de la nulidad del despido colectivo. Es cierto que, en las empresas declaradas en concurso, la declaración de la nulidad de los despidos en el orden social, conlleva una situación muy complicada para el concurso, habida cuenta de que la readmisión, en la mayoría de las ocasiones, deviene imposible y, el abono de las indemnizaciones sustitutorias es también complejo ante la situación económica de estas empresas.

Y, en relación con el cauce adecuado para la impugnación individual del despido colectivo, considero que no puede ser el del artículo 64.8 de la Ley Concursal, pues éste está exclusivamente previsto para la impugnación individual del Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento de regulación de empleo concursal, por lo que no sería aplicable al caso que he examinado.

A modo de conclusión, en mi opinión personal, el artículo 64.1 de la Ley Concursal podía haberse aplicado para coordinar el despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores con el expediente de regulación de empleo concursal de extinción colectiva y, no cabe duda que, si en la fecha de la declaración de concurso ya hubiera despedido el empresario a los trabajadores, la impugnación, tanto individual como colectiva, deberá ajustarse al trámite del artículo 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

La actual redacción del artículo 64.1 de la Ley Concursal, en sus párrafos segundo y tercero, regula la coordinación entre el procedimiento de despido colectivo, de suspensión de relaciones laborales y de reducción temporal de la jornada extraconcursal y el concursal. Distingue dos supuestos, según que esté en tramitación o, haya comunicado el empresario su decisión o, recaído resolución administrativa autorizando las medidas.

1.1 LA INCIDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO, DE SUSPENSIÓN DE RELACIONES LABORALES Y DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA, QUE ESTÉN EN TRAMITACIÓN.

De conformidad con el artículo 64.1.2º de la Ley Concursal, si en la fecha de la declaración de concurso, el procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción temporal de la jornada, estuviese en tramitación, la Autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del Concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia a la administración concursal, al deudor y a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, para que expongan y justifiquen, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo 64 de la Ley Concursal. Las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el Juez del Concurso.

La reforma del precepto se ha limitado a suprimir las referencias al expediente de regulación de empleo administrativo y a sustituirlas por los procedimientos de despido colectivo, de suspensión o de reducción de la jornada. Pero en todo lo demás, ha mantenido la redacción anterior, dejando sin solventar algunos problemas. Queda claro que, una vez declarado el concurso, los despidos colectivos, las suspensiones y las reducciones temporales de jornada, se tramitarán ante el Juez del Concurso por el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal. Pero, si en la fecha de la declaración del concurso estuvieren en tramitación por el cauce de los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, la cuestión se complica, ya que, del tenor literal del artículo 64.1 de la Ley Concursal, se extrae que la Autoridad laboral debe remitir lo actuado al Juez del Concurso y, las actuaciones practicadas hasta la fecha de la declaración de concurso conservan su validez en el procedimiento que se sustancie ante el Juzgado de lo Mercantil. Pero el problema radica en que las partes negociadoras del periodo de consultas son diferentes. En el procedimiento preconcursal, será el empresario el que negocie con la Comisión Representativa de los Trabajadores y, sin embargo, en el procedimiento concursal, no es el empresario el que negocia en el periodo de consultas, sino la administración concursal. Por esta razón, considero que debería haberse distinguido en la reforma del artículo 64.1 de la Ley Concursal, según se hubiera o no alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas preconcursal. La controversia que debe resolverse concretamente, es qué ocurre con lo actuado en la tramitación del despido colectivo preconcursal, si antes de que el empresario adopte la decisión de despedir, suspender o reducir temporalmente la jornada, se declara el concurso de la empresa.

En el supuesto en el que se haya alcanzado un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, antes de la declaración del concurso, podría pensarse que tendría validez. En este sentido, el artículo 64.6 párrafo tercero de la Ley Concursal establece que el acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud del procedimiento de regulación de empleo concursal, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de

consultas. Pero obsérvese, que se trata de un acuerdo adoptado por la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Sin embargo, si el empresario adopta un acuerdo en el periodo de consultas antes de la declaración de concurso, considero que este acuerdo no puede ser convalidado en el seno del procedimiento concursal del artículo 64, al no coincidir las partes negociadoras. El acuerdo alcanzado por el empresario no debe vincular a la administración concursal, salvo que el acuerdo sea ratificado por la administración concursal, en cuyo caso, quizás más que darle validez a todo lo actuado, fuera aconsejable, que ésta presentara el acuerdo con la solicitud del procedimiento concursal de despido colectivo, suspensión o reducción temporal de la jornada, al amparo del artículo 64.6 de la Ley Concursal.

Pero considero que no sería válido lo actuado en el trámite de los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, si se declara el concurso, antes de que el empresario adopte la decisión y, ha finalizado el periodo de consultas sin acuerdo, puesto que se ha alcanzado éste en la negociación llevada a cabo entre el empresario y la Comisión Representativa de los Trabajadores, pero no entre la administración concursal y ésta última.

1.2 LA INCIDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO, DE SUSPENSIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y DE REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA, COMUNICADA LA DECISIÓN DEL EMPRESARIO A LA AUTORIDAD LABORAL.

De conformidad con el artículo 64.1.3º de la Ley Concursal, si en la fecha de la declaración del concurso, el empresario ya hubiera comunicado a la Autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído la Resolución administrativa autorizando las medidas de extinción, suspensión o de reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal, la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de

concurso ha de ser comunicada a la Autoridad laboral a los efectos que procedan.

En virtud del artículo 51.2.12º del Estatuto de los Trabajadores, transcurrido el período de consultas, el empresario comunicará a la Autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas, trasladará la copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral, la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y, las condiciones del mismo.

Por su parte, el artículo 47.1.13º del Estatuto de los Trabajadores dispone que, tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores y a la Autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de los contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la Autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. Esta disposición es aplicable a la reducción temporal de la jornada de trabajo, por expresa remisión del artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Conforme al artículo 64.1.3º de la Ley Concursal la fecha que determina que proceda la ejecución de la medida por la administración concursal, es la de la comunicación a la Autoridad laboral de la decisión empresarial sobre el despido colectivo, la suspensión o la reducción temporal de la jornada. Ello significa que, si la empresa es declarada en concurso, tras la comunicación a la Autoridad laboral, el empresario carece de competencia para, en su caso, -si aún no lo hubiese efectuado-, comunicar a los representantes de los trabajadores su decisión o, llevar a cabo la comunicación individual de la misma, a los trabajadores afectados.

Sorprende, sin embargo, la referencia al otro momento que contiene el artículo 64.1.3º de la Ley Concursal, que originaría también, como consecuencia, la ejecución de la medida por la administración concursal, a saber, que en su caso, ya hubiera recaído la Resolución administrativa autorizando las medidas de extinción, suspensión o de reducción de jornada. El

expediente de regulación de empleo administrativo sólo ha quedado vigente para los supuestos de fuerza mayor, que no son competencia del Juez del Concurso, que sólo conoce del despido colectivo, las suspensiones del contrato y la reducción temporal de la jornada, cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Considero que debiera suprimirse la locución de *lege ferenda*.

2. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR EL PROCEDIMIENTO.

El artículo 64.2 de la Ley Concursal legitima a la administración concursal, al deudor o a los trabajadores de la empresa concursada mediante sus representantes legales, para solicitar del Juez del Concurso, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. Este precepto no ha sido objeto de reforma por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y, hubiese sido deseable que se modificara el objeto de la solicitud, incluyendo los traslados colectivos y la reducción temporal de la jornada de trabajo, como se ha incluido en el párrafo primero, por la ley indicada.

Por lo tanto, podrán solicitar la adopción de la medida, la administración concursal, el empresario declarado en concurso y, los trabajadores pero a través de sus representantes legales y no, individualmente considerados.

2.1 LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

La legitimación para instar el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y, de reducción temporal de la jornada de trabajo de la administración concursal es autónoma¹⁰¹ e

¹⁰¹ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “*Los procedimientos de regulación de empleo*”, Valencia, 2007, páginas 405 y 406.

independiente del empresario declarado en concurso. La ostenta tanto en los casos de concurso necesario como de concurso voluntario y, por lo tanto, tenga el concursado sus facultades suspendidas o, meramente intervenidas. El empresario declarado en concurso podrá estar o no de acuerdo con la decisión de la administración concursal, pero sólo podrá intervenir en el procedimiento en los términos indicados en el artículo 64 de la Ley Concursal.

De conformidad con el artículo 44.4 de la Ley Concursal, la legitimación para instar el procedimiento de regulación de empleo concursal, en los supuestos de cierre de la empresa o cese en la actividad, total o parcial, es de la administración concursal, que deberá presentar la documentación a la que se refiere el artículo 64.4 de la Ley Concursal.

2.2 EL EMPRESARIO CONCURSADO.

Cabría plantearse si la legitimación del concursado para instar el procedimiento, debe ponerse en relación con el artículo 40 de la Ley Concursal y, depende del régimen de intervención o suspensión del concursado, en cuyo caso, sólo estará legitimado si tiene sus facultades intervenidas y, no tendría legitimación si tuviese sus facultades suspendidas, ostentándola entonces la administración concursal. Considero¹⁰², con un sector doctrinal¹⁰³ que, tanto el deudor como la administración concursal, ostentan legitimación para la solicitud del procedimiento, con independencia del régimen de facultades de administración o disposición.

2.3 LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE SUS REPRESENTANTES LEGALES.

¹⁰² ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral*”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 109 y 110.

¹⁰³ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales: contratos de trabajo y expediente de regulación de empleo*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, página 1038.

En cuanto a la solicitud del procedimiento instada por los trabajadores a través de sus representantes legales, no se especificaba nada en la redacción originaria del precepto. Se planteó el problema, en la práctica, de determinar quién tenía que intervenir en los supuestos en los que no existieran en la empresa, representantes legales de los trabajadores, lo que era habitual, sobre todo, en las empresas pequeñas. La reforma laboral operada por la Ley 35/2010, introdujo una solución en el ámbito extraconcursal, para los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Teniendo en cuenta esta reforma laboral, por la Ley 38/2011, se adicionó un párrafo en el artículo 64.2 de la Ley Concursal, en el que se disponía que, en el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrían atribuir su representación en la tramitación del procedimiento, a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho, sin que los trabajadores hubieran designado representantes, el Juez del Concurso podría acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa perteneciera.

El artículo 64.2 de la Ley Concursal fue, de nuevo, reformado por el artículo 10 del Real Decreto-ley 11/2013, 2 agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, estableciendo para todos los supuestos -y no sólo, para el caso de falta de representación legal de los trabajadores-, que la representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo, sin que los trabajadores hayan designado representantes, el Juez del Concurso podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y, los representativos del sector al que pertenezca la empresa. El Juez del Concurso podrá ejercitar la facultad de designación, en los casos en los que se

haya instado el procedimiento por la administración concursal o por el empresario concursado, pues si lo han solicitado los trabajadores, han debido de hacerlo a través de sus representantes y, por tanto, ya estarían nombrados y, no puede darse el supuesto contemplado en la norma. Y, por otro lado, es potestativo atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

No obstante lo anterior, el problema subsiste en la práctica, para el supuesto en el que se inste el procedimiento por la administración concursal o por el concursado, ya que, en estos casos, el Juez del Concurso deberá comunicarlo a los representantes de los trabajadores y, si la empresa carece de ellos, debería de comunicárselo el Juez del Concurso a los trabajadores para que designen a sus representantes, lo que es complicado. Algún sector de la doctrina¹⁰⁴ considera que, el Juez del Concurso deberá encomendar esta notificación al empresario, al que le será más fácil o, a la administración concursal, no debiéndose iniciar el periodo de consultas hasta que la notificación se haya efectuado.

Debe resaltarse que, en el ámbito extraconcursal, los trabajadores a través de sus representantes legales, no ostentan la legitimación para instar la suspensión de las relaciones laborales, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni los traslados colectivos y, sin embargo, en el concurso de acreedores su legitimación es plena.

Analizaré, seguidamente, la designación de los representantes de la Comisión Representativa de los Trabajadores regulada en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013, 2 agosto, convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

¹⁰⁴ ORELLANA CANO, NURIA A.: “La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 103.

La Directiva Comunitaria 98/59, con carácter genérico, en el artículo 1.1. b), establece que se considerarán representantes de los trabajadores, a los que la legislación o la práctica de los Estados miembros les atribuyan esta condición. Y, por este motivo, la regulación en los distintos países es muy variada.

En Francia, los interlocutores sociales son los representantes legales de los trabajadores, es decir, la representación unitaria. Y así, en las empresas con más de 50 trabajadores en plantilla, negociará el Comité de Empresa y, en las de menos de 50 trabajadores de plantilla, negociarán los Delegados de Personal.

Igualmente, en Austria, los interlocutores sociales en el periodo de consultas son los representantes legales de los trabajadores, es decir, el Comité de Empresa o los Delegados de Personal. Se ha optado por la representación unitaria en lugar de, como ocurre en España, por la representación sindical, como se verá.

En Eslovaquia, ha de hacerse una consulta previa con los Sindicatos, como representantes de los trabajadores y, si no existiesen representantes de los trabajadores en el centro de trabajo, se negociará por el empresario directamente con los trabajadores afectados.

En Hungría y, en Suecia, los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas son los Sindicatos.

En Bélgica, el empresario negociará en el periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores y, en su defecto, con la representación sindical y, si no hubiera, con los propios trabajadores¹⁰⁵.

¹⁰⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, página 28. Discurso impartido con ocasión

Y, en España, tras la reforma operada por el Real Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto, convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en el artículo 51.2 y en el artículo 41.4, -al que se remite el anterior-, del Estatuto de los Trabajadores, la regulación en esta materia es muy detallada. Con carácter general, la representación de los trabajadores para intervenir en el periodo de consultas, corresponde a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los Comités de Empresa o entre los Delegados de Personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de estos centros.

En defecto de acuerdo de las secciones sindicales, debe distinguirse según que la medida afecte a un único centro de trabajo o a varios centros de trabajo de la empresa.

1. Si afecta a un único centro de trabajo, la representación de los trabajadores corresponderá al Comité de Empresa o a los Delegados de Personal. Si no existiere representación legal de los trabajadores, estos podrán optar entre atribuir su representación a la denominada Comisión ad hoc, que será una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o, una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, con legitimación activa para negociar un Convenio Colectivo de aplicación a la misma.

2. Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá al Comité Intercentros, si tuviera atribuida esa función en el Convenio Colectivo en el que se hubiera acordado su creación. Si no hubiera Comité Intercentros o no tuviera atribuida esta función,

del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

se constituirá una Comisión Representativa de los Trabajadores, cuya composición dependerá de la existencia o no, en todos los centros de trabajo, de representación unitaria de los trabajadores:

2.1 La Comisión Representativa estará compuesta por todos los representantes legales de los trabajadores, miembros del Comité de Empresa o Delegados de Personal, si todos los centros de trabajo afectados por el despido colectivo tienen representantes legales de los trabajadores.

2.2 Si sólo existen representantes legales de los trabajadores en algunos centros, la Comisión Representativa estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que la tengan, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales, opten por designar la Comisión ad hoc, en cuyo caso la Comisión Representativa estará compuesta por los representantes legales de los trabajadores y, por la Comisión ad hoc, en número proporcional a la representación que ostenten.

2.3 Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento tiene representantes legales de los trabajadores, la Comisión Representativa estará compuesta por los que integren las Comisiones ad hoc, en proporción al número de trabajadores que representen¹⁰⁶.

3. LOS TRABAJADORES QUE PUEDEN SER AFECTADOS POR EL PROCEDIMIENTO. EL ÁMBITO SUBJETIVO.

Algunas situaciones especiales en las que pueden encontrarse los trabajadores de la empresa concursada, pueden originar dudas sobre la procedencia o no de su inclusión como afectado en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de

¹⁰⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 25 a 28. Discurso impartido en ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de la jornada de trabajo.

No ofrece gran controversia, la inclusión de los trabajadores que se encuentren en situación de Incapacidad Temporal, ya que tienen su contrato suspendido. Alguna duda puede suscitar la declaración del trabajador en situación de Incapacidad Permanente Total o de Incapacidad Permanente Absoluta. En estas situaciones, en principio, se extingue el contrato de trabajo y, por lo tanto, no deben ser incluidos en el procedimiento, salvo el supuesto contemplado en el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, que implica la suspensión del contrato y no la extinción. Declara el precepto indicado que la declaración de Incapacidad Permanente Total, Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez, precedida de una Incapacidad Temporal, suspenderá el contrato con reserva de puesto de trabajo, durante dos años desde la declaración, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión, por mejoría, que permita su reincorporación al puesto de trabajo. En este supuesto y, si el trabajador se encuentra en el periodo de dos años, deberá ser incluido en el procedimiento¹⁰⁷.

Es importante, sobre todo, en el concurso de acreedores, a estos efectos, es decir, a la hora de incluir un trabajador como afectado por el procedimiento, tener en cuenta y, actuar con suma cautela, en los supuestos en los que el despido es nulo, a tenor del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o, bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Y, a continuación, relaciona los supuestos en los que se considera nulo, salvo que se acredite que se ha producido por motivos no relacionados con el embarazo o, con el ejercicio del derecho a los permisos y

¹⁰⁷ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo”, en la obra colectiva “Tratado Judicial de la Insolvencia”, Pamplona, 2012, páginas 1046 a 1048.

excedencias que señala. Concretamente, en el concurso de acreedores, deberá acreditarse que el despido obedece a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Los supuestos son los siguientes:

1. El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, la adopción o el acogimiento, o la paternidad.
2. El de las trabajadoras embarazadas¹⁰⁸, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del permiso de maternidad y, el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos o reducciones de jornada por nacimiento de hijos o por guarda legal de un menor o discapacitado o, que estén disfrutando la excedencia por cuidado de familiares.
3. El de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.
4. El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

A continuación, realizaré una especial referencia a la situación de los trabajadores en excedencia, a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado y, a los representantes de los trabajadores, que gozan de prioridad de permanencia.

3.1 LOS TRABAJADORES EN EXCEDENCIA.

¹⁰⁸ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 99.

Con carácter general, puede afirmarse que los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia con reserva de puesto de trabajo, deben ser incluidos en el procedimiento. Y respecto de los que se encuentren en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, debe tenerse en cuenta que sólo conservan un derecho preferente al reingreso, en las vacantes de igual o similar categoría a la que ostentaran, a tenor del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, tienen sólo una expectativa de derecho, por lo que no deben ser incluidos en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de la jornada de trabajo¹⁰⁹.

Las excedencias se regulan en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y pueden distinguirse las siguientes:

1. La excedencia forzosa. El trabajador tiene derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad, durante todo el periodo de duración de la misma, que se concederá por la designación o elección para un cargo público, que imposibilite la asistencia al trabajo. Por lo tanto, deberá ser incluido en el procedimiento el trabajador que se encuentre en esta situación.
2. La excedencia voluntaria puede ser disfrutada por el trabajador con, al menos una antigüedad en la empresa de un año, por un plazo no menor a cuatro meses y, no mayor a cinco años. El trabajador sólo tiene un derecho preferente de reingreso en caso de vacante adecuada, es decir, una expectativa de derecho, por lo que no tiene que ser incluido en el procedimiento concursal de regulación de empleo.
3. La excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no

¹⁰⁹ ORELLANA CANO, NURIA A.: “La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, páginas 96 a 98.

superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, -salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva-, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y, no desempeñe actividad retribuida. Durante el primer año, -si es familia numerosa de categoría general, durante quince meses y, dieciocho en los casos de familia numerosa de categoría especial-, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo y, por lo tanto, deberá ser incluido en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de la jornada de trabajo. Transcurrido este plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente y, consiguientemente, sólo tendrá una expectativa de derecho, no teniendo que ser incluido en los procedimientos indicados.

3.2 LOS SOCIOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN. CARECEN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

En el concurso de acreedores, el tratamiento de los socios trabajadores de las Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado presenta peculiaridades, -cuando la empresa se ve incurso en un procedimiento de despido colectivo-, que afectan fundamentalmente, al derecho a las prestaciones por desempleo y, a la indemnización por la extinción de sus relaciones con la entidad concursada. La cuestión es más compleja ya que la normativa estatal, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, debe ser completada con la legislación autonómica.

Con carácter previo, es importante determinar la naturaleza del vínculo que une al socio trabajador con la Cooperativa de Trabajo Asociado. De conformidad con el artículo 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, las Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado son las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. Y, declara expresamente este precepto que la relación de los socios trabajadores con la cooperativa, es societaria. Por consiguiente, no es una relación laboral sino mercantil.

Por su parte, el artículo 85 de la Ley 27/1999 establece que cuando, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o en el supuesto de fuerza mayor, para mantener la viabilidad empresarial de la Cooperativa, sea preciso, a criterio de la Asamblea General, reducir, con carácter definitivo, el número de puestos de trabajo de la Cooperativa o, modificar la proporción de las cualificaciones profesionales del colectivo que integra la misma, la Asamblea General o, en su caso, el Consejo Rector, -si así lo establecen los Estatutos-, deberá designar los socios trabajadores concretos que deben causar baja en la cooperativa, que tendrá la consideración de baja obligatoria justificada.

En el concurso de acreedores, se pueden plantear fundamentalmente, en el ámbito laboral, dos cuestiones, a saber, si los socios trabajadores de la Cooperativa declarada en concurso, que ven extinguida su relación, es decir, que son baja obligatoria justificada, tienen derecho a percibir la prestación por desempleo y, en segundo lugar, si tienen derecho, en estos casos, a percibir una indemnización por la extinción de su relación.

Respecto del derecho a percibir la prestación por desempleo, el artículo 5.1 del Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado, dispone que los socios trabajadores que se encuentren en

situación legal de desempleo deberán solicitar de la Entidad Gestora competente, el reconocimiento del derecho a las prestaciones dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo de expulsión de la Cooperativa o, en su caso, del acta de conciliación o de la resolución judicial, del acuerdo de no admisión de la Cooperativa al interesado, de la resolución de la Autoridad Laboral a la Cooperativa o, de la fecha en que finalizó el período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. En caso de presentar la solicitud fuera del indicado plazo, se estará a lo dispuesto en las normas de carácter general. Por consiguiente, no ofrece dudas que el socio trabajador de la Sociedad Cooperativa de Trabajo Asociado tiene derecho a lucrar la prestación por desempleo¹¹⁰.

Otra cuestión que se suscita en el concurso de acreedores es si tienen derecho a percibir la indemnización por la extinción de su relación. Considero¹¹¹ que carecen de este derecho a tenor de los artículos 80.1 y 85.2 de la Ley 27/1999. Debe tenerse en cuenta que la relación que une al socio trabajador con la Cooperativa de Trabajo Asociado no es laboral sino societaria, según el artículo 80.1 del texto legal reseñado. Además, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el socio trabajador afectado por la medida, causa baja obligatoria justificada, a tenor del artículo 85.1 de la ley de Cooperativas. Y, para estos casos, el artículo 85.2 dispone que los socios trabajadores que sean baja obligatoria justificada tendrán derecho a la devolución inmediata de sus aportaciones voluntarias al capital social y, a la devolución, en el plazo de dos años, de sus aportaciones obligatorias, que se abonarán mensualmente. En todo caso, los importes pendientes de reembolso devengarán el interés legal del dinero que, de forma anual, deberá abonarse por la Cooperativa, al ex-socio trabajador. No

¹¹⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Aspectos laborales del concurso de acreedores”*, en la obra colectiva *“Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”*, Las Rozas, Madrid, 2015, página 292.

¹¹¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Aspectos laborales del concurso de acreedores”*, en la obra colectiva *“Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”*, Las Rozas, Madrid, 2015, página 293.

obstante, cuando la Cooperativa tenga disponibilidad de recursos económicos, la devolución de las aportaciones obligatorias deberá realizarse en el ejercicio económico en curso. Por lo tanto, los socios trabajadores de las Sociedades de Cooperativas de Trabajo Asociado no tendrán derecho a la indemnización por la extinción colectiva, sino al reembolso inmediato de las aportaciones voluntarias y, al reembolso, en el plazo de dos años, pagaderas por meses, de las aportaciones obligatorias. En este sentido, se han pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de junio de 2013 (Recurso de suplicación 279/2013) y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 10 de abril de 2013.

3.3 LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA.

De conformidad con el artículo 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, los miembros del Comité de Empresa y los Delegados de Personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, -salvo lo que se disponga en los Convenios Colectivos-, la prioridad de permanencia en la empresa o el centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas. Por lo tanto, habrá de tenerse en cuenta esta garantía para determinar si quedan afectados o no, por la medida que se vaya a adoptar en el concurso de acreedores.

En relación con la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, es interesante resaltar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla de 25 de septiembre de 2013 (Recurso de suplicación 2718/2012), que analizó si la condición de delegado de personal del actor, con la consiguiente prioridad de permanencia, debía aplicarse sólo al centro de trabajo en el que prestaba servicios o, se extendía a todos los centros de trabajo del grupo. El demandante fue despedido en el seno de un despido colectivo que afectó a toda la plantilla de su centro de trabajo, pero no al resto de los trabajadores que prestaban servicios en otras empresas del grupo. Pretendía hacer valer su prioridad de permanencia, como Delegado de Personal, para seguir prestando

servicios en otra empresa no afectada por la medida extintiva. Y declara la Sentencia reseñada, -siguiendo la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005 (Rcud 1439/2004)-, que no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. La referencia contenida en los artículos 68 b) y 51 del Estatuto de los Trabajadores, a la empresa o centro de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que existe una conexión entre la garantía de prioridad de permanencia y, el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa, dentro de ésta, deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo, tendrá que limitarse a éste. Por consiguiente, concluye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia indicada, que al ser el actor Delegado de Personal del centro de trabajo, -en el que la medida había afectado a toda la plantilla-, carecía de la prioridad de permanencia por su condición de representante legal de los trabajadores, para prestar servicios en otro centro de trabajo diferente del grupo de sociedades, en el que estaba integrado la empresa demandada. La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, por tanto, tiene el mismo ámbito objetivo que su representación.

4. LA SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO.

El artículo 64.3 de la Ley Concursal, en su redacción originaria, permitía la solicitud del expediente de regulación de empleo concursal desde la solicitud de la declaración de concurso. Sin embargo, los problemas prácticos que suscitaba, habida cuenta de la falta de nombramiento de la administración concursal, ya que ésta se nombra en el propio Auto de declaración de concurso, puso de manifiesto las deficiencias técnicas de la regulación, -pues no se podía abrir el periodo de consultas- y, la necesidad de la reforma. Por esta razón, el Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, modificó el precepto, estableciendo la posibilidad de iniciar el expediente de regulación de empleo concursal desde la declaración de concurso. Esta reforma fue criticada por un

sector de la doctrina¹¹², que la consideró una restricción. Sin embargo, considero que solventó el problema indicado, que no era baladí.

En cuanto al momento en el que debe instarse o presentarse la solicitud del procedimiento concursal de regulación de empleo, con carácter general, dispone el artículo 64.3 de la Ley Concursal, que sólo podrá solicitarse del Juez del Concurso, una vez emitido por la administración concursal el informe de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Como excepción, podrá presentarse antes del mismo, cuando se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas, puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o, causar grave perjuicio a los trabajadores. En este caso, acreditando esta circunstancia, podrá realizarse la petición al Juez del Concurso, en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

En la redacción originaria del precepto, sólo se podía instar el procedimiento antes del informe de la administración concursal, cuando la demora pudiera comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa. Con base en lo anterior, algunos Juzgados de lo Mercantil, no admitían la solicitud del entonces denominado expediente de regulación de empleo concursal, antes del informe de la administración concursal, cuando la empresa había cerrado, pues ya no se podía comprometer gravemente la viabilidad futura, pues no tenía futuro. La primera sentencia de Tribunal Superior de Justicia que recayó sobre la materia fue la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de 19 de noviembre de 2008 (Recurso de suplicación 130/2008)¹¹³. La controversia se centraba en la determinación de si debió tenerse por solicitada la extinción colectiva de los contratos de trabajo del total de la plantilla, antes de que la administración concursal hubiese emitido el informe a que se refieren los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. De la interpretación conjunta de los

¹¹² DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: “Medidas laborales en procesos de reestructuración”, en la obra colectiva “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”, Pamplona, 2010, página 383.

¹¹³ Ponente: Ana María Orellana Cano.

Ana María Orellana Cano

artículos 64.1 y 3 de la Ley Concursal, extrae el Tribunal las siguientes conclusiones, en orden al momento de la solicitud del expediente de regulación de empleo. En primer lugar, el Juez del Concurso asumía la competencia para el conocimiento de los expedientes de regulación de empleo desde la solicitud de la declaración de concurso, según la redacción vigente en aquel momento del artículo 64.1 de la Ley Concursal. En segundo lugar, como norma general, a tenor del artículo 64.3 de la ley citada, sólo podría solicitarse el expediente de regulación de empleo ante el Juez del Concurso, una vez que la administración concursal hubiera emitido el informe al que se refieren los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. En este sentido, debía tenerse en cuenta, que los administradores concursales se nombraban en el Auto de declaración del concurso, de acuerdo con el artículo 21.2 de la Ley Concursal. En los cinco días siguientes a la notificación del nombramiento a los administradores concursales, éstos podrían aceptar o no el cargo, según el artículo 29 de la Ley Concursal. Y, a tenor del artículo 74 de la misma norma, los administradores concursales tendrían que presentar el informe en el plazo de dos meses, desde la aceptación del cargo de, al menos, dos de ellos. Este plazo podía prorrogarse por un mes más. Por lo tanto, en principio, a pesar de que el Juez del Concurso era competente para conocer de los expedientes judiciales de regulación de empleo, desde la solicitud del concurso, de conformidad con el artículo 64.1 de la Ley Concursal, sin embargo, sólo después de que la administración concursal emitiera el informe de los artículos 74 y 75, se podía solicitar el expediente de regulación de empleo, por lo que sólo cuando hubieran transcurrido dos o tres meses, -según que hubiera habido prórroga o no-, desde la aceptación del cargo por dos de los tres administradores concursales, -lo que se produciría en los cinco días siguientes a la notificación del Auto de declaración de concurso-, se podría instar el expediente de regulación de empleo. Declaraba el Tribunal que esto conducía a una situación temporal complicada, ya que como desde la solicitud el concurso, el expediente de regulación de empleo era competencia del Juez del Concurso, no se podría acudir a la Autoridad Laboral, para solicitar la adopción de estas medidas colectivas, pues no sería competente. En este caso, había recaído Resolución de la Autoridad Laboral declarándose incompetente. Sin embargo, de acuerdo

con el artículo 64.3 de la Ley Concursal, tampoco se podría solicitar el expediente ante el Juez del Concurso, pues no sería competente hasta que se emitiera el informe de la administración concursal, lo que sólo se produciría después de la declaración de concurso, según ha quedado expuesto. En tercer lugar, el propio artículo 64.3 de la Ley Concursal contemplaba una excepción a la regla general, según la cual se podía solicitar el expediente de regulación de empleo ante el Juez del Concurso, antes de que se hubiera emitido el informe por la administración concursal, cuando se estimara que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas, pudiera comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa. Y, precisamente, el problema se planteaba a la hora de determinar el ámbito de aplicación de esta excepción. Una hermenéutica literal de la misma, supondría que nunca se aplicaría a los expedientes de regulación de empleo, en los que se pretendiese la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, ya que la viabilidad de la empresa, en estos casos, sería imposible. Sin embargo, el legislador no excluía expresamente estos supuestos del ámbito de aplicación de la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal. Considera el Tribunal que la interpretación del supuesto excepcional tenía que ser flexible, para no llegar a consecuencias no deseadas por el legislador, como la imposibilidad de solicitar un expediente de regulación de empleo de extinción de las relaciones laborales de toda la plantilla, desde la solicitud del concurso hasta la emisión del informe de la administración concursal, transcurridos, por imperativo legal, más de dos meses desde el Auto de declaración de concurso. En estos casos, cuando fuera inevitable el cese de la actividad o el cierre de la empresa, si había que esperar al informe de la administración concursal, se podían producir graves perjuicios, ya que los trabajadores puede que no cobraran los salarios y, además no podrían percibir las prestaciones o el subsidio por desempleo, ya que no estaban en situación legal de desempleo. Por ello, se considera que no sería exigible el informe de la administración concursal y se podría solicitar -y, el Juez del Concurso, debería admitir a trámite el expediente de regulación de empleo, desde la solicitud de la declaración de concurso del empresario, cuando la demora en la adopción de las medidas colectivas pretendidas con el expediente de regulación de empleo, pudieran comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, porque conllevaran una disminución

considerable de la masa activa. Esta circunstancia se produciría, entre otras, cuando la demora en la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, supusiera el devengo de salarios, que si eran anteriores a la declaración de concurso, hasta los límites del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, serían créditos contra la masa y, hasta el triple del salario mínimo interprofesional, serían créditos con privilegio general; y, los salarios posteriores a la declaración de concurso, hasta que, transcurridos más de dos meses se emitiera el informe por la administración concursal, que serían también créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. La demora en la adopción de la medida colectiva de extinción de los contratos de toda la plantilla, supondría un incremento de la masa pasiva y, un claro perjuicio para la masa activa, lo que limitaría aún más, en su caso, la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, objetivo que debía perseguirse de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Concursal. Además, según la Sentencia reseñada, en los casos de solicitud de extinción de los contratos de toda la plantilla, la demora en la adopción de estas medidas, iba a suponer un grave perjuicio a los trabajadores, a los que se podía situar en una situación de desprotección, que no obedecía al espíritu de la norma. Efectivamente, en una situación de insolvencia del empresario podía ser difícil el abono de los salarios a los trabajadores y, por otro lado, mientras estuvieran vigentes sus contratos de trabajo, es decir, mientras no se hubiera adoptado la medida de extinción colectiva de las relaciones laborales, en el expediente de regulación de empleo, no estarían en situación legal de desempleo a los efectos de percibir las prestaciones por desempleo, nivel contributivo o, en su caso, nivel asistencial, a las que podían tener derecho. Estos perjuicios a la masa activa y a los trabajadores, podían dificultar la consecución de los objetivos del concurso. Atendiendo a los argumentos reseñados, concluye la Sentencia que analizo, que la demora en la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa recurrente podía comprometer gravemente la viabilidad de la empresa en los términos reseñados, por lo que, con carácter excepcional, debió admitirse a trámite el expediente de regulación de empleo, antes de que la administración concursal emitiera el informe de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Se estimó el

recurso de suplicación, se revocó el Auto recurrido y, se declaró la admisión a trámite de la demanda de solicitud del expediente judicial de regulación de empleo¹¹⁴.

He expuesto los argumentos de esta Sentencia porque considero que examina los principales problemas que suscitaba la redacción originaria del artículo 64.3 de la Ley Concursal, que fueron solventados con la reforma operada por el número dos del artículo 12 del Real Decreto ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Se completó la causa para que pudiera solicitarse y admitirse a trámite el expediente de regulación de empleo concursal, antes de la emisión del informe por la administración concursal, en los siguientes términos, *“cuando se estimara que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pudiera comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores”*.

La Ley Concursal también prevé la posibilidad de instar el procedimiento concursal de regulación de empleo, en otros momentos¹¹⁵. Y, así, el artículo 44.4 de la Ley Concursal establece, para los supuestos de cierre de la empresa o cese en la actividad, que cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el Juez del Concurso actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2.º y, simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64. La administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto

¹¹⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 125 a 129.

¹¹⁵ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA; *“Aspectos laborales del concurso de acreedores”*, en la obra colectiva *“El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”*, dirigida por Juana Pulgar Ezquerro, Las Rozas, Madrid, 2012, páginas 710 y 711.

Ana María Orellana Cano

en el artículo 64.4. Parece que la única legitimada para instarlo es la administración concursal.

Por su parte, en fase de liquidación, el artículo 148.4 de la Ley Concursal dispone que, en el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64. La redacción de la norma no se ajusta a las competencias laborales del Juez del Concurso contempladas en el artículo 64 de la Ley Concursal, pero ha de considerarse que se refiere a los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción temporal de la jornada de trabajo. Y, el artículo 149.1.2º de la Ley Concursal también declara lo mismo, para el caso en el que las operaciones de liquidación supongan la adopción de estas medidas.

5. EL CONTENIDO DE LA SOLICITUD Y LA DOCUMENTACIÓN QUE SE DEBE APORTAR.

De conformidad con el artículo 64.4 de la Ley Concursal, la solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del Juzgado, que estime necesario, para su comprobación.

Un sector de la doctrina¹¹⁶ ha puesto de manifiesto la defectuosa redacción del artículo 64.4 de la Ley Concursal, ya que la parca regulación de los requisitos tanto del contenido de la solicitud del procedimiento concursal de regulación de empleo, como de la documentación que es preciso aportar, suscita dudas sobre si debe aplicarse, con carácter supletorio, la legislación laboral o, no es preciso que se cumplan más requisitos que los contenidos en esta norma.

Por otro lado, se refiere a las medidas colectivas, lo que es inexacto, ya que la suspensión y la reducción temporal de la jornada pueden no serlo, puesto que conoce el Juez del Concurso de las de naturaleza individual o plural y las de carácter colectivo, como ha quedado clarificado, tras la reforma del artículo 64.1 de la Ley Concursal, operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

Aunque el precepto no lo indique expresamente, la solicitud deberá contener el tipo de medida que se pretende adoptar. Lo que ofrece dudas es si debe especificar los trabajadores concretos afectados por la misma. La mayoría de la doctrina¹¹⁷ considera que no es de aplicación supletoria lo previsto en el artículo 51.2.5º del Estatuto de los Trabajadores, que establece que deberá constar en el escrito de comunicación de la apertura del período de consultas, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. El procedimiento que se tramita ante el Juez del Concurso es diferente y, en la solicitud, se debe incluir la lista de los trabajadores afectados, ya que en el Auto que resuelva el procedimiento, el Juez del Concurso deberá hacer constar las indemnizaciones y, de este modo, también se garantiza que

¹¹⁶ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ Y DE LA PUEBLA: “*El expediente judicial de regulación de empleo: artículo 64 de la Ley Concursal*”, en la obra colectiva “Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo”, MTAS- La Ley Actualidad, Madrid, 2004, página 80.

¹¹⁷ GULLÓN RODRÍGUEZ, JESÚS: “*Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en la situación de concurso*”, en la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”, en Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, páginas 151 y 152. Y CRUZ VILLALÓN, JESUS: “*Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*”, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003, página 126. Y ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: “*Aspectos laborales de la Ley Concursal*”, Valencia, 2004, página 65.

el Juez del Concurso pueda valorar lo justificado de la medida. Por otro lado, como el trabajador individualmente considerado, puede recurrir el Auto que resuelva el procedimiento, por el cauce del incidente concursal laboral, tiene que conocer si ha sido incluido o excluido en el mismo.

En esta línea, debe destacarse que es el empresario, el que debe fijar los criterios de selección de los trabajadores afectados, pero estos pueden ser modificados, durante el periodo de consultas. Sin embargo, esta facultad empresarial tiene límites. Así lo ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2003 (Rcud 1205/2002) que afirma que la selección de los trabajadores afectados por los despidos por causas objetivas corresponde, en principio, al empresario y, su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando se aprecie fraude de ley, abuso del derecho o, cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. Todo ello, sin perjuicio de la preferencia de permanencia en la empresa, de los representantes legales de los trabajadores, que en el ordenamiento legal español es la única expresamente establecida.

La jurisprudencia española ha determinado los siguientes límites a la decisión del empresario respecto de los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo¹¹⁸:

1. Los criterios aplicados han de responder a parámetros objetivos y razonables, pues la determinación del personal afectado por la medida extintiva dependerá de la relación entre la causa alegada y los contratos afectados por la misma, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (Rcud 1460/1997).

¹¹⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, página 33. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

2. No pueden fijarse de manera arbitraria, lo que sucederá cuando se hayan establecido con abuso de derecho, en fraude de ley, o con móviles discriminatorios y, también en los casos en los que la empresa se haya apartado de los criterios de selección preestablecidos o, los mismos no concurren en el trabajador afectado por el despido colectivo, como consideró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (Rcud 4153/2004).

3. Deben respetar la prioridad de permanencia en la empresa legalmente reconocida a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores y a los Delegados de Prevención, de conformidad con los artículos 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y, 37.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; o la establecida mediante Convenio Colectivo o, acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas respecto a determinados colectivos, a tenor del artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores.

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y, los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Obsérvese que el legislador no exige que se acredite la concurrencia de la causa, sino sólo que se justifique, en su caso. Por lo tanto, la diferencia con este requisito en el ámbito extraconcursal es evidente. No se puede olvidar que el procedimiento concursal de regulación de empleo del artículo 64 de la Ley Concursal, se tramita en el seno de un concurso de acreedores y, en consecuencia, si es la administración concursal la que insta el mismo, habrá emitido un detallado informe del artículo 75 de la Ley Concursal, -si no se ha solicitado la medida antes de que recaiga éste- donde constarán las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. E incluso, cuando se hayan solicitado las medidas antes del informe, en el concurso de acreedores, constará la situación de la empresa concursada. Y, en consecuencia, la prueba de la concurrencia de la causa es más flexible. Igual ocurre, si la medida ha sido solicitada por el empresario. Y, además, para el

caso de que fuera instado el procedimiento por los trabajadores a través de sus representantes legales, tampoco la exigencia de prueba tendría sentido, por la dificultad de acreditar estas causas, al carecer de la documentación oportuna, salvo la que conste en el concurso. Téngase en cuenta que los representantes de los trabajadores no están legitimados para iniciar el procedimiento de regulación de empleo en el ámbito extraconcursal, sino que es el empresario el que lo inicia, por lo que las circunstancias son claramente distintas. No obstante lo anterior, se exige que las causas estén justificadas, en el sentido de que la solicitud esté motivada y no sea infundada¹¹⁹.

Por otro lado, el artículo 64.5.4º de la Ley Concursal dispone que, si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas, en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Esta exigencia tampoco guarda relación con el Plan Social, previsto en el artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores y, desarrollado en el artículo 9 del Real Decreto 1483/2012, que se refiere también a la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, que deberá ofrecer a los afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Este plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y, búsqueda activa de empleo. Y, ello porque expresamente se excluye de la aplicación de esta norma, a las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal.

En cuanto a la documentación que se debe aportar con la solicitud del procedimiento, el artículo 64.4 de la Ley Concursal no es muy preciso, limitándose a indicar que se acompañarán los documentos necesarios para la acreditación de las causas. Cabría plantearse si debe integrarse esta norma con los artículos 4 a 6 del Real Decreto 1483/2012, que recogen detalladamente los documentos que han de aportarse en el ámbito

¹¹⁹ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 412.

extraconcursal, atendiendo a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, invocadas. Acorde con lo indicado anteriormente, considero que debe aplicarse este artículo 64.4 de la Ley Concursal, que no precisa ser integrado con la legislación laboral, por lo que basta con que se acompañen los documentos que se estimen necesarios.

En relación con los requisitos exigidos para la solicitud del procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, es interesante resaltar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 24 de febrero de 2014 (Recurso de suplicación 164/2013), que resuelve el recurso formulado contra la sentencia desestimatoria del incidente concursal laboral, planteado por dos trabajadores. La empresa concursada había cesado en la actividad y estaba en fase de liquidación. La administración concursal presentó la solicitud del procedimiento de extinción colectiva del artículo 64 de la Ley Concursal, sin aportar la documental exigida en la legislación laboral, sino invocando la fase de liquidación en el concurso y, el cese en la actividad. Se había alcanzado un acuerdo con todos los trabajadores, excepto con dos, porque la empresa carecía de representantes de los trabajadores. Y, declara la Sentencia indicada que el artículo 64.11 de la Ley concursal, en cuanto se remite a la legislación laboral para todo lo no previsto en el citado precepto, no supone la necesaria aportación de la compleja documentación que se requiere en el Real Decreto que desarrolla el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, afirma que el escrito inicial presentado por la administración concursal cumple suficientemente los requisitos que exige el artículo 64.4, cuando fundamenta la necesidad de la extinción en el cese de la actividad de la empresa, en la situación de liquidación de la misma y, en el evidente perjuicio de los derechos de los trabajadores si no se resuelve acerca de su situación. Y, en cuanto a la falta de representación de los trabajadores, del artículo 64.2 de la Ley Concursal se extrae que tal representación no constituye un requisito esencial para la adopción de acuerdos, pues cabe que los trabajadores no los nombren, en cuyo caso el Juez del Concurso está facultado, -no obligado-, para nombrarlos si lo estima necesario y, esta necesidad, en el presente caso, no concurre, dado que cuando la extinción se solicita, la empresa se encontraba

sin actividad y en fase de liquidación y, el acuerdo sobre la extinción fue negociado directamente con todos los trabajadores y aprobado por todos ellos, menos por los dos actores.

6. EL PERIODO DE CONSULTAS

La necesidad de abrir un periodo de consultas, es fruto de la transposición al ordenamiento español de Directivas Comunitarias. Y así, de conformidad con el artículo 2.1 de la Directiva Comunitaria 98/59, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo. Además, en la presente materia, debe tenerse en cuenta también la Directiva marco de información y consulta Directiva 2002/14/CE, que se aplica a las empresas que tengan, al menos, 50 trabajadores o a los centros de trabajo que cuenten con una plantilla mínima de 20 trabajadores y, que establece la obligación de consulta a los representantes sobre las medidas para evitar los riesgos de destrucción del empleo y, sobre las decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y, en la organización del trabajo.

6.1 LA CONVOCATORIA Y LA DURACIÓN.

El artículo 64.5 de la Ley Concursal establece que será el Juez del Concurso el que, una vez recibida la solicitud, convoque a un periodo de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales o, a quince, también naturales, en el supuesto de las empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores. Algún sector de la doctrina¹²⁰, analizando este precepto, considera que debe completarse, ya que del tenor literal de la norma, se desprende que el Juez del Concurso, recibida la solicitud, deberá convocar a un periodo de consultas y, sin embargo, debe entenderse que hay un periodo

¹²⁰ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “*El concurso laboral*”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, páginas 112 a 114.

de admisión a trámite de la misma. Comparto este criterio y, considero que conviene determinar el trámite de admisión y el plazo de subsanación, en su caso, de la solicitud. En virtud del artículo 64.11 de la Ley Concursal, debería aplicarse el artículo 81.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, ya que, en relación con el despido colectivo, el artículo 124 de la citada norma, no establece nada al respecto, debiendo también aplicarse el artículo 81.1 en estos supuestos. De este modo, el Letrado de la Administración de Justicia, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la solicitud, dará cuenta al Juez del Concurso, si entendiera que concurren los presupuestos de falta de jurisdicción o competencia o, en otro caso, resolverá sobre la admisión o, advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que hay incurrido, dándole el plazo de cuatro días para la subsanación. De este modo, deberá constatar, de un lado, su propia competencia para conocer del asunto y, de otro, que la solicitud se presenta por persona legitimada, incluidos los supuestos de falta de representación de los trabajadores; que se ha presentado después del informe de la administración concursal o, en su caso, que concurren las causas que permiten la presentación antes de éste; que cumple los requisitos exigidos en el artículo 64.4 de la Ley Concursal, que se exponen y justifican las causas que motivan la adopción de la medida, así como que se han aportado los documentos necesarios para acreditar las causas que concurren y, los objetivos que se persiguen con la misma. De acuerdo con el artículo 81.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, realizada la subsanación, admitirá la solicitud, dentro de los tres días siguientes y, en caso contrario, dará cuenta al Juez del Concurso, para que resuelva por Auto sobre la admisibilidad de la misma, en el plazo de tres días.

La única función del Juez del Concurso en el periodo de consultas, es la convocatoria¹²¹, en la que deberá fijar la fecha del inicio del mismo.

En el supuesto en el que la administración concursal y los representantes de los trabajadores hubieran alcanzado un acuerdo previo,

¹²¹ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 417.

podrá presentarse éste, junto con la solicitud de adopción de la medida, en cuyo caso no será necesaria la apertura del periodo de consultas, a tenor del artículo 64.6.3º de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011. En la redacción anterior del artículo 64.6.3º de la Ley Concursal, no se contemplaba esta posibilidad. No obstante, un sector de la doctrina¹²² había mantenido la necesidad de una reforma al respecto y, la solución adoptada por la norma, tras la reforma del precepto indicada, se había aplicado en determinadas resoluciones judiciales, entre las que cabe destacar, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008 (Procedimiento 443/2008) y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 8 de enero de 2006 (Procedimiento 450/2007).

En relación con la duración del periodo de consultas, el legislador concursal unifica los plazos para todas las medidas que se tramiten por el procedimiento de regulación de empleo concursal, estableciendo el de treinta días naturales para las empresas que tengan cincuenta trabajadores o más y, quince días naturales para las empresas con menos de cincuenta trabajadores. En el ámbito extraconcursal, el artículo 51.2.1º del Estatuto de los Trabajadores, para el despido colectivo, establece los mismos plazos. Sin embargo, los artículos 41.4.1º y 47.1.4º del Estatuto de los Trabajadores, disponen para los supuestos de modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, de suspensión de relaciones laborales o de reducción temporal de la jornada de trabajo, un plazo del periodo de consultas no superior a quince días. Los plazos previstos en las normas para el periodo de consultas, son plazos máximos. Por lo tanto, para adoptar estas medidas en el concurso de acreedores, regirán los plazos previstos en el artículo 64.5.1º de la Ley Concursal.

6.2 LOS INTERLOCUTORES Y LOS INTERVINIENTES.

¹²² ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 140 y 141.

De conformidad con el artículo 64.5.1º de la Ley Concursal, el Juez del Concurso, una vez recibida la solicitud del procedimiento concursal de regulación de empleo, convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal, al periodo de consultas. Por su parte, el artículo 64.5.3º del citado texto legal, permite a los representantes de los trabajadores o la administración concursal, que soliciten al Juez del Concurso, la participación en el período de consultas, de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada.

Estos son los sujetos expresamente recogidos en la ley, pero cabría plantearse, si pueden intervenir en el periodo de consultas la Administración Pública y los acreedores.

En relación con la intervención de la Administración Pública, un sector de la doctrina¹²³ ha mantenido que, en algunos concursos, de gran trascendencia social o con un número considerable de afectados, puede ser interesante que intervenga la Administración para facilitar la adopción de un acuerdo en el periodo de consultas. De este modo, permitieron la intervención de la Administración Pública, con esta finalidad, el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 (Procedimiento 151/2007), en el concurso de Delphi, con 1540 trabajadores afectados y, el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 10 y Mercantil de Santander de 5 de agosto de 2008. En ambos supuestos, la Administración se comprometió al pago de una parte de las indemnizaciones¹²⁴.

¹²³ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, páginas 119 y 120.

¹²⁴ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, dirigida por Juana Pulgar Ezquerro, Las Rozas, Madrid, 2012, páginas 1055 y 1056.

Considero, con la doctrina mayoritaria¹²⁵, que los acreedores del concursado, no pueden intervenir en el periodo de consultas. Este criterio queda avalado por la reforma del artículo 64 operada por la Ley 38/2011, que no contempló ni siquiera la facultad de los acreedores de recurrir en suplicación el Auto del Juez del Concurso. No obstante, algunos Juzgados de lo Mercantil admiten su personación en los procedimientos concursales de regulación de empleo, a los efectos de que tomen conocimiento de las resoluciones que se dicten en los mismos. Y, creo que, precisamente, al Fondo de Garantía Salarial, -que tiene además, legitimación para recurrir en suplicación el Auto que resuelva el procedimiento-, debe permitírsele su personación, a los efectos de que tenga conocimiento de las resoluciones, pero que no podrá intervenir en el periodo de consultas.

Examinaré, a continuación, el alcance de la participación de los sujetos intervinientes en el periodo de consultas, contemplados por la Ley Concursal.

6.2.1 LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

La negociación en el periodo de consultas del procedimiento concursal de regulación de empleo se produce entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, que constituyen los interlocutores legales. La administración concursal es la legitimada para negociar en el periodo de consultas y, en su caso, para suscribir el acuerdo que se alcance, que cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, se deberá adoptar de forma mancomunada, a tenor del artículo 35.2 de la Ley Concursal¹²⁶.

¹²⁵ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 120.

¹²⁶ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo*”, en la obra colectiva “Tratado Judicial de la Insolvencia”, Pamplona, 2012, página 1052.

No obstante, debe destacarse que la administración concursal no es la representante del empresario concursado, por lo que su actuación no buscará los intereses de éste, sino que debe estar encaminada a encontrar el equilibrio entre el empresario, los trabajadores y los acreedores¹²⁷, en concordancia con el principio de continuidad de la empresa. La administración concursal intervendrá en el periodo de consultas como interlocutora, aún cuando el procedimiento concursal de regulación de empleo haya sido instado por el empresario concursado, por lo que, a veces, tendrá que negociar sobre propuestas ajenas.

6.2.2 LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

Los representantes de los trabajadores son los interlocutores sociales en el periodo de consultas. La determinación de los mismos ha sido analizada en el epígrafe referido a la legitimación para instar el procedimiento concursal de regulación de empleo, al que me remito, destacando, no obstante que, con carácter general, corresponde a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los Comités de Empresa o entre los Delegados de Personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. Y, en defecto de acuerdo de las secciones sindicales, debe distinguirse según que la medida afecte a un único centro de trabajo o a varios centros de trabajo de la empresa, como ya indiqué.

6.2.3 EL EMPRESARIO CONCURSADO.

En la redacción originaria del artículo 64.5 de la Ley Concursal, no se contemplaba la intervención del empresario concursado en el periodo de consultas, con independencia del régimen de sus facultades y, aunque hubiese sido el solicitante de la medida, lo que era compartido por la doctrina

¹²⁷ CRUZ VILLALÓN, JESÚS: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, en Relaciones Laborales, números 23-24, 2003, página 128.

mayoritaria¹²⁸. Sin embargo, en la práctica judicial, se venía permitiendo que interviniera, de forma voluntaria, sin que pudiera suscribir el acuerdo del periodo de consultas que se adoptase, en su caso. Así se admitió en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid de 27 de enero de 2005 (Procedimiento 149/2005) y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 (Procedimiento 832/2007)¹²⁹.

A partir de la reforma del artículo 64.5 de la Ley Concursal operada por el número cuarenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, se permite en el párrafo primero, que se convoque al concursado al periodo de consultas; y, según el párrafo segundo, en el caso de intervención de sus facultades de administración y disposición, el Juez del Concurso podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas. Considero que la autorización del Juez del Concurso para que intervenga el empresario concursado en el periodo de consultas, sólo si tiene sus facultades intervenidas y no suspendidas, no le otorga facultad para suscribir, en su caso, el acuerdo que se adopte en el periodo de consultas. El empresario que tenga sus facultades intervenidas podrá participar en el periodo de consultas, junto con la administración concursal y los representantes de los trabajadores, pero no suscribir el acuerdo. Y, en el supuesto de que tenga las facultades suspendidas no podrá intervenir, pues no cabe autorización del Juez del Concurso al respecto. En cualquier caso, siempre ha de ser convocado al periodo de consultas.

6.2.4 LAS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS QUE INDICIARIAMENTE PUEDAN CONSTITUIR UNA UNIDAD DE EMPRESA CON LA CONCURSADA.

¹²⁸ DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: *“Los efectos del concurso en las relaciones laborales”*, en relaciones Laborales, número 8, 2005, páginas 24 y 25. Y BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 415.

¹²⁹ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo”*, en la obra colectiva *“Tratado Judicial de la Insolvencia”*, Pamplona, 2012, página 1053.

A tenor del artículo 64.5.3º de la Ley Concursal, tras la reforma de la Ley 38/2011, los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al Juez del Concurso, que participen en el periodo de consultas, otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del Juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. En el supuesto de los grupos de sociedades mercantiles, la documentación contable consolidada deberá ya constar en el concurso de acreedores, a tenor del artículo 6.3.4 de la Ley Concursal¹³⁰.

Algún sector de la doctrina¹³¹ ha puesto de manifiesto que el precepto no regula las consecuencias de esta intervención en el periodo de consultas de las personas físicas o jurídicas que integren una unidad con la empresa concursada, rechazando que pudiera derivarse en el concurso de acreedores, responsabilidad respecto de las mismas.

Cabría plantearse si el Juez del Concurso debe acordar, en todo caso, la intervención de estas personas físicas o jurídicas, cuando lo solicitan los representantes de los trabajadores o la administración concursal o se trata de una facultad del órgano judicial. Considero que, siempre que se acrediten indicios de la existencia de esa unidad de empresa con la concursada, debe acordarse la intervención de estas personas por el Juez del Concurso, sin que sea preciso la prueba plena. La desestimación de la solicitud de intervención, en estos casos, supondrá la nulidad de las actuaciones, ya que origina

¹³⁰ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, dirigida por Juana Pulgar Ezquerro, Las Rozas, Madrid, 2012, páginas 714 y 715.

¹³¹ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 117.

indefensión. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2015 (Recurso de suplicación 1230/2015), con un criterio que comparto. Resuelve el supuesto en el que los representantes de los trabajadores solicitaron al Juez del Concurso que acordara la intervención en el periodo de consultas de determinadas empresas, ya que consideraban que constituían un grupo de empresas a efectos laborales o patológico con la empresa concursada, aportando una serie de cartas y un informe de la Inspección de Trabajo, emitido con base en una denuncia de los trabajadores. El Juez del Concurso denegó la solicitud, con base en que no había quedado acreditada la existencia de grupo laboral de empresas. Por el Auto que resolvió el procedimiento, se acordó la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores por causas económicas. Este Auto del Juez del Concurso fue recurrido en suplicación por los representantes de los trabajadores que solicitaron la nulidad de las actuaciones, al haberles producido indefensión, la denegación de la intervención de las otras empresas en el periodo de consultas. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia indicada consideró que, en efecto, del párrafo tercero del artículo 64.5 de la Ley Concursal, se desprende la posibilidad de solicitar al Juez del Concurso la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, a lo que se añade la posibilidad de solicitar el auxilio judicial o la documentación económica correspondiente. La norma no contempla una obligación de proceder a integrar como participantes en el periodo de consultas a estas personas, pero, a estos efectos, resulta suficiente una prueba indiciaria, sin que sea exigible, tal como parece desprenderse de la resolución recurrida, una prueba plena sobre su concurrencia. Y, declaró la nulidad de actuaciones, ordenando la retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto, para que por el Juzgado se dictara otra resolución acordando la intervención en el período de consultas de las entidades que indiciariamente podían constituir una unidad de empresa con la concursada, requiriéndoles la aportación de la documentación solicitada por los representantes de los trabajadores.

Por otro lado, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 2087/2014), declara que es necesaria la solicitud de la intervención de estas personas físicas o jurídicas en el periodo de consultas, no bastando que la representación de los trabajadores alegue la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, sin haber hecho uso de esta facultad que le confiere el artículo 64.5.3º de la Ley Concursal.

Y, más concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de mayo de 2013 (Recurso de suplicación 7591/2012), declara que el Juez del Concurso no podrá apreciar la existencia de grupo de empresas laboral, si no se ha solicitado la intervención de las distintas empresas en el periodo de consultas. En el mismo sentido, se pronunció también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de julio de 2013 (Recurso de suplicación 1253/2013), que considera que el momento procesal oportuno para invocar la existencia de grupo de empresas patológico o laboral es el periodo de consultas, solicitando la intervención de estas personas físicas o jurídicas que indiciariamente formen una unidad de empresa con la concursada.

6.3 DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS.

6.3.1 SUSTITUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN O ARBITRAJE.

De conformidad con el artículo 64.5.6º de la Ley Concursal, el Juez del Concurso, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar, en cualquier momento, la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. Y, adiciona que la mediación o el arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para el periodo de consultas.

Se ha implantado en la Ley Concursal el mismo sistema que existe en el ámbito extraconcursal, en el que se admite esta posibilidad para los traslados colectivos en el artículo 40.2.11º del Estatuto de los Trabajadores; para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectivas en el artículo 41.4.8º del Estatuto de los Trabajadores; en las suspensiones de relaciones laborales, a tenor del artículo 47.1.12º del Estatuto de los Trabajadores; y, en los despidos colectivos, según el artículo 51.2.10º del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, la sustitución del periodo de consultas se puede solicitar del Juez del Concurso y, consistirá en la mediación o en el arbitraje por un tercero. No cabe solicitar la mediación o el arbitraje del Juez del Concurso, es decir, judicial, pues no es competencia del Juez del Concurso actuar ni de mediador ni de árbitro, como declaró el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 3 de septiembre de 2010 (Procedimiento 529/2009)¹³².

6.3.2 LA NEGOCIACIÓN DE BUENA FE.

A tenor del artículo 64.6.1º de la Ley Concursal, durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El genérico deber de negociar de buena fe ha sido concretado por reiterada jurisprudencia, que considero conveniente destacar, para una mejor comprensión del alcance de esta exigencia que deben cumplir las partes negociadoras. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2015 (Rcud 273/2014), realiza un detallado análisis de la misma.

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, sobre la buena fe que debe presidir las negociaciones del periodo de consultas, ha sentado lo siguiente:

¹³² ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “*El concurso laboral*”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 122.

1. Con carácter general, la existencia o no de buena fe negociadora debe afirmarse en relación con la existencia o no de propuestas concretas y, la celebración de reuniones, ya que, constando la existencia de unas y otras, no puede apreciarse la inexistencia de negociación. En este sentido, se han pronunciado las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (Rcud 295/2014), de 26 de marzo de 2014 (Rcud 158/2013) y, de 25 de septiembre de 2013 (Rcud 3/2013).

2. Para apreciar la mala fe, en el caso de existir un nulo grado de flexibilidad para llegar a un acuerdo, es preciso, además, que exista un elemento que evidencie el propósito de vulnerar la confianza, ocultando datos o proponiendo medidas de acompañamiento cuyo incumplimiento se procurará a posteriori, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (Rcud 276/2013).

3. En la configuración del deber de buena fe debe tenerse en cuenta, según las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (Rcud 303/2013) y, la ya citada de 26 de marzo de 2014 (Rcud 158/2013), lo siguiente:

3.1 Se trata de la especificación del deber genérico de buena fe exigido en los contratos en general en el artículo 1258 del Código Civil y, en la negociación colectiva, en el artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores.

3.2 La buena fe que exige la norma en la negociación del periodo de consultas es la buena fe comercial, lo que se extrae del tenor del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que la instrumenta con el objetivo de conseguir un acuerdo, -al igual que el artículo 64.6.1º de la Ley Concursal-, debiendo versar el periodo de consultas, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y, de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. Así lo declaró también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (Rcud 78/2012).

4. La buena fe se exige porque el período de consultas no es un mero trámite preceptivo, sino una verdadera negociación colectiva, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial o, atenúe las consecuencias. Así lo consideró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012 (Rcud 236/2011).

6.3.4 LA NEGOCIACIÓN EN LAS EMPRESAS CON VARIOS CENTROS DE TRABAJO.

El desarrollo del periodo de consultas en las empresas con varios centros de trabajo planteó problemas, pues el artículo 6.2 del Real Decreto 1483/2012, en su redacción originaria, permitía que la negociación se llevara a cabo por centros de trabajo y no de forma global. Uno de los principales problemas que suscitó la aplicación de esta norma, fue la diferente representación de los trabajadores en cada centro, unido a los distintos resultados del periodo de consultas, pues, de un lado, en algunos podía existir representación legal y, en otros actuaría la Comisión ad hoc y, de otro lado, en algunos centros podía adoptarse un acuerdo y, en otros, no. Por ello, fue declarado el artículo 6.2 del Real Decreto citado, ultra vires por reiterada doctrina judicial, sentada entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2013 (Conflicto colectivo 80/2013). Y, precisamente, esta Sentencia fue revocada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2014 (Rcud 291/2013), que declaró que es cierto que la regulación reglamentaria podría dar lugar a disfunciones y problemas de variada índole, pero esas indeseables situaciones tienen más que ver con el mal uso que cabría hacerse de las oportunidades que ofrece el Reglamento, como ausencia de buena fe en la negociación, fraude de ley o abuso de derecho, por imposición empresarial de un determinado modo de negociación, que con la negociación por centros de trabajo en sí. Además, recuerda el Alto Tribunal que la posibilidad de negociación y acuerdo, por centros de trabajo en despidos colectivos, ya había

sido admitida por la Sala para una situación analizada anterior a la vigencia del Real Decreto ley 11/2013, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (Rcud 235/2013) y, de 20 de mayo de 2014 (Rcud 166/2013).

No obstante lo anterior, el Real Decreto ley 11/2013, convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, reformó el artículo 6.2 del Real Decreto 1483/2012, no permitiendo la negociación por centros. En este sentido, se modificó también el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, que contempla una única Comisión Representativa de los Trabajadores, a la que he hecho referencia en el epígrafe destinado al análisis de la legitimación para instar el procedimiento concursal de regulación de empleo.

6.3.5 LAS MEDIDAS DE ACOMPAÑAMIENTO.

La Ley Concursal no contempla los objetivos del periodo de consultas ni regula las denominadas medidas de acompañamiento, aunque en la presente materia, al menos, a título orientativo, pueden tenerse en cuenta las reguladas en la legislación laboral.

Las medidas de acompañamiento vienen contempladas también en el Convenio núm. 158 de la O.I.T., disponiendo que el empresario -pues se refiere al ámbito extraconcursal-, en el periodo de consultas, deberá negociar con los representantes de los trabajadores, la adopción de las medidas encaminadas a evitar o limitar los despidos y, a atenuar las consecuencias de los despidos, realizando una especial mención a la recolocación de los trabajadores afectados. En el mismo sentido, se pronuncia la Recomendación núm. 166, que acompaña al Convenio citado, especificando como tales, la prioridad de los trabajadores despedidos para ser readmitidos, si el empleador vuelve a contratar a trabajadores, los traslados internos, la formación de los

Ana María Orellana Cano

trabajadores, los planes de prejubilación, la disminución de las horas extraordinarias y, la reducción de la duración normal de la jornada.

En esta línea, el artículo 2.2 de la Directiva Comunitaria 98/59, establece que las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. Los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

No obstante lo anterior, en algunos países no se regula la posibilidad de analizar el establecimiento de medidas alternativas al despido colectivo. Así ocurre en Egipto, Jordania, Níger, Siria y Venezuela. Por este motivo, se impone en ellos la obligación de que sea un comité tripartito el que estudie el despido colectivo y valore otras alternativas.

En cualquier caso, la ausencia de disposiciones legales al respecto, ha sido integrada por la negociación colectiva, como ocurre en Suecia, o mediante el establecimiento de un Código de buenas prácticas, que es lo que sucede en Lesotho y Malasia.

En Australia, a partir de la Ley de Trabajo Justo de 2009, *Fair Work Act* y, de las Normas Nacionales del Trabajo de 2010, el empresario debe contemplar la posibilidad de recolocar a los trabajadores, antes de proceder al despido colectivo.

Y, en muchos países se contempla la medida de acompañamiento consistente en la prioridad de los trabajadores despedidos para ser recolocados en la empresa, si ésta necesitara realizar nuevas contrataciones. Esta prioridad de recolocación, está sometida a un plazo que varía de un Estado a otro. El plazo de vigencia de la prioridad de recolocación de los trabajadores despedidos, en la empresa, es de un mes y medio en Rumania;

de 6 meses en China, en los Países Bajos, en Serbia y en Turquía; de 8 meses en Chipre; de 9 meses, en Finlandia y en Suecia; de un año en Bangladesh, en la República Democrática del Congo, en Eslovenia, en Francia, en Gabón, en Italia, en Jordania, en Luxemburgo, en Marruecos, en Pakistán, en Perú, en Túnez y en Ucrania; de 2 años, en Burkina Faso, en Camboya, en Camerún, en Comoras, en Níger y en Senegal; de 3 años en la República de Corea; y, sin límite de tiempo, en Afganistán, en Méjico, en Sri Lanka y en Yemen.

La ley no contiene disposiciones legales sobre el plazo de vigencia de la prioridad del derecho de recolocación, en Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Estonia, Grecia, Hungría, Macedonia, Portugal, Reino Unido, la República Checa y, la Federación de Rusia¹³³.

La legislación laboral española, -que debe ser tomada en cuenta en el concurso de acreedores, en la medida de lo posible, dadas las especiales circunstancias de las empresas concursadas-, se contiene en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que tras reiterar los objetivos pretendidos en la Directiva Comunitaria con las medidas sociales de acompañamiento, indica entre estas, las medidas de recolocación o las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. El artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, regula las medidas sociales de acompañamiento, distinguiendo dos grupos, según que vayan encaminadas a evitar o reducir los despidos colectivos o, a atenuar las consecuencias del despido colectivo en los trabajadores afectados. Esta lista de medidas constituye un *numerus apertus*, ya que el legislador las detalla, pero declarando expresamente que se podrán adoptar, “entre otras”.

¹³³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 39 y 40. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

Ana María Orellana Cano

Entre las medidas orientadas a evitar o reducir los despidos colectivos se encuadran las siguientes:

1. La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.
2. La movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.
3. La movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.
4. Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.
5. La inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.
6. Las acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.
7. Y, cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Y en el grupo de las medidas dirigidas a atenuar las consecuencias del despido colectivo en los trabajadores afectados, se contemplan, entre otras, las siguientes:

1. El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional, que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule.
2. La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. En este caso, deberá incluirse en la documentación

del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.

3. Las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.

4. La promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión, en fraude de ley, de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

5. Las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.

6. Las medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Como he indicado anteriormente, en el concurso de acreedores, en ocasiones, no será posible ni siquiera abordar en la negociación del periodo de consultas, la adopción de estas medidas, que además no son contempladas por la Ley Concursal.

Las medidas de acompañamiento difieren de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, siendo las más interesantes, a mi juicio, las reguladas en Francia¹³⁴.

¹³⁴ Un análisis más detallado de las medidas de acompañamiento en Francia, Italia, Alemania y Suecia, se contiene en ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?”*, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, páginas 43 a 49. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

6.3.6 EL PLAN DE VIABILIDAD EN LAS EMPRESAS CON MÁS DE CINCUENTA TRABAJADORES.

La única medida de acompañamiento a la que se refiere la Ley Concursal es el denominado Plan de Viabilidad. De conformidad con el artículo 64.5.4º de la Ley Concursal, si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. A pesar de que el Plan de Viabilidad, se exige en las empresas concursadas que vayan a adoptar una medida de regulación de empleo, que afecte a más de cincuenta trabajadores, al igual que se exige el Plan Social en las empresas que vayan a practicar un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores, en el ámbito extraconcursal, hay diferencias entre el Plan de Viabilidad y el Plan Social. Debe tenerse en cuenta que, precisamente, las empresas concursadas están exceptuadas de la obligación de presentar un Plan Social.

La finalidad del periodo de consultas consiste, como he expuesto, en reducir el número de trabajadores afectados por la medida o atenuar sus consecuencias. Y, para ello, puede establecerse un Plan Social. No todos los Estados miembros contemplan el Plan Social como medida de acompañamiento. En Italia y en la República Checa no se prevé y, en España, la implantación obligatoria se ha producido a raíz de la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, aunque es cierto que era habitual que se aportara en el periodo de consultas, en el ámbito extraconcursal¹³⁵.

Una de las medidas más relevantes que deben contemplarse en el Plan Social es la recolocación o el *outplacement*. La recolocación o

¹³⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?*”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, página 50. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

outplacement consiste en aplicar un conjunto de técnicas encaminadas a conseguir que los trabajadores que hayan perdido su empleo involuntariamente, se reincorporen, lo antes posible, al mercado laboral, facilitándoles conocimientos y herramientas para la búsqueda de un nuevo empleo lo más adaptado posible a sus aspiraciones personales y profesionales. Esta medida se ha venido aplicando en otros países, tales como Estados Unidos y Francia, con un alto grado de satisfacción desde hace años¹³⁶.

En España, el establecimiento de un Plan Social en estos términos sólo se exige en el artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores, a la empresa que adopte una medida de extinción que afecte a más de cincuenta trabajadores. En estos supuestos, en el ámbito extraconcursal, la empresa deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa o *outplacement* a través de empresas de recolocación autorizadas. Este plan se diseñará para un periodo mínimo de seis meses y, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, la atención personalizada al trabajador afectado y la búsqueda activa de empleo. Y, el coste de la elaboración y la implantación del Plan Social no recaerá, en ningún caso, sobre los trabajadores. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que quedan exceptuadas de esta obligación las empresas declaradas en concurso. La Autoridad laboral, a través del Servicio Público de Empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento. El artículo 9 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, constituye el desarrollo reglamentario y, contiene una regulación detallada del Plan Social, que no es aplicable a las empresas declaradas en concurso.

En Francia, en Alemania y en Bélgica, también existe la obligación de la empresa de elaborar e implementar un Plan Social.

¹³⁶ Página web de una empresa de recolocación autorizada, que actúa a nivel internacional, denominada Lee Hecht Harrison, del grupo Adecco, 30 de mayo de 2012, página 1.

En las empresas declaradas en concurso, basta que se presente con la solicitud de procedimiento concursal de regulación de empleo, un Plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

6.3.7 LA DOCUMENTACIÓN DE LAS SESIONES.

La Ley Concursal no regula esta materia, por lo que considero que ha de acudir a la legislación laboral, a tenor del párrafo undécimo del artículo 64; criterio mantenido por un sector doctrinal¹³⁷. La regulación de la documentación de las sesiones se contempla en el 7 del Real Decreto 1483/2012, del que son relevantes los siguientes aspectos:

1. En el momento de la apertura del periodo de consultas, se fijará un calendario de reuniones, que respetará lo establecido en este precepto, aunque las partes podrán modificar el número de reuniones y de intervalos entre las mismas.
2. La primera reunión del periodo de consultas se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación, salvo pacto en contrario.
3. En las empresas de menos de cincuenta trabajadores, salvo pacto en contrario, se deberán celebrar durante el periodo de consultas, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales.
4. En las empresas de cincuenta o más trabajadores, salvo pacto en contrario, se deberán celebrar durante el periodo de consultas, al menos, tres reuniones,

¹³⁷ GULLÓN RODRÍGUEZ, JESUS: “Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en la situación de concurso”, en la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2005, páginas 147 y 148.

separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales, ni inferior a cuatro días naturales.

5. De todas las reuniones celebradas en el periodo de consultas se levantará acta, que deberá ser firmada todos los asistentes.

6.4 EL ACUERDO EN EL PERIODO DE CONSULTAS.

La adopción de un acuerdo en el periodo de consultas supone la finalización del mismo. Como indiqué en el análisis de los sujetos que pueden intervenir en el periodo de consultas, se permite la participación no sólo de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores, sino también del concursado y de la Administración Pública. Ante esta situación, cabría plantearse si todos los intervinientes pueden suscribir el acuerdo o sólo la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Considero que, a pesar de que se autorice por el Juez del Concurso la participación del concursado, -en los supuestos de intervención de sus facultades-, o de la Administración Pública, carecen de la legitimación para suscribir el acuerdo en el periodo de consultas. Así se extrae expresamente del artículo 64.6.1º de la Ley Concursal, que dispone que, durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

6.4.1 LAS MAYORÍAS EXIGIDAS PARA ADOPTAR EL ACUERDO.

Según el artículo 64.6.2º de la Ley Concursal, el acuerdo que se adopte en el periodo de consultas, requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la Comisión Representativa de los Trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, respecto a los legitimados para suscribir el acuerdo, considero que en este apartado hubiese sido deseable

que se incluyera la mayoría necesaria en la administración concursal, cuando está compuesta por dos miembros. Esta laguna deberá integrarse con lo establecido en el artículo 35.2 de la Ley Concursal, por lo que el acuerdo de la administración concursal se adoptará de forma mancomunada.

6.4.2 EL CONTENIDO DEL ACUERDO.

El artículo 64.6.4º de la Ley Concursal establece que, en el acuerdo, se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y, se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa, otras superiores.

En la versión originaria del artículo 64.6 de la Ley Concursal no se hacía referencia alguna al contenido del acuerdo del periodo de consultas. A partir de la reforma operada en la norma por el número cuarenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, el legislador se refiere al contenido mínimo, con una referencia concreta a la necesidad de que se recoja la identidad de los trabajadores afectados y el importe de la indemnización. Evidentemente, en el acuerdo del periodo de consultas se deberán expresar los términos de las medidas adoptadas y, las condiciones en las que van a ser aplicadas.

Analizaré, a continuación, estas menciones mínimas del acuerdo del periodo de consultas.

A) Los trabajadores afectados.

Un sector de la doctrina¹³⁸, interpretando el precepto en su redacción inicial, había considerado que era posible que se determinara sólo el número de trabajadores afectados y los criterios de selección, para que posteriormente, se concretara la identidad de los mismos, por la administración concursal. Con

¹³⁸ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 419.

la redacción actual se resuelve esta controversia, con buen criterio, ya que el Juez del Concurso, en el Auto acuerda la medida y, no autoriza a la administración concursal a su adopción, como se verá.

En mi opinión, es insuficiente la referencia sólo a la identidad de los trabajadores, siendo necesario además que consten la antigüedad en la empresa, el salario a efectos de despido, es decir, el salario global y, cualquier otra circunstancia relevante para una posible impugnación del Auto a través del incidente concursal laboral.

B) La cuantía de las indemnizaciones.

El importe de las indemnizaciones se ajustará, con carácter general, a lo establecido en la legislación laboral, es decir, ascenderá a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades. No obstante, cabe una excepción, pactándose una cuantía superior, cuando así lo aconsejen los intereses afectados por el concurso. De este modo, se consagra legislativamente una reiterada doctrina judicial que mantenía este criterio.

Cuando la norma no recogía expresamente esta posibilidad, la doctrina no era unánime. Un sector¹³⁹ consideraba que era perfectamente posible el pacto de una indemnización superior a la legal y, que en todo su importe, constituiría un crédito contra la masa. Se argumentaba por algunos autores¹⁴⁰ que si el legislador hubiese querido que no fuera superior a la legal, tendría que haber incluido en la norma un límite. Otro sector¹⁴¹ mantuvo que dependería de que el empresario concursado tuviese las facultades suspendidas o

¹³⁹ ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *“Aspectos laborales de la Ley Concursal”*, Valencia, 2004, página 74.

¹⁴⁰ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, página 420.

¹⁴¹ CRUZ VILLALÓN, JESÚS: *“Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”*, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003, página 130.

intervenidas y, para el caso de que estuviesen suspendidas, la administración concursal no podría pactar indemnizaciones superiores a las legales.

En la doctrina judicial, la resolución más temprana que abordó la cuestión fue el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz de 19 de diciembre de 2005 que acordó la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de la empresa concursada, aceptando el acuerdo adoptado en la fase de consultas, en relación con el importe de la indemnización que por despido colectivo debía abonar la empresa, que ascendía a 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de veintisiete mensualidades. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo segundo de la Ley Concursal, las indemnizaciones constituyen créditos contra la masa y se entiende comunicados y reconocidos por la propia resolución que acuerde el procedimiento judicial de regulación de empleo. Se argumenta en la resolución analizada que no se aprecia fraude en el pacto, dentro del periodo de consultas, de una indemnización superior a la legal, respecto del resto de los acreedores, pues al haberse alcanzado un acuerdo, aunque la indemnización pactada sea superior, también se está evitando el devengo de salarios de los trabajadores y de las cotizaciones a la Seguridad Social y, no ha de olvidarse que los salarios devengados por la continuación de la actividad laboral son créditos contra la masa, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo primero de la Ley Concursal, lo que podría causar, en su caso, un perjuicio mayor a los restantes acreedores, que el haberse pactado una indemnización superior. Por otro lado, se justifica la posibilidad del pacto de una indemnización superior a la legal, aun cuando la empresa carezca de liquidez, en el Auto que se examina, en la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras en el periodo de consultas, debiendo distinguirse entre el reconocimiento de la indemnización y el pago de la misma. El Auto de Vitoria-Gasteiz de 19 de diciembre de 2005 fue confirmado por la Sala de lo Social del País Vasco en Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Recurso 1393/2006.

Con la redacción actual de la norma, queda claro que se puede pactar en el periodo de consultas una indemnización superior a la legal. Una cuestión diferente es si el Juez del Concurso puede acordar una indemnización superior

en el Auto si, en las negociaciones del periodo de consultas, que finalizó sin acuerdo, se hubiese alcanzado un principio de pacto respecto de una indemnización superior. En mi opinión, a falta de acuerdo, el Juez del Concurso sólo puede declarar el derecho de los trabajadores a percibir la indemnización legal y no en una cuantía superior.

6.4.3 LA PRESENTACIÓN DEL ACUERDO CON LA PROPIA SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO.

El artículo 64.6.3º de la Ley Concursal consagra legislativamente, a partir de la reforma de la Ley 38/2011, lo que había sido una práctica habitual en los Juzgados de lo Mercantil. De este modo, establece que no será necesaria la apertura del periodo de consultas, cuando se aporte con la solicitud del procedimiento concursal de regulación de empleo, el acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Esta práctica se había aceptado ya por algunos Juzgados de lo Mercantil. Efectivamente, cuando se presentaba con la solicitud de expediente de regulación de empleo concursal, el acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, algunas resoluciones judiciales entendieron cumplido el trámite del periodo de consultas, con buen criterio, para conseguir una mayor celeridad en el procedimiento. En este sentido, se pronunció el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, en los Autos de 31 de julio de 2008 (Procedimiento 443/2008) y, de 8 de enero de 2006 (Procedimiento 450/2007), en los que directamente se recabó el informe de la Autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado.

7. EL INFORME DE LA AUTORIDAD LABORAL.

El artículo 64.6, en sus párrafos quinto, sexto y séptimo, disponen que, al finalizar el plazo señalado o, en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores

comunicarán al Juez del Concurso, el resultado del período de consultas. Una vez recibida esta comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia recabará un informe de la Autoridad laboral sobre las medidas propuestas o, el acuerdo alcanzado. El plazo para la emisión del informe será de quince días y, antes de su emisión, podrá acordar oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. Recibido el informe por el Juez del Concurso o, transcurrido el plazo de quince días para su emisión, las actuaciones seguirán su curso. Si el informe fuera emitido fuera de plazo, podrá no obstante, ser tenido en cuenta por el Juez del Concurso, al dictar la correspondiente resolución.

Un sector doctrinal¹⁴² ha puesto de manifiesto que carece de sentido exigir obligatoriamente la emisión del informe de la Autoridad laboral, también en los supuestos en los que se haya alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas, ya que, en estos casos, de conformidad con el artículo 64.7.1º de la Ley Concursal, el Juez del Concurso debe aceptarlo, salvo que aprecie dolo, coacción, abuso o fraude.

La norma exige recabar el informe de la Autoridad laboral, con carácter preceptivo, pero éste no será vinculante para el Juez del Concurso. Además, antes de la emisión, la Autoridad laboral podrá oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, lo que constituye una facultad y, no una obligación.

8. EL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO QUE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO.

¹⁴² DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: *“Los efectos del concurso en las relaciones laborales”*, en Relaciones Laborales, número 8, 2005, página 25.

El artículo 64.7 en sus párrafos primero y segundo regula la incidencia que tiene el resultado del periodo de consultas en el Auto que dicte el Juez del Concurso.

8.1 EN EL CASO DE ACUERDO EN EL PERIODO DE CONSULTAS.

A tenor del artículo 64.7.1º de la Ley Concursal, cumplidos los trámites analizados anteriormente, el Juez del Concurso dictará Auto, en el plazo máximo de cinco días, resolviendo sobre las medidas propuestas, aceptando el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo, aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Si apreciara alguna de estas circunstancias, resolverá conforme a la legislación laboral. En el ámbito extraconcursal, si la Autoridad laboral aprecia en la adopción del acuerdo en el periodo de consultas, dolo, coacción, abuso o fraude, iniciará ante el Juzgado de lo Social, el procedimiento de oficio, regulado en los artículos 148 a 150 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. En este sentido, el artículo 148 b) de la citada norma establece que el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia de los acuerdos de la Autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el artículo 51.6 del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, la Autoridad laboral presentará la demanda de oficio ante la jurisdicción social, a los efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la Autoridad laboral, cuando la Entidad Gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Pues bien, si el Juez del Concurso apreciara dolo, coacción, abuso o fraude en la conclusión del periodo de consultas, deberá resolver conforme a la legislación laboral, es decir, declarando la nulidad del acuerdo, según establece el artículo 148 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Considero que, en estos supuestos, el Juez del Concurso en el Auto, declarará la nulidad del acuerdo y, resolverá como si éste no se hubiese alcanzado en el periodo de consultas. Y que, en el mismo Auto en el que declare la nulidad del acuerdo, convocará a las partes que hubiesen intervenido a una comparecencia o, les otorgará el plazo de tres días, para alegaciones por escrito. Una vez evacuado este trámite, dictará el Juez del Concurso nuevo Auto resolviendo sobre las medidas. Por su parte, el Auto que declare la nulidad será recurrible en suplicación, al igual que el que resuelva sobre el procedimiento concursal de regulación de empleo. En mi opinión, no puede acordarse en el mismo Auto la nulidad del acuerdo del periodo de consultas por dolo, coacción, abuso o fraude y, resolver sobre la medida solicitada en el procedimiento concursal de regulación de empleo, porque no se daría cumplimiento a lo previsto en el artículo 64.7 de la Ley Concursal, sobre la comparecencia o el trámite escrito de alegaciones, ante la falta de acuerdo en el periodo de consultas.

8.2 EN EL CASO DE FINALIZACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS SIN ACUERDO.

La reforma operada por la Ley 38/2011, resuelve la falta de contradicción del procedimiento de regulación de empleo concursal, que había sido puesta de manifiesto por la doctrina mayoritaria¹⁴³. Según el artículo 64.7.2º de la Ley Concursal, si no se hubiera alcanzado un acuerdo, el Juez del Concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas. Para ello, el Letrado de la Administración de Justicia les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y, aportar prueba documental. El Juez del Concurso podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días. Considero que, junto con las alegaciones escritas, también podrán proponer las partes la prueba que estimen pertinente, aunque la ley expresamente no lo indique.

¹⁴³ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “*El concurso laboral*”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 126.

Es interesante también, la implantación por la reforma indicada de un trámite de aportación de documental. Con la redacción anterior del artículo 64 de la Ley Concursal, alguna resolución judicial había reconocido esta posibilidad. Concretamente, la cuestión se debatió en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 26 de octubre de 2007 (Recurso de suplicación 2147/2007). La empresa concursada solicitó la extinción colectiva de una parte de la plantilla. La administración concursal y los representantes de los trabajadores no alcanzaron un acuerdo en el periodo de consultas. Recabado por el Juez del Concurso el informe de la Autoridad laboral, se emitió en sentido desfavorable a la extinción colectiva solicitada de los contratos de trabajo. Por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo se desestimó la solicitud de extinción, no acordándose la medida. Frente al mismo, se alzó en suplicación la empresa concursada. Se solicitó por la parte recurrente, con base en el artículo 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, la nulidad de las actuaciones por tres razones. En primer lugar, por haberse admitido por el Juzgado de lo Mercantil una prueba documental aportada por la representación de los trabajadores, sin que el artículo 64 previera esta posibilidad. En segundo lugar, porque no se le había dado traslado de estos documentos a la empresa, infringiéndose los artículos 122 y 123 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, por último, porque se había vulnerado el artículo 64.6 de la Ley Concursal, ya que estos documentos se habían aportado por la representación de los trabajadores, después de que la Autoridad laboral hubiese emitido el informe. La Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de octubre de 2007 estimó el recurso de suplicación y declaró la nulidad del Auto del Juzgado de lo Mercantil impugnado con devolución de las actuaciones al Juzgado de origen a fin de que se dictara otro, en el que se subsanaran los defectos procesales reseñados. Considero, con carácter previo, que la nulidad de las actuaciones debió afectar no sólo al Auto sino que debieron retrotraerse las actuaciones y declararse la nulidad de lo actuado hasta el momento de admisión a trámite de la prueba documental presentada por la representación de los trabajadores, ya que si se retrotraen hasta el Auto, según los términos de la Sentencia de la Sala, el Juez del Concurso debería acordar el traslado de la documental

aportada, a la empresa y a la administración concursal y, se trataba, de actuaciones anteriores al Auto recurrido¹⁴⁴.

Antes de la reforma de la Ley 38/2011 cabía plantearse si cabía la posibilidad de que los representantes de los trabajadores aportaran prueba documental en el procedimiento judicial de regulación de empleo, ya que el artículo 64 no regulaba esta materia. El artículo 64.7 de la Ley Concursal introduce esta posibilidad en la comparecencia.

8.3 LOS EFECTOS DEL AUTO.

De conformidad con el último párrafo del artículo 64.7 de la Ley Concursal, el Auto del Juez del Concurso por el que se acuerda la suspensión o la extinción colectiva de los contratos de trabajo, surte efectos desde la fecha en que se dicta, salvo que disponga otra fecha posterior. Con buen criterio, tras la reforma de la Ley 38/2011, del tenor literal de la norma, se extrae que el Juez del Concurso acuerda la medida y no autoriza a que la administración concursal o, en su caso, el empresario la acuerde, como ocurría en el ya suprimido expediente de regulación de empleo administrativo, en el que la Autoridad laboral no acordaba la medida sino que autorizaba al empresario a adoptarla.

Y adiciona la norma que producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la Autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo. Del tenor literal de la norma, se extrae la

¹⁴⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 140 a 143.

diferente naturaleza que le atribuye el legislador al Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento de regulación de empleo concursal y a la Resolución de la Autoridad laboral, cuando estaba vigente el expediente de regulación de empleo administrativo. Efectivamente, la Resolución de la Autoridad laboral autorizaba al empresario a extinguir o a suspender, pero el que extinguía o suspendía los contratos de trabajo era el empresario. En el procedimiento de regulación de empleo concursal, el Juez del Concurso es el que extingue o suspende las relaciones laborales en su Auto. Por lo tanto, la extinción o la suspensión se producen en la fecha del Auto que resuelve el procedimiento de regulación de empleo concursal. Cabe una excepción, a saber, que el Juez del Concurso, en el propio Auto, acuerde la extinción o la suspensión en un momento posterior. Esta posibilidad fue introducida por la Ley 38/2011, para resolver algunos problemas que se habían suscitado en la práctica. Concretamente, pueden darse supuestos en los que el empresario concursado precise mantener vigentes determinados contratos de trabajo, sobre todo en los casos de cese en la actividad, precisamente, para llevar a cabo las últimas gestiones necesarias para el cierre. Esta circunstancia se había dado con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011 y, había sido resuelta por la doctrina judicial, sentada entre otras, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia de 21 de enero de 2008, en el sentido de admitir que se acordara en el propio Auto de resolución del expediente de regulación de empleo concursal, que algunos contratos no se extinguieran en esa fecha sino en otra posterior. Y, la reforma indicada acogió esta posibilidad, con buen criterio a mi juicio.

En cuanto a la segunda parte del precepto, considero que, suprimido el expediente de regulación de empleo administrativo, huelga la referencia a la Resolución de la Autoridad laboral, respecto del efecto relativo a considerarse, a los trabajadores afectados por la medida, en situación legal de desempleo. Es cierto que, cuando se promulgó la Ley 38/2011, aun no había desaparecido el expediente de regulación de empleo administrativo, pero se podía haber incluido la supresión de esta referencia en otra reforma posterior de las que ha sido objeto la Ley Concursal. No obstante, sí que debe destacarse que la equiparación entre el Auto del Juez del Concurso y la Resolución de la

Autoridad Laboral, se produce exclusivamente en relación con la consideración de los trabajadores en situación legal de desempleo, lo que es acorde con el artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social, que así expresamente lo reconoce.

Una cuestión que se suscita es si el Juez del Concurso puede adoptar una medida distinta de la que se ha instado en el procedimiento concursal de regulación de empleo, atendiendo a las circunstancias de la empresa y a los objetivos perseguidos por las medidas. Un sector doctrinal¹⁴⁵, -con un criterio que comparto-, considera que ello atentaría al principio de congruencia de la resoluciones judiciales, por lo que el Auto del Juez del Concurso deberá estimar o desestimar la medida o las medidas solicitadas por las partes.

8.4 EL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN.

Sobre el importe de la indemnización que debe contener el Auto del Juez del Concurso que estime la medida de extinción de los contratos, no se contiene norma alguna en la Ley Concursal, pero ha de entenderse aplicable la legislación laboral, a tenor del artículo 64.11 de la misma. El artículo 53.1 b), al que se remite el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores fija la indemnización en veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. Pues bien, el Auto deberá contener la indemnización que corresponde a cada trabajador afectado. De haberse alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas, -como he indicado en el análisis del artículo 64.6 de la Ley Concursal-, puede haberse pactado una indemnización superior a la legal, en cuyo caso, en el Auto se declarará el derecho de los trabajadores a percibir la misma. Pero, en el supuesto de falta de acuerdo en el periodo de consultas,

¹⁴⁵ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, páginas 429 y 430.

cabría plantearse si el Juez del Concurso, en el Auto, puede acoger una indemnización superior a la legal, para el caso en el que se haya ofrecido por la administración concursal en el periodo de consultas, no habiendo aceptado la representación de los trabajadores esta cantidad. Considero con la doctrina mayoritaria¹⁴⁶ que, a falta de acuerdo en el periodo de consultas, el Juez del Concurso sólo puede acordar el abono de la indemnización legal. En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de abril de 2010 (Recurso de suplicación 3455/2009).

No obstante, conviene resaltar que la indemnización legal es un mínimo de Derecho necesario para los trabajadores y, por lo tanto, como el Juez del Concurso es el que acuerda la extinción, con carácter general, en el momento de la fecha del Auto -o, excepcionalmente, en otra posterior-, deberá velarse porque el cálculo de la indemnización sea hasta esa fecha, con el objeto de que se respete ese mínimo de Derecho necesario.

9. EL RECURSO DE SUPLICACIÓN.

El artículo 64.8.1º de la Ley Concursal dispone que frente al Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento concursal de regulación de empleo, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial, podrán interponer el recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. Dentro de los restantes recursos, se encuadran el recurso de reposición, el

¹⁴⁶ ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal*”, en la obra colectiva “*El concurso laboral*”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012, página 125.

recurso de queja, el recurso de casación para la unificación de doctrina y, el recurso de revisión.

Analizaré, a continuación, algunos problemas que se suscitan en relación con la impugnación colectiva del Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento concursal de regulación de empleo.

9.1 LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN COLECTIVA DEL AUTO QUE RESUELVE EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

La redacción originaria de la norma no recogía los legitimados activamente para formular el recurso de suplicación, lo que suscitó un enorme debate. Esta cuestión se solventó por la redacción dada por el número cuarenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, que le otorga legitimación activa para recurrir en suplicación el Auto del Juez del Concurso que resuelva el procedimiento de regulación de empleo concursal, a la administración concursal, al concursado, a los trabajadores a través de sus representantes y, al Fondo de Garantía Salarial. No ofrecía dudas con la redacción anterior, la legitimación para recurrir de la administración concursal, del concursado y del Fondo de Garantía Salarial. La controversia surgió respecto a la legitimación activa de los trabajadores, concretamente si éstos, para recurrir en suplicación el Auto, tenían que hacerlo a través de sus representantes o, si podían impugnarlo individualmente considerados y, dentro de esta última cuestión, si para ello tenían que haber sido tenidos como parte en el procedimiento de regulación de empleo concursal o, bastaba que fuera un trabajador afectado por la medida.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de mayo de 2008 (Recurso de suplicación 1363/2008), se pronunció, precisamente, sobre la legitimación de los trabajadores individuales afectados por el Auto del Juzgado de lo Mercantil, que se recurrió en suplicación, con la redacción originaria del artículo 64.8 de la Ley Concursal, -

que como he indicado no contemplaba la legitimación activa para recurrir-. En este supuesto, el Juzgado de lo Mercantil “*autorizó*” por causas económicas, la extinción de los contratos de los 62 trabajadores que formaban la plantilla de la empresa declarada en concurso voluntario. Ha de resaltarse que, en rigor técnico, el Auto que dicta el Juzgado de lo Mercantil en estos supuestos no ha de “autorizar” la extinción sino acordarla, como ya ha quedado reseñado anteriormente. El Auto del Juzgado de lo Mercantil fue recurrido en suplicación por tres de los 62 trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo. La parte recurrida invocó la falta de legitimación activa para recurrir esta resolución, de los tres trabajadores recurrentes. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de febrero de 2007, en un supuesto análogo, había aplicado el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ninguna previsión específica se contenía en los artículos 64 y 197 de la Ley Concursal. El artículo 448.1 indicado atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos, a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica. De conformidad con los artículos 64.2 y 184.1 de la Ley Concursal, tienen la condición de parte en el expediente judicial de regulación de empleo, el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo. La intervención de estos sujetos tiene carácter excepcional y, ha de indicarse que, al amparo del artículo 184.4 de la Ley Concursal, se permite la intervención de los trabajadores y se les considera legitimados activamente para formular el recurso de suplicación, pero sólo cuando hayan intervenido como parte en el expediente judicial de regulación de empleo. En consecuencia, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerían de legitimación para recurrir el Auto que le pone fin, salvo que hubieran sido admitidos como parte. Por lo que, -concluye la anterior sentencia-, los trabajadores recurrentes, que no tuvieron la condición de parte en el expediente, carecían de legitimación para recurrir en suplicación el Auto y, en menor medida aún, para instar su modificación con el alcance postulado, comprensivo de todos los trabajadores incluidos en el expediente, y con

incidencia negativa en las prestaciones por desempleo. Y en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de enero de 2008 (Recurso de suplicación 2773/07), se apreció la inadecuación de procedimiento y la falta de competencia funcional, al conocer del recurso de suplicación contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, al ejercitarse la pretensión por una trabajadora en lo relativo a su relación jurídica individual. Yo considero que, en este caso, se debió inadmitir el recurso de suplicación por falta de legitimación de la trabajadora.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (Recurso de suplicación 1720/2010), apartándose de su doctrina, reconoció la posibilidad de recurrir en suplicación a los trabajadores que se hubieran personado en el expediente de regulación de empleo y hubiesen sido tenidos como parte en el mismo.

Con la reforma de la Ley 38/2011, la legitimación para recurrir en suplicación el Auto del Juez del Concurso que resuelva el expediente de regulación de empleo, corresponde a la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015 (Rcud 311/2014) declara que no tienen legitimación para recurrir los trabajadores que componen la Comisión ad hoc, si actúan individualmente.

9.2 EL ACCESO AL RECURSO DE SUPLICACIÓN. LA NECESIDAD DE CONSIGNAR EL IMPORTE DE LA CONDENA.

Un problema muy importante que se plantea en el derecho de acceso al recurso, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, es la imposibilidad que tienen, en la mayoría de las ocasiones, las empresas declaradas en concurso, de cumplir con el requisito para recurrir de consignar el importe de la condena. Son numerosos los recursos de queja que se han resuelto, valorando esta cuestión, por los distintos Tribunales Superiores de

Justicia. La cuestión controvertida en los mismos, se centra en determinar si las empresas declaradas en concurso, tienen la obligación de consignar el importe de la condena para acceder al recurso de suplicación o, si por el contrario, dadas sus especiales circunstancias, deben considerarse exoneradas del cumplimiento de este deber. Pues bien, las razones que avalan la obligación de consignar el importe de la condena por las empresas declaradas en concurso son las siguientes:

1. La finalidad básica de la consignación es garantizar el objeto de la condena. Este es el pacífico argumento que se ha venido defendiendo en pronunciamientos judiciales tales como en el Auto del Tribunal Supremo de 18 enero 2006 (Recurso de queja núm. 36/2005), en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 (Recurso 487/99), con razonamiento reproducido a su vez en el Auto de 8 de marzo de 2001 (Recurso 4582/00), entre otros y, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1989. El problema se suscita, porque a raíz de la Ley Concursal, desaparece la ejecución separada, lo que significa que si la Sala del Tribunal Superior de Justicia confirma el Auto del Juez del Concurso, desestimando el recurso de suplicación de la empresa, de la administración concursal o del Fondo de Garantía Salarial, el trabajador no podrá hacer efectivo el importe de la consignación, sino que tendrá que acudir con su crédito ante el Juez del Concurso, que es el único competente para la ejecución de las sentencias laborales, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley Concursal, -al tratarse de una nueva ejecución laboral, que se iniciará tras la declaración de concurso de la empresa-. En esta ejecución del crédito del trabajador ante el Juez del Concurso, se le dará a su crédito el tratamiento que corresponda conforme a la Ley Concursal. Debe tenerse en cuenta que este crédito aparecerá en el concurso mientras se tramita el recurso de suplicación, si se ha comunicado, como crédito contingente. Y, respecto de los créditos contingentes, el artículo 87.4 de la Ley Concursal contiene los mecanismos para asegurar la ejecución de la sentencia. Recoge literalmente el artículo 87.4 de la Ley Concursal que cuando el Juez del Concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la

masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso. Por lo tanto, si el propio Juez del Concurso, con un amplio margen, puede valorar los efectos sobre la masa del concurso de una posible sentencia condenatoria y, en su consecuencia, determinar qué medida cautelar es la más oportuna para garantizar el cumplimiento de aquella, no existe obstáculo para que esta medida cautelar, consistente en consignación en metálico o mediante aval bancario del importe de la condena, sea exigida por el Juzgado de lo Social para admitir el recurso de suplicación del Auto del Juez del Concurso, cuando además viene prevista y exigida por la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

2. Los artículos 64.8 y 197.7 de la Ley Concursal remiten a las normas del recurso de suplicación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y, el artículo 229 de la citada normativa adjetiva, sólo exime de la consignación al Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las Entidades de Derecho Público reguladas por su normativa específica y, los órganos constitucionales, los Sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita. En ocasiones, se ha invocado que la administración concursal, en su naturaleza jurídica o estatuto de órgano auxiliar delegado del Juez del Concurso, puede considerarse como una prolongación de la Administración Pública, -organismo autónomo dependiente de la administración de justicia-, exenta como sabemos del trámite de la consignación. Este argumento que no se comparte, ya fue expresamente desestimado, entre otros, por el Auto 107/09 de 16 de abril de 2009 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla.

3. El artículo 229 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social no deja dudas y, así ha sido interpretado por la Sala IV del Tribunal Supremo, sobre el carácter imperativo de la consignación del importe de la condena para recurrir en suplicación, respecto de aquellos que no hayan obtenido el beneficio de justicia gratuita. La Ley 1/1996, de 10 de enero no otorga el beneficio de justicia gratuita a las sociedades y, por lo tanto, los órganos judiciales no pueden otorgar este privilegio a quien por ley no lo tiene. Y, este criterio fue

mantenido por el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de octubre de 2010, dictado en Sala General.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido, debiendo destacarse, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2014 (Rcud 857/2014). En esta sentencia, -reiterando la doctrina sentada en recursos de queja, que establece que el requisito de la consignación, cuando se incumple totalmente, es insubsanable-, desestimó el recurso de la empresa y confirmó la sentencia recurrida que inadmitió el recurso de suplicación debido a esa falta de consignación. Al respecto, ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en los Autos de 7 de junio de 2011 (Recurso 21/2011), de 7 de noviembre de 2011 (Recurso 24/2011), de 26 de julio de 2012 (Recurso 9/2012), de 13 de septiembre de 2012 (Recurso 30/2012), de 24 de julio de 2013 (Recurso 109/12) y de 18 de marzo de 2014 (Recurso 101/13).

Se ha planteado un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, habiendo dictado la Sala Primera del Alto Tribunal el Auto de 5 de febrero de 2015. En este Auto, el Tribunal Constitucional acuerda elevar al Pleno del Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad interna, para que resuelva sobre la falta de consignación del importe de las indemnizaciones por despido colectivo, por una empresa declarada en concurso. En el presente caso, se formuló la demanda en impugnación de los despidos realizados por la empresa, ante el Juzgado de lo Social. Con posterioridad se declaró el concurso de la empresa y, fue citada la administración concursal. La sentencia del Juzgado de lo Social declaró los despidos improcedentes. La administración concursal anunció el recurso de suplicación y presentó el escrito de formalización, declarando la imposibilidad de consignar el importe de la condena y, presentando certificación en la cual las indemnizaciones eran reconocidas como créditos contingentes, calificados provisionalmente como ordinarios en la cuantía indicada en la Sentencia del Juzgado de lo Social. El Juzgado de lo Social requirió a la administración concursal para que consignara el importe de las indemnizaciones y, al no hacerlo, se dictó Auto inadmitiendo

Ana María Orellana Cano

el recurso de suplicación, que fue recurrido en queja, desestimándose el recurso de queja por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Este Auto fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos. Y, el Tribunal Constitucional en el Auto que se examina eleva al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad interna, para que resuelva sobre si la falta de consignación del importe de las indemnizaciones por despido colectivo, por una empresa declarada en concurso, puede impedir el acceso al recurso, al considerar que, en principio, el recurso de amparo podía ser estimado. Habrá que esperar hasta la resolución definitiva de la cuestión.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 8 de julio de 2015, declaró la obligación de consignar de la empresa que estaba incurso en un procedimiento preconcursal del artículo 5 bis de la Ley Concursal, aplicando la misma doctrina jurisprudencial expuesta.

9.3 LA EJECUCIÓN DEL AVAL PRESTADO POR TERCERO PARA CONSIGNAR. ÓRGANO COMPETENTE.

El artículo 230.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social regula cómo debe llevarse a cabo la consignación del importe de la condena para recurrir en suplicación o en casación y, establece que, cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, emitido por entidad de crédito.

Pues bien, aun cuando, -como ya he puesto de manifiesto-, existe una seria dificultad para recurrir por las empresas concursadas, lo cierto es que cabría plantearse el órgano judicial competente para ejecutar el aval solidario, después de declarado el concurso. En este sentido, resulta interesante lo resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (Rcud 2668/2012). Analiza esta sentencia lo que debe hacerse con la consignación mediante aval bancario de la cantidad objeto de la condena en una sentencia de la jurisdicción social, que es recurrida, antes de la declaración de concurso. Durante el recurso, el empresario condenado es declarado en concurso de acreedores. Y declara que es competente el Juzgado de lo Social para ejecutar el aval solidario prestado. La cuestión controvertida consiste en determinar el órgano judicial competente para ejecutar el aval prestado para consignar la cantidad objeto de la condena para recurrir en suplicación, a saber, si el Juez del Concurso, porque es un acto de ejecución, a tenor del artículo 55 de la Ley Concursal o, el Juzgado de lo Social. Declara el Tribunal Supremo que la clave de la solución del presente supuesto litigioso es la interpretación que se dé al vocablo "ejecución", al que se refieren los artículos 8.3 y 55 de la Ley Concursal y, a la expresión "cuestiones litigiosas que se planteen en caso de concurso" de la Disposición Adicional 3ª de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Caben dos opciones; a saber, en primer lugar, si la actuación judicial de ordenación del destino de las cantidades consignadas constituye "ejecución" de sentencia, como tal actuación se ha efectuado en situación de concurso, la competencia es del Juez del Concurso. Sin embargo, si se considera que tal actuación de transferencia o entrega de las cantidades consignadas, no es propiamente "ejecución" de sentencia, al materializar una resolución judicial anterior al concurso, la competencia corresponde al Juez Social. A partir de aquí, el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, califica la situación del trabajador no como una expectativa de derecho, ni un derecho consolidado, sino como lo que denomina un derecho expectante o potencial, sometido a condición suspensiva. Por lo tanto, el trabajador tiene derecho al importe de la condena que le ha sido reconocido judicialmente, sometido a la condición suspensiva de confirmación de la sentencia. Al no ser, por tanto, el abono de la cantidad consignada para recurrir un acto de ejecución, concluye que la competencia

Ana María Orellana Cano

para ejecutar el aval corresponde a la jurisdicción social. Con todos mis respetos, discrepo del Alto Tribunal y, considero que en el procedimiento laboral se pueden distinguir una fase declarativa y otra de ejecución y que, la ejecución del aval solidario prestado para recurrir es un acto de ejecución. Además, si se ejecuta el aval, el avalista aparecerá como acreedor del concursado en el concurso, incrementándose, de este modo, la masa pasiva del concurso. Creo que es muy forzada la doctrina del derecho expectante sometido a condición suspensiva y, que una vez declarado el concurso, la ejecución del aval, como acto de ejecución, debe acordarse por el Juez del Concurso, a tenor del artículo 55.1 de la Ley Concursal.

10. EL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL.

Al igual que en el ámbito extraconcursal, la Ley Concursal contempla la impugnación colectiva del Auto del Juez del Concurso y la impugnación individual. En relación con esta última, el artículo 64.8.2º de la Ley Concursal dispone que las acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial, puedan ejercitar contra el Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento concursal de regulación de empleo, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el Auto del Juez del Concurso y, la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación. Del tenor literal de la norma, se extrae que la legitimación activa para la impugnación individual del Auto corresponde tanto al trabajador afectado como al Fondo de Garantía Salarial.

10.1 EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO. LOS GRUPOS DE EMPRESAS.

El objeto de la impugnación individual del Auto, a través del incidente concursal laboral, se centra en las cuestiones que se refieran estrictamente a la

relación jurídica individual. La ambigüedad de esta locución, -que ha sido calificada por algún sector doctrinal de perturbadora¹⁴⁷-, exige determinar el ámbito de aplicación del incidente concursal laboral. Algunos autores¹⁴⁸ consideran que ha de acudir a esta vía cuando se discrepe de las consecuencias concretas que para cada trabajador individual pueda tener la medida adoptada en el Auto que resuelva el procedimiento concursal de regulación de empleo. Otra parte de la doctrina¹⁴⁹ considera que lo relevante no es la materia objeto de impugnación, sino el sujeto que impugna, por lo que en la impugnación individual del Auto podrán hacerse valer alegaciones de cualquier tipo de materia, incluso las que afecten a la concurrencia de la causa, al procedimiento concursal de regulación de empleo, al cumplimiento de los objetivos o a la razonabilidad de la medida, pudiendo ser cuestionada por los trabajadores, la propia medida adoptada. Sería admitir una doble vía para impugnar lo mismo, a saber, la colectiva y la individual.

Cabría plantearse si el trabajador individual tiene legitimación activa para esgrimir en el incidente concursal laboral, del artículo 195 de la Ley Concursal, la existencia de un grupo de empresas irregular, en la impugnación individual del Auto que resuelve el expediente de regulación de empleo concursal. La doctrina judicial no es unánime en esta cuestión. Y así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de mayo de 2015 (Recurso de suplicación 702/2015) niega esta legitimación y, la reconoce, por el contrario, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2013 (Recurso de suplicación 1543/2013). Yo considero que excede del ámbito objetivo del incidente concursal laboral esta pretensión del trabajador de que se declare la existencia de un grupo de empresas irregular, al no ser una cuestión que afecte a su

¹⁴⁷ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”*, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003, página 37.

¹⁴⁸ ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *“Aspectos laborales de la Ley Concursal”*, Valencia, 2004, páginas 93 a 97.

¹⁴⁹ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”*, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003, páginas 37 y 38. Y BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *“Los procedimientos de regulación de empleo”*, Valencia, 2007, páginas 442 y 443.

relación jurídica individual. Además, de apreciarse la existencia de grupo laboral, se podrían producir graves consecuencias en el procedimiento de regulación de empleo concursal, sobre todo, si ha concluido el periodo de consultas con acuerdo¹⁵⁰.

En mi opinión¹⁵¹, ha de acudir a la legislación laboral, con carácter supletorio, como indica el artículo 64.11 de la Ley Concursal. Y, concretamente, esta cuestión ha sido debatida en el procedimiento laboral en relación con la impugnación del despido colectivo, en cuyo caso, también prevé el legislador la posibilidad de la impugnación colectiva y la impugnación individual. El artículo 124.13 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en la redacción dada por el Real Decreto ley 11/2013, supuso un avance en la regulación respecto de la redacción originaria, pero no solventó todos los problemas que suscitaba. Precisamente, en una interpretación del precepto, se planteó la extensión del objeto de la impugnación individual, sobre todo, cuando no se había producido la impugnación colectiva y había terminado el periodo de consultas con acuerdo. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 81/2014) declara que no está legitimado el trabajador individual en el caso de que el expediente de regulación de empleo termine con acuerdo y no sea objeto de impugnación colectiva, para revisar los actos de negociación de sus representantes -periodo de consultas, documentación, etc...- salvo una denuncia de fraude -que no se presume-. En este caso, el despido colectivo es fruto de un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, no un acto unilateral del empresario. Reitera la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2014 (Rcud 2182/2013). Para evitar este tipo de problemas, la Ley 1/2014 de

¹⁵⁰ Conclusiones del Seminario “*El grupo de empresas y su incidencia en el proceso laboral*”, celebrado en Barcelona, del 7 al 9 de mayo de 2014, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y publicado on line por el Centro de Documentación Judicial, páginas 17 y 18.

¹⁵¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*La difícil coordinación entre el procedimiento de impugnación del despido colectivo y los despidos individuales derivados del mismo*”, en *El Laboralista Digital*, diciembre de 2014, páginas 32 a 39.

28 de febrero modifica el artículo 124.13 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. En relación con la impugnación individual del despido colectivo es de destacar también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 457/2014) que analiza el ámbito objetivo de la impugnación individual, considerando que la suficiencia o no de la documental entregada por la empresa en el periodo de consultas no es objeto de esta impugnación individual, cuando ha terminado con acuerdo en el periodo de consultas.

En la misma línea, es interesante la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 364/2014). Se discute si un despido individual, que trae causa de un despido colectivo, puede ser impugnado por razones de fondo cuando concluyó con acuerdo que no ha sido impugnado, concretamente, si se puede debatir en esta impugnación individual, el incumplimiento de la obligación de entregar la documentación y, los defectos formales en la comunicación individual. Resuelve la siguiente cuestión. Se inicia un expediente de regulación de empleo basado en causas organizativas y productivas, que finalizó con acuerdo en el periodo de consultas. Se comunicó al demandante la extinción de su relación laboral por causas organizativas y de producción. La Sala entiende que no es posible admitir que, a nivel individual, se cuestione la concurrencia de las causas que justifican un despido colectivo cuando se ha alcanzado un acuerdo que ha devenido firme por no estar impugnado colectivamente, salvo que se denuncie dolo, fraude, coacción, abuso derecho o vulneración de derechos fundamentales o, se interese su no aplicación por falta de afectación porque, se estaría cuestionando no una inaplicación del acuerdo sino su propia existencia, porque el acuerdo extiende sus efectos sobre los procesos individuales. Y concluye que la falta de entrega de la documentación al Comité de Empresa y, que el centro de trabajo del actor mantuviera actividad, no se pueden analizar en el proceso individual cuando se ha alcanzado un acuerdo en el despido colectivo. Se mantiene la improcedencia por defectos formales por ausencia de elementos descriptivos de las causas organizativas y de producción, al no haber sido impugnado este punto por la parte recurrente.

En relación con los criterios de selección y la impugnación individual del despido colectivo, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014 (Rcud 198/2913), en el expediente de regulación de empleo del Ayuntamiento de Jerez. En este supuesto, el Comité de Empresa y diversos Sindicatos interpusieron demandas de despido colectivo contra el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. La actual Corporación había tomado posesión en el 2011, encontrándose que no existía relación de puestos de trabajo y que había un gran déficit presupuestario. Tras varios planes de ajuste, iniciaron un periodo de consultas para extinguir 273 puestos de trabajo, el cual finalizó sin acuerdo. Según la Memoria explicativa, los criterios de selección de los trabajadores afectados tenían dos fases: la primera distinguía entre departamentos y categorías afectadas y, la segunda designaba a los afectados según su edad, -mayores de 59 años- y, según la evaluación continua efectuada por los responsables -competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia-. El Tribunal Superior de Justicia declaró no ajustado a derecho el despido colectivo porque la empresa había incurrido en arbitrariedad en el sistema de selección de los afectados. El Tribunal Supremo declaró ajustado a derecho el despido, pues los criterios de selección de los trabajadores afectados no pueden referirse a un análisis concreto de cada situación particular de los trabajadores, sino que deberá ser en el proceso individual donde se plantee el cumplimiento o no de los criterios de selección establecidos en el expediente de regulación de empleo. Y, en este caso, se estimó el recurso de casación porque la empresa respetó los deberes de información de los criterios de selección y acreditó la causa económica alegada. Concorre el voto particular de 6 Magistrados.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, se extrae que el objeto de la impugnación individual del despido colectivo en el ámbito extraconcursal, se circunscribe a las cuestiones que afecten al trabajador, sin que se admita, como objeto de impugnación, los aspectos sustantivos y procesales del procedimiento de despido colectivo, como la concurrencia de la causa, la falta de entrega de la documentación necesaria o, la ausencia de buena fe en la negociación en el periodo de consultas, entre otras. Considero que este criterio

es aplicable al concurso de acreedores y, que por lo tanto, no pueden ser objeto de la impugnación individual del procedimiento concursal de regulación de empleo, las cuestiones de naturaleza colectiva, sino aquellas que incidan, - como el propio artículo 64.8.2º de la Ley Concursal indica-, en las cuestiones que afecten estrictamente a la relación individual del trabajador.

10.2 EL PLAZO DE CADUCIDAD DE UN MES.

Otra cuestión que suscita dudas en el incidente concursal laboral es el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad de un mes para interponer la demanda. De conformidad con el artículo 64.8.2º de la Ley Concursal, el plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes, desde que el trabajador conoció o pudo conocer el Auto del Juez del Concurso. Debe destacarse que se trata de un plazo de caducidad y, que el *dies a quo* del cómputo del plazo, con carácter general, coincide con el día en que el trabajador conoció o pudo conocer el Auto del Juez del Concurso que resolvió el procedimiento de regulación de empleo concursal. Ahora bien, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 6 de mayo de 2015, dictada en el recurso de suplicación 823/2014, esta norma general es aplicable a los supuestos en los que, en el Auto de resolución del procedimiento de regulación de empleo concursal, el Juez del Concurso extingue los contratos de trabajo. Pero, cuando ocurre, -como en el supuesto que resuelve-, que en el Auto, el Juez del Concurso autoriza a extinguir en un plazo determinado los contratos de trabajo, el *dies a quo* del cómputo debe fijarse en la fecha de la extinción del contrato del trabajador afectado.

III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LAS ACCIONES INDIVIDUALES DEL ORDEN SOCIAL.

La atribución de competencias laborales al Juez del Concurso conlleva la necesidad de establecer una serie de reglas que determinen la incidencia de la declaración de concurso en el ejercicio de nuevas acciones y en los

procedimientos que se estén tramitando en el orden social. Estas pautas vienen contempladas en los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal, respecto de la fase declarativa y, en los artículos 55 y 56, en relación con la fase de ejecución.

Los artículos 50 a 57 de la Ley Concursal regulan los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones individuales, aportando claridad en la materia frente a la confusión existente bajo la legislación anterior que hubo de ser suplida por la jurisprudencia, como ha afirmado un sector de la doctrina¹⁵². De este modo, en los supuestos de suspensión de pagos, -de forma similar a la regulación actual-, los procedimientos declarativos continuaban su tramitación hasta la sentencia, pero no cabía la ejecución singular de la misma, pues se consideraba que ello era incompatible con una ejecución universal. Y, en las quiebras, el artículo 1173 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía la acumulación de las ejecuciones pendientes contra el quebrado, de lo que se extraía que los procesos declarativos podían continuar hasta la sentencia. Las garantías reales, podían ser ejecutadas al margen de la quiebra, mediante el denominado “derecho de separación”.

Examinaré, a continuación, los efectos de la declaración de concurso en los nuevos juicios y en los procedimientos en trámite del orden social, así como la incidencia en el inicio de nuevas ejecuciones y, en las ejecuciones que se encuentren en tramitación ante la jurisdicción social, destacando que la fuerza atractiva del concurso sobre los procedimientos que tengan trascendencia en el patrimonio del empresario concursado, es más intensa en la pretensiones ejecutivas que en la fase declarativa¹⁵³.

¹⁵² ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Pretensiones sociales en el concurso*”, Procedimiento Laboral 2015-2016, Memento Práctico, Francis Lefebvre, página 1687.

¹⁵³ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas*”, Albacete, 2007, página 114.

1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LA FASE DECLARATIVA DEL PROCEDIMIENTO LABORAL.

La Ley Concursal distingue los efectos de la declaración de concurso en los nuevos juicios declarativos y, en los juicios declarativos pendientes.

1.1 LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LOS NUEVOS JUICIOS DECLARATIVOS.

El régimen contenido en el artículo 50 de la Ley Concursal es el mismo para el orden civil y para el orden social. Distingue el legislador dos supuestos, a saber, cuando se ejercita la acción ante el Juzgado de lo Social, correspondiendo la competencia al Juez del Concurso y, cuando se presenta la demanda ante el Juzgado de lo Social, -que es el competente-, pero la acción tiene trascendencia en el patrimonio del empresario concursado.

1.1.1 LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA ANTE EL JUZGADO DE LO SOCIAL, CORRESPONDIENDO LA COMPETENCIA AL JUEZ DEL CONCURSO.

De acuerdo con el artículo 50.1 de la Ley Concursal, el Juez de lo Social, ante quien se interponga una demanda de la que deba conocer el Juez del Concurso, se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del Concurso. Por lo tanto, en principio, en el momento de admisión a trámite de la demanda, el Juzgado de lo Social debe abstenerse, es decir, dictar el Auto de abstención, previniendo a las partes para que usen de su derecho ante el Juez del Concurso.

La admisión a trámite de la demanda corresponde al Secretario judicial y, puede que se haya admitido, en cuestiones de la competencia del Juez del Concurso, en cuyo caso, en cuanto se aprecie esta circunstancia, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de marzo de 2014 (Recurso de suplicación 36/2014), declaró que fue ajustado a derecho el Auto declarando la incompetencia de jurisdicción del Juzgado de lo Social, absteniéndose de conocer, previniendo a las partes para que ejercitaran su derecho ante el Juez del Concurso, conforme al artículo 50.1 de la Ley Concursal, pues la impugnación individual del despido colectivo, no es competencia del orden social, sino que debe instarse el incidente concursal laboral ante el Juez del Concurso, a tenor del artículo 64.8.2º de la Ley Concursal.

A estos efectos, el Juzgado de lo Social se abstendrá de conocer, cuando se trate de acciones de la competencia del Juez del Concurso. Por lo tanto, cuando se apruebe el Convenio en el concurso de acreedores, como cesan los efectos del concurso, en virtud del artículo 133.2 de la Ley Concursal, no opera ya la atribución de la competencia exclusiva y excluyente del artículo 8 de la citada Ley, a favor del Juez del Concurso. En consecuencia, en estos supuestos, habrá de examinarse la competencia, que podrá corresponder al Juzgado de lo Social y no al Juez del Concurso. Así lo declaró el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012 (Rec. 178/2011).

1.1.2 EL EJERCICIO DE ACCIONES ANTE EL ORDEN SOCIAL CON TRASCENDENCIA EN EL PATRIMONIO DEL CONCURSADO.

El artículo 50.4 de la Ley Concursal, -de idéntica redacción al artículo 50.2 anterior a la reforma de la Ley 38/2011-, dispone que, cuando se ejerciten ante el orden social, con posterioridad a la declaración de concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor concursado, se emplazará a la administración concursal, que será tenida como parte en defensa de la masa, si se personara. Esta norma es común a las acciones ejercitadas ante los órdenes contencioso administrativo, penal y social.

1.2 LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LOS JUICIOS DECLARATIVOS PENDIENTES.

A tenor del artículo 51.1 de la Ley Concursal, los juicios declarativos en los que el deudor sea parte, que se encuentren en tramitación, en el momento de la declaración de concurso, continuarán sustanciándose ante el mismo órgano judicial que estuviere conociendo de ellos, hasta la firmeza de la sentencia. Se trata de una norma de carácter general, aplicable, por tanto, al orden social.

La Ley 38/2011 supuso un gran cambio en el régimen de estos supuestos, ya que contemplaba, como excepción a que siguiera conociendo del asunto el órgano judicial, la posibilidad de acumular el procedimiento pendiente al concurso, cuando estuviera en primera instancia y, el Juez del Concurso estimara que la resolución tenía trascendencia fundamental para la formación del inventario o la lista de acreedores.

Esta excepción era también aplicable al orden jurisdiccional social y, los presupuestos para la acumulación, en el caso de acciones de naturaleza laboral eran los siguientes. En primer lugar, que se tratara de juicios declarativos en primera instancia de los que conociera el Juez de lo Social; en segundo lugar, que fueran acciones laborales de la competencia del Juez del Concurso; y, por último, que el Juez del Concurso estimara que la resolución de estos juicios tenía trascendencia para la formación de inventario o la lista de acreedores.

El artículo 51.1.2º de la Ley Concursal, se pronunciaba sobre la acumulación al concurso, en estos supuestos con carácter general, pero la aplicación concreta al orden social, planteaba algunos problemas que fueron puestos de manifiesto por la doctrina¹⁵⁴, entre los que cabe destacar:

¹⁵⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral*”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente

1. En puridad, rige en el procedimiento laboral el principio de única instancia, luego no existen procesos en tramitación en primera instancia, ya que tanto el recurso de suplicación como el recurso de casación para la unificación de doctrina, son de naturaleza extraordinaria.

2. Desde el punto de vista procesal, la utilización del instituto jurídico de la acumulación, en estos supuestos, no era muy afortunada, ya que no se trataba de una acumulación de acciones, de autos o de recursos, que son las tres admitidas en la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral, que era la aplicable en aquel momento, pues el precepto concursal se modificó por la Ley 38/2011 de 10 de octubre y la Ley reguladora de la Jurisdicción Social fue aprobada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Pues bien, el capítulo I del Título III del Libro I de la Ley de Procedimiento Laboral regulaba las acumulaciones en la fase declarativa. Según el artículo 27.1 del texto adjetivo laboral, el actor podía acumular en su demanda cuantas acciones tuviera contra el demandado, aunque procedieran de diferentes títulos. Y, en el caso del artículo 51.1 de la Ley Concursal, ninguna acción se había acumulado en la solicitud de la declaración de concurso del empresario. Y, además, de acuerdo con el artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, las acciones de despido, las de extinción de los contratos del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y, del artículo 52 del mismo texto normativo, no eran acumulables. Por lo tanto, no podía predicarse que el supuesto del artículo 51.1 de la Ley Concursal fuera una acumulación de acciones. La acumulación de autos se refería, de acuerdo con los artículos 29 a 31 de la Ley de Procedimiento Laboral, a demandas que se tramitaran ante un mismo Juzgado de lo Social o ante distintos Juzgados de lo Social. Por lo tanto, no cabía la acumulación de autos en distintos órdenes jurisdiccionales, que es lo que contemplaba el legislador concursal. Por último y, entre otras razones, al exigir el artículo 51.1 de la Ley Concursal que se estuviera tramitando el juicio declarativo en primera instancia, no podía tampoco existir una acumulación de recursos. Por otro lado, tampoco, en

sentido técnico jurídico, se había producido una acumulación, ya que las cuestiones de las que pasaba a conocer el Juez del Concurso, se sustanciaban por el trámite del incidente concursal, por lo que no se integraban, *strictu sensu*, en el procedimiento de concurso, que es un juicio de ejecución universal, sino que constituían un incidente dentro del mismo¹⁵⁵.

El número cuarenta del artículo único de la Ley 38/2011, da una nueva redacción al artículo 51.1.1º de la Ley Concursal y, en la redacción actual, sólo permite, por excepción, la acumulación de oficio al concurso, -siempre que se encuentren en primera instancia y, no haya finalizado el acto de juicio o la vista-, de todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada, contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y, contra los auditores.

De lo expuesto, debe colegirse que todos los procedimientos que se encuentren en tramitación ante el orden jurisdiccional social, en el momento de la declaración de concurso, continuarán su tramitación hasta la firmeza de la sentencia.

No obstante lo anterior, la declaración de concurso en los procedimientos laborales en tramitación incide en la capacidad procesal del concursado, lo que regula el artículo 51, en sus párrafos segundo y tercero, distinguiendo según que las facultades del concursado hayan sido suspendidas o intervenidas. Acorde con las consecuencias de esta declaración, establece el precepto que:

1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Letrado de la Administración de Justicia le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya

¹⁵⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, páginas 1231 a 1233.

en las actuaciones. La administración concursal necesitará la autorización del Juez del Concurso para desistir, allanarse, -total o parcialmente- y, transigir litigios. El deudor concursado podrá mantener su representación y defensa separada, por medio procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el Juez del Concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas, no recaerán sobre la masa del concurso, sin que, en ningún caso, pueda desistirse, allanarse o transigir.

2. En caso de intervención de las facultades, el deudor concursado conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, -total o parcialmente-, y transigir litigios, cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Por su parte, la vinculación del Juez del Concurso a la cosa juzgada se contempla en el artículo 53.1 de la Ley Concursal, que establece que las sentencias y los laudos firmes, dictados antes o después de la declaración de concurso, vinculan al Juez del Concurso, el cual dará a las resoluciones pronunciadas, el tratamiento concursal que corresponda.

2. LOS EFECTOS DEL CONCURSO EN LA EJECUCIÓN LABORAL.

El artículo 8.3 de la Ley Concursal dispone que el Juez del Concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Esta norma supone el fin del privilegio procesal de la ejecución separada laboral, vigente con las derogadas suspensiones de pagos y quiebras.

Analizaré, a continuación, los efectos de la declaración de concurso en las nuevas ejecuciones y en las ejecuciones laborales pendientes.

2.1 LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LAS NUEVAS EJECUCIONES.

Con carácter genérico, el artículo 55.1 de la Ley Concursal dispone que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Por consiguiente, desde el Auto de declaración de concurso dictado por el Juez del Concurso, no podrán iniciarse ejecuciones laborales ante el orden social. Ahora bien, debe destacarse, a estos efectos, que no cabe el inicio de ejecuciones frente a la empresa concursada, pero sí respecto de los deudores subsidiarios. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canarias de 30 de junio de 2014 (Recurso de suplicación 129/2013) consideró que cabía instar la ejecución frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, como responsable subsidiario de la empresa declarada en concurso. La empresa había sido condenada como responsable directa al abono de la prestación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo, sin perjuicio del anticipo por la Mutua y, de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social. La sentencia reseñada estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua y, acordó despachar la ejecución contra la Entidad Gestora, como responsable subsidiaria de la empresa concursada.

Por otro lado, el artículo 56.1 de la Ley Concursal, en relación con las ejecuciones de garantías reales, dispone que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio, cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o, trascurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. En particular, no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.

Un problema que se suscitó en el ámbito laboral consistió en la determinación del órgano judicial competente para conocer, en el trámite de ejecución de sentencias firmes de despido, del incidente de no readmisión o de readmisión irregular, en los supuestos de despido improcedente o, del incidente de no readmisión en los casos de despido nulo. Considero, con un sector doctrinal¹⁵⁶, que el Juzgado de lo Social es el competente para conocer de la comparecencia y dictar el Auto del incidente de no readmisión, al que se refiere el artículo 280 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y, la ejecución de lo resuelto en el Auto se hará ante el Juez del Concurso, es decir, el trabajador deberá acudir al Juez del Concurso para que se le de, en su caso, a la indemnización sustitutoria y a los salarios de tramitación o salarios de trámite, el tratamiento concursal que corresponda. Se trata, en puridad, de una excepción a la regla general de prohibición de ejecuciones separadas tras la declaración de concurso.

2.2 LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LAS EJECUCIONES LABORALES EN TRAMITACIÓN.

El artículo 55.2 de la Ley Concursal establece que las actuaciones que se hallaran en tramitación, quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

El mantenimiento de los embargos trabados, durante el periodo de suspensión de la ejecución, podía afectar a la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, lo que planteaba graves problemas en la práctica. Por esta razón, el número cuarenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011, da una nueva redacción al artículo 55.3 de la Ley Concursal y establece que, cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso, el Juez del Concurso, a petición de la administración concursal y

¹⁵⁶ MARTÍNEZ GARRIDO, LUIS RAMÓN: “*La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal*”, en la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2005, página 39.

previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados, cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.

Con inadecuada ubicación sistemática, el legislador concursal incluye en el párrafo primero del precepto, dedicado a los efectos de la declaración de concurso en las nuevas ejecuciones, una excepción a la continuación de las ejecuciones que se encontraran en trámite que, a mi juicio, debió incluirse en el párrafo segundo que es el que regula los efectos en las ejecuciones en tramitación.

Respecto de las ejecuciones en tramitación, por lo tanto, rige el principio general de la paralización, sin perjuicio del tratamiento que corresponda dar, en el concurso, a los distintos créditos, según el artículo 55.2 de la Ley Concursal. Sin embargo, la Ley Concursal regula tres supuestos en los que se permite la continuación de la ejecución.

2.2.1 LAS EJECUCIONES LABORALES EN LAS QUE SE HUBIERAN EMBARGADO BIENES NO NECESARIOS PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO, ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

Esta excepción a la suspensión de las ejecuciones en trámite, se contempla en el artículo 55.1.2º de la Ley Concursal que declara que, hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos 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 fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El número cuarenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011, limitó el plazo en el que operaba la excepción y se permitía la continuación de la tramitación de la

ejecución laboral, hasta la aprobación del plan de liquidación. Este límite no se contemplaba en la redacción anterior del precepto. Ha de interpretarse, por tanto, que después de la declaración de concurso, por excepción, podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, antes de la declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo, no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se apruebe el plan de liquidación. Ello significa que, una vez aprobado el plan de liquidación, no podrán continuar ni siquiera estas ejecuciones.

Con la regulación anterior a la reforma, se había debatido por la doctrina¹⁵⁷, quién debía determinar si los bienes objeto de embargo eran o no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, a saber, si el Juez de lo Social o, el Juez del Concurso. Para solventar el problema la Ley 38/2011 introduce el párrafo quinto en el artículo 56 de la Ley Concursal que establece que, a estos efectos, corresponderá al Juez del Concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se consagra legislativamente el criterio adoptado por las Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006 y de 19 de octubre de 2005, que declararon que la competencia correspondía al Juez del Concurso, precisamente en un conflicto surgido entre la Administración y un Juez del Concurso.

2.2.2 LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN, EN LOS QUE SE HUBIERA DICTADO DILIGENCIA DE EMBARGO DE BIENES

¹⁵⁷ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 249 y 250. Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Pretensiones sociales en el concurso”*, Procedimiento Laboral 2015-2016, Memento Práctico, Francis Lefebvre, página 1693.

NO NECESARIOS PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO, ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

Los procedimientos administrativos de ejecución, entre los que se incluyen los tramitados por la Seguridad Social, tienen un tratamiento conjunto con las ejecuciones laborales. Se regulan también en el artículo 55.1.2º de la Ley Concursal, que expresamente permite la continuación, hasta la aprobación del plan de liquidación, de los procedimientos administrativos de ejecución, en los que se hubiera dictado diligencia de embargo, con anterioridad a la declaración del concurso, sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La redacción dada a este precepto por la Ley 38/2011 ha solventado el problema que se suscitaba con la versión anterior, en orden a la continuación de los procedimientos administrativos. El artículo 55.1 de la Ley Concursal, en su redacción originaria, permitía la continuación de estos procedimientos cuando se hubiera dictado providencia de apremio. Sin embargo, en las ejecuciones laborales se exigía el embargo. Parecía ser menor la exigencia en el procedimiento administrativo que en el procedimiento judicial de ejecución, lo que no era razonable. Actualmente, con buen criterio, se exige para la continuación de la ejecución administrativa, que se haya dictado diligencia de embargo. De hecho, la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006, se pronunció a favor de la interpretación literal del precepto, manteniendo que el mero dictado de la providencia de apremio abría la posibilidad de continuación del procedimiento administrativo de ejecución. No obstante, en mi opinión, con la doctrina mayoritaria¹⁵⁸, consideré que debía interpretarse la norma en concordancia con el inciso último del precepto, que al referirse a los bienes embargados, requería, por tanto, que se hubiera dictado diligencia de embargo. Debe tenerse en cuenta que la providencia de apremio

¹⁵⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral*”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, página 250.

no tenía que contener relación de bienes. Esta cuestión, como he indicado, ha quedado resuelta por la reforma de la Ley 38/2011.

En relación con los procedimientos administrativos de ejecución, cabe destacar la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012, dictada en el Recurso 4/2012, que determinó el trámite que ha de seguirse cuando el procedimiento de apremio se encuentra en tramitación y se declara el concurso de acreedores. Y, considera que, en estos supuestos, la Entidad ejecutante debe dirigirse al Juez del Concurso, para que se pronuncie sobre si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio, son o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera las facultades de ejecución, siempre que las providencias de apremio fueran anteriores a la declaración del concurso. Si, por el contrario, el Juez del Concurso considera que son necesarios para la continuación de la actividad empresarial, se aplicará el artículo 55 de la Ley Concursal. En el caso que resuelve, la Administración no se dirigió al Juez del Concurso para que decidiera si los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuación de la actividad, por lo que la ejecución debió suspenderse, ya que el Juez del Concurso declaró que eran necesarios.

Y, por otro lado, la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2014 (Recurso 10/2013), ha declarado que la competencia para declarar la nulidad de los embargos administrativos anteriores a la declaración de concurso, no es del Juez del Concurso, sino de la Administración ejecutante.

2.2.3 LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES DE BIENES NO NECESARIOS PARA LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL CONCURSADO.

De conformidad con el artículo 56.2 de la Ley Concursal, las ejecuciones de garantía reales en tramitación, se suspenderán, si no hubiesen

sido suspendidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 bis, desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Y sólo se alzaría la suspensión de la ejecución y se ordenaría que continúe, cuando se incorpore al procedimiento, testimonio de la resolución del Juez del Concurso en la que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

2.3 ESPECIAL REFERENCIA A LAS EJECUCIONES JUDICIALES DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

El artículo 84.4 de la Ley Concursal dispone que las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa, se ejercitarán ante el Juez del Concurso, por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o, transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones, vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento.

Del tenor literal de esta norma, podría extraerse que cabe la ejecución judicial o administrativa de los créditos contra la masa, cuando se apruebe el convenio, se abra la liquidación o, transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. En relación con la incidencia de la aprobación del plan de liquidación y la ejecución de los créditos contra la masa, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 (Recurso 2500/2013). Declara el Alto Tribunal que, conforme a una interpretación gramatical del precepto, cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse, una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera a la aprobación del

Ana María Orellana Cano

convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Pero esta interpretación es contraria a los artículos 8.3 y 55.1 de la Ley Concursal, que pretenden preservar la integridad del patrimonio del concursado frente a ejecuciones separadas. Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 55.1.2º de la Ley Concursal, permite excepciones a la regla general de prohibición de instar ejecuciones separadas, declarado el concurso, pero sólo admite el legislador estas excepciones, es decir, que continúen ejecuciones separadas hasta la aprobación del plan de liquidación. Esta norma responde a la lógica de que, si el concurso de acreedores entra en la fase de liquidación, debe existir una única ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores, tanto concursales, como contra la masa. Atendiendo a lo expuesto, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo afirmando que, una vez abierta la fase de liquidación, no cabe iniciar apremios administrativos ni ejecuciones separadas. Por lo tanto, abierta la liquidación, no cabe iniciar ejecuciones separadas por créditos contra la masa. En estos casos, los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación y, sin necesidad de iniciar otra ejecución dentro de la ejecución universal, ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social. En este sentido, se ha pronunciado también la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015 (Recurso 2067/2013).

IV. EL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Uno de los objetivos de la Ley Concursal fue terminar con la tradicional huída de los créditos laborales del concurso de acreedores¹⁵⁹. Como ya ha quedado reseñado anteriormente, una vez declarado el concurso, la ejecución laboral que se esté tramitando ante el orden jurisdiccional social, queda en suspenso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, de acuerdo con el artículo 55.2 de la Ley Concursal. En el presente epígrafe, analizaré las principales cuestiones prácticas que se plantean en el concurso en relación con el tratamiento que ha de otorgarse según la Ley Concursal, a los créditos laborales, en primer lugar y, en segundo lugar, a los créditos de Seguridad Social, distinguiendo entre los créditos a favor de la Seguridad Social y los créditos a favor de los beneficiarios, que hayan prestado o presten servicios para el empresario concursado.

Seguiré, en la exposición, el sistema de clasificación de créditos de la Ley Concursal, distinguiendo entre los créditos contra la masa y los créditos concursales y, a su vez, delimitando los créditos concursales sobre estas materias, que pueden ser créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados. Esta sistemática será la que utilizaré, tanto en relación con los créditos laborales como respecto de los créditos a favor Seguridad Social, pues el tratamiento de los créditos a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, lo llevaré a cabo atendiendo a los distintos conceptos que pueden reclamarse en el concurso de acreedores.

Con carácter previo, haré una breve introducción sobre la noción y la forma de pago de los créditos, recogida en la Ley Concursal, como notas comunes a todos los que examinaré seguidamente.

1. Los créditos contra la masa, de conformidad con el artículo 84.1 de la Ley Concursal son los que no constituyen la masa pasiva, ya que de acuerdo con el

¹⁵⁹ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“Los trabajadores ante el concurso: una guía práctica para laboristas”*, Albacete, 2007, página 113.

artículo 154 de la citada norma, tras la reforma de la Ley 38/2011, la administración concursal, -antes de proceder al pago de los créditos concursales-, deduce de la masa activa, los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, -siempre que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial-. Los créditos contra la masa son aquellos que no son créditos concursales y que, por tanto, no integran la masa pasiva. El artículo 84.3 de la Ley Concursal, reformado también por la Ley 38/2011, regula la forma de pago por la administración concursal de los créditos contra la masa. Y, establece que los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, hasta el doble del salario mínimo interprofesional, se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso, siempre que presuma que la masa activa resultará suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Pero esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, a los créditos tributarios, ni a los créditos de la Seguridad Social. Las acciones de impugnación de la calificación o del pago de estos créditos contra la masa, se sustanciarán ante el Juez del Concurso por los trámites del incidente concursal. Debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 84.4 de la Ley Concursal, analizado en el epígrafe precedente.

2. Los créditos concursales, de conformidad con el artículo 84.1 de la Ley Concursal, son todos aquellos que constituyen la masa pasiva del concurso, es decir, los que no tienen la consideración de créditos contra la masa. Pueden ser:

2.1 Los créditos con privilegio especial son aquellos créditos que pueden hacerse efectivos sobre determinados bienes y derechos del deudor. El privilegio especial es la causa de la preferencia que afecta a determinados bienes o derechos. Por lo tanto, el pago de estos créditos se hará con cargo a los bienes y derechos afectos. En tanto no transcurra el plazo de paralización de las ejecuciones de garantías reales, al que se refiere el artículo 56 de la Ley

Concursal, la administración concursal está facultada para redimir la afección, comunicando a los titulares de estos créditos, que opta por atender su pago con cargo a la masa y, sin realización de los bienes y derechos afectos, debiendo abonar de forma inmediata la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y, asumir la obligación de atender los futuros como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se prevé la realización de los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial. También se permite la enajenación, durante la tramitación del concurso, incluso antes de la liquidación, de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que podrá autorizar el Juez de Concurso, a instancia de la administración concursal y, previa audiencia de los interesados, en cuyo caso el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos, salvo que el Juez la autorizara -con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor-, que quedara excluido de la masa pasiva. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, la Ley Concursal atiende a un criterio de prioridad temporal para los pagos, remitiéndose a lo previsto en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se hará en subasta, salvo que el Juez del Concurso, a solicitud de la administración concursal y, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, autorice la venta directa al oferente por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y pagándolo al contado. Se anunciará la autorización con la misma publicidad que la subasta y, en caso de presentarse mejor postor, se abrirá la licitación entre los oferentes y, se les fijará la fianza que deban prestar.

2.2 Los créditos con privilegio general son los créditos que gozan de preferencia con relación al conjunto de los bienes y derechos del concursado, sin que, -a diferencia de los créditos con privilegio especial-, dicha preferencia recaiga sobre bienes concretos. En la preferencia general, la ley busca proteger un determinado crédito por sus peculiares características y, sin que pueda relacionarse directamente con bienes o derechos específicos del deudor. El pago de los créditos con privilegio general se lleva a cabo, una vez

Ana María Orellana Cano

deducidos de la masa activa, los créditos contra la masa y, los bienes y derechos afectos a los créditos con privilegio especial, en la parte necesaria para su abono. Esta norma establece un orden prelativo, por lo que los créditos con privilegio general se satisfarán por el orden establecido en el propio artículo 91 de la Ley Concursal y, en su caso, a prorrata dentro de cada apartado.

2.3 Los créditos ordinarios son los que no son privilegiados ni subordinados. Todos los créditos laborales que no puedan encuadrarse en ninguna de las categorías crediticias analizadas hasta ahora, a saber, los que no tengan la consideración ni de créditos contra la masa, ni de créditos con privilegio especial, ni de créditos con privilegio general y, además los que no merezcan la consideración de créditos subordinados, serán créditos ordinarios. Es importante tener en cuenta su forma de pago, que está regulada en el artículo 157 de la Ley Concursal. Evidentemente, se abonarán con cargo a los bienes y derechos que resten, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Sin embargo, el Juez del Concurso, a instancia de la administración concursal, podrá autorizar el abono con antelación a los créditos indicados, si estimase suficientemente cubierto el pago de éstos. De conformidad con el artículo 157.2 de la Ley Concursal los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata y, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

2.4 Los créditos subordinados constituyen una novedad de la Ley Concursal y, son los expresamente considerados como tales en el artículo 92 de la Ley Concursal. El pago de los créditos subordinados, de acuerdo con el artículo 158 de la Ley Concursal no se realizará hasta que no hayan quedado totalmente satisfechos los créditos ordinarios y, se llevará a cabo por el orden establecido en el artículo 92 de la Ley Concursal y, en su caso, a prorrata dentro de cada apartado.

1. LOS CRÉDITOS LABORALES.

La protección de los créditos laborales en nuestro ordenamiento jurídico, data de mediados del siglo XIX, consolidándose el privilegio singular para una parte del salario, con preferencia incluso respecto de la hipoteca. No obstante, a finales de siglo, se reguló parcamente en el Código Civil, -en el concurso de acreedores y en la tercería de mejor derecho- y, en el Código de Comercio, -en las quiebras-¹⁶⁰. Por esta razón, fue abordada la regulación en el punto 26 de la Código de Trabajo de 1926, que consideró a una parte de los créditos por salarios como singularmente privilegiados. Y, así se recogió en la redacción originaria del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 1980. En este sentido, el artículo 10 del Reglamento Comunitario 1346/2000/CE, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, declara que la protección de los derechos de los trabajadores mediante privilegios y, la preferencia de los créditos, tendrá que determinarse por el Derecho del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

El régimen jurídico del tratamiento de los créditos laborales es distinto en las ejecuciones singulares, que se tramiten ante el orden jurisdiccional social y, en el procedimiento de ejecución universal que constituye el concurso de acreedores y, que se sustancia ante el Juez del Concurso. La norma aplicable a las ejecuciones singulares laborales es el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el párrafo primero de la Disposición Final Decimocuarta de la Ley Concursal. Este precepto mantendrá su vigencia hasta que se apruebe la ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en las ejecuciones singulares, a la que hace referencia la Disposición Final Trigésima Tercera de la Ley Concursal que, en principio, no parece que vaya a ser muy pronto. Los tres primeros párrafos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores contemplan los mismos créditos laborales privilegiados que la Ley Concursal, aunque tienen, como veremos, distinto orden de prelación. La regulación del tratamiento de los créditos laborales en el seno del procedimiento concursal, se contiene en los siguientes preceptos: artículo

¹⁶⁰ RÍOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “*La Ley Concursal y los créditos laborales*”, Manuales de Formación Continua, nº 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, página 348.

84.2.1º; artículo 84.5, párrafos primero y segundo; artículo 90.3; artículo 91.1; artículo 89.3 y artículo 92.1, 3 y 5 de la Ley Concursal.

La reforma concursal ha significado un perjuicio para los trabajadores, que han visto menos protegidos sus créditos en el concurso que en las ejecuciones singulares laborales, en las que se aplica el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. El análisis del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores excede del objeto del presente estudio, pero es conveniente dejar constancia que es más ventajoso para el trabajador, para satisfacer sus créditos, acudir a la ejecución ante el Juzgado de lo Social que ante el Juez del Concurso, en el plano sustantivo y en el plano procesal¹⁶¹.

Desde el punto de vista sustantivo, los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo y, hasta el doble del salario mínimo interprofesional, son créditos contra la masa o prededucibles, por lo que serán satisfechos conforme al artículo 154 de la Ley Concursal, en el que se declara que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa, se harán con cargo a los bienes y derechos que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial. Por lo tanto, en el orden de prelación, estos créditos contra la masa irán con posterioridad a todos los establecidos en el artículo 90.1 de la Ley Concursal, es decir, no sólo después de los garantizados con hipoteca o prenda, sino de los garantizados con anticresis, de las cuotas por arrendamiento financiero sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, etc... Sin embargo, si el crédito salarial se hace valer en la ejecución singular tramitada ante el Juzgado de lo Social, en los casos en los que el empresario no haya sido declarado en concurso, estos créditos serán preferentes a los garantizados con prenda o hipoteca. Históricamente, en nuestro Derecho, se ha entendido por privilegio singular el que otorgaba una preferencia superior a las garantías reales, incluida la hipoteca. En este sentido, el artículo 24.1 de la

¹⁶¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)*”, Valencia, 2008, páginas 1165 a 1167.

Ley Hipotecaria de 1861 estableció la primacía de los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, -por lo tanto, los hipotecarios, fundamentalmente-, frente a cualquier acreedor considerado singularmente privilegiado por la legislación común. De forma análoga, también lo dispuso el artículo 914 del Código de Comercio. La consideración de los créditos salariales hasta un límite, como créditos singularmente privilegiados fue contemplada en el artículo 16 del Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926, en el artículo 55 de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, en el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y, en el artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de enero de 1976¹⁶². Pues bien, el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo, hasta el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. Por su parte, el artículo 32.3 del citado texto normativo prevé que los restantes créditos por salarios tendrán la condición de singularmente privilegiados, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con Derecho Real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional. En la redacción originaria, la norma se refería expresamente a la Ley Hipotecaria, pero en la reforma operada en el año 1994, se suprimió el término “hipotecaria” y, se mantuvo la referencia sólo a la Ley. Como puede observarse, la Ley Concursal ha supuesto un perjuicio para los trabajadores en esta materia.

Por esta razón, desde el punto de vista procesal, en la protección de los créditos laborales, los trabajadores ostentan una situación más

¹⁶² RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “*La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso*”, en la obra colectiva “*La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*”, Valladolid, junio 2004, páginas 271 y 272.

desfavorable, con la desaparición de las ejecuciones separadas, pues, en los supuestos de concurso, se encuentran obligados legalmente a concurrir, en el procedimiento universal, con los restantes acreedores. Téngase en cuenta, a estos efectos, que los trabajadores acreedores del empresario concursado, persona física o natural, pueden verse afectados por la exoneración del pago del pasivo insatisfecho acordada conforme al artículo 178 bis de la Ley Concursal, en la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y, otras medidas de orden social.

El tema de la preferencia de créditos laborales plantea dos cuestiones relevantes desde un punto de vista práctico: la transmisibilidad del privilegio y, la imputación de los pagos realizados a cuenta por el empresario al trabajador, antes del Auto de declaración del concurso.

1.1 LA POSIBILIDAD DE TRANSMISIÓN DEL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO DEL TRABAJADOR A TERCEROS.

Un problema que se plantea en la práctica, consiste en determinar si el privilegio de los créditos laborales de los trabajadores se puede transmitir a terceros. En este caso, -de ser afirmativa la respuesta-, el tercero aparecería en el concurso de acreedores en la posición del trabajador, subrogándose en el lugar de éste. La cuestión es controvertida. Si la subrogación en los créditos de los trabajadores se lleva a cabo por terceros distintos del Fondo de Garantía Salarial, la doctrina mayoritaria¹⁶³ se inclina, por la tesis negativa, con carácter genérico, con base en la Sentencia número 504/1989, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1989. La subrogación por el Fondo de Garantía Salarial no fue un tema pacífico con la redacción originaria de la Ley Concursal y, la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil no era unánime. Yo siempre sostuve que operaba la subrogación del Fondo de Garantía Salarial en

¹⁶³ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “*La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso*”. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Valladolid, junio 2004, página 267.

las preferencias de los créditos de los trabajadores, satisfechos a través de las prestaciones del citado Organismo¹⁶⁴. El número cincuenta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, introduce el párrafo quinto en el artículo 84 y solventa la cuestión, estableciendo que el Fondo de Garantía Salarial, cuando abone las prestaciones correspondientes a su responsabilidad legal, se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y, en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Las diferentes cuestiones que plantea la posición del Fondo de Garantía Salarial en el concurso son objeto de análisis en otro epígrafe del presente trabajo.

1.2 LA IMPUTACIÓN DE LOS PAGOS REALIZADOS A CUENTA POR EL EMPRESARIO A LOS TRABAJADORES, ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

La Ley Concursal no contiene un régimen uniforme de preferencias para todos los créditos laborales, sino que distingue entre ellos y, establece diferentes prelación. Por esta razón, la imputación de los pagos a cuenta que haya realizado el empresario a los trabajadores, relativos a créditos laborales, antes del Auto de declaración de concurso, precisa de una solución concreta, que por otro lado, tampoco se contiene expresamente en la norma.

Ha de tenerse en cuenta que los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, hasta el doble del salario mínimo interprofesional (artículo 84.2.1º de la Ley Concursal) y los salarios generados por la actividad empresarial después de la declaración de concurso (artículo 84.5.1º de la Ley Concursal), son créditos contra la masa; los salarios que no tengan reconocido privilegio especial, hasta el triple del salario mínimo interprofesional diario (artículo 91.1 de la Ley Concursal), son créditos con privilegio general; los que

¹⁶⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de la Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil, competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)*”, dirigida por Enrique Sanjuán y Muñoz, Valencia 2008, páginas 1167 y 1168.

Ana María Orellana Cano

superen estos límites, son créditos ordinarios (artículo 89.3 de la Ley Concursal) y los restantes, son créditos subordinados (artículo 92 de la Ley Concursal). Este sistema de preferencias de los créditos salariales puede sufrir alteraciones que dependerán del criterio que se siga para imputar los pagos a cuenta o anticipos, a uno u otro crédito. Dado que el objeto del crédito es el mismo -en términos generales, pues se podrían excluir los intereses-, existe, por lo tanto, homogeneidad objetiva. Pues bien, para imputar el pago a cuenta, se pueden aplicar criterios temporales o cuantitativos. Si se sigue un criterio temporal, se podrían imputar los pagos a cuenta, a los créditos más antiguos, o a los más modernos. De acuerdo con el criterio cuantitativo, esta imputación podría atender antes a los créditos de mayor importe o, a los de menor cuantía. De lo expuesto, se extrae que los criterios indicados de imputación, no facilitan un resultado equitativo en cuanto al orden prelativo, pudiendo causar un perjuicio a los trabajadores. Por esta razón, considero que el criterio más justo es el de la imputación de pagos a prorrata entre todos los créditos salariales pendientes de pago. Es decir, la cantidad entregada al trabajador, en concepto de salario, que no cubre todo lo que se le debe, se imputará proporcionalmente entre los distintos créditos. Esta solución fue la adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de octubre de 1995 y 15 de julio de 1997. Este criterio de prorrata se aplicará salvo que la imputación, al abonar el anticipo, sea concreta o expresamente referida a un concepto determinado. Además, esta es la solución adoptada por el legislador, en el artículo 32.4 del Estatuto de los Trabajadores, si los créditos en los que se ha subrogado el Fondo de Garantía Salarial concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el citado Organismo, en cuyo caso, se abonarán a prorrata de sus respectivos importes.

A continuación analizaré el régimen concreto de la protección de los créditos laborales en la Ley Concursal, distinguiendo los créditos contra la masa y los créditos concursales y, dentro de estos últimos, examinaré los garantizados con privilegio especial, con privilegio general, los ordinarios y los subordinados.

1.3 LOS CRÉDITOS LABORALES CONTRA LA MASA.

1.3.1 LOS SALARIOS DE LOS ÚLTIMOS TREINTA DÍAS DE TRABAJO EFECTIVO, ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, HASTA EL DOBLE DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (ARTÍCULO 84.2.1º DE LA LEY CONCURSAL).

El párrafo primero del artículo 84.2 de la Ley Concursal contempla como crédito contra la masa, los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, anteriores a la declaración de concurso, hasta el doble del salario mínimo interprofesional.

Los créditos contra la masa, con carácter general, pretenden que se cumplan los objetivos del concurso de acreedores y, salvo ficción legal, son créditos que nacen después de la declaración del concurso y, que no pueden surgir una vez aprobado judicialmente el Convenio o, acordada la conclusión del concurso. Por el contrario, la finalidad de los créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal es garantizar en el concurso de acreedores el superprivilegio de los créditos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, que, de otra forma, desaparecería en el concurso. Y, por esta razón, se trata de una ficción legal, ya que, en puridad son créditos que no participan de las características de los créditos contra la masa, pues no pretenden garantizar la finalidad del concurso y, además nacen con anterioridad a la declaración de éste.

En la redacción originaria de la Ley Concursal, el calificativo “efectivo” referido al trabajo, no se contemplaba, lo que originó algunos problemas interpretativos de la norma, que se solventaron mediante la introducción del mismo por la reforma operada en la Ley 38/2011.

Para que estos salarios merezcan, por lo tanto, la consideración de créditos contra la masa, han de concurrir los elementos que examinaré a continuación.

A) El elemento objetivo: los créditos por salarios.

No todos los créditos laborales podrán ser considerados créditos contra la masa conforme a este precepto, sino sólo los salariales. El elemento objetivo, por tanto, exige delimitar qué se entiende, a efectos legales, por salarios, ya que la norma se refiere a los créditos por salarios. En una primera aproximación, debe acudirse al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo párrafo primero, contempla la definición de salario, reseñando en el párrafo segundo, los conceptos excluidos. Sin embargo, esta norma no solventa todos los problemas que se suscitan en el concurso de acreedores, a la hora de otorgarle a un determinado crédito la condición de crédito contra la masa.

De conformidad con el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración-, o los períodos de descanso computables como de trabajo. Por el contrario, tienen naturaleza extrasalarial, a tenor del párrafo segundo de este precepto estatutario, las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Se puede concluir, consiguientemente, que sólo serán créditos contra la masa, los créditos sobre los conceptos que puedan encuadrarse en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, en el ámbito laboral, la naturaleza salarial de determinadas retribuciones y, con ello, su consideración como créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, plantea dudas. Analizaré, a continuación, los conceptos más problemáticos.

a) Las comisiones.

Puede ocurrir que el trabajador perciba todas o parte de sus retribuciones por comisión. En este caso, cabría plantearse si las correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo, podrían considerarse créditos contra la masa, conforme al artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. La naturaleza salarial de las comisiones ha sido reconocida por reiterada jurisprudencia, debiendo destacarse, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1999 (Rcud 3089/1998), de 16 de enero de 1998 (Rcud 1530/1997) y, de 17 de diciembre de 1996 (Rcud 1321/1996). En este sentido, se ha pronunciado también la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 30 de noviembre de 2009 (Recurso de suplicación 445/2009). Por lo tanto, al tener naturaleza jurídica salarial, merecen la consideración de crédito contra la masa, cuando concurren los restantes requisitos exigidos en el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal.

b) Los salarios de tramitación.

El despido disciplinario acordado por el empresario, puede ser declarado procedente, improcedente o nulo. Según el artículo 55.7 del Estatuto de los Trabajadores, el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

De conformidad con el artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Y sólo en el caso en el que el empresario opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, que será igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia

o, hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. En la regulación anterior a la reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, los salarios de tramitación se devengaban cualquiera que fuera la opción del empresario, en los supuestos de despido improcedente, es decir, tanto si optaba por el abono de una indemnización, como por la readmisión. Tras la reforma laboral, se suprime el devengo de los salarios de tramitación, si el empresario opta por el pago de la indemnización. Si el empresario no ejercita la opción expresamente, se entiende que procede la readmisión. Debe tenerse presente, que si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción le corresponde al trabajador y, también, si no ejercita la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Pero, en este supuesto, tanto si el representante de los trabajadores o el delegado sindical opta por la indemnización, como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación. En puridad, los salarios de tramitación son los que se devengan en los casos en los que el despido sea declarado improcedente.

Por el contrario, si el despido es declarado nulo no se devengan salarios de tramitación sino salarios de trámite. A tenor del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, el efecto de la declaración de la nulidad del despido consiste en la readmisión inmediata del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir. Como he indicado, estos salarios de trámite no son en rigor salarios de tramitación pero se les somete al mismo régimen y, pueden equipararse, a los efectos de su consideración como créditos contra la masa o de su calificación como créditos concursales, en el seno del concurso, a los salarios de tramitación¹⁶⁵.

La consideración o no de los salarios de tramitación como créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal constituye una de las

¹⁶⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012, páginas 1103 y 1104.

cuestiones más polémicas en la interpretación del precepto, desde el punto de vista doctrinal y, sigue suscitando numerosas dudas en la práctica judicial. Debe destacarse que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 (Recurso de casación 2622/2012), se pronuncia sobre la consideración de los salarios de tramitación como créditos contra la masa, pero del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, por lo que será analizada en el epígrafe correspondiente.

Un sector de la doctrina científica¹⁶⁶, considera que, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, no pueden incluirse como créditos contra la masa, al no ser salarios en sentido estricto. Otra parte de la doctrina¹⁶⁷, sostiene que los salarios de tramitación devengados durante los treinta días anteriores a la declaración de concurso, merecen la consideración de créditos contra la masa, aplicando la doctrina jurisprudencial sentada en la interpretación del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con lo establecido en el artículo 33 del citado texto legal para el cómputo de los ciento veinte días, en orden a la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. El artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que, a los efectos de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a los que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan. Este precepto sirve de base al sector doctrinal que admite que los salarios de tramitación están incluidos en los créditos salariales que constituyen créditos contra la masa a tenor del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. Pero ha de destacarse que se trata de situaciones muy

¹⁶⁶ ALAMEDA CASTILLO, MARÍA TERESA: *“El tratamiento de los créditos laborales en el concurso”*, Madrid, 2005, página 6.

¹⁶⁷ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: *“La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”*, en *“La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”*, Valladolid, junio 2004, páginas 286 y 287. También SÁNCHEZ CALERO, JUAN Y GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE (directores): *“Comentarios a la Ley Concursal”*, Valladolid, 2004, página 1678. Y CORDERO LOBATO, ENCARNA: *“Comentarios a la Ley Concursal”*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, volumen I, Madrid 2004, página 982.

diferentes, ya que, una cosa es que, evidentemente, el Fondo de Garantía Salarial abone, en su condición de responsable legal subsidiario, los salarios y también los salarios de tramitación y, otra circunstancia muy distinta, la que se analiza. Obsérvese que si el legislador hubiera considerado los salarios de tramitación como de naturaleza salarial, no hubiese sido necesaria la referencia a los mismos en el artículo 33.1. Este precepto precisamente lo que hace es una equiparación de los salarios de tramitación a los salarios pero, como expresamente indica, a los solos efectos de la extensión de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

Yo considero que los salarios de tramitación no son créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, por las siguientes razones:

1. Porque no tienen naturaleza salarial sino indemnizatoria, a pesar de su denominación. La naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación ha sido declarada, entre otras, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007 (Recurso 1254/2006), siguiendo el criterio de las Sentencias del mismo Tribunal de 19 de mayo de 1994, de 13 de mayo de 1991, de 14 de julio de 1998, de 9 de diciembre de 1999 y, de 23 de enero de 2001. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006 (Rcud 506/2005), concluye que los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio, con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización, pero, en cualquier caso, prima su naturaleza indemnizatoria¹⁶⁸.

2. Con base en el propio tenor literal del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, que se refiere a los salarios devengados por el trabajo efectivo. Ha de tenerse en cuenta que los salarios de tramitación que podrían constituir créditos contra la masa del artículo 84.2.1º son los devengados en los últimos treinta días

¹⁶⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de la Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil, competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)*”, dirigida por Enrique Sanjuán y Muñoz, Valencia 2008, página 1180.

anteriores a la declaración de concurso y hasta el doble del salario mínimo interprofesional. Acudiendo, como primera pauta interpretativa de las normas, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, se ha concluido que el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, considera créditos contra la masa, los créditos por salarios de los últimos treinta días “*de trabajo efectivo*” y, precisamente, los salarios de tramitación no se corresponden con una efectiva prestación de servicios, pues se devengan tras el despido del trabajador. Por otro lado, el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que se consideran salarios, las retribuciones percibidas por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo o, los períodos de descanso computables como de trabajo.

c) Los salarios de las relaciones laborales de carácter especial.

El artículo 84.2.1º de la Ley Concursal se refiere a los créditos por salarios, sin distinguir la modalidad de relación laboral que vincula al trabajador con el empresario concursado. A pesar de lo anterior, debe destacarse que, salvo en la preferencia de los créditos garantizados con prenda o hipoteca, la indicada norma concursal es de idéntico tenor que el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores que se aplica a las ejecuciones singulares del orden social. Pues bien, un sector doctrinal¹⁶⁹ mantiene que sólo pueden ser considerados créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, los créditos por salarios de los trabajadores por cuenta ajena y, por aplicación de la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los Trabajadores, los créditos por salarios del personal de alta dirección. Efectivamente, el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores establece una preferencia de los créditos de los trabajadores por cuenta ajena, aplicable al personal de alta dirección, que no se extiende a los créditos de los trabajadores vinculados con otras relaciones laborales de carácter especial. Y, opino que no ha sido la voluntad del legislador concursal extender la preferencia en el ámbito del concurso de acreedores, más allá de la prevista en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, para las

¹⁶⁹ CORDERO LOBATO, ENCARNA: “*Comentarios a la Ley Concursal*”, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, volumen I, Madrid 2004, página 983.

ejecuciones singulares, por lo que mantengo que los créditos por salarios devengados por trabajadores vinculados al empresario declarado en concurso con una relación laboral de carácter especial, no podrán ser considerados créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal.

d) Las vacaciones devengadas y no disfrutadas, cuando se extingue el contrato.

Al finalizar el contrato de trabajo, generalmente, en el finiquito, aparece un concepto referido a las vacaciones devengadas por el trabajador pero no disfrutadas. Y cabría plantearse si este concepto, -en el caso de corresponder a los treinta últimos días-, sería un crédito contra la masa. En principio, tiene naturaleza salarial, ya que el propio artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a los periodos de descanso computables como de trabajo. Por lo tanto, es tiempo de trabajo. El problema se origina por la nueva redacción dada por la Ley 38/2011 al artículo 84.2.1º de la Ley Concursal que ha adicionado, -como ya indiqué-, el calificativo “efectivo” al trabajo. Se han solucionado algunas controversias con esta adición. Pero, concretamente, en relación con el tema de las vacaciones devengadas y no disfrutadas -que, antes de la reforma, se estaban considerando créditos contra la masa, dada su naturaleza salarial-, con la redacción actual del precepto, ha de concluirse que quedan excluidas de la consideración de créditos contra la masa, pues no retribuyen un trabajo efectivo¹⁷⁰, sino un periodo de descanso computable como de trabajo.

e) El cheque comida.

Algunas retribuciones de los trabajadores tienen una naturaleza salarial o indemnizatoria, dependiendo de las circunstancias. Esto ocurre con los denominados cheques comida. La Sentencia de la Sala de lo Social del

¹⁷⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva dirigida por Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012, página 1104.

Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2013 (Rcud 1678/2012) declara que el cheque comida tiene naturaleza de salario, cuando se abona con independencia del trabajo realizado y de sus circunstancias, pero es indemnizatorio cuando compensa los gastos del trabajador derivados de la obligación de comer fuera de su domicilio los días de trabajo. Por lo tanto, en el primer caso podrá ser considerado crédito contra la masa y, no en el segundo.

B) El límite temporal.

Los salarios que constituyen créditos contra la masa tienen un límite temporal, ya que corresponden a los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, es decir, a la fecha del Auto del Juzgado de lo Mercantil por el que se acuerda el mismo. Sobre todo, en la redacción originaria del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, cuando no hacía referencia al trabajo efectivo, el cómputo de los treinta días admitía varias interpretaciones. De un lado, podía entenderse, que se computaban los treinta días naturales anteriores a la declaración de concurso¹⁷¹. Y, de otro, cabía interpretar que se refería a los treinta últimos días de trabajo del trabajador, acreedor concursal, que era la postura mayoritaria¹⁷² y, la opinión que yo compartía¹⁷³, según la cual, por tanto, el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal se

¹⁷¹ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: *“La Ley Concursal y los créditos laborales”*, en el nº 23 de los Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, sobre “La ejecución laboral”, coordinado por ORELLANA CANO, ANA MARÍA, Madrid, 2005, página 372. Y CORDERO LOBATO, ENCARNA: *“Comentarios a la Ley Concursal”*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, volumen I, Madrid 2004, páginas 983 y 984.

¹⁷² ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *“Aspectos laborales de la Ley Concursal”*, Valencia, 2004, página 144. ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: *“Comentario de la Ley Concursal”*, tomo I, Madrid, 2004, página 1510. Y PULGAR EZQUERRA, JUANA; ALONSO LEDESMA, CARMEN; ALONSO UREBA, ALBERTO Y ALCOVER GARAU, GUILLERMO: *“Comentarios a la Legislación Concursal”*, Madrid, 2004, página 854.

¹⁷³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Cuestiones laborales y de la Seguridad Social en la normativa concursal”*, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil, competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, dirigida por Enrique Sanjuán y Muñoz, Valencia 2008, páginas 1182 y 1183. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Los créditos laborales y*

refería a los últimos treinta días de trabajo impagados, anteriores a la declaración del concurso, cualquiera que hubiera sido la fecha en la que se devengaron, siempre que no hubieran prescrito, claro. El plazo de prescripción para las reclamaciones salariales, a tenor del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, es el de un año. Y además, incluso cuando la extinción del contrato se hubiese producido con anterioridad a la declaración de concurso¹⁷⁴.

La Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de junio de 2007 (Recurso de apelación 196/2007), -anterior, por tanto, a la Ley 38/2011-, mantuvo que el límite temporal había de entenderse referido a los treinta días naturales anteriores a la declaración de concurso. La sentencia recurrida en apelación del Juzgado de 1ª Instancia núm. 12 de Valladolid entendió que, de conformidad con el artículo 84.2.1º de la ley Concursal, habían de incluirse como créditos contra la masa, los salarios devengados durante los treinta días inmediatamente anteriores a la declaración del concurso, mientras que el Fondo de Garantía Salarial apelante postulaba que, como tales, habían de considerarse los últimos treinta días devengados por cada uno de los trabajadores antes de declararse el concurso, con independencia de que dichos períodos coincidieran o no, con el mes inmediatamente anterior a la declaración. La Sentencia de la Audiencia Provincial reseñada desestimó el recurso de apelación y confirmó la Sentencia recurrida, sobre la base de entender que se trataba de días "anteriores a la declaración del concurso". Y afirmaba que este inciso solo cobraba sentido para el caso de referirse a los últimos treinta días inmediatamente anteriores a dicha declaración, pues, en caso contrario, bastaría con que el precepto hubiera guardado silencio al respecto, argumentando que el espíritu de la Ley Concursal, se compecece mal con interpretaciones extensivas de los privilegios reconocidos.

de la Seguridad Social", en la obra colectiva dirigida por Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012, página 1104.

¹⁷⁴ ALAMEDA CASTILLO, MARÍA TERESA: *"El tratamiento de los créditos laborales en el concurso"*, Madrid, 2005, página 4.

Por el contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de abril de 2007, interpretó que los salarios que constituían un crédito contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal eran los de los últimos treinta días de trabajo impagados, con anterioridad a la declaración de concurso, por lo que podría o no coincidir con los treinta días inmediatamente anteriores al Auto de declaración de concurso. Y argumentaba que el precepto participaba de la razón por la que se estableció el denominado superprivilegio del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que debía garantizarse la percepción de estos salarios, cualquiera que hubiera sido el momento en el que hubiera dejado de prestarse efectivamente el trabajo, pues de lo contrario bastaría que la concursada aguardara ese término de 30 días, para solicitar el concurso, para que todo este sistema de protección se viera defraudado.

La introducción del término “efectivo” en el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal por la reforma operada por la Ley 38/2011, ha solventado esta cuestión y, debe interpretarse que son créditos contra la masa los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo impagados, anteriores a la fecha del Auto de declaración de concurso.

La consecuencia de la reforma tiene una enorme incidencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial, en las relaciones laborales de los trabajadores fijos discontinuos y, en los eventuales, cuando la prestación de servicios no se desarrolla todos los días y, el salario se percibe por días trabajados. Con la redacción actual de la norma concursal, considero que se pueden ir sumando los salarios correspondientes a los días trabajados hasta un total de treinta, que no coincidirán, evidentemente, con treinta días naturales, a los efectos de considerarlos, -hasta el límite del doble del salario mínimo interprofesional-, un crédito contra la masa.

C) El límite cuantitativo de la consideración de crédito contra la masa.

El importe que actúa como límite máximo de la garantía de la consideración de crédito contra la masa es el doble del salario mínimo interprofesional. El salario mínimo interprofesional se determina anualmente

por el Gobierno, por lo que puede ser distinto según que se compute en uno u otro momento. Un sector doctrinal minoritario¹⁷⁵, -el que mantenía que los treinta días a los que alude el precepto eran los inmediatamente anteriores a la declaración de concurso-, opinaba que el salario mínimo interprofesional a tenerse en cuenta sería el vigente durante el mes anterior a dicha declaración. Esta postura se sostuvo con la redacción originaria de artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. Por razones obvias, los que opinábamos que la norma se refería a los últimos treinta días trabajados impagados no podíamos seguir este criterio, por lo que había de atenderse al salario mínimo interprofesional en vigor en la fecha de declaración del concurso¹⁷⁶. Pues bien, con la redacción actual, continúo sosteniendo el mismo criterio.

Cabe plantearse si en este límite del doble del salario mínimo interprofesional, deben incluirse las dos pagas extraordinarias. Y considero que deben ser incluidas, ya que las dos pagas anuales son obligatorias, de forma tal que, si no se computaran en el límite no se garantizaría el doble del salario mínimo interprofesional, puesto que el legislador contempla el importe mensual del salario mínimo interprofesional, en catorce pagas, no en doce.

Soy conocedora de la jurisprudencia sentada por la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con la interpretación del concepto de salario mínimo interprofesional, a efectos de Seguridad Social, en la que mantiene que debe computarse sin prorrateo de pagas extraordinarias. Pero debo resaltar, que las resoluciones mencionadas por un sector doctrinal¹⁷⁷, concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993

¹⁷⁵ CORDERO LOBATO, ENCARNA: *“Comentarios a la Ley Concursal”*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, volumen I, Madrid 2004, página 985.

¹⁷⁶ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: *“La Ley Concursal y los créditos laborales”*, en el nº 23 de los Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, sobre “La ejecución laboral”, coordinado por Orellana Cano, Ana María, Madrid, 2005, página 372. Y ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: *“Aspectos laborales de la Ley Concursal”*, Valencia, 2004, página 145.

¹⁷⁷ DESDENTADO BONETE. AURELIO Y, ORELLANA CANO, NURIA A.: *“Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”*, Albacete, 2007, página 192.

(Rcud 2115/1992) lo que declara es que el artículo 8.4 del Reglamento de Protección por Desempleo aprobado por el Real Decreto 625/1985, cuando señala que la base reguladora del subsidio será el importe del salario mínimo interprofesional vigente, con exclusión de las partes proporcionales de las gratificaciones extraordinarias, no excede de la función de desarrollo de la Ley 31/1984. Y, por su parte, la también aludida Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1993 (Rcud 2086/1992), precisamente sirve para llegar a la conclusión contraria, pues, tras afirmar que no se computan las pagas extraordinarias en el salario mínimo interprofesional a efectos del subsidio por desempleo, argumenta, que sí se realiza el cómputo, en relación con la prestación de desempleo, dado su carácter contributivo. Por esta razón, en mayor medida, deberá computarse cuando lo que se pretende es garantizar la protección de un mínimo del salario del trabajador, como crédito contra la masa en el concurso de acreedores. Otra parte de la doctrina¹⁷⁸ alude a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995 (Rcud 2517/1994) que, en la interpretación del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el límite de la garantía del Fondo de Garantía Salarial, considera que el salario mínimo interprofesional computable será el importe de éste, excluidas las pagas extraordinarias.

Pues bien, considero que las cuestiones resueltas en estas resoluciones son diferentes de la planteada en relación con el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. El límite cuantitativo de la consideración de crédito contra la masa de los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, es equiparable al superprivilegio del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. No está vinculado ni a prestaciones de Seguridad Social, ni del Fondo de Garantía Salarial, sino al límite de la responsabilidad del empresario, merecedor de una protección especial, en el concurso, al igual que la dispensada por el precepto estatutario en las ejecuciones singulares que se sustancien ante el orden

¹⁷⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DEL MAR: “*La clasificación concursal de los créditos laborales*”, en la obra colectiva “*El concurso laboral*”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, 2ª edición, 2012, página 205.

social. Y, atendiendo a lo anterior, siempre he sostenido¹⁷⁹ que debían incluirse en el límite cuantitativo del crédito contra la masa del doble del salario mínimo interprofesional, el importe de las dos pagas extraordinarias.

Precisamente, en una tercera de mejor derecho, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 (Recurso de casación 2420/2001) sobre la jurisprudencia reseñada de la Sala de lo Social, manifestando que no es aplicable a la determinación del límite cuantitativo del salario mínimo interprofesional previsto en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Y declara el Alto Tribunal que se incluyen las pagas extraordinarias en la responsabilidad del empresario que merece la consideración de crédito superprivilegiado; criterio que, como he expuesto, comparto y que es trasladable, según mi opinión, al concurso de acreedores y, más concretamente, al límite del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, en relación con el crédito contra la masa.

D) El elemento subjetivo: el trabajador acreedor concursal, en los supuestos de las contratas y subcontratas, en los de sucesión de empresas y, en los casos de cesión ilegal de trabajadores. El deudor concursado y el Fondo de Garantía Salarial.

Lo normal es que el acreedor concursal sea trabajador del empresario concursado, aunque el artículo 84.2.1º no lo exige expresamente. Dadas las connotaciones del actual sistema de trabajo y la externalización cada más frecuente de la actividad empresarial, es conveniente examinar qué ocurre en

¹⁷⁹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de la Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil, competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, dirigida por Enrique Sanjuán y Muñoz, Valencia 2008, páginas 1183 y 1184. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva dirigida por Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012, página 1106.

los casos de contratas y subcontratas, en los supuestos de subrogación empresarial y, en los de cesión ilegal de trabajadores.

En las contratas y subcontratas, el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores establece la responsabilidad del empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores. Por lo tanto, cuando el empresario principal haya sido declarado en concurso, los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, podrán intentar satisfacer sus créditos por salarios, en el concurso del empresario principal y, los de los últimos treinta días de trabajo efectivo, hasta el tope legal del doble del salario mínimo interprofesional, tendrán la consideración de créditos contra la masa, conforme al artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. Opera la responsabilidad solidaria del empresario principal por los salarios de los trabajadores de las contratas o subcontratas. Esta norma es aplicable también a las contratas y subcontratas que se concierten en el sector de la construcción. Sin embargo, las peculiaridades y la enorme utilización de esta forma de organización productiva evidenciaron la necesidad de una regulación específica de la subcontratación en la construcción, encaminada fundamentalmente a evitar o, al menos, reducir en lo posible, las preocupantes cifras de siniestralidad laboral que arrojaba el sector. Con este objeto, se publica la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que tiende, a tenor de su artículo 1, a mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general y, las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular. Esta ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Un estudio detallado de las peculiaridades del concurso de acreedores en las empresas del sector de la construcción, se lleva a cabo en ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*La incidencia del concurso en las contratas y subcontratas en el sector de la construcción*”, Cuadernos Digitales de Formación, número 40, Madrid, 2009, páginas 1 a 47.

En los supuestos de sucesión de empresas, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece en su párrafo tercero que, en las transmisiones *inter vivos*, el cedente y el cesionario, responderán solidariamente, durante tres años, de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Por lo tanto, responderán solidariamente de los salarios. Y, también de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito. Consiguientemente, los trabajadores de la empresa en la que se haya producido la sucesión también podrán intervenir para hacer efectivos sus créditos salariales en el concurso declarado frente al empresario sucedente o al sucedido, ostentando los que reúnan los condicionantes del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, un crédito contra la masa.

El mismo tratamiento merece el supuesto de cesión ilegal de trabajadores, en el que el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores también recoge la responsabilidad solidaria del empresario cedente y del cesionario.

Respecto al deudor concursado, debe destacarse que es necesario que ostente la condición de empresario, para que los salarios a los que se refiere el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, puedan tener la consideración de créditos contra la masa, ya que no podrán ser considerados como tales en el procedimiento concursal seguido frente a un deudor no empresario que se subrogó en el lugar del empresario, bien mediante la asunción de la deuda o, a través de la prestación de fianza, por ejemplo.

En estos supuestos, el Fondo de Garantía Salarial es responsable legal subsidiario del abono del importe objeto de la preferencia y lo habitual es que haya abonado los créditos salariales a los que nos referimos, a los trabajadores, por lo que, de conformidad con el artículo 184.1 de la Ley Concursal, deberá ser citado al procedimiento concursal.

1.3.2 LOS CRÉDITOS LABORALES GENERADOS POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL DEL CONCURSADO

DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO (ARTÍCULO 84.2.5.1º DE LA LEY CONCURSAL).

El artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, -en la redacción dada por el número 57 del artículo único de la Ley 38/2011-, establece que constituirán créditos contra la masa, los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, tras la declaración del concurso, incluyendo expresamente el legislador, los créditos laborales, en los que se incluyen las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el Juez del Concurso acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. Los recargos de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad y salud laboral, constituyen un crédito a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social y, los estudiaré en el epígrafe correspondiente, centrándome ahora en el examen de los créditos laborales.

Debemos resaltar que el precepto se refiere a todos los créditos originados por el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, tras la declaración de concurso y, no sólo a los créditos de naturaleza laboral. Por tanto, estarán incluidos también los créditos tributarios, mercantiles, civiles, etc... Por otro lado, estos créditos deben ser generados por la actividad profesional o empresarial del deudor concursado después de la declaración de concurso, lo que es congruente con el principio de continuidad empresarial del concursado, previsto en el artículo 44.1 de la Ley Concursal. Algún sector doctrinal¹⁸¹, ha calificado esta norma de superflua, pues consideran que estos créditos eran encuadrables como créditos contra la masa, en otros párrafos del artículo 84 de la Ley Concursal. En mi opinión, es acertada la inclusión en el precepto, para disipar las dudas que podían plantearse, al menos, en relación con los créditos laborales y los recargos de prestaciones.

¹⁸¹ ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: “*Comentario de la Ley Concursal*”, tomo I, Madrid 2004, páginas 15 y 16.

Se pueden distinguir dos aspectos, a saber, el ámbito objetivo y los límites temporales.

A) El ámbito objetivo.

Los créditos laborales que son créditos contra la masa, entre otros, a tenor del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal son los siguientes:

1. Todas las retribuciones que remuneren la prestación de servicios de los trabajadores, tanto las salariales como las extrasalariales, contempladas en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente, serán créditos contra la masa también, los que abone la empresa al trabajador en concepto de dietas, kilometraje, transporte, herramientas o, ropa de trabajo.

2. Los salarios de tramitación, que tienen naturaleza indemnizatoria, -como ya indiqué anteriormente-, pues pretenden reparar al trabajador de los perjuicios ocasionados por el despido, -declarado improcedente o, nulo, en el caso de los salarios de trámite-, consistentes en la falta de ingresos, según ha declarado reiterada jurisprudencia, sentada entre otras, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2004 (Rcud 3305/2003), de 5 de mayo de 2004 (Rcud 1957/2003) y, de 1 de marzo de 2004 (Rcud 4846/2002). La consideración de los salarios de tramitación como créditos contra la masa con base en el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, ha suscitado dudas en relación con la inclusión en el ámbito temporal al que se refiere la norma, que analizaré posteriormente.

3. Los despidos y las extinciones del contrato de trabajo que dan derecho a indemnización, de conformidad con el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores son las siguientes¹⁸²:

3.1 Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del

¹⁸² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Los créditos laborales y de la Seguridad Social”*, en la obra colectiva *“Tratado Judicial de la Insolvencia”*, Tomo I, Pamplona, 2012, páginas 1113 a 115.

contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

3.2 Por muerte, por jubilación -en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social-, o por incapacidad del empresario. El trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

3.3 Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo. El trabajador tendrá derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que será abonada por el Fondo de Garantía Salarial, que podrá repetir contra el empresario y que, por lo tanto, será el que intervendrá en el procedimiento concursal.

3.4 Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades, salvo que se haya alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas, que deberá respetar, en todo caso, este mínimo.

3.5 Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, de los previstos en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador tendrá derecho a una indemnización equivalente a la del despido improcedente, es decir, de treinta y tres días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

3.6 Por despido improcedente del trabajador, que tendrá derecho a percibir una indemnización igual a la del supuesto anterior, -de treinta y tres días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades-.

3.7 Por las causas objetivas contempladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades.

B) El ámbito temporal.

Los créditos originados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, constituirán créditos contra la masa, de conformidad con el artículo 84.2.5º párrafo primero de la Ley Concursal, sólo si se han generado en un concreto periodo de tiempo, que se extiende desde la declaración del concurso hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o, declare la conclusión del concurso.

A estos efectos y, como excepción al principio de continuación de la actividad empresarial, el artículo 44.4 de la Ley Concursal permite que el Juez del Concurso acuerde, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta. En este caso, así como cuando el Juez decreta la conclusión del concurso, por razones obvias, no se podrán seguir generando créditos por el ejercicio de la actividad empresarial.

En la redacción originaria del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, en la extensión temporal también se contemplaba la aprobación del Convenio, lo que fue suprimido por la Ley 38/2011, ya que, en puridad, en este supuesto, no podrán originarse créditos contra la masa, pues como dispone el artículo 133.2.1º de la Ley Concursal, cesan todos los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio Convenio, salvo los deberes de colaboración e información de la

administración concursal, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento.

Pues bien, la limitación temporal del precepto suscita una cuestión de enorme relevancia para la administración concursal a la hora de considerar o no, la deuda, como crédito contra la masa, que consiste en determinar la fecha que ha de tenerse en cuenta para delimitar si el crédito laboral es posterior a la declaración del concurso. El principio de seguridad jurídica exige que se adopte un criterio único para los diferentes supuestos. El legislador concursal utiliza para el pago de los créditos contra la masa, en el artículo 84.3 de la Ley Concursal, el criterio del vencimiento y, considero que este mismo criterio es el que debe acogerse para solventar la cuestión. En el caso de créditos de naturaleza salarial, el vencimiento y el pago se acuerda, generalmente, en el contrato de trabajo, por lo que no ofrecen dudas. El problema se plantea en relación con las indemnizaciones.

En los supuestos de indemnizaciones, el vencimiento coincidirá con el momento del nacimiento del derecho a su percepción, es decir, desde que nace el derecho del trabajador a hacerlas efectivas¹⁸³. Y, una vez determinado si este momento es posterior a la declaración del concurso, habrá de examinarse el otro requisito, a saber, si además ha sido generada por la continuación de la actividad empresarial del concursado. Por lo tanto, habrá de distinguirse según la causa. Y, de este modo, cuando la extinción se produzca:

1. Por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio, se atenderá a la fecha de la finalización del contrato.

¹⁸³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*”, Valencia 2008, páginas 1186 y 1187.

Ana María Orellana Cano

2. Por la muerte, la jubilación o la incapacidad del empresario, se estará a la fecha de la extinción del contrato de trabajo, que podrá o no coincidir con estas circunstancias.

3. Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, habrá de estarse a la fecha de la sentencia que declare la extinción del contrato por esta causa, que es constitutiva.

4. Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de naturaleza extraconcursal, se atenderá a la fecha de la extinción de los contratos.

5. Por la voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, habrá de estarse a la firmeza de la sentencia que declare la extinción del contrato, que tiene naturaleza constitutiva, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, entre la que cabe destacar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996 (Rcud 2762/1995).

6. Por las causas objetivas contempladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, se atenderá a la fecha de la extinción del contrato.

No siempre es fácil, determinar si la indemnización debe ser considerada posterior a la declaración de concurso o no, a los efectos de que constituya crédito contra la masa. De hecho, en la práctica judicial concursal, se han debatido algunas situaciones concretas, que han generado una enorme polémica. A continuación, abordaré el análisis de algunos de los supuestos más controvertidos.

a) El despido improcedente. La calificación de la indemnización y de los salarios de tramitación.

El régimen del despido improcedente fue reformado sustancialmente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como ya he indicado. A partir de la misma, de conformidad con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Y, en el caso en que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que el trabajador hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y, se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Si el trabajador era representante de los trabajadores, el derecho de opción le corresponde al trabajador y no al empresario. Por consiguiente, la declaración de improcedencia del despido supone la opción entre el abono de la indemnización, en cuyo caso, no se devengan salarios de tramitación o, por la readmisión, con el abono de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia.

En el supuesto en el que, habiéndose optado por la readmisión, no se produjese la misma o ésta fuera irregular, es decir, en distintas condiciones de las que regían para el trabajador antes del despido, el trabajador podrá instar la ejecución de la sentencia. Tras la oportuna comparecencia, el Juzgado de lo Social dictará Auto, salvo en los casos donde no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante, con los siguientes pronunciamientos contemplados en el artículo 281.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social:

1. Declarará extinguida la relación laboral en la fecha del Auto.

2. Acordará que se abonen al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, la indemnización y los salarios de tramitación. En estos casos, aunque se pague la indemnización también, se devengan los salarios de tramitación, porque se optó por la readmisión. Además, en atención a las circunstancias concurrentes y, a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijarse una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del Auto.

3. Se condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declaró la improcedencia, hasta la fecha del Auto.

Por lo tanto, la no readmisión o la readmisión irregular suponen el abono de la indemnización sustitutoria, computándose como tiempo de servicios en la empresa hasta la fecha del Auto del Juzgado de lo Social, que resuelve el incidente, así como el pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del Auto, en el que además, se declarará extinguida la relación laboral, desde esa misma fecha. Y, dependiendo de las circunstancias concurrentes y, los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijarse una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

A los efectos de determinar cómo deben ser considerados los créditos por la indemnización, por los salarios de tramitación y por la indemnización sustitutoria y la adicional, considero que deben de distinguirse varias situaciones. No cabe duda del carácter concursal de los créditos derivados del despido preconcursal, impugnado y declarado improcedente antes de la declaración de concurso. La controversia se suscita cuando el empresario despide al trabajador antes de la declaración de concurso y la Sentencia que

declara el despido improcedente recae una vez declarado el concurso. En estos casos, debe destacarse la consideración de la indemnización, de los salarios de tramitación si se opta por la readmisión y, de la indemnización sustitutoria, de los salarios de tramitación y de la indemnización adicional, en su caso, si en ejecución de la sentencia firme de despido, se acredita la no readmisión o la readmisión irregular. Para el supuesto de despido preconcursal, debe tenerse en cuenta:

1. Si la Sentencia declara el despido preconcursal, improcedente, después de la declaración de concurso y se opta por el abono de la indemnización, ésta tendrá la consideración de crédito concursal, ya que el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores declara que la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. El legislador ha consagrado legislativamente la doctrina jurisprudencial que considera que el despido es una decisión del empresario constitutiva que determina la extinción del contrato en el momento en que se produce. En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2013 (Rcud 1928/2011). Por lo tanto, será crédito con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, la indemnización por despido improcedente calculada sobre la base mínima, es decir, treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades, estando limitado el importe del salario diario al triple del salario mínimo interprofesional. Lo que exceda de esta cuantía será crédito ordinario.

2. Si la Sentencia declara el despido preconcursal, improcedente, después de la declaración de concurso y se opta por la readmisión, se devengarán salarios de tramitación, que se extenderán a un periodo antes del concurso y a otro periodo posterior a la declaración de concurso. Como ya he indicado, los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria. Esta circunstancia, unida a que no han sido generados por la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, me llevan a afirmar que no tienen la consideración de créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. Además, considero que la indemnización es única, por lo que no cabe distinguir entre los salarios de tramitación anteriores y los posteriores a la

declaración de concurso. El legislador ha utilizado como parámetro para determinar el importe de los salarios de tramitación, de naturaleza indemnizatoria, los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido. Podría haber utilizado cualquier otro parámetro, pero, en modo alguno, ello desvirtúa su naturaleza indemnizatoria. Por consiguiente, en mi opinión, los salarios de tramitación serían créditos concursales, con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal hasta los límites legales, que sería hasta el triple del salario mínimo interprofesional diario, ya que no dispone la ley un límite en el número de días a los que se extienden los mismos y, el resto sería crédito ordinario.

3. Si, habiéndose impugnado el despido preconcursal, declarado improcedente y, habiéndose optado por la readmisión, se hubiese producido la no readmisión o la readmisión irregular e, instada la ejecución de la Sentencia, hubiese recaído el Auto resolviendo el incidente con posterioridad a la declaración de concurso, se condena al abono de la indemnización, de los salarios de tramitación y, en su caso, de la indemnización adicional. Pues bien, la indemnización y los salarios de tramitación tendrían la consideración de créditos concursales, con privilegio general hasta los límites legales del artículo 91.1 de la Ley Concursal y, el resto ordinarios, ya que no se pueden considerar créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, al no haber sido generados por la continuación de la actividad empresarial, pues el despido se practicó antes de la declaración de concurso. Además, entiendo que atendidas las circunstancias de una empresa declarada en concurso, no debería imponerse la indemnización adicional a la que se refiere el artículo 281.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Pero, en cualquier caso, merecería la misma consideración que la indemnización sustitutoria y que los salarios de tramitación. No obstante lo anterior, para este supuesto, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2014 (Rcud 2622/2012) mantiene un criterio contrario y, sienta como doctrina jurisprudencial que el artículo 84.2.5º de la Ley Concursal debe interpretarse en el sentido de que es crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente correspondiente a la extinción de la relación laboral acordada

con posterioridad a la declaración de concurso, por la no readmisión del trabajador y, los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la declaración de concurso. Son créditos concursales los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso, con privilegio general dentro de los límites previstos en el artículo 91.1 de la Ley Concursal. Se pronuncia sobre la calificación que merecen los créditos consistentes en la indemnización y los salarios de tramitación derivados de la consideración de despido improcedente, posterior al Auto de declaración de concurso, respecto de un despido practicado antes del mismo. En este supuesto, la Sentencia del Juzgado de lo Social declaró la imposibilidad de readmisión por cese de la actividad empresarial, condenando a la empresa al abono de la indemnización sustitutoria, conforme a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009 (Rcud 2832/2008). Debe destacarse que esta jurisprudencia ha sido abandonada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012 (Rcud 1467/2011), que consideró que el Juez no puede variar de oficio el efecto que la ley establece para la declaración de despido nulo, condenando al abono de la indemnización sustitutoria en el fallo, sino que ello procede en el trámite de ejecución de sentencia. Se trata de un despido que fue declarado improcedente, antes de la reforma operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio, pues a partir de esta norma, si se opta por el pago de la indemnización, no se tienen que abonar los salarios de tramitación, salvo que se produzca la no readmisión o la readmisión irregular. Y declara el Alto Tribunal que el artículo 84.2.5º de la Ley Concursal debe interpretarse en el sentido de que es crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente correspondiente a la extinción de la relación laboral, acordada con posterioridad a la declaración de concurso, por la no readmisión del trabajador y, los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la declaración de concurso y, que son créditos concursales los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso, con privilegio general dentro de los límites previstos en el artículo 91.1 de la Ley Concursal. Como indiqué anteriormente, yo respetuosamente

discrepo del criterio de esta Sentencia. Y ello porque considero que, respecto de un despido practicado por el empresario, con anterioridad a la declaración de concurso, nunca se podrá calificar la indemnización derivada de la declaración judicial del despido como improcedente, como crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, ya que la relación laboral se extinguió por la decisión del empresario, la consecuencia legal de la declaración de improcedencia es la opción entre la readmisión o el abono de una indemnización y, sólo en el primer caso, se devengarán salarios de tramitación. Ante la readmisión irregular o no readmisión, si se optó por la readmisión, el trabajador podrá instar la ejecución de la sentencia, y el Juzgado de lo Social dictará Auto declarando la extinción de la relación laboral y, condenando a la empresa al abono de una indemnización y de los salarios de tramitación y, en su caso, a la indemnización adicional. Ahora bien, nunca la indemnización y tampoco los salarios de tramitación, derivan del ejercicio de la actividad profesional del concursado, pues precisamente, el contrato de trabajo se extinguió antes de la declaración de concurso, por el despido, decisión unilateral del empresario. Por consiguiente, son créditos concursales y se clasificarán hasta los topes legales, como créditos con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal y el resto ordinarios.

b) El despido nulo. La calificación de la indemnización sustitutoria por no readmisión o readmisión irregular y de los salarios de trámite.

La consecuencia de la declaración de nulidad del despido, es la condena a la inmediata readmisión del trabajador y el abono de los salarios de trámite, que se extienden desde el despido hasta la fecha de la readmisión, de conformidad con el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador carece del derecho a la indemnización, salvo que se produzca la no readmisión o la readmisión irregular, en cuyo caso, el trabajador deberá instar la ejecución de la Sentencia y, tras la oportuna comparecencia, se dictará Auto por el Juzgado de lo Social, en el que se declarará extinguida la relación laboral en la fecha del Auto, se condenará al empresario al abono de la indemnización sustitutoria, de la indemnización adicional, en su caso, -aunque como indiqué, considero que estando la empresa en concurso, será difícil que se acuerde la

misma-, y al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha del Auto, a tenor del artículo 281.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Pues bien, en la doctrina judicial, se ha cuestionado reiteradamente la calificación que merece la indemnización sustitutoria por no readmisión o readmisión irregular, cuando el despido practicado antes del concurso de la empresa, ha sido declarado nulo con posterioridad al mismo. Se trata de un despido preconcursal, impugnado por el trabajador ante la jurisdicción social, en la que se dicta Sentencia declarando el despido nulo, condenando al empresario a la inmediata readmisión del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión. Ante la no readmisión o la readmisión irregular, el trabajador insta la ejecución ante el Juzgado de lo Social, -que es el competente para dictar el Auto, con independencia de que, una vez dictado, el trabajador tenga que hacer valer su derecho al cobro de la indemnización sustitutoria ante el Juez del Concurso-. El Auto del Juez de lo Social contiene los pronunciamientos referidos, de acuerdo con el artículo 281.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y, el problema se plantea a la hora de determinar la calificación que merece el crédito derivado de esta indemnización en el concurso de acreedores y, de los salarios de trámite.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de diciembre de 2013 (Recurso de apelación 309/2013), se pronunció sobre la cuestión. Los trabajadores fueron despedidos por la empresa antes de la declaración de concurso, por haber cesado en la actividad. Estos despidos fueron impugnados ante el Juzgado de lo Social, que dictó sentencia posterior a la declaración de concurso, declarando la nulidad de los despidos por no haberse seguido el procedimiento adecuado, que era el del despido colectivo. Como constaba que la empresa había cesado en la actividad, la propia Sentencia del Juzgado de lo Social condenó al abono de la indemnización sustitutoria y al pago de los salarios de trámite, práctica forense no admitida por la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012 (Rcud 1467/2011). La administración concursal declaró que tanto la

indemnización como los salarios de trámite eran concursales, pues el despido se había producido antes de la declaración del concurso. Los trabajadores consideraron que eran créditos contra la masa, por lo que presentaron el correspondiente incidente concursal. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil los consideró también créditos contra la masa, recurriéndose en apelación. La Sentencia de la Audiencia Provincial indicada confirmó la del Juzgado de lo Mercantil y, declaró que la Sentencia del Juzgado de lo Social tenía carácter constitutivo y, que por lo tanto, la relación se extinguió en la fecha de su dictado. Ello permite afirmar, según la Sala, que la pérdida del puesto de trabajo y la indemnización correspondiente se generó con posterioridad a la declaración del concurso. Aplicando la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012, mantiene que el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido, lo que es acorde con la declaración que se contiene, en este caso en la Sentencia del Juzgado de lo Social, o en otros, en el Auto del incidente de no readmisión o de readmisión irregular, que se dicta por el Juzgado de lo Social, en ejecución de la sentencia firme de despido nulo. Y concluye que la extinción de la relación laboral se produjo con posterioridad al concurso y, en consecuencia, la indemnización correspondiente es un crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. En el mismo sentido, se pronunciaron las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de enero de 2011 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de febrero de 2013¹⁸⁴.

Por el contrario, yo sostengo que, en modo alguno, cabría calificar la indemnización sustitutoria del despido nulo como crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. Y ello, porque se ha producido un despido anterior a la declaración de concurso, que es el acto extintivo de la relación laboral por decisión del empresario. Así lo ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2013 (Rcud

¹⁸⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014*”, Las Rozas, Madrid, 2015, páginas 298 y 299.

1928/2011), que otorga eficacia extintiva al acto del despido, afirmando que *“la comunicación de cese comporta -sin excepciones- que el contrato de trabajo se extinga, no siendo precisa resolución judicial para que dicha finalización contractual se produzca, habida cuenta del carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo”*. Por consiguiente, no creo que sea necesario acudir a la ficción legal de que la relación renace. El despido se produjo antes de la declaración de concurso y, por lo tanto, la indemnización sustitutoria del despido nulo es la consecuencia normativa de la calificación de la nulidad del despido. Con esta premisa nunca esta indemnización será un crédito contra la masa, pues no se ha generado por el ejercicio de la actividad profesional del concursado después de la declaración de concurso, ya que precisamente, el despido fue anterior al concurso. Y, el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal exige para considerar un crédito contra la masa, la concurrencia de dos requisitos, a saber, de un lado, que sea posterior al concurso y, de otro, que se haya generado con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional del concursado después de la declaración de concurso. Y es claro que este segundo requisito no concurre en el supuesto que se analiza. Por lo tanto, deberá calificarse la indemnización sustitutoria del despido nulo como crédito concursal, de forma tal que hasta el límite del artículo 91.1 de la Ley Concursal, será crédito con privilegio general y, el resto, crédito ordinario.

En cuanto a los salarios de trámite, al igual que reseñé en el epígrafe anterior relativo al despido improcedente, debe tenerse en cuenta que tiene naturaleza indemnizatoria, -siendo la indemnización única- y, que por lo tanto, no puede distinguirse según que se refiera a un periodo anterior a la declaración de concurso o a uno posterior. Ahora bien, retribuye los perjuicios causados por el despido nulo, en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión o, hasta la fecha del Auto que resuelva el incidente de no readmisión o de readmisión irregular, por lo que, al no haber sido generados por la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, no merecen la consideración de créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, sino créditos con privilegio general, hasta el triple del salario mínimo interprofesional diario

por el número de días de salarios de trámite, conforme al artículo 91.1 de la Ley Concursal y, el resto créditos ordinarios. Téngase en cuenta que, a pesar de ser una indemnización, no existe mínimo legal para el cálculo, por lo que se multiplicará el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salarios de trámite pendientes de pago.

c) La calificación de la indemnización por la resolución del contrato a instancia del trabajador con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, reconocida por Sentencia firme del orden social.

En ocasiones, también suscita dudas la inclusión en la prelación de créditos en el concurso, de la indemnización por la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, conforme al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, acordada por Sentencia firme de la jurisdicción social. En estos casos, es importante, para delimitar si debe considerarse crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, si se ha generado como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, después de la declaración de concurso y, esta circunstancia depende de la causa invocada para la resolución del contrato.

En esta línea, cabe resaltar, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de 28 de enero de 2008, que analiza la consideración del crédito derivado de la indemnización por resolución indemnizada del contrato de la trabajadora, fundada en el acoso laboral. Por la Sentencia del Juzgado de lo Social se declaró extinguida la relación laboral que unía a la actora con la empresa, por incumplimiento grave del empresario, con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, consistente en acoso laboral, con derecho a percibir la indemnización reseñada. Se había ejercitado acumuladamente la acción en reclamación de la indemnización por vulneración de los derechos fundamentales del entonces vigente artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, que se estima también en la Sentencia indicada, condenando a la empresa al abono de una indemnización de 3.000 euros. Se invoca por la parte demandante que la indemnización derivada de la extinción del contrato reconocida por el Juzgado de lo Social es un crédito contra la masa, porque es

posterior a la declaración del concurso, de conformidad con el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil que se analiza, con buen criterio, desestimó la pretensión. Como ya se indicaba anteriormente, para aplicar el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal y calificar un crédito, como crédito contra la masa es precisa la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, si la indemnización ha nacido con posterioridad a la declaración de concurso. Como ya he reiterado, en relación con las resoluciones del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, la Sentencia es constitutiva, es decir, la extinción se produce con la firmeza de la Sentencia que declara la resolución de la relación laboral. El Juzgado de lo Social dictó la Sentencia el 22 de diciembre de 2007. Se notificó a las partes, dándoles el plazo para anunciar el recurso de suplicación de cinco días hábiles desde la notificación. Las partes no recurrieron, deviniendo la sentencia firme cuando transcurrió el plazo para recurrir. Los cinco días hábiles para anunciar el recurso de suplicación finalizaron el 11 de enero de 2007. Ha de tenerse en cuenta que, en el ámbito laboral, se aplica con carácter supletorio la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, de acuerdo con el artículo 135 del citado texto legal, se ampliaría el plazo para admitir el recurso hasta el día siguiente, es decir, hasta el 12 de enero de 2007. Esta fecha coincide con la del Auto de declaración de concurso. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil consideró que la Sentencia del Juzgado de lo Social era firme desde el 11 de enero de 2007, ya que la ampliación en un día del plazo para anunciar el recurso por aplicación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es un plazo de gracia que se concede a las partes, pero que si no se hace uso del mismo, no incide en la firmeza de la sentencia. En cualquier caso, siguiendo el criterio del nacimiento del derecho a percibir la indemnización, como fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar si es anterior o posterior a la declaración del concurso, en este caso, coinciden ambos momentos, el 12 de enero de 2007 o, el nacimiento de la indemnización es anterior en un día a la declaración de concurso. Si sólo exigiese el legislador concursal en el artículo 84.2.5.1º que concurriera este requisito para calificar un crédito como contra la masa, estaríamos ante un problema de discutible solución. Ahora bien, el precepto de la Ley Concursal indicado, requiere la concurrencia de un segundo requisito, conjuntamente con el anterior. Y así, el

artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal considera créditos contra la masa, los generados por la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, tras la declaración del concurso. Evidentemente, la actora ejerció la acción de resolución del contrato de trabajo por mobbing o acoso laboral, ante el Juzgado de lo Social, con anterioridad a la declaración de concurso y, además, el comportamiento que se le imputa al empresario se produce en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial antes de la declaración de concurso, por lo que, en modo alguno, puede admitirse que la indemnización, - el crédito-, se haya generado por la continuación de la actividad profesional o empresarial, después de la declaración del concurso. Al no concurrir este requisito, no puede calificarse la indemnización por la extinción del contrato como crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, por lo que se desestimó esta pretensión de la actora. Cabe preguntarse qué calificación merece entonces esta indemnización. De acuerdo con el artículo 91.1 de la Ley Concursal, -como ha sido calculada sobre la base mínima por el Juzgado de lo Social, ya que se trata de una indemnización tasada por el artículo 50.2 en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores-, hasta el triple del salario mínimo interprofesional, sería crédito con privilegio general y, el resto, tendría que calificarse como crédito ordinario.

1.3.3 LAS INDEMNIZACIONES POR EXTINCIONES COLECTIVAS ACORDADAS POR EL JUEZ DEL CONCURSO (ARTÍCULO 84.2.5.2º DE LA LEY CONCURSAL).

El artículo 84.2.5.2º de la Ley Concursal dispone que se entenderán comunicados y reconocidos, por el propio Auto del Juez del Concurso, los créditos por las indemnizaciones derivadas de las extinciones colectivas de contratos de trabajo acordadas en el mismo, cualquiera que sea el momento en el que se dicte el Auto. Los créditos a los que se refiere el precepto son las indemnizaciones derivadas de las extinciones colectivas de las relaciones laborales ordenadas por el Juez del Concurso, al amparo del artículo 64.1 de la Ley Concursal. Además, no se establece ningún límite temporal, a diferencia

de lo que se estipula en relación con los restantes créditos laborales contra la masa.

El legislador concursal, cambiando la sistemática utilizada en el artículo 84 de la Ley Concursal, no establece la consideración expresa de crédito contra la masa de las indemnizaciones por las extinciones colectivas acordadas por el Juez del Concurso, dándole a la presente materia un tratamiento diferenciado¹⁸⁵. De este modo, dispone el legislador que estos créditos se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe. El artículo 85.1 de la Ley Concursal establece que los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes desde la última de las publicaciones acordadas en el Auto de declaración del concurso. Y, por su parte, el artículo 86.1 del citado texto legal considera que corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso. Pues bien, en el supuesto de la extinción colectiva de los contratos de trabajo acordada por el Juez del Concurso, los trabajadores afectados no tendrán que comunicar a la administración concursal los créditos consistentes en las correspondientes indemnizaciones a las que tendrán derecho por la extinción y, además la administración concursal no tiene que reconocerlos, sino que directamente los incluirá como créditos contra la masa en la lista de acreedores. Aunque parece que la lista de acreedores está pensada más para los créditos concursales que para los créditos contra la masa, -dado el carácter de prededucibles de éstos últimos-, esta es la interpretación que se deduce de

¹⁸⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, página 1189.

los términos del artículo 84.2.5º párrafo segundo de la Ley Concursal que se examina¹⁸⁶.

La norma se refiere expresamente a las extinciones colectivas por lo que no será créditos contra masa encuadrable en este precepto, la indemnización por desacuerdo con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o con el traslado, ya hayan sido medidas adoptadas con carácter colectivo o con carácter individual, de acuerdo con los artículos 41.3 y 4 y 40 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, se incluirán en el precepto las indemnizaciones derivadas de la resolución indemnizada del contrato por voluntad de los trabajadores que tengan la consideración de extinciones colectivas, a tenor del artículo 64.10 de la Ley Concursal, tras la reforma de la Ley 38/2011.

Las diferencias entre los créditos contra la masa del artículo 84.2.5 recogidos en sus párrafos primero y segundo de la Ley Concursal, han suscitado, en ocasiones, problemas de delimitación en la práctica judicial. Debe tenerse en cuenta que los créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal son los que se extienden desde la declaración del concurso hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o, declare la conclusión del concurso. En esta cuestión conviene resaltar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de octubre de 2013 (Recurso de apelación 130/2013). Por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo se acordó la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de los que era empleadora la concursada, acordando al mismo tiempo, el cese de la actividad empresarial. Esta Sentencia fue recurrida en suplicación y, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias acordó anular la extinción de los contratos de trabajo concedida a la empresa concursada, sin que contuviera pronunciamiento alguno sobre el cese de la actividad, cuestión que por tanto, devino firme. En esta situación, el Juez del

¹⁸⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, página 1117.

Concurso dictó nuevo Auto acordando la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa concursada, disponiendo, asimismo, que las indemnizaciones que resultaran tendrían la consideración de crédito contra la masa del artículo 84.2.5 de la Ley Concursal y, que se entenderían comunicados y reconocidos por esta resolución. Claramente se refería a los créditos contra la masa del artículo indicado en su párrafo segundo.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo desestimó la demanda incidental presentada por la concursada, en la que solicitaba que se modificara la consideración de algunos créditos reconocidos en los textos definitivos, como créditos contra la masa y, que en su lugar, fueran calificados como créditos concursales, invocando que todos habían nacido con posterioridad al Auto que acordó el cese de la actividad empresarial. Formuló recurso contra esta Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, la empresa concursada, insistiendo en su recurso en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, en ningún caso, pueden ser reconocidos como créditos contra la masa los generados tras el acuerdo del cese de la actividad de la empresa concursada y, precisamente así han sido calificadas las indemnizaciones derivadas de la extinción colectiva de los contratos de trabajo acordadas por el Juez del Concurso en el procedimiento de regulación de empleo concursal.

Efectivamente, el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal considera que son créditos contra la masa los generados con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional del concursado hasta que se acuerde el cese en la actividad, por lo que, en una interpretación literal del precepto, habiendo devenido firme, -por no haber sido objeto del recurso de suplicación- el pronunciamiento relativo al cese en la actividad, anterior a la tramitación del segundo procedimiento de regulación de empleo concursal, por haber quedado sin efecto el anteriormente tramitado, las indemnizaciones derivadas de la extinción colectiva, no podrían ser consideradas créditos contra la masa. No obstante, declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de octubre de 2013, que en la realidad no se produjo el cese en la actividad, ya

que al quedar sin efecto el procedimiento de regulación de empleo de extinción, la empresa concursada tuvo que dar de nuevo de alta en la Seguridad Social a sus trabajadores, por lo que ha de entenderse que tal cese de actividad no se produjo. Y, consiguientemente, reconoció que las indemnizaciones derivadas del procedimiento de regulación de empleo concursal acordado por el Juez del Concurso, eran créditos contra la masa.

Discrepo, con todos los respetos de la solución que otorga la Sentencia indicada al caso enjuiciado. Yo considero que deben distinguirse los créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de los del artículo 84.2.5.2º de la Ley Concursal. Y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos por procedimiento de regulación de empleo concursal son créditos contra la masa del párrafo 2º, no debiendo aplicarse los límites temporales del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. En consecuencia, por imperativo legal, las indemnizaciones derivadas de la extinción colectiva de los contratos de trabajo en un procedimiento de regulación de empleo concursal, siempre son créditos contra la masa, de acuerdo con el artículo 84.2.5.2º de la Ley Concursal¹⁸⁷.

1.4 LOS CRÉDITOS LABORALES CON PRIVILEGIO ESPECIAL: LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS.

De conformidad con el artículo 90.1.3º de la Ley Concursal son créditos con privilegio especial, los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

En principio, el precepto considera que son créditos con privilegio especial los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, por lo que se refiere a los créditos refaccionarios del Derecho Común, es decir, a los

¹⁸⁷ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014*”, Las Rozas, Madrid, 2015, páginas 300 y 301.

contemplados en el artículo 1922.1 y en el artículo 1923.3 y 5 del Código Civil¹⁸⁸. La norma, además, expresamente incluye en esta clasificación, los créditos de los trabajadores sobre los objetos elaborados por ellos mismos, mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. Los créditos refaccionarios laborales tienen un tratamiento distinto al de los créditos refaccionarios del Derecho Común, pues éstos últimos deberán tener la garantía constituida con los requisitos y las formalidades que le exija su legislación específica para su oponibilidad frente a terceros, mientras que los refaccionarios laborales se encuentran exentos de esta exigencia, a tenor del artículo 90.2 de la Ley Concursal. En el examen de estos créditos, distinguiré el ámbito subjetivo, el ámbito objetivo y el elemento temporal.

1.4.1 EL ÁMBITO SUBJETIVO. LOS TRABAJADORES COMO TITULARES DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS.

El artículo 90.1.3º de la Ley Concursal atribuye el privilegio especial a los créditos de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados. Cabría plantearse si se incluyen también los créditos de los trabajadores que no han participado directamente en la elaboración del objeto que garantiza este crédito y, debe concluirse que es suficiente que el trabajador haya prestado servicios para la empresa, pues lo que ha de tenerse en cuenta es que su trabajo haya contribuido a la producción global. Se incluyen, por tanto, los trabajadores que realizan tareas administrativas o auxiliares¹⁸⁹, o labores de mantenimiento o de limpieza¹⁹⁰.

¹⁸⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*”, Valencia 2008, página 1190.

¹⁸⁹ ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: “*Comentario de la Ley Concursal*”, tomo I, Madrid, 2004, página 1623.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, JUAN Y GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE: “*Comentarios a la Legislación Concursal*”, tomo II, Valladolid, 2004, página 1826.

1.4.2 EL ÁMBITO OBJETIVO: LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS Y LOS BIENES REFACCIONADOS.

Dentro de este elemento objetivo, considero conveniente delimitar, de un lado, qué créditos laborales tienen la consideración de créditos con privilegio especial refaccionarios y, de otro, los bienes que merecen ser calificados de refaccionados.

A) Los créditos refaccionarios a favor de los trabajadores incluyen los créditos salariales, los créditos extrasalariales consistentes en indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral y, los intereses de estos créditos.

El artículo 90.1.3º de la Ley Concursal se refiere a los créditos refaccionarios, sin especificar nada más. Esta mención genérica ha provocado ciertas dudas sobre el alcance objetivo de este privilegio. No suscita polémica la inclusión de los créditos de naturaleza salarial, que son aquellos incluidos en el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores. El límite cuantitativo vendrá determinado por el valor de los bienes refaccionados. Los problemas surgen en relación con la inclusión de los créditos de naturaleza extrasalarial, que son los contemplados en el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. Un sector doctrinal¹⁹¹ mantiene que sólo se han de incluir como refaccionarios, los créditos de naturaleza salarial, quedando, por lo tanto, excluidos los conceptos extrasalariales. El artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que no tendrán la consideración de salario, las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Dentro de las

¹⁹¹ CORDERO LOBATO, ENCARNA: “*Comentarios a la Ley Concursal*”, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, volumen I, Madrid 2004, página 1069.

indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, se encuadran, entre otros, el plus de transporte, el de herramientas, el de ropa de trabajo. La norma no distingue y, considero, -con un sector de la doctrina¹⁹²-, que pueden calificarse como créditos con privilegio especial refaccionarios.

Por el contrario, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, no merecen esta consideración porque los beneficiarios de la Seguridad Social no tienen la consideración de trabajadores y, no concurre la causa refaccionaria, al no contribuir en la actividad productiva debido a la suspensión o extinción de su relación laboral durante la percepción de las correspondientes prestaciones¹⁹³.

En relación con los créditos por las indemnizaciones correspondientes a los traslados -que, derivan de la indemnización por la resolución indemnizada del contrato, como derecho del trabajador, que discrepa del traslado, a tenor del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores-, a las suspensiones de las relaciones laborales y a las indemnizaciones por despido, debe resaltarse que, en todos estos supuestos, el trabajador deja de prestar servicios para la empresa, por lo que desaparece la causa refaccionaria, ya que, al no llevar a cabo ninguna actividad laboral, no realiza ningún trabajo por el que se incorporen bienes al patrimonio del empresario concursado.

Puede suscitarse la duda sobre los salarios de tramitación y los salarios de trámite. Considero que, en tanto en cuanto se perciben por la

¹⁹² ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, página 276.

¹⁹³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal”*, en la obra colectiva *“Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”*, Valencia 2008, página 1192.

declaración del despido improcedente o nulo, extinguido, por tanto, el contrato, no existe la causa refaccionaria¹⁹⁴.

Cabría plantearse también si los intereses derivados de las deudas refaccionarias merecen la calificación de créditos refaccionarios. El artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado. Un sector de la doctrina¹⁹⁵ considera que depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya a los créditos refaccionarios. Y así, si los créditos refaccionarios se consideran créditos con garantía real, -constituida ésta por los objetos elaborados por los trabajadores, acreedores concursales-, los intereses gozarían del privilegio especial. Por el contrario, si no se consideran créditos con garantía real, los intereses deberían de incluirse en la categoría de créditos subordinados, de conformidad con el artículo 92.3 de la Ley Concursal, que se refiere a los intereses de cualquier clase. Considero, con una parte de la doctrina¹⁹⁶ que, para solventar esta cuestión, ha de acudir, más que a la naturaleza jurídica del crédito, a la redacción literal del artículo 155.2 de la Ley Concursal que establece que la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos con privilegio especial, que opta por atender su pago con cargo a la

¹⁹⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, página 1193.

¹⁹⁵ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “*La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*”, Valladolid, 2004, páginas 316 y 317.

¹⁹⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “*La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral*”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 277 y 278. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, página 1193.

masa y sin realizar los bienes y derechos afectos. Y, a continuación dispone que, comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos. Por lo tanto, integran los créditos con privilegio especial tanto el principal como los intereses vencidos.

B) Los bienes refaccionados son los objetos elaborados por los propios trabajadores titulares del crédito.

De conformidad con el artículo 90.1.3º de la Ley Concursal, en el caso de los créditos refaccionarios laborales, los bienes refaccionados son los objetos elaborados por los propios trabajadores titulares del crédito. La interpretación del término “objetos”, plantea, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. Cabe cuestionarse si se incluyen los bienes inmuebles en el ámbito objetivo del privilegio. Por ejemplo, si los trabajadores que están prestando servicios construyendo un edificio, gozarían de un crédito con privilegio especial sobre ese objeto elaborado por ellos, a saber, el edificio. La refacción siempre se ha vinculado a los bienes muebles, pero considero que no existe obstáculo legal alguno para incluir a los inmuebles.

2. Y, sentado que opera el privilegio sobre los inmuebles, se ha planteado si despliega su eficacia sobre la nave industrial o el inmueble que constituye el lugar de trabajo. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997 (Rcud 240/1997) considera que el centro de trabajo no es objeto del crédito refaccionario laboral. En sentido contrario, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1989. En mi opinión¹⁹⁷, el centro de trabajo así entendido no puede tener la condición de bien refaccionado.

¹⁹⁷ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles.*”

3. Un sector doctrinal¹⁹⁸ considera que no se extiende el privilegio: a) a los bienes producidos que no son susceptibles de identificación, como ocurre con la electricidad o con cualquier otro tipo de energía; b) a los bienes que no derivan de la actividad laboral, aunque estén relacionados con ella, como es el caso de las herramientas o máquinas utilizadas para trabajar, o el del lugar de trabajo al que se ha hecho referencia anteriormente; c) a las cantidades que procedan de la venta de los productos o de los bienes que sustituyen a los productos y d) a las indemnizaciones obtenidas de la efectividad de un contrato de seguro cuando el objeto del privilegio haya sido destruido¹⁹⁹.

Y se refiere también la norma a que sean objetos “elaborados”, lo que plantea el problema de si sólo han de incluirse como bienes refaccionados los que hayan sido construidos ex novo por los trabajadores o también, los objetos que hayan sido reparados o mejorados por ellos. De acuerdo con el artículo 1922.1 del Código Civil, se puede concluir que se incluyen ambos.

1.4.3 EL ELEMENTO TEMPORAL. EL PRIVILEGIO ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS REFACCIONARIOS SE MANTIENE MIENTRAS LOS OBJETOS SEAN PROPIEDAD O ESTÉN EN POSESIÓN DEL CONCURSADO.

El privilegio del artículo 90.1.3º de la Ley Concursal se mantiene mientras los bienes refaccionados sean propiedad o estén en posesión del concursado. Por consiguiente, los trabajadores podrán hacer efectivo el privilegio especial, sobre los objetos por ellos elaborados, también mientras estos estén en posesión del concursado. La duda que me genera la norma es

(Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, página 1194.

¹⁹⁸ ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: “Comentario de la Ley Concursal”, tomo I, Madrid, 2004, páginas 1621 y 1622.

¹⁹⁹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Los créditos laborales y de la Seguridad Social”, en la obra colectiva Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012, página 1110.

si opera el privilegio aun cuando los bienes no sean propiedad del empresario concursado, bastando que estén en su posesión, por ejemplo, para repararlos o para venderlos. Considero que no es admisible en Derecho esta conclusión, ya que en el concurso se está ejecutando, de forma universal, el patrimonio del deudor, por lo que no sería posible satisfacer los créditos con cargo a bienes que no sean propiedad del concursado. Se podría entender que el legislador se refiere a los bienes que el empresario haya vendido a plazos con pacto de reserva de dominio o sobre los que haya contratado un arrendamiento financiero. Pero no es ésta la solución porque los supuestos indicados se contienen en el artículo 90.1.4º de la Ley Concursal, por lo que no constituyen el objeto del crédito refaccionario laboral. En cualquier caso, se ha de resaltar que la locución legal no ha sido muy afortunada²⁰⁰.

1.5 LOS CRÉDITOS LABORALES CON PRIVILEGIO GENERAL DEL ARTÍCULO 91.1 DE LA LEY CONCURSAL.

El artículo 91.1 de la Ley Concursal establece que son créditos con privilegio general, 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 de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado y, los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la

²⁰⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, página 1195.

declaración de concurso. En el presente epígrafe analizaré los créditos laborales con privilegio general, que son los dos primeros regulados en este precepto, a saber, los salarios y las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos. Los otros créditos con privilegio general que contiene la norma, los estudiaré en los créditos de la Seguridad Social, concretamente, en los créditos a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social.

1.5.1 LOS CRÉDITOS SALARIALES HASTA EL TRIPLE DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL.

Para delimitar el ámbito objetivo del privilegio general, el legislador utiliza, en primer lugar, un parámetro excluyente, a saber, aquellos créditos que no merezcan la consideración de créditos con privilegio especial y, ha de entenderse que, al ser créditos concursales, que tampoco tengan la consideración de créditos contra la masa. Y, en segundo lugar, acude al límite temporal, al referirse a los devengados antes de la declaración de concurso, lo que es acorde con el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. Por lo tanto, todos los salarios devengados tras la declaración de concurso por la continuidad de la actividad empresarial, sin límite de cuantía serán créditos contra la masa, por lo que no integrarán la masa pasiva, al no ser créditos concursales, naturaleza que sí ostentan los créditos con privilegio general. Y, los salarios anteriores a la declaración del concurso, serán créditos contra la masa, pero sólo los de los treinta días últimos de trabajo y hasta el doble del salario mínimo interprofesional. En consecuencia, serán créditos con privilegio general, los salarios anteriores a la declaración de concurso, que no sean créditos refaccionarios y, hasta el triple del salario mínimo interprofesional que no correspondan a los últimos treinta días de trabajo y, los devengados en los

últimos treinta días de trabajo que excedan del doble del salario mínimo interprofesional²⁰¹.

Estos salarios no podrán superar el importe del triple del salario mínimo interprofesional. Como ya indiqué, al analizar los créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, considero que ha de atenderse al salario mínimo interprofesional en vigor en la fecha de declaración del concurso y, que se incluyen las pagas extraordinarias en el importe del triple del salario mínimo interprofesional.

1.5.2 LAS INDEMNIZACIONES POR LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CUANTÍA CORRESPONDIENTE AL MÍNIMO LEGAL, CALCULADA SOBRE UNA BASE QUE NO SUPERE EL TRIPLE DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL.

El artículo 91.1 de la Ley Concursal establece que tendrán la consideración de créditos con privilegio general, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional. En el análisis del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal detallé cuáles son las indemnizaciones por la extinción de los contratos, en su cuantía mínima legal, que son las que constituyen créditos con privilegio general. Pues bien, sólo merecen la consideración de créditos con privilegio general las indemnizaciones reseñadas en la cuantía indicada, aunque las partes hayan acordado el abono de una indemnización superior. El cálculo de la indemnización ha de hacerse tomando como base el importe del salario que no exceda del triple del salario mínimo interprofesional. En cuanto a la determinación del momento en el que ha de computarse el importe del salario

²⁰¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, páginas 1197 y 1198.

Ana María Orellana Cano

mínimo interprofesional vigente, coincide con el de la fecha del Auto de declaración de concurso y, deben incluirse las pagas extraordinarias en su importe, como ya reseñé también, en relación con el artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, respecto a los créditos contra la masa por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso.

1.6 LOS CRÉDITOS LABORALES ORDINARIOS (ARTÍCULO 89.3 DE LA LEY CONCURSAL).

El artículo 89.3 de la Ley Concursal contiene un cajón de sastre que permite calificar como créditos ordinarios, aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley, como privilegiados ni como subordinados. Y hay que entender, que tampoco tengan la consideración de créditos contra la masa.

En el ámbito laboral, se pueden distinguir, entre otros, como créditos ordinarios, la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del artículo 183.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y, la indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A) La indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales del artículo 183.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Actualmente, el artículo 183.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social establece que, cuando la Sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral, -unido a la vulneración del derecho fundamental-, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Se trata de la denominada indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, que es

una acción acumulable a la de resolución indemnizada del contrato con base en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Para su calificación en el concurso de acreedores, ha de tenerse en cuenta que no deriva de la extinción del contrato, sino que retribuye los daños y perjuicios ocasionados por la vulneración de los derechos fundamentales .

Para delimitar si estamos ante un crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal o de un crédito ordinario, en los supuestos de resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, a tenor del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, es importante analizar si concurren los dos presupuestos exigidos por este precepto para que sea la indemnización un crédito masa, a los que ya me he referido en el análisis de estos créditos, a saber, que se haya generado por la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado después de la declaración de concurso y, hasta el cese en la actividad o la conclusión del concurso. Y, considero que es importante determinar la causa para la calificación del crédito, porque a veces, en el orden social, se pueden suscitar dudas. De este modo, un problema habitual en este sentido, se plantea con el acoso laboral o mobbing. Cuando el acoso se ha producido antes de la declaración de concurso, aunque la indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales se acuerde por la Sentencia que resuelva la acción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, que es constitutiva, dictada después de la declaración de concurso, como el acoso no deriva de la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado y, por ende, la indemnización adicional tampoco, no puede considerarse crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, sino crédito ordinario. Debe tenerse en cuenta que tampoco merece ser calificada como crédito con privilegio general, del artículo 91.1 de la Ley Concursal. Por lo tanto, en toda su cuantía será crédito ordinario.

B) La indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Otro supuesto de crédito ordinario en el ámbito laboral, lo constituye la indemnización por el incumplimiento del plazo de preaviso en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Para proceder a un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a tenor del artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores el empresario, deberá conceder al trabajador afectado, un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. De acuerdo con el artículo 53.2 del Estatuto de los Trabajadores, durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. Por su parte, el artículo 53.4.5º del Estatuto de los Trabajadores regula las consecuencias del incumplimiento de este plazo de preaviso y, establece que la no concesión del preaviso no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período, con independencia de los demás efectos que procedan. El abono de los salarios correspondientes al periodo de preaviso que se ha incumplido por la empresa, no tiene naturaleza salarial, sino que, en mi opinión, tiene naturaleza indemnizatoria y, retribuye los perjuicios causados al trabajador por no haber podido disfrutar de la licencia retribuida para intentar encontrar otro empleo. Se trata, por tanto, de una indemnización de daños y perjuicios que no deriva de la extinción del contrato, sino de un incumplimiento del empresario. Por consiguiente, no merece ser calificada ni como crédito contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, aunque se declare con posterioridad a la declaración de concurso, ni como crédito con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, pues no deriva de la extinción del contrato, como he indicado. En consecuencia, considero que la calificación adecuada es de crédito ordinario.

1.7 LOS CRÉDITOS LABORALES SUBORDINADOS (ARTÍCULO 92 DE LA LEY CONCURSAL).

Los créditos subordinados vienen regulados en el artículo 92 de la Ley Concursal y, como créditos laborales, se han de analizar los encuadrables en los párrafos primero, tercero y quinto del precepto, que examino a continuación.

1.7.1 LOS CRÉDITOS COMUNICADOS TARDÍAMENTE DEL ARTÍCULO 92.1 DE LA LEY CONCURSAL.

La redacción originaria del artículo 92.1 de la Ley Concursal, generó problemas en el ámbito laboral, que fueron solventados por la reforma del precepto operada por la Ley 38/2011. El artículo 92.1 de la Ley Concursal, en su versión inicial, consideraba créditos subordinados, los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, fueran incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, fueran incluidos en la indicada lista por el Juez, al resolver sobre la impugnación de ésta. Con base en este precepto, se dictó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007, que calificó como créditos subordinados los de los trabajadores reconocidos por Sentencia firme del Juzgado de lo Social. Los trabajadores habían entablado una acción en reclamación de cantidades frente a la empresa concursada ante el orden jurisdiccional social, sin que comunicaran en el concurso de acreedores sus créditos, para que fueran considerados como contingentes. Transcurrido el plazo de impugnación de la lista de acreedores, comunicaron sus créditos reconocidos por Sentencia firme del orden social y, la Sentencia de la Audiencia Provincial reseñada, determinó que eran créditos subordinados.

La Ley 38/2011 reformó adecuadamente esta norma, para evitar tales situaciones y adicionó que no quedarán subordinados por esta causa y, serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3 de la Ley

Ana María Orellana Cano

Concursal, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en Registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial y, aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones Públicas.

Con la nueva redacción se solventa el problema suscitado por la falta de comunicación de los créditos de los trabajadores, evitando que se produzcan circunstancias, tales como la resuelta por la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007, pues los créditos reconocidos por Sentencia judicial firme, se incluirían con el privilegio que les correspondiere y, no como créditos subordinados, al constar en un documento con fuerza ejecutiva y, además, en otro procedimiento judicial.

1.7.2 LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 92.3 DE LA LEY CONCURSAL.

El artículo 92.3 de la Ley Concursal, en su redacción originaria, se refería exclusivamente a los intereses y, ha sido reformado por el número sesenta y tres del artículo único de la Ley 38/2011, incluyendo también los recargos, lo que no incide en los créditos laborales, sino en los de la Seguridad Social. El actual artículo 92.3 de la Ley Concursal considera créditos subordinados los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Los intereses, como créditos laborales, se incluirán en esta categoría. Pero debe distinguirse entre los intereses que se devenguen antes y los que se devenguen después de la declaración de concurso. De conformidad con el artículo 59.1 de la Ley Concursal, desde la declaración de concurso, quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.

Ahora bien, los créditos salariales devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. En relación con los créditos salariales, el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el interés por mora en el pago de los salarios asciende al diez por ciento de lo adeudado. Por lo tanto, los intereses de los créditos salariales devengados con anterioridad a la declaración del concurso, serán del diez por ciento y, los que se devenguen con posterioridad a la declaración del concurso, serán iguales al interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos²⁰².

La actual doctrina jurisprudencial establecida por la Sala IV del Tribunal Supremo abandona la tesis tradicional que interpretaba el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, haciendo depender la condena al abono del interés legal, de determinadas circunstancias, como había declarado, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 (Rcud 2554/2012). Pues bien, a partir de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014 (Rcud 1315/2013), entiende el Alto Tribunal que, en las reclamaciones estrictamente salariales, la condena al abono de los intereses del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores es objetiva, sin que incida ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni tampoco que, en los concretos periodos económicos, el diez por ciento sea superior o inferior a la inflación. Esta interpretación se extrae del propio tenor literal de la norma y, de los antecedentes legislativos, sobre todo, de la Enmienda 21, de CD, que fue admitida. Por lo tanto, respecto de la reclamación salarial de los trabajadores, debe condenarse a la empresa al abono del interés legal del diez por ciento, de acuerdo con el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, pero esta norma no se aplica a los conceptos extrasalariales.

²⁰² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, páginas 1201 y 1202.

1.7.3 LOS CRÉDITOS CUYOS TITULARES SEAN PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL CONCURSADO DEL ARTÍCULO 92.5 DE LA LEY CONCURSAL.

El artículo 92.5º de la Ley Concursal ha sido objeto de cuatro reformas, a saber, fue modificado por la Ley 38/2011, por el Real Decreto ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Estas reformas no han afectado a los créditos laborales. El precepto considera subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1º cuando el deudor sea persona natural y, los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario.

Para que las personas especialmente relacionadas con el deudor, -que constan en el artículo 93 de la Ley Concursal-, ostenten créditos laborales frente al concursado, tendrán que tener la condición de trabajadores del mismo. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, -siempre que convivan con el empresario-, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

1.8 EL PAGO DE LOS CRÉDITOS LABORALES CONTRA LA MASA, EN LOS SUPUESTOS DE INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA.

El artículo 176 bis de la Ley Concursal regula las especialidades en el pago de los créditos, ante la conclusión del concurso de acreedores, por insuficiencia de masa activa. Y establece, en el párrafo primero que, desde la declaración del concurso, procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el Juez del Concurso considere que estas cantidades están garantizadas, de manera suficiente, por un tercero.

En el ámbito del Derecho Concursal Laboral, interesa analizar el párrafo segundo del precepto que declara que, tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al Juez del Concurso, que lo pondrá de manifiesto en la Oficina Judicial a las partes personadas. Y, desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden que prevé y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. El orden de pago de los créditos contra la masa que determina esta norma es el siguiente: los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional; los créditos por costas y gastos judiciales del concurso; y, los demás créditos contra la masa.

El problema se suscita en relación con la interpretación que merece el artículo 176 bis 2.2º de la Ley Concursal, pues la redacción no es muy afortunada. Tal y como está redactada la norma, caben dos interpretaciones. De un lado, podría pensarse que el límite cuantitativo, -a saber, el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago-, afectaría tanto a salarios como a las indemnizaciones. Y, en la práctica ha ocurrido que la empresa declarada en concurso estaba al corriente en el pago de los salarios, o adeudaba por este concepto sólo una pequeña cantidad y, sin embargo, debía al Fondo de Garantía Salarial enormes cantidades por indemnizaciones. Ante esta situación, según la interpretación gramatical de la norma, podría concluirse con el abono, en segundo lugar, del importe del triple del salario mínimo interprofesional por el número de días pendiente de pago y, el resto, se pagaría en quinto lugar, con los demás créditos contra la masa.

Y, de otro lado, la segunda interpretación posible de la norma, sería la gramatical, según la cual, como el límite que establece sólo es aplicable a los créditos por salarios, no habría ningún límite para las indemnizaciones, por lo que habría que abonar en el apartado segundo del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal, todas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal; los salarios de tramitación que merecieran la consideración de créditos contra la masa, dada su naturaleza indemnizatoria; las indemnizaciones por la extinción colectiva de los contratos de trabajo acordadas por el Juez del Concurso en el procedimiento concursal de regulación de empleo, del artículo 84.2.5.2º de la Ley Concursal, en las que se incluyen las indemnizaciones por la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, a tenor del artículo 64.10 de la Ley Concursal; e incluso, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que sean créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal.

Es evidente que no ha sido ésta la intención del legislador, que lo que pretendió fue establecer un límite en el abono de los créditos contra la masa, dada la insuficiencia de masa activa.

Este problema ha sido solventado por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014 (Recurso de casación 1281/2013), que declara que los créditos por salarios e indemnizaciones, a los que se refiere el artículo 176 bis 2.2º de la Ley Concursal, deben integrarse como dos categorías autónomas e independientes, sin que proceda aplicar el límite cuantitativo para su pago como si fuera un solo crédito, y, consecuentemente, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado, aplicando analógicamente, lo previsto en el artículo 91.1 de la Ley Concursal. Es decir, ante la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, la administración concursal deberá abonar, en primer lugar, los créditos contra la masa del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal. Y, en segundo lugar, los créditos contra la masa salariales en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago y, las indemnizaciones, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.

Ahora bien, en mi opinión, esta Sentencia del Alto Tribunal no resuelve todas las dudas que puede suscitar el precepto. De hecho, parece que la norma se refiere al mismo límite que, en cuanto a los salarios, contempla el artículo 91.1 de la Ley Concursal, pero lo cierto es que, ningún límite contempla el artículo 176 bis 2.2º de la Ley Concursal, en relación con las indemnizaciones, ni cualitativo ni cuantitativo. No obstante lo anterior, en relación con la interpretación del artículo 176 bis 2.2º de la Ley Concursal, dada

Ana María Orellana Cano

por la Sentencia indicada, considero que el ámbito objetivo de esta norma queda delimitado como expongo a continuación:

1. Lo primero que debe resaltarse es que, aunque se aplique el artículo 91.1 de la Ley Concursal por analogía para integrar el contenido del artículo 176 bis 2.2º de la misma, la administración concursal no podrá pagar, en esta situación, los créditos con privilegio general del artículo 91.1, sino sólo los que tengan la consideración de créditos contra la masa, que serán en el ámbito laboral, los del artículo 84.2.5, en sus párrafos primero y segundo.

2. Los créditos salariales contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, se abonarán con dos límites:

2.1 Un límite cuantitativo, previsto en el propio artículo 176 bis 2.2 de la Ley Concursal. Y, por lo tanto, se abonarán en un importe igual al triple diario del salario mínimo interprofesional, multiplicado por el número de días de salarios pendientes de pago.

2.2 Un límite cualitativo, también previsto en la norma, pues sólo se abonarán los créditos por salarios, es decir, los que tengan naturaleza salarial, conforme al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, como ya analicé en el epígrafe correspondiente, merecen la consideración de créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, todos los créditos retributivos, de naturaleza salarial o extrasalarial, generados por la continuación de la actividad del concursado, hasta el cese de la actividad o hasta la conclusión del concurso. Es decir, no todos los créditos laborales que merecen encuadrarse en los créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, deben ser pagados por la administración concursal, conforme al artículo 176 bis 2.2, sino sólo los de naturaleza salarial.

3. Las indemnizaciones del artículo 84.2.5, en sus dos párrafos, de la Ley Concursal estarán afectadas por el límite del cálculo sobre el mínimo legal, sobre una base de salarios diario de hasta el triple del salario mínimo interprofesional. En relación con las indemnizaciones, la cuestión que me suscita la solución aportada por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014, anteriormente indicada, es que establece dos límites que el artículo 176 bis 2.2º de la Ley Concursal no contempla, pero que, no obstante, es acorde con la intención del legislador, a saber:

3.1 Un límite cuantitativo, ya que sólo se abonarán las indemnizaciones, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional. Y esta limitación, que contiene el artículo 91.1 de la Ley Concursal para la consideración de los créditos con privilegio general, en modo alguno, es equiparable al límite establecido para los salarios.

3.2 Un límite cualitativo, porque al aplicar analógicamente el artículo 91.1 de la Ley Concursal, debe entenderse que la administración concursal sólo podrá abonar, en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, que son las únicas a las que se refiere el artículo 91.1 de la Ley Concursal y, las únicas a las que puede aplicarse el límite cuantitativo que refleja este precepto.

En cualquier caso, de *lege ferenda* es necesaria la reforma del precepto.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La protección que dispensa el ordenamiento jurídico a los créditos de la Seguridad Social es distinta en las ejecuciones singulares y en el procedimiento concursal. En las ejecuciones singulares, que se tramitan por el procedimiento administrativo correspondiente, cuando el deudor no ha sido

declarado en concurso, se aplican los artículos 22 y 121 de la Ley General de la Seguridad Social y, en el concurso, el régimen jurídico es el de la Ley Concursal. En las ejecuciones singulares de los créditos de la Seguridad Social, se distingue entre los créditos a favor de la Seguridad Social y los créditos a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social; una distinción que me parece interesante utilizarla también en el análisis de los créditos de la Seguridad Social en el concurso de acreedores, como he hecho en otras ocasiones²⁰³.

2.1 LOS CRÉDITOS A FAVOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La titularidad de los créditos de la Seguridad Social la ostenta la Tesorería General de la Seguridad Social, como Servicio Común, que será la que aparecerá en el concurso de acreedores, según el artículo 81.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Examinaré, a continuación, los créditos a favor de la Seguridad Social, siguiendo el sistema de clasificación de los créditos contenidos en la Ley Concursal.

2.1.1 LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DEL ARTÍCULO 84.2.5º DE LA LEY CONCURSAL.

Los créditos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social que se generan con la continuación de la actividad del concursado y que merecen la calificación de créditos contra la masa son las cuotas a la Seguridad Social y, los recargos e intereses generados por el impago de las mismas. Los empresarios y los trabajadores tienen la obligación de cotizar a la Seguridad Social. En la cotización, se distingue entre la base de cotización por

²⁰³ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, páginas 1119 a 1136. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*”, Valencia 2008, páginas 1202 a 1224.

contingencias comunes y la base de cotización por contingencias profesionales. A la base de cotización por contingencias comunes se le aplica un tipo para calcular la cuota patronal y, otro diferente, para calcular la cuota obrera. El empresario debe abonar el importe de su cuota e, ingresar con ésta, conjuntamente, las cuotas de sus trabajadores, a los que les ha descontado el importe correspondiente de su nómina. Sin embargo, la cuota de cotización por contingencias profesionales, la abona sólo el empresario, de acuerdo con unas bases tarifadas establecidas en la ley. Pues bien, si el empresario no ingresa las cotizaciones a la Seguridad Social, que se han devengado con ocasión de la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado y, por lo tanto, con posterioridad a la declaración de concurso y, antes de que el Juez acuerde el cese de la actividad o se declare la conclusión del concurso, estos créditos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, serán créditos contra la masa.

Además, reiterada jurisprudencia sentada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2014 (Recurso 743/2012), han declarado que el crédito contra la masa que la Tesorería General de la Seguridad Social tiene por las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, puede generar recargos e intereses, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa.

2.1.2 LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 90.1.1º DE LA LEY CONCURSAL.

Con carácter general, el artículo 90.1.1º de la Ley Concursal considera créditos con privilegio especial, los créditos garantizados con hipoteca o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados. Esta redacción de la norma data desde la entrada en vigor de la Ley 38/2011, pues antes se refería tanto a los bienes como a los derechos hipotecados o pignorados. Y considero que es aplicable a los créditos a favor de la Seguridad

Ana María Orellana Cano

Social, pues el artículo 20.4 de la Ley General de la Seguridad Social, permite a la Tesorería General de la Seguridad Social, conceder aplazamientos del pago de las deudas de la Seguridad Social, pero el cumplimiento del aplazamiento, deberá asegurarse mediante garantías suficientes para cubrir el principal de la deuda, recargos, intereses y costas, considerándose incumplido si no se constituyesen los derechos personales o reales de garantía que establezca la resolución de concesión, en el plazo que ésta determine. En términos análogos, se pronuncia el artículo 33.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Por lo tanto, para el caso en el que se haya garantizado el cumplimiento del aplazamiento con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o, con prenda sin desplazamiento, los créditos a favor de la Seguridad Social tendrán la consideración de créditos con privilegio especial.

2.1.3 LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL.

El artículo 91 en sus párrafos segundo y cuarto contempla dos modalidades de créditos a favor de la Seguridad Social, que merecen la consideración de créditos con privilegio general.

A) Las cantidades retenidas por el empresario concursado.

De conformidad con el artículo 91.2 de la Ley Concursal, son créditos con privilegio general las cantidades correspondientes a retenciones de la Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. El empresario, en su calidad de colaborador con la Seguridad Social, tiene la obligación legal de retener la cuota obrera, del recibo salarial del trabajador e ingresar el importe en la Seguridad Social. Es cierto que la obligación de cotizar corresponde al trabajador, pero la de retener de la nómina es una obligación del empresario. En relación con las retenciones de la cuota obrera y su calificación como créditos en el concurso, ha de destacarse que las que constituyen créditos con privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal, son las correspondientes al periodo anterior a la declaración de

concurso, pues las posteriores, considero que son créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, ya que se han generado como consecuencia de la continuación de la actividad del concursado tras la declaración de concurso y, ello siempre que se hayan devengado antes del cese de la actividad o de la conclusión del concurso, como exige el precepto indicado.

B) Los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, ni de otro privilegio general, hasta el 50 % de su importe.

De conformidad con el artículo 91.4 de la Ley Concursal, constituyen también créditos con privilegio general, los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90.1, ni del privilegio general del artículo 91.2. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social hasta el cincuenta por ciento de su importe. En la exégesis de esta norma, siempre he distinguido²⁰⁴ dos límites que delimitan estos créditos, para que gocen del privilegio general :

1. El límite cualitativo. Se exige que los créditos de la Seguridad Social encuadrables en este precepto, no gocen del privilegio especial del artículo 90.1 de la Ley Concursal, -es decir, que no estén garantizados con prenda o hipoteca-, ni tampoco del privilegio general del artículo 91.2 del citado texto legal, -por lo que se excluyen de este apartado, las retenciones de la cuota obrera, a las que se ha hecho referencia en el precedente epígrafe-. Evidentemente, tampoco podrán tener la consideración de créditos subordinados -intereses, recargos y sanciones-.

²⁰⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, páginas 1205 a 1207. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “Tratado Judicial de la Insolvencia”, Tomo I, Pamplona, 2012, páginas 1121 a 1123.

2. El límite cuantitativo. Este privilegio podrá ejercerse, para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, hasta el cincuenta por ciento de su importe. La redacción de la norma ofrecía dudas interpretativas, que originaron distintas corrientes. La primera cuestión que se suscita es si el cincuenta por ciento ha de calcularse sobre el importe total de todos los créditos que tuviera la Seguridad Social frente al concursado, con independencia de su calificación o, sólo sobre los que fueran encuadrables en el artículo 91.4 de la Ley Concursal, como créditos con privilegio general. La Tesorería General de la Seguridad Social mantenía que el cincuenta por ciento había de calcularse respecto del importe total de todos los créditos de la Seguridad Social, incluidos los créditos con privilegio especial y los créditos con privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal. Ello implicaba la calificación como crédito con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal, de una cuantía superior. La posición contraria consistía en interpretar que el cincuenta por ciento había de calcularse sobre los créditos encuadrables en este apartado cuarto del artículo 91 de la Ley Concursal. La problemática ha sido resuelta por reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha declarado, entre otras, en las Sentencias de 3 de octubre de 2011 (Recurso 1099/2008), de 4 de abril de 2011 (Rcud 1655/2007), de 25 de marzo de 2011 (Rcud 398/2007), de 17 de marzo de 2011 (Rcud 2209/2007) y de 21 de enero de 2009 (Rcud 341/2007), que para el cálculo del cincuenta por ciento al que se refiere el precepto, no se ha de tomar en cuenta el importe de los créditos comprendidos en los artículos 90, 91 y 92 de la Ley Concursal, que ya han sido clasificados con una u otra condición. La segunda cuestión que plantea la norma es si el cincuenta por ciento afecta a la suma del importe de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social. Considero que la norma otorga la condición de crédito con privilegio general al cincuenta por ciento del importe de los créditos, encuadrados en este apartado, de la Hacienda Pública

y, al cincuenta por ciento del importe de los créditos de la Seguridad Social, incluidos también en este artículo 91.4 de la Ley Concursal²⁰⁵.

A estos efectos, se considerará crédito con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal, el contemplado en el artículo 147.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, según el cual, el empresario podrá ser declarado responsable del abono de las prestaciones por desempleo pagadas por la Entidad Gestora y de las cotizaciones correspondientes a las mismas, cuando ésta constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, si la reiterada contratación temporal hubiera sido abusiva o fraudulenta.

2.1.4 LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS.

A) Los créditos comunicados tardíamente, incluidos como tales por la administración concursal o, los incluidos por el Juez, en la resolución de la impugnación, aunque hayan sido comunicados dentro de plazo.

Al igual que indiqué en los créditos laborales, los créditos de la Seguridad Social comunicados tardíamente deben ser calificados como créditos subordinados, a tenor del artículo 92.1 de la Ley Concursal. Esta norma fue modificada por la Ley 38/2011 y, establece que son subordinados los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados o, habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en la lista por comunicaciones posteriores o, por el Juez del Concurso al

²⁰⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008, páginas 1205 a 1207.

resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa y, serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3 de la Ley Concursal, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en Registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial y, aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones Públicas.

La consideración de créditos subordinados que tendrían, en principio, los créditos de la Seguridad Social que hayan sido comunicados tardíamente, - es decir, fuera del plazo del artículo 21.5 de la Ley Concursal, transcurrido el mes siguiente a la última publicación de la declaración del concurso-, tras la reforma del precepto operada por la Ley 38/2011, será difícil, ya que lo habitual es que resulte su existencia de la documentación del deudor o, que conste de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial o, que sea precisa la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su determinación. En estos casos, no serán considerados créditos subordinados. En este sentido se pronunció la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 22 de septiembre de 2005²⁰⁶.

B) Los créditos por intereses y recargos de cualquier clase, incluidos los moratorios.

En el presente epígrafe conviene hacer una referencia a los créditos que merecen la consideración de subordinados, incardinados en el artículo 92.3 de la Ley Concursal, que serán sólo los de intereses, intereses moratorios y recargos, anteriores a la declaración de concurso, pues los posteriores tendrán la consideración de créditos contra la masa. La Sentencia de la Sala de lo Civil

²⁰⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, páginas 1123 y 1124.

del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2013 (Recurso de casación 2385/2011) declaró que el crédito contra la masa que la Tesorería General de la Seguridad Social, tenía por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, generó tanto intereses como recargos, que merecen la misma consideración de créditos contra la masa.

a) Los intereses de las deudas a favor de la Seguridad Social devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

Serán créditos subordinados, sólo los intereses de las deudas a favor de la Seguridad Social devengados con anterioridad a la declaración de concurso, ya que el devengo de intereses posterior a esta declaración, queda en suspenso de conformidad con el artículo 59.1 de la Ley Concursal. La Ley de Insolvencia Alemana de 1994, en el párrafo 39 I.1, precisamente, considera lo contrario, es decir, que los intereses subordinados son los que se acumulan a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia²⁰⁷. Esta Ley alemana, que fue considerada el antecedente legislativo en el Derecho Comparado de nuestra Ley Concursal, contiene un tratamiento distinto en esta materia.

b) Los intereses moratorios.

Los intereses moratorios, según se desprende del tenor literal del artículo 92.3 de la Ley Concursal, se incluyen en este apartado de créditos subordinados. Se regulan en el artículo 28 de la Ley General de la Seguridad Social. Debe destacarse que, en un principio, se debatió sobre la naturaleza sancionadora o indemnizatoria de los intereses por mora, pero actualmente, es una cuestión resuelta por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia, en el sentido de que su naturaleza jurídica es indemnizatoria. La Sentencia 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional consagró la naturaleza

²⁰⁷ PULGAR EZQUERRA, JUANA; ALONSO LEDESMA, CARMEN; ALONSO UREBA, ALBERTO Y ALCOVER GARAU, GUILLERMO: “*Comentarios a la Legislación Concursal*”, Madrid, 2004, página 928.

compensatoria o indemnizatoria de los intereses de demora, -aunque referida a los contemplados en la Ley General Tributaria-. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2004, entre otras, declara que los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda. Son una especie de compensación específica, con arreglo a un módulo objetivo del coste financiero que para la Administración supone dejar de disponer a tiempo, de cantidades dinerarias que le son legalmente debidas²⁰⁸.

c) Los créditos por recargos de mora y apremio.

En la redacción originaria del artículo 92.3 de la Ley Concursal era controvertida la inclusión de los recargos en la clasificación de créditos subordinados del artículo 92.3, ya que no contenía el precepto una referencia concreta a los mismos, que fue introducida en la reforma de la Ley 38/2011. Su regulación se encuentra en el artículo 27 de la Ley General de la Seguridad Social. La Administración Tributaria y la Seguridad Social defendían que el recargo no era un crédito subordinado sino un crédito concursal con privilegio general del artículo 91.4 de la Ley Concursal. Esta tesis fue rechazada por la doctrina unánime de los Juzgados de lo Mercantil, que calificaron el recargo como un crédito subordinado. En este sentido se pronunciaron la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 29 de marzo de 2005, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 4 de marzo de 2005, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 4 de abril de 2005, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 29 de marzo de 2005, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 6 de abril de 2005.

Otra cuestión que se suscitó en relación con los recargos, consistía en determinar si eran créditos subordinados del artículo 92.3 o del artículo 92.4 de la Ley Concursal. Un sector doctrinal²⁰⁹ proponía dos opciones. En primer lugar, la adopción de una solución mixta, al considerar que el recargo, hasta el importe del interés legal, tenía una naturaleza indemnizatoria y, por consiguiente, hasta esta cuantía, se consideraría un crédito subordinado del artículo 92.3 de la Ley Concursal; y, en lo que excediera de esta cantidad, el recargo participaba de una naturaleza sancionadora, por lo que se incluiría en el artículo 92.4 del citado texto normativo. Y, en segundo lugar, proponía tener en cuenta cuál era la función que predominaba para determinar su inclusión en uno o en otro apartado del artículo 92.

A estos efectos, consideraban que el recargo era una sanción y, por lo tanto, que había de encuadrarse en los créditos subordinados del artículo 92.4 de la Ley Concursal, la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia y de lo Mercantil de Santander de 3 de junio de 2005, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 11 de abril de 2005 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 23 de junio de 2005. La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 23 de junio de 2006, declaró que los recargos de Seguridad Social eran créditos subordinados del artículo 92.4 de la Ley Concursal. Por el contrario, mantuvieron que los recargos se deberían encuadrar en el artículo 92.3 de la Ley Concursal, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 27 de mayo de 2005 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de diciembre de 2005. Yo siempre sostuve que el recargo tenía naturaleza indemnizatoria y, por lo tanto, que debía incluirse en el artículo 92.3 de la Ley Concursal²¹⁰. Con

²⁰⁹ DESDENTADO BONETE, AURELIO Y DESDENTADO DAROCA, ELENA: *“Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”*, Valladolid, 2004, página 437. Y DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La declaración del concurso y la Seguridad Social”*, Madrid, 2004, página 13.

²¹⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: *“Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal”*, en la obra colectiva *“Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles”*.

la reforma de la norma operada por la Ley 38/2011, no cabe duda de que los recargos se consideran por el legislador de naturaleza indemnizatoria y se incluyen expresamente en los créditos subordinados del artículo 92.3 de la Ley Concursal.

C) Los créditos por multas y sanciones.

Se incluirán como créditos subordinados, todos los créditos por multas y sanciones, con independencia de la Autoridad que la haya impuesto y de la naturaleza de la sanción. La regulación se contiene en el capítulo III del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que regula el régimen de las infracciones en materia de Seguridad Social y, concretamente, las cometidas por los empresarios, se encuentran en los artículos 21 a 23 y 30 a 32.

2.2 LOS CRÉDITOS A FAVOR DE LOS BENEFICIARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El empresario concursado puede ser deudor de los beneficiarios de la Seguridad Social, cuando los trabajadores que tenía a su cargo, hayan pasado a tener esta condición y, se hubieran incumplido por la empresa, las obligaciones de Seguridad Social. De conformidad con el artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social, el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y, de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y, de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. Este precepto necesitaba de un desarrollo reglamentario, que no se ha llevado a cabo, aplicándose en condición de tal, la Ley de la Seguridad Social de 1966, en los artículos 94 a 96. En cualquier caso, lo relevante, a los efectos que nos ocupan, para determinar los créditos que

(Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)”, Valencia 2008, página 1210.

puede tener el concursado a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, es delimitar esta responsabilidad en orden al pago de las prestaciones, de los recargos de prestaciones derivados de la infracción de normas de salud laboral, de la indemnización de daños y perjuicios y, de las mejoras voluntarias.

En el ámbito extraconcursal, la clasificación de los créditos del empresario a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encuentra perfectamente regulada en el artículo 121.2 de la Ley General de la Seguridad Social que le atribuye a las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, en la redacción originaria de la Ley Concursal, existía una laguna en la regulación de esta materia, pues no contemplaba en la clasificación de los créditos, las prestaciones de la Seguridad Social de las que fuera responsable el empresario. Esta laguna legal fue calificada por la doctrina de “olvido”²¹¹. Ante esta situación, un sector de la doctrina consideró que debía encuadrarse el crédito, en los créditos con privilegio general contemplados en el artículo 91.4 de la Ley Concursal, ya que, en rigor, en las prestaciones de pago periódico, la obligación del empresario se reducía a la capitalización del importe de la prestación y, era la Seguridad Social la que abonaba la prestación, materialmente, al beneficiario²¹². Esta teoría planteaba dos problemas. En primer lugar, que el artículo 91.4 de la Ley Concursal se refería a los créditos de Derecho Público y, por lo tanto, a aquellos en los que la Seguridad Social aparece como titular del crédito. Sin embargo, en las prestaciones de las que es responsable el empresario, los titulares del crédito son los beneficiarios. Y, en segundo lugar, el artículo 91.4 reseñado limita el importe del privilegio al cincuenta por ciento y, esta limitación carecería de justificación en el supuesto que se analiza.

²¹¹ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”*, Madrid, 2004, página 15.

²¹² DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”*, Madrid, 2004, páginas 16 a 19.

Otra sector de la doctrina²¹³, mantuvo que las prestaciones que fueran responsabilidad del empresario, habían de calificarse como créditos con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, asimilando, en este caso, las prestaciones a los salarios e indemnizaciones por extinción contractual, aplicándoles el tope legal del triple del salario mínimo interprofesional o, por el contrario, dada su naturaleza, equiparándose a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional o a los recargos, en cuyo caso no cabría la aplicación del tope legal. El sector doctrinal que sostuvo esta teoría consideró que no se aplicaban los límites cuantitativos y, que su naturaleza era análoga a este último grupo.

Yo mantuve, con otro sector de la doctrina²¹⁴, que -aunque consciente de los graves problemas sociales que suscitaba la falta de regulación expresa del supuesto y la necesidad de una reforma de la Ley Concursal que incluyera las prestaciones de la Seguridad Social de las que debía responder el empresario, ya que se producía una falta de protección que conducía claramente a situaciones no deseables-, sin embargo, había de darse una solución al problema, con la regulación vigente en aquella época. Según mi criterio, en primer lugar, debía distinguirse según que el reconocimiento de la prestación de la que era responsable el empresario tuviera lugar antes o después de la declaración del concurso. De este modo, si se producía con posterioridad, habría de calificarse como crédito contra la masa, de acuerdo con el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. Por el contrario, cuando se reconociera con anterioridad a la declaración del concurso, se distinguiría, en segundo lugar, según que la prestación en cuestión derivara de contingencias

²¹³ DESDENTADO BONETE, AURELIO: *“La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”*, Madrid, 2004, páginas 20 y 21.

²¹⁴ ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: *“La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”*, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008, páginas 309 y 310.

profesionales o de contingencias comunes. Si derivaba de accidente de trabajo o enfermedad profesional, partiendo de la doctrina jurisprudencial que le atribuye a las prestaciones una naturaleza jurídica indemnizatoria, podía encuadrarse el crédito, en los créditos con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, -concretamente en las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional- y, si la prestación derivaba de enfermedad común o de accidente no laboral, el crédito habría de ser calificado como crédito ordinario por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque así lo imponía el artículo 89.2 in fine de la Ley Concursal, no admitiendo en el concurso ningún privilegio o preferencia que no estuviera reconocido en esta Ley Concursal. Y, en segundo lugar, porque de otorgarle una protección, -además no prevista en la Ley Concursal-, a las prestaciones de Seguridad Social, se le ocasionaría un grave perjuicio económico a los restantes acreedores concursales que tenían créditos, cuyo cobro se vería preterido al de los créditos con privilegio general. Una calificación de un crédito que, en rigor, era ordinario, como crédito con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal por analogía, no me parecía lo más acertado.

Pues bien, la Ley 38/2011 da una nueva redacción al artículo 91.1 de la Ley Concursal y contempla como crédito con privilegio general, los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado. Analizaré, a continuación, la responsabilidad del concursado frente a los beneficiarios de la Seguridad Social.

2.2.1 LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS QUE SEA RESPONSABLE EL EMPRESARIO CONCURSADO.

Con carácter general, se puede afirmar que en el sistema de protección de la Seguridad Social pública, las prestaciones son abonadas por la entidad obligada al pago, que coincidirá con aquella con la que se tenga concertada la cobertura. Las prestaciones de Seguridad Social pueden derivar de contingencias comunes o de contingencias profesionales. En las contingencias comunes, la Entidad Gestora es el Instituto Nacional de la

Seguridad Social y, la Tesorería General de la Seguridad Social, como Servicio Común es la encargada de efectuar el pago, pero la responsabilidad recae en la Entidad Gestora. En los supuestos de prestaciones por desempleo, la Entidad Gestora no es el Instituto Nacional de la Seguridad Social sino el Servicio Público de Empleo Estatal, que será el responsable del pago de la prestación por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el nivel asistencial. Debe destacarse también el Instituto Social de la Marina, como Entidad Gestora de las prestaciones de los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. En las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, la responsabilidad en el abono recae en la Mutua, -que ostenta la condición de Entidad Colaboradora-, con la que se haya concertado la cobertura de estas contingencias por la empresa o, en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, si no se ha concertado la protección con ninguna Mutua. Estos organismos son los responsables del abono de las prestaciones de Seguridad Social, en el caso de que se hayan cumplido por el empresario todas las obligaciones impuestas por la ley respecto de los trabajadores a su servicio. Ahora bien, existen determinadas circunstancias que hacen al empresario responsable del pago de las prestaciones de Seguridad Social devengadas por los trabajadores. En caso de que no fueran satisfechas por el empresario y éste fuese declarado en concurso, constituirán créditos de la Seguridad a favor de los beneficiarios, trabajadores del empresario concursado²¹⁵.

A) Los supuestos de responsabilidad empresarial en el abono de las prestaciones de Seguridad Social.

²¹⁵ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, página 1126 y 1127.

Es conveniente reseñar las circunstancias que pueden originar que una prestación de Seguridad Social sea responsabilidad del empresario. En nuestro ordenamiento se contemplan los siguientes supuestos²¹⁶:

1. Existe un caso de responsabilidad empresarial en el que el empresario ha cumplido con sus obligaciones de Seguridad Social. Esta responsabilidad no deriva de una conducta infractora sino que deviene por imperativo legal. El empresario responderá de las prestaciones inherentes a la situación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes, desde el cuarto al decimoquinto día de la baja, ambos inclusive, de conformidad con el artículo 131.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Como ha declarado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998, la Entidad Gestora será responsable subsidiaria.

2. Los casos en los que la responsabilidad empresarial deriva del incumplimiento por el empleador de las obligaciones de Seguridad Social se encuentran regulados en los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que se aplican con carácter reglamentario, al no haber obtenido desarrollo el artículo 126 de la actual Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, -como ya indiqué anteriormente-, complementados con la doctrina jurisprudencial sentada al efecto. Son los siguientes:

2.1 Por la falta de alta o de afiliación. Se ha de distinguir según que la prestación de Seguridad Social derive de contingencias comunes, es decir, de enfermedad común o de accidente no laboral, o de contingencias profesionales, que son el accidente de trabajo o la enfermedad profesional:

²¹⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal*”, en la obra colectiva “*Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*”, Valencia 2008, páginas 1213 a 1215. Y ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Los créditos laborales y de la Seguridad Social*”, en la obra colectiva “*Tratado Judicial de la Insolvencia*”, Tomo I, Pamplona, 2012, páginas 1127 a 1129.

2.1.1 Si la prestación deriva de contingencias comunes, el empresario que no haya dado de alta o afiliado a la Seguridad Social al trabajador, será el único responsable del abono de las prestaciones de Incapacidad Temporal y maternidad (artículo 95.1.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966), de Incapacidad Permanente (artículos 95.1.4º y 95.3 de la Ley de Seguridad Social de 1966), de jubilación (artículo 95.2 de la Ley de Seguridad Social de 1966) y de las prestaciones de muerte y supervivencia, -viudedad, orfandad, auxilio por defunción, subsidio a favor de familiares y prestación a favor de familiares-, (artículos 95.1.4º y 95.3 de la Ley de Seguridad Social de 1966).

2.1.2 Si la prestación reconocida deriva de contingencias profesionales, el empresario será el responsable principal del abono de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, sin perjuicio del anticipo de la misma, al beneficiario, por la Entidad Gestora o por la Mutua y, de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. Si el trabajador no estuviese en alta en el momento del hecho causante de la prestación, si deriva de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, se considera en alta de pleno derecho por expresa disposición del artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

2.2 Cuando el empresario no ha cotizado por el trabajador, -defecto de cotización- o, ha cotizado por un importe inferior al que correspondía -infracotización-, puede resultar responsable de las prestaciones de la Seguridad Social que se le reconozcan al trabajador. De acuerdo con el artículo 94.2 b) de la Ley de Seguridad Social de 1966, la responsabilidad empresarial por el incumplimiento de las obligaciones de cotización nace desde el segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario para el pago. Este precepto ha sido interpretado y matizado por la jurisprudencia, sentada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala General de 1 de febrero de 2000 (Rcud 694/1999) y en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2004 (Rcud 2843/2003). Según la doctrina jurisprudencial citada, en estos

casos, si los descubiertos son esporádicos u ocasionales, no habría responsabilidad de la empresa infractora en orden al pago de las prestaciones reconocidas al trabajador. Por el contrario, si los descubiertos o la falta de cotización en la que ha incurrido la empresa, merecen la consideración de reiterados y constantes y, ponen de manifiesto una voluntad del empresario rupturista y, de apartarse del sistema de la Seguridad Social, ha de distinguirse:

2.2.1 Si la prestación deriva de contingencias comunes, es decir, de enfermedad común o accidente no laboral y, el empresario ha incurrido en defecto o falta de cotización, será el responsable principal del abono de la prestación que se le reconozca al trabajador. Y si sólo incurrió en infracotización, será el responsable del abono de las diferencias del importe de la prestación derivada de esa cotización por un importe inferior.

2.2.2 Si la prestación deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el empresario será el responsable principal, en los mismos términos que en el supuesto anterior, sin perjuicio del anticipo por parte de la Mutua o de la Entidad Gestora y, de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Cuando sea declarada la responsabilidad del empresario en el abono de las prestaciones periódicas de la Seguridad Social, éste deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el importe del capital coste de la prestación, para que la Entidad Gestora proceda a abonar la prestación al beneficiario. En los supuestos de Incapacidad Temporal o de prestaciones a tanto alzado, deberá ingresar el importe de las mismas. Pues bien, si el empresario declarado responsable del abono de la prestación no la satisface en la forma indicada, si se ha declarado único responsable, el beneficiario no percibe la prestación y, si se trata de un supuesto en el que la Mutua o la Entidad Gestora anticipa el importe de la prestación, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la entidad que haya anticipado la prestación se subroga en el lugar del

Ana María Orellana Cano

beneficiario en orden a satisfacer su crédito en el procedimiento concursal correspondiente.

Examinaré la calificación del crédito por las prestaciones de Seguridad Social, atendiendo a la regulación actual de la Ley Concursal.

B) Son créditos contra la masa, las prestaciones de la Seguridad Social de las que responda el empresario, devengadas con posterioridad a la declaración de concurso.

El artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal, con carácter general, considera créditos contra la masa a todos los créditos generados por el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor, tras la declaración del concurso y, antes de que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o, declare la conclusión del concurso. A continuación, el propio precepto contiene unas referencias concretas a determinados supuestos que se incluirían entre este tipo de créditos contra la masa. Pero considero que se trata de una referencia que no constituye un *numerus clausus* o lista cerrada, sino que ha de atenderse a la regla general de que todos los créditos originados por la continuación de la actividad por el concursado, tienen este carácter de créditos contra la masa, aunque no vengan expresamente contemplados en este precepto. Por esta razón, creo que si una prestación de Seguridad Social se reconoce a un trabajador del empresario concursado y, deviene el empresario responsable, por ejemplo, por haber incurrido en falta de pago de las cotizaciones correspondientes al trabajador que continuó prestando servicios en la empresa, tras la declaración del concurso, podrá calificarse como crédito contra la masa. La cuestión radica en determinar el criterio que permitirá considerar que la prestación trae causa de la continuación de la actividad empresarial después de la declaración del concurso.

Lo relevante para calificar un crédito contra la masa con base en el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal es determinar si el crédito concreto se encuentra dentro de estos límites y, fundamentalmente, si es posterior a la

declaración del concurso. En las prestaciones en las que se declare la responsabilidad del empresario, habrá que estar al momento del hecho causante de la prestación. En los supuestos de Incapacidad Permanente, a tenor del artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, el hecho causante coincidirá con la fecha del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, que se retrotraerá al momento de extinción de la Incapacidad Temporal que la precedió, es decir, si antes de la declaración de Incapacidad Permanente, el trabajador permaneció en situación de Incapacidad Temporal. Y en los casos de las prestaciones de muerte y supervivencia, el hecho causante será el de la fecha del fallecimiento.

C) Son créditos concursales con privilegio general, los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

Las prestaciones de la Seguridad Social de las que responda el empresario, devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, derivadas de contingencias comunes o profesionales, merecen la calificación de créditos concursales con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, en el importe del capital coste. Efectivamente, la forma en que se lleva a cabo el pago por el empresario responsable de estas prestaciones consiste en el abono del importe de la capitalización de la pensión, ingresándolo en la Tesorería General de la Seguridad Social, por lo que se trata del pago de una cantidad a tanto alzado.

D) El problema de las prestaciones de Incapacidad Temporal.

La nueva redacción del artículo 91.1 de la Ley Concursal sigue planteando una laguna legal, pues no resuelve la calificación que merecen las prestaciones de Incapacidad Temporal de las que resulte responsable el empresario concursado, ya que estas prestaciones no se capitalizan, sino que el empresario debe abonar su importe sin capitalización. No cabe duda, a mi juicio, de que las devengadas con posterioridad a la declaración de concurso,

Ana María Orellana Cano

que se hayan generado por la continuación de la actividad del concursado, hasta que se acuerde el cese en la actividad o la conclusión del concurso, serán créditos contra la masa, a tenor del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal.

Ahora bien, las devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, -que no se capitalizan, como he indicado-, de conformidad con el artículo 89.3 de la Ley Concursal, serán créditos ordinarios, ya que no se pueden encuadrar en ningún supuesto expresamente previsto en la Ley Concursal. Debe resaltarse que precisamente, en estos casos, cuando el empresario deviene responsable de la prestación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, no opera el sistema de anticipo de la prestación por la Mutua o, en su caso, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ni de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, por lo que la desprotección de los beneficiarios es aún mayor.

2.2.2 LOS RECARGOS DE PRESTACIONES POR LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE LA SALUD LABORAL.

Los índices de siniestralidad laboral en España son todavía muy elevados. La protección de los accidentes de trabajo, una vez que se ha producido el siniestro, se lleva a cabo a través de las prestaciones de la Seguridad Social, de los recargos de prestaciones y, de la indemnización adicional o, por los daños y perjuicios derivados del accidente laboral. El Instituto Nacional de la Seguridad Social puede imponer a los empresarios un recargo en las prestaciones derivadas de contingencias profesionales reconocidas al trabajador cuando éste haya infringido las medidas de seguridad e higiene. Y así, el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que todas las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un treinta a un cincuenta por ciento, cuando la lesión se produzca por

máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o, cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o, las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y, de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. La responsabilidad del abono del recargo recae directamente sobre el empresario, de conformidad con el artículo 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

El recargo de las prestaciones ha de hacerse efectivo por el empresario ingresando en la Tesorería General de la Seguridad Social el importe del capital coste del mismo. Si no satisface este crédito, dado que la responsabilidad recae directamente sobre él, el beneficiario no podrá percibirlo, por lo que se trata de créditos de la Seguridad Social a favor de los beneficiarios de la misma. El recargo se refiere a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales. Cuando la responsabilidad del abono de la prestación de Seguridad Social derivada de contingencias profesionales, recae sobre el empresario, cabe el anticipo de la Mutua o, en su caso, del Instituto Nacional de la Seguridad Social y, la responsabilidad subsidiaria de este último organismo. Sin embargo, aunque el recargo de prestaciones se impone en relación a prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, en estos supuestos, por imperativo legal, a tenor del artículo 123.2 de la Ley General de la Seguridad Social, no cabe ni anticipo por la Mutua o por la Entidad Gestora, ni responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, ni tampoco la cobertura de esta responsabilidad a través de un contrato de seguro y, así lo ha afirmado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (Rcud 4555/2002). Esta circunstancia ha servido de base para declarar la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones. Sin embargo, la naturaleza jurídica de esta institución es discutida, afirmando la última doctrina jurisprudencial el carácter híbrido entre sancionadora e indemnizatoria. Debe tenerse en cuenta que la Sentencia de la

Ana María Orellana Cano

Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2015 (Rcud 1075/2014), declara la responsabilidad de la empresa sucesora en materia de recargo de prestaciones, lo que deberá tenerse en cuenta a los efectos de la sucesión, en los supuestos de transmisión de la unidad productiva autónoma.

Pues bien, en relación con la calificación del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, en el concurso de acreedores, debe distinguirse según que se haya devengado con posterioridad a la declaración de concurso o, con anterioridad a la misma. El artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal considera expresamente, créditos contra la masa, los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral. La normativa sobre salud laboral viene representada, fundamentalmente, por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, aunque existen numerosas normas de inferior rango que van desarrollando la materia, con la finalidad de evitar o, al menos disminuir, el elevado índice de siniestralidad laboral que se registra en nuestro país.

Para determinar si el recargo de prestaciones es anterior o posterior a la declaración del concurso, habrá que tener en cuenta la fecha del hecho causante de la prestación respecto de la que se impone el recargo.

Y, por expresa disposición también del artículo 91.1 de la Ley Concursal son créditos con privilegio general, los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

2.2.3 LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL.

El concepto legal de accidente de trabajo y de enfermedad profesional se contiene en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Seguridad Social. Con carácter general, exige el artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social la concurrencia de tres elementos para apreciar la existencia

de un accidente de trabajo, a saber, la lesión, -que puede ser física o psíquica-, que el accidentado estuviera desarrollando un trabajo por cuenta ajena y, el nexo causal entre ambos. El accidente de trabajo es toda lesión sufrida con ocasión o por consecuencia del trabajo desempeñado por cuenta ajena. De conformidad con el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, se presume, *-iuris tantum*, por lo que cabe prueba en contrario-, que se ha producido un accidente de trabajo, cuando acaezca en el lugar de trabajo y, dentro de la jornada laboral. Y además, se equiparan el accidente *in itinere*, - que es el sufrido al ir o al volver del trabajo-, el siniestro ocasionado por enfermedades intercurrentes de la víctima, por enfermedades anteriores que se hayan visto agravadas por el accidente, el accidente de trabajo *in mision* y, las enfermedades contraídas como consecuencia exclusiva del trabajo desempeñado por cuenta ajena, entre otras situaciones. Se ha flexibilizado tanto el concepto de accidente de trabajo que se contienen en el mismo, situaciones que exceden del ámbito del control del empresario, por lo que la fijación de una indemnización derivada de accidente de trabajo, ha de aplicarse con prudencia, ya que, el Derecho de daños, exige un mínimo de culpa del causante del mismo. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, con las medidas de protección, se persigue frente al accidente de trabajo la *restitutio in integrum*, pero no un enriquecimiento injusto del accidentado o de sus derechohabientes. La reparación del daño causado por un accidente de trabajo o por una enfermedad profesional se lleva a cabo a través de las prestaciones de la Seguridad Social, del recargo de prestaciones y, de la denominada indemnización adicional o indemnización de daños y perjuicios. Esta responsabilidad del empresario puede ser objeto de cobertura mediante un contrato de seguro.

El artículo 84.2.5º párrafo primero de la Ley Concursal no contempla expresamente la indemnización derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional generada por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, como crédito contra la masa, pero como esta norma no contiene una lista tasada considero que la indemnización derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional devengada con posterioridad al

concurso, generada por la continuación de la actividad del concursado y, producida antes del cese en la actividad o la conclusión del concurso, merece la calificación de crédito contra la masa. Cuando el artículo 91.1 de la Ley Concursal se refiere a la indemnización derivada de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, adiciona un límite temporal, que se haya devengado con anterioridad a la declaración de concurso, por lo que el caso de que se origine con posterioridad a la declaración, quedaría sin protección, de no mantenerse el criterio expuesto.

El artículo 91.1º de la Ley Concursal establece que son créditos con privilegio general, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Pues bien, existen dos tipos de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a saber, la indemnización de daños y perjuicios y, la indemnización por fallecimiento derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Estas indemnizaciones serán, por lo tanto, cuando su abono sea responsabilidad del empresario, créditos concursales con privilegio general, a tenor del artículo 91.1 de la Ley Concursal.

A) La indemnización de daños y perjuicios.

La reclamación de una indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional es competencia del orden social, a tenor del artículo 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Y, en cuanto a su importe, conviene resaltar, porque puede tenerse en cuenta a la hora de acordar un Convenio que ponga fin al procedimiento concursal, que en dos Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007, dictadas en dos recursos de casación para la unificación de doctrina, se han establecido los criterios aplicables para calcular el importe de la indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. Y así, el Alto Tribunal ha declarado que se aplicará el baremo establecido para los accidentes de circulación del año 2004, para los siniestros acaecidos durante

su vigencia y, como las tablas que aparecen en el Anexo al baremo se actualizan anualmente, se llegó a la conclusión de que se aplicarían las tablas vigentes en el momento de dictar la resolución por la que se fija la indemnización. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, rectifica este criterio y afirma que las tablas aplicables son las vigentes en el momento del hecho causante.

B) La indemnización derivada del fallecimiento por accidente de trabajo.

El artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social establece una indemnización a tanto alzado para el caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y dispone que, en el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado. Cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, percibirán esta indemnización el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido.

2.2.4 LAS MEJORAS VOLUNTARIAS.

Las mejoras voluntarias a la Seguridad Social vienen reguladas en el artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social. El origen de estas mejoras voluntarias a la Seguridad Social se encuentra en los Convenios Colectivos, fundamentalmente, o bien, en los pactos individuales. Mediante las mejoras voluntarias, los empresarios se comprometan a abonar a los trabajadores, una cantidad a tanto alzado o un pago periódico, cuando sobrevenga una determinada contingencia que de lugar a una prestación de la Seguridad Social. Es habitual que el pago de estas mejoras se asegure mediante una póliza de seguro colectivo. Sin embargo, el empresario puede resultar directamente responsable del abono de la mejora voluntaria en los siguientes supuestos:

Ana María Orellana Cano

1. Cuando el empresario no haya concertado la cobertura con ninguna Compañía Aseguradora y ello fuera preceptivo, es decir, en los casos de falta de aseguramiento, siendo éste obligatorio.
2. Cuando incurra el empresario en infraaseguramiento, siendo éste preceptivo, será responsable por las diferencias no aseguradas.
3. Cuando no existiese obligación de asegurar el abono de la mejora y éste, aunque fuera voluntario, no se hubiese producido.

El hecho causante de la mejora voluntaria coincide con el hecho causante de la prestación mejorada. Pues bien, cuando éste se produzca con posterioridad a la declaración de concurso, el importe de la mejora voluntaria se calificará como crédito contra la masa, con base en el artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal.

La cuestión se complica a la hora de calificar las mejoras voluntarias devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, ya que no han sido expresamente contempladas por el legislador concursal. Se podría pensar que, -como participan de la naturaleza jurídica de la prestación a la que mejoran-, cabría calificarlas como créditos concursales con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal. Este problema no ha recibido una respuesta unánime por la doctrina. Así, un sector doctrinal²¹⁷, considera que constituyen créditos concursales con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, frente a otra parte de la doctrina mercantilista²¹⁸ que considera que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no pueden ser objeto de privilegio alguno. Considero que el importe de las mejoras voluntarias adeudado por el empresario concursado, referidas a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, no pueden ser calificadas como créditos con

²¹⁷ RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: *“La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”*, Valladolid, 2004, páginas 380 y 381.

²¹⁸ ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: *“Comentario de la Ley Concursal”*, tomo I, Madrid, 2004, páginas 1644 y 1645.

privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal, atendiendo al *iter* legislativo del precepto. Esta norma debe su redacción actual, fundamentalmente, a la enmienda número 81 presentada por Izquierda Unida, a las enmiendas número 181 y número 213 del Grupo Mixto y, a la enmienda número 308 del Partido Socialista Obrero Español. Precisamente, en la primera de las enmiendas reseñadas se intentó incluir las mejoras voluntarias en este precepto, no admitiéndose esta inclusión, por lo que no fue la intención del legislador concursal que se calificaran las mismas como créditos con privilegio general. Por consiguiente, las mejoras voluntarias devengadas con anterioridad a la declaración del concurso, a mi juicio, merecen la calificación de créditos ordinarios.

2.2.5 LOS INTERESES.

Los intereses de estas deudas de Seguridad Social a favor de los beneficiarios, tendrán la consideración de créditos subordinados, de acuerdo con el artículo 92.3 de la Ley Concursal.

V. LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA.

La transmisión de la unidad productiva autónoma, en la fase de liquidación, ha planteado numerosos problemas en orden a la determinación del alcance de la sucesión empresarial y los efectos de la exoneración de la responsabilidad decretada por el Juez del Concurso²¹⁹.

De conformidad con el artículo 148.2 de la Ley Concursal, durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la

²¹⁹ Un examen detenido de la materia se contiene en ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Sucesión de empresa y concurso de acreedores. A propósito del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015”, en la Revista Concursal y Paraconcursal, número 23, 2015, páginas 213 a 227.

Ana María Orellana Cano

Oficina Judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Y, transcurrido este plazo, el Juez del Concurso resolverá por Auto, aprobar el plan de liquidación en los términos en que se hubiese presentado, introducir en él modificaciones o, acordar la liquidación conforme a las reglas legales de liquidación del artículo 149.2 de la Ley Concursal. Frente a este Auto cabe recurso de apelación.

El artículo 149 de la Ley Concursal regula las reglas legales de liquidación, antes denominadas supletorias. Este precepto ha sido modificado por el número 5 del apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. No obstante, el párrafo primero del precepto se sigue refiriendo a las reglas supletorias.

Tras la reforma indicada, el anterior párrafo segundo del artículo 149 pasa a ser el cuarto, que adiciona, en relación con la sucesión de empresa, la locución “y de Seguridad Social”, en relación con los efectos laborales, únicos que contemplaba la redacción anterior.

De este modo, el artículo 149.4 de la Ley Concursal dispone que cuando, como consecuencia de la enajenación de la empresa concursada, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En este caso, el Juez del Concurso podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación, que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los

representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, se puede colegir que, en los supuestos de transmisión de la unidad productiva autónoma, en fase de liquidación, el Juez del Concurso podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones, en relación con la sucesión empresarial²²⁰:

1. Aprobar el plan de liquidación en los términos en que se le haya presentado. En estos casos, puede ocurrir que en el plan de liquidación conste que no operará la sucesión empresarial. Pues bien, así lo podrá aprobar el Juez del Concurso, pero se pueden plantear problemas, después, en la jurisdicción social y, en la jurisdicción contencioso administrativa, en relación con las deudas de la Seguridad Social.

2. El Juez del Concurso podrá realizar modificaciones en el plan de liquidación que se le presente, que podrían afectar a la sucesión.

3. El Juez del Concurso, -presentado el plan de liquidación-, podrá acordar que se apliquen las reglas legales de liquidación del artículo 149.4 de la Ley Concursal, en cuyo caso, operará la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social, es decir, en los términos regulados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Y también podrá exonerar al adquirente del pago de los salarios e indemnizaciones adeudados antes de la enajenación, de los que se haya hecho cargo el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

²²⁰ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”, Las Rozas, Madrid, 2015, página 288.

4. Si el Juez del Concurso no aprobara el plan de liquidación o éste no hubiera previsto nada sobre la sucesión, entran en juego las reglas legales de liquidación del artículo 149.4 de la Ley Concursal. En este caso, operará la sucesión de empresas a efectos laborales y de Seguridad Social y, se podrá exonerar al adquirente del abono de lo que el Fondo de Garantía Salarial haya resultado responsable.

El artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, -de idéntico tenor al artículo 149.4 de la Ley Concursal-, dispone que se considerará que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Pues bien, debe resaltarse que uno de los principales problemas que suscitó la transmisión de la unidad productiva autónoma en la fase de liquidación del concurso de acreedores, fue la delimitación del alcance de la sucesión de la empresa adquirente. En la redacción originaria de la norma se refería a la sucesión a efectos laborales. El Real Decreto ley 11/2014, de 5 de septiembre, convalidado por la Ley 9/2015, adicionó a la sucesión a efectos laborales la expresión “y de Seguridad Social”.

El artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. En realidad, los compromisos por pensiones y las mejoras voluntarias forman parte de la Seguridad Social complementaria, por lo que se

puede concluir que, en la sucesión de empresa a efectos laborales, el nuevo empresario se subrogará en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empresario, que sería en el supuesto que se analiza, el empresario concursado²²¹.

La normativa española indicada constituye la transposición al ordenamiento interno de la Directiva Comunitaria CEE 2001/23 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad. El artículo 5 de la Directiva permite que se exonere a la empresa adquirente de otra empresa, en un procedimiento de insolvencia, de toda responsabilidad.

El legislador español no ha acogido esta posibilidad de exoneración total para el supuesto de concurso de acreedores. Por el contrario, sólo ha permitido expresamente dos circunstancias de exoneración. De un lado, el artículo 42.1 c) de la Ley General Tributaria exonera a la adquirente en el procedimiento concursal, de una empresa concursada, de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas. Y, de otro lado, el artículo 149.4 de la Ley Concursal permite exonerar a la adquirente de la concursada, en la fase de liquidación, de los salarios e indemnizaciones asumidas por el Fondo de Garantía Salarial, de acuerdo con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

²²¹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”, Las Rozas, Madrid, 2015, página 289.

En la interpretación de la Ley Concursal en concordancia con la legislación laboral, se plantean dos cuestiones. La primera consiste en determinar si, declarado por el Juez del Concurso que no opera la sucesión empresarial, cabe que los trabajadores acudan al orden social reclamando el reconocimiento de la sucesión en la transmisión de la unidad productiva autónoma, por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Y, la segunda, si la Tesorería General de la Seguridad Social puede derivar responsabilidad frente a la adquirente en el caso en el que el Juez del Concurso haya declarado que no opera la sucesión empresarial en relación con las deudas de Seguridad Social.

En relación con la primera cuestión, en los supuestos en los que el Juez del Concurso declare que no opera la sucesión empresarial, esta declaración tendrá la naturaleza de resolución de una cuestión prejudicial del artículo 9 de la Ley Concursal, sin efectos fuera del concurso, según la redacción dada al precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Por consiguiente, los trabajadores podrán acudir al orden jurisdiccional social para que declare la existencia de sucesión empresarial. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 4 de abril de 2014 (Recurso de suplicación 99/2014) declaró la competencia del orden social para conocer de la acción de impugnación individual del despido colectivo adoptado en un procedimiento de regulación de empleo concursal, dentro de la fase de liquidación y, dirigida también frente a la empresa adquirente de la concursada. En la misma línea, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de enero de 2014 (Recurso de suplicación 2483/2013). Estas dos sentencias se refieren sólo a la competencia. Pero la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de noviembre de 2011 (Recurso de suplicación 2226/2011), estimó la falta de acción del trabajador frente a la concursada, ya que su relación laboral se había extinguido en virtud del procedimiento de

regulación de empleo concursal. El Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 20 de julio de 2013 declaró la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la derivación de responsabilidad que ejerció la Seguridad Social, ante la declaración del Juez del Concurso de que no operaba la sucesión empresarial, respecto de las deudas de Seguridad Social de la empresa concursada, que se había transmitido en la fase de liquidación. Y con base en el mismo, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Granada desestimó el recurso de la empresa sucesora en el concurso, confirmando la procedencia de la derivación de responsabilidad acordada por la Tesorería General de la Seguridad Social. Por consiguiente, cabe concluir que tanto los trabajadores ante el orden social, como la Tesorería General de la Seguridad Social ante la jurisdicción contencioso administrativa, pueden exigir la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la subrogación de la empresa adquirente. Hasta aquí he expuesto lo que considero relevante en relación con la primera cuestión acerca de la competencia.

Y en relación con las deudas de Seguridad Social, no puede olvidarse que si se considera que la entidad que adquiere la empresa concursada, debe asumir todas las obligaciones de Seguridad Social anteriores a la enajenación, será sumamente complicado, en la práctica, que se lleve a cabo la transmisión. Ello puede causar graves perjuicios al concurso. Por esta razón, como el Juzgado de lo Mercantil debe velar por el interés del concurso, es habitual que dicte resoluciones exonerando de las deudas de la Seguridad Social a la adquirente de la empresa concursada. Esta materia ha sido analizada exhaustivamente, -manteniendo un criterio que comparto²²²-, en el Auto de la

²²² ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”, Las Rozas, Madrid, 2015, página 291.

Audiencia Provincial de Málaga de 9 de abril de 2014 (Recurso de apelación Civil 1125/2013)²²³, en el que aborda un detenido examen de la transmisión de la empresa concursada y la subrogación de la empresa adquirente. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga aprobó el plan de liquidación presentado por la administración concursal, precisando que, en caso de venta de la empresa concursada, operaría la sucesión de empresas “*sólo a los efectos laborales*”. Con ello, exoneraba a la adquirente de asumir las deudas de Seguridad Social. El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, anteriormente reseñado, revoca esta precisión, dejándola sin efecto, al considerar que, de conformidad con el artículo 149 de la Ley Concursal, en concordancia con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la sucesión opera a los efectos laborales y de Seguridad Social.

En esta situación, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por Auto de 11 de diciembre de 2013, que ha sido resuelta por el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015. Se someten al Alto Tribunal siete cuestiones, encaminadas a dilucidar si es conforme a la Directiva 2001/23 que, en la situación de concurso, pueda declararse que el adquirente no se subroga en las deudas de Seguridad Social.

Y declara el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015 que la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro que se haya acogido al sistema previsto en el artículo 5.2 a) de la Directiva, podrá exonerar del pago de los créditos laborales, incluidos los de la Seguridad Social, a la empresa adquirente de una unidad productiva autónoma, inmersa en un procedimiento de insolvencia, siempre que exista una entidad que garantice los créditos de los trabajadores

²²³ Ponente Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Magistrada Especialista en asuntos propios de lo Mercantil.

conforme a la Directiva Comunitaria 80/987. España se acogió a la previsión del artículo 5.2 a) de la Directiva y, tiene implantado un Organismo de protección de los créditos, a saber, el Fondo de Garantía Salarial, por lo que podría haber optado el legislador por exonerar a la empresa adquirente del pago de los créditos laborales y de la Seguridad Social. Y declara también que la Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente, resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

A estos efectos, es importante también resaltar los términos del artículo 146 bis de la Ley Concursal que contiene las especialidades de la transmisión de la unidad productiva. Establece la norma, en el párrafo primero, que en caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial, cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Tras detallar en el párrafo segundo que, igualmente, se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones, dispone en el párrafo tercero que, lo dispuesto en los dos apartados anteriores, no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa. Para terminar, el artículo 146 bis 4 establece que la transmisión, no llevará aparejada la obligación del pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la misma, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido

expresamente o existiese disposición legal en contrario y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.

Por consiguiente, tras la reforma operada en el artículo 149.4 por la Ley 9/2015, no cabe duda que en nuestro Derecho operará la sucesión de empresas tanto a efectos laborales como de Seguridad Social, en los supuestos indicados, lo que significa que la empresa adquirente de la concursada deberá subrogarse en los créditos laborales y en las deudas de la Seguridad Social, lo que dificulta enormemente la venta de la unidad productiva en el concurso de acreedores.

VI. LA POSICIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

El artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores configura el Fondo de Garantía Salarial como un Organismo autónomo, de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Secretaría de Estado de Empleo, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

El régimen jurídico de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial lo contempla el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y, el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. La intervención en el proceso concursal viene regulada en el artículo 16 del Real Decreto indicado.

En el presente epígrafe analizaré las principales cuestiones que plantea la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores, comenzando por algunos temas de carácter general, como la finalidad y los tipos de actuación; algunos aspectos procesales, como las consecuencias de la falta de emplazamiento y los motivos de oposición, con una especial referencia a la prescripción y a la caducidad; el ámbito subjetivo y el ámbito

objetivo de la protección; y, por último, las peculiaridades propias de la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores.

1. EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL: OBJETIVOS.

El Fondo de Garantía Salarial tiene tres finalidades: es un Organismo de garantía o de protección de los créditos de los trabajadores; es una entidad de apoyo a la protección del empleo y el mantenimiento de la actividad empresarial; y, es un órgano de colaboración con la jurisdicción social y mercantil.

1. El objetivo fundamental de este Organismo es proteger y garantizar la percepción de unos mínimos a los trabajadores de las empresas insolventes o declaradas en concurso, que han acordado despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ello es acorde con lo previsto en el Convenio número 173 de la O.I.T. de 23 de junio de 1992, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, ratificado por España, mediante el Instrumento de la Jefatura del Estado de 28 de abril de 1995 (B.O.E. de 21 de junio de 1995) y, a la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, sobre el pago de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores por cuenta ajena, cuando no han sido satisfechos por la empresa, a causa de su declaración de insolvencia o de concurso.

2. El segundo objetivo, referido al apoyo a la protección del empleo y el mantenimiento de la actividad empresarial, se consigue mediante el establecimiento de una responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial en el pago de las indemnizaciones derivadas de los expedientes de regulación de empleo de fuerza mayor, cuando la Autoridad Laboral exonera a las empresas del pago.

3. Y, por último, atendiendo a la intervención en los procedimientos concursales y del orden social de la jurisdicción, se puede afirmar que cumplen un objetivo de colaboración con la Administración de Justicia²²⁴.

El Fondo de Garantía Salarial despliega su eficacia a través de tres tipos de actuación: preventiva, protectora y recuperadora.

La actividad preventiva se refiere al aspecto procesal, con la necesaria intervención en todos los procedimientos de los que se pueda derivar su responsabilidad y, viene reconocida en el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y en el artículo 184.1 de la Ley Concursal.

La actividad protectora o garantista alcanza al ámbito de las prestaciones de las que responde el Fondo de Garantía Salarial, en beneficio de los trabajadores por cuenta ajena, que prestan o prestaron servicios para las empresas insolventes o concursadas.

Y la actividad recuperadora se consigue mediante el mecanismo de la subrogación en los créditos de los trabajadores.

2. ASPECTOS PROCESALES DE LA INTERVENCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

En los procedimientos concursales, según el artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, 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 éste su responsabilidad. El Fondo se personará en el procedimiento como responsable legal subsidiario del pago de los créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y, sin perjuicio de que, una vez

²²⁴ URIZ ÁLVAREZ, JOSÉ JAVIER: *“La actuación del Fondo de Garantía Salarial ante el procedimiento concursal”*, en la obra colectiva *“El concurso laboral”*, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, páginas 287 y 288.

realizado, continúe como acreedor en el procedimiento. De esta norma se extrae que la citación es obligatoria y un presupuesto básico para que opere su responsabilidad y, que el Fondo se persona en el procedimiento como responsable legal subsidiario. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 16.1 del Real Decreto 505/1985 y, el artículo 23.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

No obstante lo anterior, la consagración legislativa del Fondo de Garantía Salarial, como parte de pleno derecho en el procedimiento, es relativamente reciente. Un sector doctrinal mantuvo que intervenía en el procedimiento como interviniente adhesivo simple, frente a los que consideraban que era un interviniente adhesivo consorcial²²⁵. Estas posiciones tuvieron que ser abandonadas a partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1992 y 90/1994, así como de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005 (Rcud 2504/2004), que precisamente, configuraron la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento, como parte de pleno derecho. Esta doctrina constitucional y jurisprudencial constituyen el precedente del artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que reconoce que el Secretario, -aunque ha de entenderse realizada la referencia al Letrado de la Administración de Justicia, ya que esta norma no ha sido aún reformada-, citará como parte al Fondo de Garantía Salarial y, del artículo 184.1 de la Ley Concursal, que establece que el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad, para el abono de los salarios o indemnizaciones de los trabajadores.

Por lo tanto, como parte de pleno derecho, el Fondo de Garantía Salarial tiene unas amplias facultades procesales. Y así, podrá solicitar la ampliación de la demanda frente a otras empresas, en los casos de grupos de sociedades o

²²⁵ POYATOS VILLENA, JOSÉ: *“Legitimación y alcance de la actuación del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento concursal”*, en la obra colectiva *“El concurso laboral”*, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas, Madrid, páginas 292 y 293.

grupo de empresas irregular, en los supuestos de contratas y subcontratas o en los de sucesión empresarial. En el acto del juicio, podrá oponerse a la demanda, esgrimiendo las excepciones oportunas y, alegando lo que a su derecho convenga en cuanto al fondo del asunto; proponer prueba, debiendo acudir con todos los medios de prueba que estime pertinentes; y, está legitimado activamente para recurrir. La reforma operada por la Ley 38/2011, en el artículo 64.8 de la Ley Concursal, le atribuye al Fondo de Garantía Salarial la facultad de recurrir tanto el Auto del Juez del Concurso que resuelve el procedimiento de regulación de empleo o el procedimiento temporal de regulación de empleo como la sentencia que recaiga en el incidente concursal laboral, que versará sobre cuestiones relativas a la relación individual del trabajador.

Además de intervenir en el concurso como parte de pleno derecho, el Fondo de Garantía Salarial puede intervenir como acreedor de la empresa declarada en concurso, como instante del concurso o, como administración concursal. El Fondo de Garantía Salarial puede intervenir en el concurso como acreedor, habida cuenta de que se subroga en la posición de los trabajadores y, deberá hacer valer en el concurso sus créditos para que se les hagan efectivos. Al tener la condición de acreedor, podrá solicitar la declaración de concurso necesario, a tenor del artículo 3.1 de la Ley Concursal. Y, por último, podrá tener la condición de administrador concursal, de acuerdo con el artículo 27.7 de la Ley Concursal, modificado por el apartado dos del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

2.1 LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO.

La falta de emplazamiento del Fondo de Garantía Salarial, en las empresas declaradas en concurso es causa de la nulidad de las actuaciones. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 6 de octubre de 2014 (Recurso de suplicación 178/2014) declaró la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas al momento de admisión a trámite del incidente concursal laboral, formulado por un trabajador afectado

por el procedimiento de regulación de empleo concursal, por no haber sido notificada al Fondo de Garantía Salarial la resolución de admisión de la demanda incidental, impidiendo que interviniera como parte de pleno derecho en el procedimiento. En el procedimiento de regulación de empleo concursal sí había intervenido y, había sido tenido como parte, recurriendo incluso el Auto del Juez del Concurso de extinción de las relaciones laborales.

2.2 LOS MOTIVOS DE OPOSICIÓN. LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD.

Una cuestión debatida en cuanto a la intervención del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento, como parte de pleno derecho, consiste en determinar si ello le obliga a utilizar en el procedimiento todos los mecanismos de defensa que entienda necesarios, de forma tal, que lo debatido, tendrá efectos preclusivos para el Fondo de Garantía Salarial, no pudiendo oponer en su defensa, en un ulterior proceso, cuestiones que no planteó en el primer procedimiento. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 (Rcud 3996/2011) apreció este carácter preclusivo de sus medios de defensa. En este supuesto, el Fondo de Garantía Salarial intervino como parte en la acción ejercitada por el actor en impugnación del despido, que fue declarado improcedente, instando el trabajador la ejecución, en la que intervino también el Fondo de Garantía Salarial, no alegando la prescripción de la acción ejecutiva, que se había formulado habiendo transcurrido el plazo legal de tres meses, previsto en el artículo 277.2 de la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral. El trabajador solicitó las correspondientes prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, que dictó Resolución, denegándolas por haber prescrito la acción ejecutiva. La Sentencia del Tribunal Supremo reseñada consideró que había precluido la facultad del Fondo de Garantía Salarial de oponer la prescripción de la acción ejecutiva, puesto que habiendo intervenido en la misma, no la opuso en la ejecución, no pudiendo hacerlo en este ulterior procedimiento dirigido por el trabajador frente al Organismo, en impugnación de la resolución denegatoria de las prestaciones. Y ello, en primer lugar, porque en la ejecución de la Sentencia de despido, en la que fue parte, tuvo el Fondo de Garantía Salarial la oportunidad de oponer la excepción y, en su caso, de impugnar el Auto del

Ana María Orellana Cano

Juzgado de lo Social si no se hubiese estimado la misma. Y, en segundo lugar, porque el Auto dictado en la ejecución de la sentencia de despido improcedente había adquirido firmeza y, por ende, desplegó el efecto de cosa juzgada para el Fondo de Garantía Salarial, que fue parte de pleno derecho. Por consiguiente, los medios de defensa del Fondo, si no los hace valer, tienen carácter preclusivo respecto del procedimiento ulterior dirigido contra este Organismo.

Precisamente, con base en esta Sentencia del Tribunal Supremo y, en la posibilidad que tiene el Fondo de Garantía Salarial de oponer excepciones en la fase ejecutiva en el orden social, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2013 (Recurso de suplicación 2764/2012), declaró que si el Fondo de Garantía Salarial, debidamente citado, no compareciere en la fase declarativa del procedimiento, no podría ser condenado ni absuelto en la sentencia, ya que podía esgrimir medios de defensa en la ejecución laboral de la Sentencia, -como he indicado- y, considero que también en el seno del procedimiento concursal.

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS.

Examinaré en este apartado el ámbito subjetivo, es decir, los sujetos protegidos por el Fondo de Garantía Salarial y, el ámbito objetivo, las prestaciones de las que responde este Organismo.

3.1 EL ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN.

El artículo 13 del Real Decreto 505/1985 establece que podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores que estén vinculados mediante una relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y, en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes. Los empresarios a los que se refiere el artículo 11 del citado Real Decreto, son aquellos que cotizan al Fondo de Garantía Salarial.

Por lo tanto, son trabajadores protegidos, los trabajadores por cuenta ajena, con una relación laboral común u ordinaria, que tendrán derecho a percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, si su empresa fuese declarada en concurso. Ahora bien, en la práctica, en ocasiones, es difícil delimitar la relación laboral común u ordinaria de la relación mercantil. Lo relevante, a estos efectos, es analizar la concurrencia de los presupuestos que caracterizan la relación del trabajador por cuenta ajena, a saber, la dependencia y ajenidad conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1998 (Rcud 4564/1997), declaró que tenían derecho a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial los actores, aunque ostentaban la titularidad del quince por ciento del capital social. Analiza la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad, exigidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, para concluir que la relación era laboral y no mercantil, a pesar de que los actores en este litigio, eran miembros del Consejo de Administración y, ello reconociendo la compatibilidad entre ambas circunstancias.

Sin perjuicio de la dificultad que se puede suscitar en la práctica, en orden a la consideración de una relación laboral como por cuenta ajena, también se plantean problemas en este ámbito subjetivo, respecto de las relaciones laborales especiales. Y, ello, porque el artículo 13 del Real Decreto 505/1985 no se limita a la referencia genérica al trabajador por cuenta ajena, sino que pone en relación los sujetos protegidos con la cotización que realicen los empresarios al Fondo de Garantía Salarial, según la remisión del precepto al artículo 11. Efectivamente, el artículo 11.1 del Real Decreto 505/1985, declara que están obligados a cotizar al Fondo todos los empresarios de los trabajadores por cuenta ajena, tanto si son públicos como privados, los clubes o entidades deportivas, por los deportistas profesionales vinculados a los mismos en virtud de relación laboral de carácter especial; y, los empresarios que ocupen trabajadores, cuya actividad sea la de intervención en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas, por estos trabajadores. Sin embargo, el artículo 11.2 de la norma reseñada establece que, en las relaciones laborales de carácter especial, sólo tendrá que cotizar al Fondo de

Ana María Orellana Cano

Garantía Salarial el empresario, cuando así expresamente se disponga en la regulación concreta de la misma.

Interesa examinar, -dada la competencia de la administración concursal, para suspender o extinguir la relación laboral especial del personal de alta dirección, a tenor del artículo 65.1 de la Ley Concursal-, si responde el Fondo de Garantía Salarial en estos supuestos. En la redacción originaria del artículo 15.1 del Real Decreto 1382/1985, se excluían las retribuciones del personal de alta dirección de la garantía del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, al no contener expresa mención al mismo. Por esta razón, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989, se declaró que carecía del derecho a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, el personal de alta dirección. Sin embargo, se incluyó a partir de la Ley 11/1994. Y, consiguientemente, ha de afirmarse que tiene derecho a las prestaciones del Fondo, el personal de alta dirección, lo que habrá de tenerse en cuenta en el concurso.

3.2 EL ALCANCE DE LAS PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL COMPUTABLE PARA CALCULAR EL LÍMITE.

La reforma laboral operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio ha limitado la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, suprimiendo en las empresas con menos de veinticinco trabajadores, el abono del cuarenta por ciento de la indemnización por despido derivado de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Tras la reforma, se dio una nueva redacción al artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, reduciendo la responsabilidad que se extendía, -en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando se extinguieran por estas causas, contratos de carácter indefinido-, a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, salvo que el despido se declarara improcedente, en cuyo caso respondería exclusivamente la empresa. Y, además, el cálculo del importe de este abono se realizaría sobre las

indemnizaciones ajustadas a los límites previstos para la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

Pues bien, el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores ha sido suprimido, con carácter indefinido, por la Disposición Final Quinta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Por lo tanto, se ha limitado aún más, la responsabilidad de este Organismo, desde el 1 de enero de 2014.

Actualmente, con carácter general, la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, se extiende a los siguientes conceptos:

1. Los salarios reconocidos como tales en acto de conciliación o en resolución judicial y, los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que el Fondo pueda abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

2. Las indemnizaciones reconocidas a favor de los trabajadores, como consecuencia de sentencia, Auto, acto de conciliación procesal o resolución administrativa, en los supuestos de despido o extinción de los contratos al amparo de los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores y, de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada, en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El importe de la indemnización, a los solos efectos del abono por el Fondo de Garantía Salarial, para los casos de despido o extinción de los contratos, conforme al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite indicado anteriormente. Estos límites no se aplican cuando la

Ana María Orellana Cano

empresa ha sido declarada en concurso de acreedores, de conformidad con el artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Cabría plantearse el salario mínimo interprofesional que ha de computarse a los efectos de calcular el tope de responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Concretamente si ha de tenerse en cuenta el salario mínimo interprofesional vigente en la fecha del Auto de declaración de concurso de la empresa o, en el momento en el que nace la obligación de indemnizar o de abonar los salarios.

Esta cuestión ha sido abordada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla, de 31 de marzo de 2015 (Recurso de suplicación 643/2014). La controversia suscitada en estos autos, se centraba en determinar el momento en el que había de computarse el importe del salario mínimo interprofesional que sirve de límite a la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, en orden al abono de las indemnizaciones. El actor pretendía que se computara el salario mínimo interprofesional vigente en el momento de la certificación emitida por la administración concursal, a saber, el 9 de septiembre de 2010. Por el contrario, el Fondo de Garantía Salarial solicitaba en el recurso que se declarara que el salario mínimo interprofesional computable era el vigente en el momento del dictado del Auto del Juzgado de lo Social que declaró extinguida la relación laboral, condenando a la empresa a abonarle al trabajador la indemnización sustitutoria, ante la imposible readmisión. Y declara esta Sentencia que el presupuesto para que nazca la obligación del Fondo de Garantía Salarial es la insolvencia del empresario, unida a la extinción del contrato de trabajo por despido colectivo, despido objetivo, resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador o procedimiento de regulación de empleo concursal, así como por extinción de contratos temporales, cuando proceda legalmente. La empresa fue declarada en suspensión de pagos el 12 de noviembre de 2002 y, en quiebra, el 29 de marzo de 2004. La obligación del pago de la indemnización sustitutoria, se genera por el Auto del Juzgado de lo Social de 26 de octubre de 2010. Con carácter general, es la fecha de declaración judicial de la insolvencia, la que determina

el salario mínimo interprofesional a los efectos de calcular los topes legales de responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Lo que ocurre, es que en el caso de autos, esta regla general se flexibilizó, debido a que la insolvencia se declaró incluso antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal y, había transcurrido un periodo de tiempo largo, sin que se considerara admisible que esta circunstancia le causara un perjuicio al trabajador. Y, por ello, conforme solicitó el Fondo de Garantía Salarial, en el presente supuesto, se declaró que se computaba el salario mínimo interprofesional vigente en la fecha del Auto dictado en ejecución por el que se acordaba condenar a la empresa al abono de la indemnización sustitutoria, el 26 de octubre de 2010. Por lo tanto, el salario mínimo interprofesional que debió computarse para calcular el tope de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial fue el vigente en esta fecha. Y, en modo alguno, la fecha de la emisión de la certificación por la administración concursal puede determinar el momento en el que debe computarse el salario mínimo interprofesional vigente, ya que no es un acto judicial sino de un órgano que no determina el presupuesto que genera la obligación del Fondo de Garantía Salarial, que sería la insolvencia.

Este criterio, a saber, que el momento en el que ha de computarse el salario mínimo interprofesional es la fecha de la declaración de la insolvencia de la empresa, es compartido por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Burgos, de 28 de mayo de 2014 (Recurso de suplicación 322/2014), que declaró que, el salario regulador aplicable, -siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, que se inicia en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en interés de ley, de 21 de marzo de 1988, consolidada en las Sentencias de 25 de septiembre y de 2 de noviembre de 1989 y, de 29 enero, 25 junio y 30 octubre 1990, entre otras-, es el salario mínimo interprofesional vigente en la fecha de la declaración de insolvencia de la empresa, ya que es, en este momento, cuando se genera el hecho causante de la prestación debida. Cuando el hecho extintivo contractual se produce, no se genera más que una mera expectativa jurídica, sólo consolidable como derecho exigible, en el momento de la insolvencia empresarial, naciendo en este momento para el Fondo de Garantía Salarial, la obligación subsidiaria dentro de los términos legales. Y, no admite

como momento a tener en cuenta para determinar el salario mínimo interprofesional la fecha de la emisión por la administración concursal de la certificación.

Considero que la fecha de la certificación de la administración concursal no puede fijarse como el momento en el que debe computarse el salario mínimo interprofesional²²⁶. Sin embargo, la regla general de la fecha de la insolvencia, puede suscitar dudas en la práctica respecto del concurso de acreedores, como paso a exponer. En el ámbito de la jurisdicción social, la declaración de insolvencia de la empresa se realiza en el Auto dictado en ejecución, es decir, en el momento del Auto ya había nacido el derecho del trabajador a percibir los salarios o la indemnización. Para que proceda el abono por el Fondo de Garantía Salarial de las prestaciones es necesario que concurren dos requisitos, a saber, el título y la causa. La causa es el despido colectivo, el despido objetivo o la resolución indemnizada del contrato y, el título el Auto de declaración de la insolvencia empresarial dictado en ejecución, en la jurisdicción social. Sin embargo, en el concurso de acreedores, se considera que queda acreditada la situación de insolvencia por el Auto de declaración de concurso, lo que constituye el título, pero la causa puede haberse producido o no, es decir, puede que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se haya practicado con anterioridad a la declaración de concurso o que sea postconcursal. Y, en cuanto a la resolución indemnizada del contrato por voluntad de trabajador, habrá que estar a la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social que es constitutiva. Pues bien, habrá que distinguir dos supuestos:

1. Si la causa es preconcursal, en el momento del dictado del Auto de declaración de concurso, concurrirán los dos presupuestos para que nazca la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y, por lo tanto, la fecha en la que se deberá computar el salario mínimo interprofesional, será la del Auto.

²²⁶ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014*”, Las Rozas, Madrid, 2015, página 297.

2. Si el despido o la resolución indemnizada del contrato es postconcurzal, en la fecha del dictado del Auto de declaración de concurso, sólo concurre uno de los presupuestos, el título, por lo que no nace la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, ya que tan sólo existe una expectativa de derecho a que opere la misma. En este supuesto, aparece la causa para el cobro de las prestaciones del Fondo, en la fecha de la extinción de los contratos conforme a los artículos 51, 52 y 50 del Estatuto de los Trabajadores o del artículo 64 de la Ley Concursal. En este momento postconcurzal, es cuando concurren los dos presupuestos para que exista la responsabilidad del Fondo, que es cuando la expectativa de derecho se transforma en un derecho consolidado de los trabajadores a percibir las prestaciones de garantía salarial. Y, por lo tanto, el salario mínimo interprofesional que debe computarse para calcular el tope de responsabilidad del Fondo será el vigente en la fecha de la extinción. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de Málaga de 29 de junio de 2015.

De lo expuesto, se ha de colegir que el salario mínimo interprofesional que ha de computarse para calcular el límite de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial es el vigente en el momento en el que concurren los dos presupuestos de acceso a las prestaciones, a saber, el título y la causa. Y, por tanto, si la extinción es preconcurzal coincidirá con la fecha del Auto de declaración de concurso y, si la extinción es postconcurzal, con la fecha de ésta.

4. LAS PARTICULARIDADES DE LA POSICIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, cuando la empresa ha sido declarada en concurso, tiene una serie de particularidades, que se regulan en el artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el número tres del artículo 19 del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y, en el artículo 16 del Real Decreto 505/1985. Pero han de ser completadas con lo dispuesto en el artículo 33.7 del Estatuto de los

Trabajadores y, con lo declarado por la jurisprudencia en relación con la utilización de un cauce inadecuado para la extinción de los contratos. Se analizan a continuación.

4.1 LOS CRÉDITOS DE LOS QUE RESPONDE EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL TIENEN QUE ESTAR RECONOCIDOS EN LA LISTA DE ACREEDORES O CONSIDERADOS COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

La regla primera del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que, para reconocer el derecho a la prestación del Fondo de Garantía Salarial, es necesario que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como créditos contra la masa por la administración concursal, en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo de Garantía Salarial, la cantidad que corresponda, cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o, a la ya percibida.

Esta exigencia no se contemplaba en la redacción anterior del precepto, aunque sí se recogía en el artículo 16.3 del Real Decreto 505/1985, lo que suscitó dudas sobre la naturaleza *ultra vires* de la disposición reglamentaria, en las situaciones anteriores a la reforma del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores. La doctrina judicial no era unánime en relación con la aplicación del artículo 16.3 del Real Decreto. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de mayo de 2014 (Recurso de suplicación 1696/2012) declaró que el artículo 16.3 del Real Decreto 505/1985 era *contra legem*, ya que el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, que regulaba la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, no limitaba la misma al reconocimiento del crédito en la lista por la administración concursal o a su consideración como crédito contra la masa, por lo que, por aplicación del principio de jerarquía previsto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, no era exigible este límite a la responsabilidad del Organismo Público, que debía responder de acuerdo con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, pues el precepto reglamentario era *ultra vires*. La nueva

redacción dada al artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores hace decaer esta postura. En contra de lo declarado por esta Sentencia, se pronunciaron las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 1927/2013) y de 11 de diciembre de 2013 (Recurso de suplicación 5901/2012), que consideraron aplicable a una situación también anterior a la reforma del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, lo preceptuado en el artículo 16.3 del Real Decreto 505/1985, sobre la necesidad de que el crédito constara en la lista o fuera considerado contra la masa para que respondiera el Fondo de Garantía Salarial en las empresas declaradas en concurso, sin apreciar, por tanto, que la norma reglamentaria fuera *ultra vires*.

La precisión contenida en las normas indicadas, permite plantearnos, respecto de las indemnizaciones, si el título habilitante para que opere la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el concurso de acreedores, es el reconocimiento del crédito en la lista o la consideración de crédito contra la masa, es decir, la certificación de la administración concursal o, la sentencia, el Auto, la conciliación procesal o la resolución administrativa a la que se refiere el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Las consecuencias son importantes, pues el Fondo no responde, al menos, extraconcursalmente, de las indemnizaciones pactadas en conciliación extrajudicial, es decir, en las conciliaciones celebradas ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación u órgano administrativo autonómico competente. Sin embargo, si se acepta que, en el concurso de acreedores, el título habilitante es la certificación de la administración concursal, puede que ésta recoja la indemnización pactada en conciliación extrajudicial y, el sistema de responsabilidad del Fondo cambie en este sentido. De forma tal que, respecto de las indemnizaciones acordadas en conciliación extrajudicial no responda, si la empresa no ha sido declarada en concurso y que, por el contrario, se extienda a estos supuestos también su responsabilidad, si la empresa ha sido declarada en concurso. Considero que la regulación actual del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe interpretarse en concordancia con el artículo 33.1 y 2 del citado texto legal. El Fondo responderá de los créditos reconocidos en la lista o considerados como créditos contra la masa, pero no de todos, sino hasta el límite de su

responsabilidad legal subsidiaria. La administración concursal incluirá en la lista a favor de los trabajadores las indemnizaciones pactadas en conciliación extrajudicial, pero el Fondo no responderá de las mismas, de conformidad con el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Además, esta certificación es susceptible de impugnación y, no puede ampliar lo que constituye la responsabilidad legal subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial, que no incluye las indemnizaciones acordadas en conciliación extrajudicial. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 12 de junio de 2014 (Recurso de suplicación 180/2014), que resuelve un supuesto en el que la administración concursal había incluido en la lista las indemnizaciones acordadas en conciliación administrativa. No se impugnó la lista y el Juez del Concurso asumió la misma en el Auto por el que se abrió la fase de liquidación de los bienes de la concursada. Debe tenerse en cuenta que el artículo 86.2 de la Ley Concursal obliga a la administración concursal a incluir en la lista aquellos créditos que consten en documentos con fuerza ejecutiva y, a tenor del artículo 68 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, lo acordado en conciliación tiene fuerza ejecutiva. Por lo tanto, las indemnizaciones pactadas en la conciliación administrativa deben incluirse en la lista y, la falta de impugnación de la lista por el Fondo de Garantía Salarial, no lo convierte en responsable de las mismas, ya que debe aplicarse el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto al límite de su responsabilidad. En cualquier caso, además, de conformidad con el artículo 96.3 de la Ley Concursal, la impugnación de la lista de acreedores sólo puede referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, a la cuantía o a su clasificación y, no cabe duda que son créditos en favor de los trabajadores, aunque no responda de ellos el Fondo.

Otra cuestión que puede suscitar este régimen de las prestaciones del Fondo, en las empresas declaradas en concurso, consiste en determinar la competencia para conocer de la acción ejercitada por el trabajador, encaminada a que se le reconozcan la prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, impugnando la resolución denegatoria del citado Organismo. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2014 (Recurso de suplicación 181/2014) declaró la

incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, reclamada por un trabajador. El actor prestó servicios para la empresa hasta su despido, que fue conciliado como improcedente ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación, comprometiéndose la empleadora al abono de una indemnización, del saldo y del finiquito del contrato. La empresa fue declarada en concurso, apareciendo el trabajador como acreedor en el procedimiento concursal. Reclamó ante el Fondo de Garantía Salarial las prestaciones correspondientes, que le fueron denegadas, al haber sido acordadas en un acto de conciliación extrajudicial, a tenor del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. La resolución denegatoria del Fondo de Garantía Salarial fue impugnada ante la jurisdicción social y, la Sentencia reseñada declara que no es competente el orden social pues se trata de una materia excluida por el artículo 3 h) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Este precepto excluye del conocimiento de los órganos del orden social, las pretensiones reservadas por la Ley Concursal, a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del Concurso. Pues bien, considera la Sentencia, que estamos en presencia de una materia reservada al conocimiento del Juez del Concurso por el artículo 8.3 de la Ley Concursal, que establece que es competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso, toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Y, según la Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia mencionada, esta ejecución incluye la deuda de la empresa con el demandante, de la que es responsable subsidiario el Fondo de Garantía Salarial, por lo que será el Juez del Concurso el que deba declarar la responsabilidad del Fondo en el procedimiento concursal, no siendo competente el orden jurisdiccional social. Yo, -con todos mis respetos-, discrepo de esta resolución, pues se trata de una acción que se encuentra en la fase declarativa y no en la fase de ejecución, por lo que no es aplicable el 8.3 de la Ley Concursal, que lo que proscribe es la ejecución separada. Además, estamos en presencia de una reclamación de un trabajador frente al Fondo de Garantía Salarial, en la que ni siquiera es parte la empresa concursada. Es cierto que, -en tanto en cuanto para que opere la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, debe estar incluido el crédito

Ana María Orellana Cano

en la lista, por la administración concursal o, ser considerado como crédito contra la masa-, el trabajador, si no se incluyó, tenía expedita la vía de la impugnación de la lista, -mediante el incidente concursal común, o en el primer recurso de apelación-, para que se incluyera su crédito. Pero creo que también puede acudir al orden jurisdiccional social para que declare por Sentencia la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, sobre todo, teniéndose en cuenta que se impugna la Resolución del Fondo, denegatoria de las prestaciones solicitadas por el trabajador.

4.2 EL ÁMBITO OBJETIVO: SALARIOS E INDEMNIZACIONES. LA DEDUCCIÓN DE LO ABONADO POR EL CONCURSADO DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE LA QUE RESPONDE EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Las reglas segunda y tercera del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores contemplan el ámbito objetivo de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial respecto de las indemnizaciones, ya que, en relación con los salarios, rige la norma general que he expuesto anteriormente. Por tanto, como he dejado reseñado, el límite para el abono de los salarios y de los salarios de tramitación por el Fondo de Garantía Salarial, es la cantidad resultante de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

Por otro lado, el Fondo de Garantía Salarial, en las empresas declaradas en concurso, responde de las indemnizaciones, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, calculadas sobre la base de veinte días de salario por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, -base del cálculo-, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del Fondo de Garantía Salarial, el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del mismo, se reducirá en la cantidad ya percibida por

aquéllos. La aplicación de este último inciso nos lleva a afirmar que, si la empresa concursada abona parte de la indemnización a los trabajadores, esta cantidad beneficia al Fondo de Garantía Salarial, ya que se deducirá del importe del límite de su responsabilidad por la indemnización, lo que supone un claro perjuicio a los trabajadores. Esta disposición estaba prevista en el artículo 19.3 del Real Decreto 505/1985, para los supuestos de responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, ya derogado, pero no para la responsabilidad subsidiaria, por lo que constituye una novedad.

Una cuestión que se ha planteado en la práctica consiste en determinar el ámbito de aplicación de esta norma, concretamente, si se aplica a las situaciones extraconcursoales. Del tenor literal de la norma se extrae la conclusión negativa, sin embargo, ha sido aplicada por analogía a una situación preconcursal. La empresa tramitó un procedimiento de despido colectivo, alcanzando un acuerdo en el periodo de consultas, por el que se comprometía a abonar a los trabajadores una indemnización de treinta días de salario por año de servicio, con un máximo de una anualidad y, en cumplimiento del mismo, la empresa abonó a los trabajadores una cantidad. No había sido declarada en concurso de acreedores. Reclamadas las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, éste las asumió descontando lo pagado por la empresa del límite de responsabilidad subsidiaria de los veinte de salarios por año de servicio, con el máximo de una anualidad. La cuestión fue resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2015 (Rcud 2082/2014), que declaró que, del artículo 33.3 de Estatuto de los Trabajadores, -en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre-, se extrae, de un lado, que las indemnizaciones a abonar por el Fondo de Garantía Salarial, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio; y, de otro, que cuando los trabajadores solicitaran del Fondo el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del citado Organismo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquéllos. Y adiciona el Alto Tribunal que, aunque está prevista esta deducción para las indemnizaciones fijadas en fase de concurso, en todo

caso, parece razonable aplicarla, por analogía, a las indemnizaciones que se reconozcan antes de la declaración del concurso.

En relación con la aplicación de esta norma a los concursos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2014 (Recurso de suplicación 1989/2013), declara que la redacción actual del artículo 33.3 regla tercera del Estatuto de los Trabajadores no será aplicable en aquellos concursos que se hayan declarado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, es decir, antes del 1 de enero de 2012. Sin embargo, esta doctrina judicial no es acorde con la Disposición Final Primera, párrafo segundo de la Ley 38/2011, que declara que será de aplicación inmediata a los concursos en tramitación, lo previsto en la Disposición Final Decimocuarta, que es la que le otorga nueva redacción al artículo 33.3 regla tercera del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente, se aplica no sólo a los concursos declarados después del 1 de enero de 2012, sino a todos los que estuvieren en tramitación, aunque hubiesen sido declarados antes de la fecha indicada.

Los términos del artículo 33.3 regla tercera del Estatuto de los Trabajadores son claros y no ofrecen dudas sobre su interpretación. Atendiendo a la hermenéutica gramatical, se puede afirmar que se refiere sólo a las indemnizaciones y no a los salarios. Podrían ser de dudosa inclusión los salarios de tramitación. Sin embargo, considero que sólo debe aplicarse la regla tercera a las indemnizaciones y no a los salarios, ni a los salarios de tramitación, que se rigen, -aunque la empresa haya sido declarada en concurso-, por el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores. A estos efectos, es interesante resaltar la Sentencia de la Sala de lo Social de Madrid de 26 de mayo de 2014 (Recurso de suplicación 1866/2013), que resolvió que era deducible del importe de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial los anticipos a cuenta de salarios abonados por la administración concursal. Yo no estoy de acuerdo con la interpretación extensiva de esta regla que contiene un tratamiento desfavorable para los trabajadores y, dado que se trataba de anticipos a cuenta de salarios, al no tener la consideración de indemnizaciones, no eran deducibles del importe de la indemnización de la que era responsable

el Fondo, que es del único concepto, por otra parte, respecto del que opera la deducción de lo percibido.

4.3 EL PLAZO DE SOLICITUD DE LAS PRESTACIONES DEL FONDO Y LA PRESCRIPCIÓN.

El plazo para solicitar las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial será de un año, contado desde la fecha del acto de conciliación, de la Sentencia, de la resolución de la Autoridad Laboral o de la resolución judicial complementaria de éstas, en los que se reconozca la deuda por los salarios o se fijen las indemnizaciones, de conformidad con el artículo 21 del Real Decreto 505/1985 y, con el artículo 33.7 del Estatuto de los Trabajadores. La referencia a la resolución de la Autoridad laboral procede sólo en la extinción en los supuestos de fuerza mayor, contemplado en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.

Cuando la empresa se encuentre incurso en un procedimiento concursal, el artículo 16.2 del Real Decreto 505/1985 dispone que la solicitud de concesión de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, podrá presentarse en cualquier momento de su tramitación, desde que exista resolución judicial teniendo por solicitada la declaración de concurso de acreedores y, aun cuando ya se hubiese aprobado un Convenio con los acreedores.

El plazo de un año es de prescripción y, quedará interrumpido por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal, así como por las demás formas admitidas en Derecho.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de prescripción de un año, el artículo 16.2 del Real Decreto 505/1985 no indica nada y, la regulación contenida en el artículo 21 del Real Decreto no es muy acertada, ya que la fecha del título ejecutivo, no coincide con el momento en el que se pueden reclamar las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, pues se precisa la declaración de

insolvencia o de concurso del empresario. Por esta razón, adiciona el legislador que quedará interrumpido el plazo del año por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en un procedimiento concursal, así como por las demás formas legales de interrupción de la prescripción. De este modo, la insinuación del crédito en el concurso, interrumpe el cómputo del plazo de prescripción hasta el reconocimiento del crédito en el procedimiento concursal y, por lo tanto, a partir del reconocimiento, comenzará a computarse el plazo de un año de nuevo. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social de Cantabria de 4 de junio de 2012 (Recurso de suplicación 266/2012).

Debe resaltarse, además, que la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial está condicionada a la actualidad del crédito. Como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1991, el Fondo actúa en sustitución de la empresa insolvente y, en relación a créditos no prescritos. Hay que entender también que actúa en sustitución de la empresa declarada en concurso, a la que no aludió el Tribunal Constitucional por razón de la fecha de la resolución indicada.

4.4 EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LOS CONCURSOS CON INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA.

Con la redacción actual del artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con el artículo 16.3 del Real Decreto 505/1985, para que pague el Fondo es preciso que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como créditos contra la masa por la administración concursal. Pues bien, se plantea la problemática de la imposibilidad de cumplir con este requisito en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa originaria de persona jurídica.

Desde la declaración de concurso se podrá declarar la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, a tenor del artículo 176 bis 1 y 3 de la Ley Concursal. Se trata de la previsión de insuficiencia de masa activa

sobrevenida. En estos supuestos, ya se habrá nombrado a la administración concursal, que podrá haber incluido los créditos de los trabajadores en la lista o, haberlos considerado contra la masa. La controversia se suscita en relación con la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa originaria. A tenor del artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal, -en la redacción dada por el número tres del apartado primero del artículo 1 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social-, también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa, en el mismo Auto de declaración de concurso, cuando el Juez del Concurso aprecie, de manera evidente, que el patrimonio del concursado no será, presumiblemente, suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento, ni sea previsible, el ejercicio de alguna acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Por lo tanto, en estos supuestos, en el mismo Auto de declaración de concurso, se declarará la conclusión del mismo por insuficiencia originaria de masa activa. La redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, convalidado por la Ley reseñada, fue criticada²²⁷, ya que no preveía el nombramiento de un administrador concursal y, por lo tanto, no podría existir ni lista de acreedores, ni haber considerado la administración concursal, el crédito de los trabajadores contra la masa, para que respondiera el Fondo de Garantía Salarial.

La nueva redacción del precepto solventa parcialmente la cuestión, pues adiciona que, si el concursado fuera persona natural, el Juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal y, una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del Concurso. Y, afirmo que la solución ha sido parcial, pues no resuelve el problema, cuando la empresa es persona jurídica, en cuyo caso, además, la declaración y conclusión en el

²²⁷ URIZ ÁLVAREZ, JOSÉ JAVIER: “*La actuación del Fondo de Garantía Salarial ante el procedimiento concursal*”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 15, Madrid, 2012, páginas 335 y 336.

Ana María Orellana Cano

mismo Auto por el Juez del Concurso, conllevará la extinción de la persona jurídica y la cancelación registral, según el artículo 178.3 de la Ley Concursal. En estos supuestos, los créditos de los trabajadores no podrán estar incluidos en la lista, ni haber sido considerados como créditos contra la masa, por lo que no se cumpliría el presupuesto para que operara la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Teniéndose en cuenta que para que responda el Fondo es necesario el título habilitante y la causa, podría plantearse que los trabajadores acudieran al orden social para obtener el título habilitante y, después reclamar las prestaciones del Fondo. Pero el problema se suscita con la disolución de la persona jurídica, pues, en este caso, se cuestionaría la legitimación pasiva de la empresa. Yo considero que la empresa se disuelve, pero ello no significa que desaparezca sino que podría dirigirse la acción frente a la misma, ya que se mantiene la personalidad jurídica, mientras existan pendientes operaciones de liquidación. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 2 de octubre de 2014 (Recurso de suplicación 1516/2014) que afirma que, según los artículos 395 y 396, en relación con el artículo 371.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se produzca, lo que significa que sólo la perderá, tras la ejecución de las operaciones liquidatorias. Precisamente, a partir de ese momento, la Ley regula la responsabilidad de los liquidadores y socios, en los artículos 397 y 399 del texto legal citado. No obstante, considero que esta cuestión debería solventarse de *lege ferenda*.

Como ya he indicado, para que responda el Fondo de Garantía Salarial, se precisa del título y de la causa. En los supuestos de conclusión originaria del concurso por insuficiencia de masa activa, cabe plantearse cuál es el título habilitante para solicitar las prestaciones del Fondo. La cuestión ha sido resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2011 (Recurso de suplicación 4726/2010), -con un criterio que comparto-, que declaró que el Auto del Juez del Concurso sobre la conclusión del concurso de la empresa, acordando al mismo tiempo, la extinción de la personalidad jurídica y el cierre de su hoja en

el Registro Mercantil, es equivalente al Auto de insolvencia que se hubiese podido dictar en el orden social, por lo que ha de ser título suficiente para solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las cantidades que les corresponde a los trabajadores derivadas del despido. Declarado el concurso, ya no puede iniciarse ninguna ejecución singular en el orden social, pues el Juez del Concurso es el competente para conocer con jurisdicción exclusiva y excluyente, de toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado. Pues bien, considera este Tribunal que no es razonable que la jurisdicción social vuelva a recuperar su competencia solo para declarar la insolvencia de la empresa, por lo que el título lo constituye el propio Auto del Juez del Concurso. Y, ello con independencia de que la resolución del Fondo de Garantía Salarial pueda ser impugnada, a su vez, ante la jurisdicción social. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. 23 de Barcelona, el cual desestimó el recurso de reposición planteado contra el Auto anterior, que denegaba la ejecución de la sentencia de despido por falta de competencia.

4.5 LA SUBROGACIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. LA SUBROGACIÓN EN EL IMPORTE BRUTO O NETO DE LOS SALARIOS.

El artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores establece la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial y la transmisión de los privilegios del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de los que gozaren los créditos de los trabajadores al Organismo público. Y, por su parte, el artículo 84.5 de la Ley Concursal establece que satisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y, en los términos del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Una mención especial merecen los supuestos de responsabilidad solidaria de la deuda en las contratas y subcontratas, en la cesión ilegal de trabajadores y en la sucesión de empresas, regulados respectivamente, en los artículos 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta responsabilidad solidaria deriva de la propia ley. Y, también existe un supuesto de

Ana María Orellana Cano

responsabilidad solidaria, pero que no tiene un origen legal, por lo que precisa de una declaración judicial. Se trata de los casos de grupos de empresas, a efectos laborales o patológicos. En todos ellos, el Fondo de Garantía Salarial también podrá repetir no sólo frente a la empresa concursada sino también frente a las restantes empresas obligadas al pago, como consecuencia de la subrogación del Fondo en los créditos de los trabajadores.

Una cuestión que ofrece dudas en la práctica consiste en determinar si el Fondo de Garantía Salarial se subroga en el importe bruto o en el importe neto de los salarios, es decir, si ha de descontarse o no, la retención al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las cotizaciones a la Seguridad Social.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2014 (Recurso de suplicación 1466/2013) sostuvo que el Fondo de Garantía Salarial debe subrogarse en el importe bruto de los salarios, pues considera que, como ente pagador de los salarios, le corresponderá realizar las retenciones para Hacienda y abonar las cotizaciones a la Seguridad Social.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de noviembre de 2007 (Recurso de apelación 517/2007), mantuvo que la subrogación del Fondo de Garantía Salarial se produce en el importe de los salarios netos, es decir, deducida ya la retención fiscal y las cotizaciones a la Seguridad Social. Argumentó que, de conformidad con el artículo 91.2 de la Ley Concursal, estos créditos por retenciones y cotizaciones tendrán el carácter de créditos con privilegio general y, mantener que la subrogación del Fondo de Garantía Salarial operaba en el importe bruto, llevaría a calificar doblemente e inadecuadamente las retenciones y las cotizaciones, pues los salarios de los trabajadores tienen distinto tratamiento, ya que pueden ser, los de los treinta últimos días anteriores a la declaración de concurso, por trabajo efectivo, créditos contra la masa; además de que caben también créditos por salarios con naturaleza de refaccionarios y que, por lo tanto, serían créditos

con privilegio especial; hasta el triple del salario mínimo interprofesional, créditos con privilegio general del artículo 91.1 de la Ley Concursal; y, lo que exceda del triple del salario mínimo interprofesional, sería crédito ordinario.

La solución que se adopte para esta problemática incidirá también en la calificación de otros créditos salariales. De este modo, cabría plantearse qué importe debe considerarse como crédito contra la masa por salarios del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, si el importe neto o el bruto.

Según mi criterio personal, no pueden tener el mismo tratamiento las retenciones fiscales que las cotizaciones a la Seguridad Social, pues, aunque los dos conceptos merezcan en la Ley Concursal la calificación de créditos con privilegio general, el ámbito en el que ha de adoptarse una decisión por una postura u otra debe partir del obligado al pago. Y así, como quien debe realizar las retenciones al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es el pagador, el Fondo de Garantía Salarial, como Organismo pagador de los salarios de los trabajadores en virtud de su responsabilidad subsidiaria legal, debe ser el encargado de ingresar en la Hacienda Pública el importe de las retenciones fiscales. Sin embargo, el obligado al ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social es el empresario, por lo que será el concursado el que debe realizar el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social, sin que el Fondo de Garantía Salarial pueda participar de este deber legal. Por lo tanto, el Fondo de Garantía Salarial deberá subrogarse en el importe de los salarios, incluidas las retenciones fiscales y excluidas las cotizaciones a la Seguridad Social²²⁸.

4.6 LA UTILIZACIÓN DEL CAUCE ADECUADO.

²²⁸ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”, Las Rozas, Madrid, 2015, páginas 295 y 296.

Conviene hacer siquiera sea una somera referencia a las consecuencias que tiene, con la regulación actual de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, la utilización o no del cauce adecuado para la extinción de los contratos. Era relevante cuando cabía distinguir una responsabilidad directa regulada en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, y la responsabilidad subsidiaria de los párrafos primero y segundo del artículo 33 del citado texto legal. El artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, con carácter general, pues no contiene una relación de las causas de las que debe derivar la extinción o el despido, para que se tenga que hacer frente a la responsabilidad por salarios y por salarios de tramitación. Por su parte, el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores contiene una remisión al apartado primero en cuanto a los supuestos de insolvencia o concurso de la empresa y, concreta que las indemnizaciones de las que responderá deben derivar de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, 64 de la Ley Concursal o, extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. Las indemnizaciones de las que responderá el Fondo derivan de estas circunstancias, pero los supuestos que generan la responsabilidad *strictu sensu* son la insolvencia o el concurso del empresario. Sin embargo, la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial, del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores se generaba cuando se extinguía el contrato por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 64 de la Ley Concursal. Por consiguiente, existía una evidente diferencia, pues no operaba la responsabilidad directa por la mera insolvencia o declaración de concurso del empleador. Además, en los casos de responsabilidad subsidiaria, el Fondo se subroga en la posición de los trabajadores y, en la responsabilidad directa no había subrogación. Pues bien, la responsabilidad directa del Fondo, -como ya he indicado anteriormente-, ha sido suprimida.

Reiterada jurisprudencia, entre la que cabe destacar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002 (Rcud

588/2002) mantuvo que el Fondo no respondería cuando no se hubiese utilizado el cauce adecuado para la extinción del contrato del trabajador, bien porque debió utilizarse el procedimiento del despido colectivo o el del despido objetivo. Ahora bien, esta exoneración de responsabilidad no se predicaba de la responsabilidad subsidiaria, ya que los supuestos que originaban una y otra eran diferentes y, la causa de la exclusión de la responsabilidad directa derivaba de no darse el presupuesto necesario para su nacimiento, a saber, que el contrato se hubiera extinguido por las causas previstas en el artículo 51, o 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley Concursal. En el mismo sentido se había pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de abril de 2014 (recurso de suplicación 662/2013). Pues bien, teniendo en cuenta que para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial se precisa que concurren los dos presupuestos, el título y la causa, en tanto en cuanto, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se articule por un cauce inadecuado, no concurrirá la causa, faltando un presupuesto, por lo que no responderá tampoco el Fondo de Garantía Salarial. Se aplicaría también la doctrina jurisprudencial expuesta a la responsabilidad subsidiaria, única que subsiste.

4.7 LA INCIDENCIA DE LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA EN FASE DE LIQUIDACIÓN, EN LA RESPONSABILIDAD DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

El artículo 149.4 de la Ley Concursal contempla, como una de las reglas legales de liquidación, -denominadas supletorias hasta la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal-, la posibilidad de que el Juez del Concurso exonere a la empresa adquirente del pago de la cuantía que sea responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Y, establece que cuando, como consecuencia de la enajenación, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. Pero en este supuesto, el Juez del Concurso podrá acordar que el adquirente no se

subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación, que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, el Fondo no podrá repetir contra la nueva adquirente, lo que es acorde con el artículo 5 de la Directiva Comunitaria 2001/23, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad. La norma comunitaria permite que se exonere de toda responsabilidad a la empresa adquirente de otra empresa incurso en un procedimiento de insolvencia y, el legislador español ha ejercitado esta opción en el sentido expuesto respecto del Fondo de Garantía Salarial²²⁹.

4.8 EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL Y EL PAGO DE LOS CRÉDITOS ANTE LA FIRMA DEL CONVENIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES Y DEL ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

Debe tenerse en cuenta, de un lado, que según el artículo 16.4 del Real Decreto 505/1985, si se presenta la solicitud de las prestaciones de garantía del Fondo, una vez firmado el Convenio con los acreedores, sólo se reconocerán si el Convenio se encuentra en fase de cumplimiento, acreditándose, en su caso, en primer lugar, las cantidades percibidas por los trabajadores y, en segundo lugar, que éstas son las que corresponden de acuerdo con el carácter reconocido al crédito laboral de que se trate.

Y, de otro lado, el artículo 16.5 del Real Decreto 505/1985 dispone que, cuando durante la tramitación del procedimiento administrativo, se produzca el desistimiento de la empresa o recaiga la resolución judicial denegando la solicitud de concurso o, acordando el sobreseimiento, se procederá al archivo del expediente que se esté tramitando ante el Fondo de Garantía Salarial para

²²⁹ ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “*Aspectos laborales del concurso de acreedores*”, en la obra colectiva “*Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 1172014*”, dirigida por Enrique Sanjuán Muñoz, página 289.

el reconocimiento de las prestaciones, comunicándolo a los interesados y advirtiéndoles de su derecho a replantearlo en la forma prevista para las empresas no declaradas en concurso.

VII. LA INCIDENCIA DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL ÁMBITO LABORAL.

En el presente epígrafe voy a analizar la incidencia del acuerdo extrajudicial de pagos en el ámbito laboral. En una primera aproximación, el acuerdo extrajudicial de pago consiste en una nueva institución preconcursal que pone en marcha la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, al reformar la Ley Concursal, en su artículo 21, con aplicación a partir del 18 de octubre de 2013. Tal posibilidad es actualizada con el Real Decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, convalidado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Se trata de articular una especie de Convenio preconcursal, en una vía extrajudicial dirigida por un mediador concursal, que permita alcanzar un acuerdo con los acreedores y superar la situación de insolvencia; que, en el caso de que no pueda ser cumplido, conllevará la apertura del concurso, llamado consecutivo, con liquidación -de la misma forma que ocurre con los Convenios alcanzados en el seno del concurso-. Se trata de una medida que pretende fomentar la figura del emprendedor, para superar la grave situación de crisis económica en la que se haya inmerso nuestro país.

1. EL ÁMBITO SUBJETIVO.

El acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo preconcursal al que pueden acogerse los empresarios personas físicas o naturales, como les denomina la Ley Concursal y, los empresarios personas jurídicas.

1.1 EL EMPRESARIO PERSONA NATURAL.

Para que el empresario persona natural pueda acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos, los requisitos que han de concurrir son, a tenor del artículo 231.1º de la Ley Concursal, los siguientes:

1. Que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal o, que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. Este requisito se exige también para la persona física no empresaria.

2. El empresario persona física deberá aportar el correspondiente balance.

Con carácter general, el artículo 231.1.2º de la Ley Concursal considera empresario persona física o natural a los que se reseñan a continuación.

1.1.1. EL EMPRESARIO QUE TENGA TAL CONDICIÓN, DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN MERCANTIL.

De acuerdo con el artículo 1 del Código de Comercio, son comerciantes o empresarios, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente y, las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.

1.1.2 EL EMPRESARIO QUE TENGA TAL CONDICIÓN, DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Para determinar quiénes ejercen actividades profesionales o tienen esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, ha de acudirse al artículo 99.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que considera empresario, -aunque su actividad no esté motivada por el ánimo de lucro-, a toda persona natural o jurídica, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97. Por consiguiente, no sólo estarán incluidos los empresarios para los que presten servicios los trabajadores por cuenta ajena, sino también aquellos que hayan contratado a

los trabajadores asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, que según el artículo 97.2 k) de la Ley General de la Seguridad Social, serán los Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la Ley indicada, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma. Estos trabajadores asimilados a los trabajadores por cuenta ajena están excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

1.1.3. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS.

Facultar a los trabajadores autónomos a acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, puede tener una considerable relevancia. Teniendo en cuenta los datos estadísticos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a 30 de junio de 2015, había 1.977.277 trabajadores autónomos personas físicas, inscritos en los diferentes Regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social, siendo el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, el más numeroso. Y sólo el 21,3 % tiene a su cargo a trabajadores asalariados.

El perfil mayoritario del trabajador autónomo es aquella persona que desarrolla su actividad en el sector servicios, sin asalariados a su cargo, con una sola actividad, varón, entre 40 y 54 años de edad, español, que lleva más de cinco años en su negocio y que cotiza por la base mínima de cotización.

El Título I del Estatuto del Trabajo Autónomo regula el ámbito de aplicación subjetivo y, contiene dos artículos. En el artículo 1 contempla los supuestos incluidos, destinando el párrafo primero a las características que ha de reunir la actividad desarrollada por el trabajador autónomo para que le sea de aplicación esta Ley y, en el párrafo segundo, contiene los supuestos que se incluyen expresamente, siempre que, además, concurren los requisitos de actividad que señala en el párrafo anterior. El artículo 2 realiza una relación de

supuestos excluidos del ámbito de la norma. Pues bien, a continuación analizaré estos preceptos, siguiendo la sistemática legal.

A) Caracteres de la actividad.

El Estatuto del Trabajo Autónomo se aplica, de conformidad con el artículo 1.1, a las personas físicas que desarrollen una actividad económica o profesional, con independencia de que tengan o no a su cargo a trabajadores por cuenta ajena, en la que concurren los siguientes caracteres:

1. Habitualidad. El autónomo ha de realizar su actividad con una continuidad en el tiempo, no de forma esporádica.
2. Personal. Aun cuando la norma exige que el trabajador desempeñe su actividad personalmente, ello no excluye que pueda tener trabajadores a su cargo, como ya he indicado.
3. El trabajador autónomo ha de realizar su actividad directamente.
4. Por cuenta propia. No hay ajeneidad y, por lo tanto, los frutos y los riesgos derivados de la actividad que se lleva a cabo, corren por cuenta del trabajador autónomo.
5. Fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Es un trabajador independiente, que no se encuentra dentro de la esfera organizativa ni disciplinaria de otra persona y que, consiguientemente, no estará sujeto a jornada ni horario.
6. La actividad se desempeña a título lucrativo.

Por otro lado, también les será de aplicación el Estatuto del Trabajo Autónomo a los familiares de los trabajadores autónomos siempre que:

1. Realicen los trabajos también de forma habitual.
2. No sean trabajadores por cuenta ajena de acuerdo con el artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, se encuentran dentro del ámbito subjetivo del Estatuto del Trabajo Autónomo, los que realicen trabajos familiares, es decir:
 - 2.1 El cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

2.2 Que convivan con el trabajador autónomo. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con la Disposición Adicional Décima del Estatuto del Trabajo Autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, los familiares contratados no tendrán la cobertura por desempleo. Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aún siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

- a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100.
- b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

2.3 Que no demuestren su condición de asalariados, pues si la acreditaran, merecerían la consideración de trabajadores por cuenta ajena, sujetos al Estatuto de los Trabajadores.

B) Supuestos incluidos expresamente.

Todos los sujetos que el artículo 1.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo considera expresamente incluidos en su ámbito de aplicación, han de desempeñar su actividad económica o profesional con los caracteres expuestos en el epígrafe anterior, sin perjuicio de la aplicación de sus respectivas normas específicas. También se aplicará esta Ley a los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se trata, por lo tanto, de los trabajadores autónomos extracomunitarios, que pertenecen a países que no forman parte de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, están expresamente incluidos:

Ana María Orellana Cano

1. Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.

2. Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

3. Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la Ley General de la Seguridad Social. Esta Disposición regula el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, el párrafo primero, tiene el mismo tenor literal que este apartado del Estatuto del Trabajo Autónomo. La posesión del control efectivo de la sociedad se puede demostrar por la Administración por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Pero, además, la norma indicada contiene, en primer lugar, una presunción *iuris et de iure*, pues no admite prueba en contrario, en el sentido de que se entiende que se posee tal control, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Y, en segundo lugar, una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, de que el trabajador posee tal control efectivo, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

3.1 Que, al menos la mitad del capital social, esté distribuido entre socios con los que conviva y, tenga una relación conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado inclusive.

3.2 Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte.

3.3 Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

4. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes. De acuerdo con la Disposición Adicional Décimo Séptima de Estatuto del Trabajo

Autónomo, se determinarán reglamentariamente los contratos celebrados por los agentes de seguro que merezcan la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes, que quedarán sometidos a dicho Estatuto, sin afectar a su relación mercantil. A estos efectos, debe destacarse que si bien, el artículo 231.5 de la Ley Concursal, prohíbe que acudan al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, las entidades aseguradoras y reaseguradoras, no obstante, considero que este límite no se aplicaría al trabajador autónomo económicamente dependiente que tuviera la condición de agente de seguros. Por otro lado, los agentes comerciales también podrán ser considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes, pero quedan exonerados del cumplimiento del requisito de asumir el riesgo y ventura de las operaciones realizadas, a tenor de la Disposición Adicional Décimo Novena del Estatuto del Trabajo Autónomo.

5. Cualquier otra persona en quien concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo. En este sentido, la Disposición Adicional Undécima del Estatuto del Trabajo Autónomo considera expresamente incluidos en su ámbito a los autónomos del sector transporte, es decir, a las personas prestadoras del servicio del transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen, de forma continuada, para un mismo cargador o comercializador. En este caso, serán trabajadores autónomos económicamente dependientes, si concurren todos los requisitos que para ello exige el Estatuto del Trabajo Autónomo.

C) Exclusiones.

Todas las actividades económicas o profesionales que no participen de los requisitos exigidos legalmente estarán excluidas. En este sentido, el artículo 2 del Estatuto del Trabajo Autónomo establece que estarán expresamente excluidas:

Ana María Orellana Cano

1. Las relaciones de trabajo por cuenta ajena, a tenor del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.
2. La actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de Consejero o miembro de los Órganos de Administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.
3. Las relaciones laborales de carácter especial, contempladas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores y, en las disposiciones complementarias.

1.2 EL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA.

Los empresarios personas jurídicas que pueden instar el acuerdo extrajudicial de pagos, de conformidad con el artículo 231.2 de la Ley Concursal, sean o no sociedades de capital, deben cumplir las siguientes condiciones:

1. Que se encuentren en estado de insolvencia.
2. En caso de ser declarados en concurso, que éste no fuera de especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la Ley Concursal.
3. Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

1.3 EXCLUSIONES.

De conformidad con los párrafos tercero a quinto del artículo 231 de la Ley Concursal, no podrán acogerse al acuerdo extrajudicial de pagos, los siguientes:

1. Quienes hayan sido condenados en sentencia firme, en los diez años anteriores a la declaración de concurso, por delito contra el patrimonio, contra el orden socio-económico, por delito de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

2. Los que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o, hubieran sido declarados en concurso de acreedores. El plazo se computará, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, desde la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o, desde la fecha del Auto que declare la conclusión del concurso.

3. Los que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o, aquellos cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

4. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

2. PECULIARIDADES EN LA SOLICITUD DE MEDIADOR CONCURSAL.

Con carácter general, el artículo 232.1 de la Ley Concursal dispone que el deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos, solicitará el nombramiento de un mediador concursal. Las peculiaridades que afectan al ámbito social, son las siguientes:

1. En el inventario que acompañará a la solicitud de mediador concursal, el empresario deberá hacer constar, -aunque expresamente no lo indique el artículo 232.2 de la Ley Concursal-, la lista de los trabajadores que tengan la condición de acreedores del mismo, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos; los contratos de trabajo vigentes de toda la plantilla de la empresa, con independencia de que tuvieran o no créditos frente a la empresa; y, la relación de las retribuciones mensuales de cada uno, lo que es relevante para la previsión de los gastos.

2. El empresario obligado legalmente a llevar de contabilidad, deberá acompañar a la solicitud de nombramiento de mediador concursal, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

3. La solicitud de mediador concursal deberá dirigirse, si la empresa tiene obligación de estar inscrita, al Registro Mercantil del domicilio de la empresa y, en los demás casos, se solicitará la designación al Notario del domicilio del empresario. En cualquier caso, tanto si el empresario es persona jurídica o natural, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación, de conformidad con su normativa específica y, a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

3. LA COMUNICACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DEL CARGO DEL MEDIADOR CONCURSAL A LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

De conformidad con el artículo 233.4 de la Ley Concursal, una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el Registrador Mercantil, el Notario o, la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, lo comunicarán a Hacienda, a la Tesorería General de la Seguridad Social y, a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndole saber su derecho a personarse en el procedimiento. También se comunicará al Juez competente para la declaración de concurso, de acuerdo con el artículo 233.3 de la Ley Concursal.

Esta norma plantea un problema, ya que del tenor literal de la misma, parece extraerse que, en el supuesto de que no hubiera representantes de los trabajadores en la empresa, no será necesaria la comunicación. Sin embargo, la afectación del posible acuerdo extrajudicial de pagos en la situación de los trabajadores, del concurso consecutivo, en su caso y, la incidencia en los créditos laborales del mecanismo de la segunda oportunidad, si procediera, evidencian la gravedad de la laguna legal. La comunicación de la aceptación por el mediador concursal de su cargo es esencial para los trabajadores y, de

no producirse, puede causarle a los mismos una absoluta indefensión, al hacer prácticamente imposible la personación en el procedimiento.

Por esta razón, debió contemplar el precepto, cómo debe articularse la comunicación a los trabajadores en las empresas que carezcan de representación. A estos efectos, cabría integrar la laguna por analogía, -hasta que de *lege data* se prevea-, con lo dispuesto para el nombramiento de los representantes de los trabajadores para negociar en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo, suspensión, o modificación sustancial de las condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, en el artículo 64.2 de la Ley Concursal, que se remite al artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, el mediador concursal, a tenor del artículo 234 de la Ley Concursal, convocará a una reunión a los acreedores que aparezcan en la lista presentada por el deudor o, a aquellos de cuya existencia, tenga conocimiento por cualquier otro medio. Por lo tanto, parece que no tendrá la obligación de convocar a la reunión, a los trabajadores que no ostenten la condición de acreedores, por estar el empresario al día en el pago de sus obligaciones laborales.

4. LOS EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

4.1 LOS EFECTOS FRENTE AL DEUDOR. LA CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. LA PROHIBICIÓN DE REALIZAR ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN. LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD EXTERNA E INTERNA DE LA EMPRESA.

Los efectos frente al deudor contemplados en el artículo 235 de la Ley Concursal son dos. De un lado, el artículo 235.1 de la Ley Concursal establece la prohibición que tiene el empresario de realizar actos de administración o de disposición y, la incidencia en las medidas de flexibilidad interna o externa de la empresa. Y, de otro, el artículo 235.5 de la Ley Concursal dispone que el deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser

Ana María Orellana Cano

declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis 5, es decir, en los tres meses siguientes a la comunicación al Juez del Concurso. Centraré el análisis de esta materia en el examen de la primera, por ser la que afecta al ámbito laboral.

De conformidad con el artículo 235.1 de la Ley Concursal, -siguiendo con el principio general previsto en el artículo 44 del citado texto legal, desde la solicitud de apertura del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Pero se establece una limitación, a saber, se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad. Cabría plantearse si podría adoptar medidas de flexibilidad externa o interna de la empresa respecto de sus trabajadores. Considero que, a pesar de que, en un principio, puede considerarse que estas medidas exceden de las operaciones propias del tráfico mercantil, habrá que valorar las circunstancias concretas de la empresa y, el perjuicio que el retraso en la adopción de las mismas, puede ocasionar. Por consiguiente, desde la solicitud de nombramiento de mediador concursal, ante el Registrador Mercantil, el Notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, como regla general, no podrá acordar la extinción colectiva de las relaciones laborales, la suspensión, la reducción temporal de la jornada, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado colectivo, ni el descuelgue del Convenio Colectivo. En las decisiones empresariales posibles desde este momento, considero que tampoco podría acordar un despido objetivo. Todo ello, salvo que las circunstancias impidan retrasar su adopción. En cualquier caso, estas medidas reseñadas podrían encuadrarse dentro del plan de viabilidad.

Por el contrario, podría acordar el empresario el despido disciplinario de un trabajador, pues ello entraría dentro de la actividad ordinaria y, no se considera un acto de disposición o administración, ya que en principio, el despido disciplinario procedente no da derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. También cabría la extinción del contrato durante el periodo de

prueba o, la extinción del contrato temporal, si concurre la causa legal de la finalización del mismo.

4.2 LOS EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES. LA PROHIBICIÓN DE INSTAR NUEVAS EJECUCIONES JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES Y LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES LABORALES PENDIENTES.

Los efectos frente a los acreedores se producen desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración del concurso. Analizaré, la que afecta al ámbito laboral, a saber, la prohibición de instar nuevas ejecuciones y la paralización de las ejecuciones pendientes. No obstante, el artículo 235.2 b) y c) recoge otros dos efectos: la prohibición de realizar actos por el acreedor dirigidos a mejorar su situación frente al deudor y, la facultad de facilitar al mediador concursal, una dirección electrónica para que éste le practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos, las que se remitan a la dirección facilitada.

Según el artículo 235.2 a) de la Ley Concursal, los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocie el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses.

En coherencia con la sistemática del precepto, debe entenderse que el cómputo del plazo de tres meses se iniciará a partir de la fecha de la comunicación al Juez competente para conocer del concurso, de las negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Instada, por tanto, una ejecución ante el Juzgado de lo Social, éste se abstendrá de conocer, archivando las actuaciones, ya que no se permiten nuevas ejecuciones.

Y, el problema se puede suscitar respecto de las ejecuciones pendientes, concretamente, si sería de aplicación por analogía, lo previsto en el artículo 55.1 de la Ley Concursal. En principio, todas las ejecuciones

pendientes deben suspenderse, como he indicado, desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración del concurso. Ahora bien, podría entenderse que, en el orden social, podrán continuar las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del deudor, antes de la comunicación al Juez de lo Mercantil, del inicio de las negociaciones del acuerdo extrajudicial de pagos, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Considero que no es de aplicación lo previsto en el artículo 55.1 de la Ley Concursal y, que las ejecuciones laborales pendientes, se suspenderán o paralizarán durante la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. Y, ello, a pesar de que se permite que continúen las ejecuciones de los acreedores de créditos con garantía real, que recaigan sobre bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Pues aunque se permite la continuación, incluso este tipo de ejecuciones de garantías reales, quedarán paralizadas, una vez iniciado el procedimiento, mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en esta norma.

Además, avala lo anterior que, una vez practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los Registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante, embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de Derecho Público.

4.3 LOS EFECTOS FRENTE A LOS CRÉDITOS. LA SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES.

A tenor del artículo 235.3 de la Ley Concursal, durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59.

En relación con los créditos salariales, precisamente, el artículo 59.1 de la Ley Concursal contempla una excepción a la regla general. Y así, debe tenerse en cuenta que los créditos salariales devengarán el interés legal, fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Por lo tanto, deberá determinarse si el crédito es salarial o extrasalarial, para lo que habrá de estarse a lo prevenido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Y, una vez determinada la naturaleza del crédito del trabajador, si es salarial, debe concluirse que se produce un perjuicio para el trabajador, ya que, como dispone el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, el interés por mora en el pago del salario será del diez por ciento de lo adeudado, cantidad superior al interés legal. Pero es lo mismo que ocurre con la declaración de concurso, respecto del interés de los créditos por salarios.

5. LA PROPUESTA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

El artículo 236.1 de la Ley Concursal establece que el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión.

5.1 LAS MEDIDAS DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS QUITAS Y A LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS DEL TRABAJADOR.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podrá contener cualquiera de las siguientes medidas:

1. Esperas por un plazo no superior a diez años.
2. Quitas.
3. Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.

4. La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3.º de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

5. La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o, en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Considero que la lista no constituye un *numerus clausus*, sino que cabe cualquier otra que proponga el mediador, con el consentimiento del deudor. Ahora bien, merecen una especial referencia las quitas y, ello porque el Estatuto de los Trabajadores establece unos mínimos de derecho necesario que no son renunciables por los trabajadores. Por ello, cabría plantearse si la propuesta de quita, en relación con los créditos de los trabajadores, debe respetar estos mínimos de derecho necesario, siendo contrario a la ley, el acuerdo que no garantice los mismos.

A estos efectos, el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Y amplía esta protección, pues adiciona el legislador que tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por Convenio Colectivo. Atendiendo a esta norma garantista, queda claro que las quitas en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, deberán respetar, en todo caso, el importe del salario mínimo interprofesional, en catorce mensualidades, ya que el trabajador tiene derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año. Y, considero que, en las indemnizaciones adeudadas por el empresario deberá garantizarse el mínimo legalmente establecido.

5.2 EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. EL PLAN DE VIABILIDAD DE PAGOS Y EL PLAN DE VIABILIDAD EMPRESARIAL.

El artículo 236.2 de la Ley Concursal detalla el contenido de la propuesta del mediador del acuerdo extrajudicial de pagos y distingue:

1. El Plan de Pagos Pendientes. Deberá contener tanto las deudas pendientes de pago en el momento de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, como los recursos disponibles para hacerlas efectivas. Considero que, aunque la norma expresamente no lo indica, este Plan de Pagos deberá contener también la aplicación de las medidas previstas en la propuestas.

2. El Plan de viabilidad. En este Plan, a su vez, distingue el legislador, entre:

2.1 La propuesta del cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, en el que se contemplará el abono de las retribuciones de los trabajadores, entre otros conceptos.

2.2. El Plan de viabilidad empresarial, que contendrá el conjunto de propuestas encaminadas a conseguir la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por esta razón, considero que es muy importante la comunicación a los representantes de los trabajadores de la solicitud del nombramiento del mediador concursal, cuente o no la empresa con representantes legales de los mismos, ya sean sindicales o unitarios, como expuse anteriormente. En una situación preconcursal, el empresario que pretende alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos debe acometer la tarea de elaborar un Plan de viabilidad empresarial que le permita continuar con su actividad. Y, dentro de este Plan de viabilidad, será necesario, en la mayoría de las ocasiones, abordar la adopción de medidas de flexibilidad externa o interna de la empresa. Pero no sólo las que son competencias denominadas laborales del Juez del Concurso, sino que podrán proponerse otras medidas, ya que el espectro permitido por la norma es mucho más amplio que el contenido en el artículo 8.2 de la Ley Concursal, para adoptarlas en el seno del concurso de acreedores.

De una lado, se podrá proponer dentro del acuerdo extrajudicial de pagos, la extinción individual o colectiva de los contratos de trabajo, pero, en este último caso, siempre de forma parcial, pues lo que se pretende es la

Ana María Orellana Cano

continuación de la actividad de la empresa. Y, de otro, la suspensión individual o colectiva de las relaciones laborales, la reducción temporal de la jornada, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, los traslados y, el descuelgue del Convenio Colectivo.

Debe destacarse, que al no haber sido declarado el concurso, para la adopción de estas medidas deberá de utilizarse el cauce extraconcursal.

Según el artículo 236.3 de la Ley Concursal, dentro de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el Plan de Pagos y Viabilidad final aceptado por el deudor.

El artículo 236.4 del citado texto legal contempla la solicitud del concurso consecutivo, en este momento, por el mediador concursal si, antes de transcurrir estos diez días, los acreedores que representasen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones y, el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente.

6. LA APROBACIÓN O NO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

En la reunión convocada por el mediador concursal, se podrán realizar propuestas alternativas y, se votará la propuesta final.

Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el Notario hubiera abierto. Para los abiertos por el Registrador Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el Registrador pueda cerrar el expediente. Por el Notario, el Registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al

Juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los Registros Públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio.

Y, si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del Juez competente, la declaración de concurso, que el Juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del Juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley Concursal.

7. LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

Se regula en el artículo 239 de la Ley Concursal. La legitimación activa se reconoce al acreedor y, considero que dado el contenido del acuerdo extrajudicial de pagos, sobre todo en relación con el Plan de Viabilidad empresarial, debería de reconocerse a la representación de los trabajadores esta legitimación, pues una de las causas de impugnación es la desproporción de las medidas. Atendiendo al tenor literal de la norma, parece que sólo los trabajadores acreedores podrían impugnar el acuerdo y, en defensa de los intereses de éstos. Creo que, de conformidad con el artículo 17 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se le reconocería también a los Sindicatos. Sin embargo, aprecio la existencia de una laguna legal, al no contemplar la posibilidad de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos por los representantes de los trabajadores, a los que se les hubiera comunicado la solicitud de nombramiento de mediador concursal y, hubieran intervenido, personándose en el expediente. Creo que, en virtud del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber sido parte, tendrían legitimación activa para impugnar el acuerdo extrajudicial de pagos, pero sería deseable que, de *lege ferenda*, se admitiera en la Ley Concursal su legitimación expresa.

Ana María Orellana Cano

El procedimiento de impugnación es el incidente concursal, que se resolverá por Sentencia, susceptible de recurso de apelación, de tramitación preferente. Considero que es adecuado este trámite, ya que se acuerda una propuesta de Plan de Viabilidad empresarial, que habrá de ponerse en marcha o llevarse a cabo y, por lo tanto, las medidas deberán de ajustarse al procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores y, en su caso, en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, así como en la legislación complementaria, pues no ha de olvidarse que tendrían carácter extraconcursal. En cada medida se aplicará el procedimiento de impugnación judicial previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitará ante el orden jurisdiccional social.

El artículo 239.6 de la Ley Concursal establece que la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242.

8. LOS EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS SOBRE LOS ACREEDORES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, A LOS SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES Y A LA SUCESIÓN EMPRESARIAL.

El artículo 240 de la Ley Concursal distingue entre los acreedores afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos y los que no lo estén.

De este modo, el acreedor afectado por el acuerdo no podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor, por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente y, el deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del Juez que los hubiera ordenado. Además, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

Por su parte, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado en el acuerdo extrajudicial de pagos.

Ahora bien, los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos y, resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquellos. Y esta precisión, tiene importantes consecuencias en el ámbito laboral, en relación con la responsabilidad solidaria en los supuestos de contratas y subcontratas, de cesión ilegal de trabajadores y de sucesión empresarial.

El artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que el empresario principal será responsable solidario de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores, durante el año siguiente a la finalización de la contrata. Por consiguiente, respecto de las deudas salariales reconocidas por el correspondiente título ejecutivo, de responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista, el acreedor que no hubiera aceptado el acuerdo extrajudicial de pagos o hubiese discrepado del mismo, a pesar de haber quedado afectado, podrá instar la nueva ejecución del título o continuar con la ejecución paralizada por la tramitación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, frente al deudor solidario.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores reconoce la responsabilidad solidaria en las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, del empresario cedente y del cesionario, por lo que también el trabajador acreedor en los supuestos reseñados, podrá instar la ejecución o reanudar la ejecución suspendida frente al deudor solidario.

Igualmente, podrá hacerlo el trabajador acreedor frente al empresario responsable solidario en los supuestos de sucesión de empresas, conforme al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

9. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

El artículo 241 de la Ley Concursal dispone que el mediador concursal es el que debe supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.

Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal.

Y, si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso consecutivo y, se presume que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.

VIII. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que convalida el Real Decreto ley 1/2015, de 27 de febrero, se encuadra dentro de lo que se llama legislación sobre la segunda oportunidad.

Según la propia Exposición de Motivos del Real Decreto ley, cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se incentiva la economía sumergida y no se favorece una cultura empresarial que redunde en beneficio del empleo.

El Real Decreto ley regula diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal, por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, se introduce un mecanismo de segunda oportunidad para las personas físicas, destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil, mediante la introducción del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Analizaré, en la presente materia, las reformas de la Ley 25/2015 que afectan al orden social, tanto desde el punto de vista del empresario concursado como de los trabajadores y, de los beneficiarios de la Seguridad Social.

En este sentido, en el Título I, se contiene una novedad que tiene incidencia en esta materia, a saber, la relativa a la segunda oportunidad, en cuyo ámbito subjetivo se encuadra el empresario persona física comerciante y, en el ámbito objetivo, será conveniente tener en cuenta los créditos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores que quedan afectados, dado que se excluyen los créditos públicos, entre los que se encuentran los créditos a favor de la Seguridad Social, concretamente, de la Tesorería General de la Seguridad Social, como servicio común.

El título II contiene propiamente las medidas del orden social y, en el capítulo II contempla las medidas relativas al fomento del empleo indefinido, el empleo autónomo y la protección social agraria, que exceden del objeto del presente trabajo.

1. EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO AL EMPRESARIO, PERSONA FÍSICA.

La mayoría de los países cuentan con una regulación específica para la insolvencia de las personas físicas, si bien existen diferencias en cuanto a la forma adoptada. De este modo, Estados Unidos, Alemania, Austria y, Dinamarca tiene una regulación *ad hoc*, en el seno del tratamiento general de la insolvencia; Bélgica, la contempla como un procedimiento especial, dentro de la regulación procesal general; y, Francia y Australia, la encuadran en la legislación de los consumidores²³⁰.

²³⁰ CUENA CASAS, MATILDE: “*Los problemas en el concurso de la persona física*”, publicado por el Centro de Documentación Judicial en la colección Cuadernos Digitales de Formación, número 17, 2010.

Ana María Orellana Cano

La realidad había puesto de manifiesto la necesidad en España de la regulación de la denominada segunda oportunidad. Hay un precedente, en el ámbito concursal, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010. En esta resolución, el Juez del Concurso, otorga una salida o segunda oportunidad al sobreendeudamiento de los consumidores. Concretamente, decide concluir el procedimiento concursal de dos pensionistas, por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados pero, además, extinguir *"las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso"*. El Juez del Concurso considera que no se aplican el artículo 1911 del Código Civil ni el 178.2, en la redacción originaria, de la Ley Concursal. Calcula que precisarían para satisfacer las deudas que no habían podido pagarse con la masa activa en el concurso, unos trece años y, declara que no puede prolongarse la situación de liquidación por este periodo, ni tampoco condenarlos a que, inmediatamente, se vuelvan a encontrar, de nuevo, en una situación de concurso, o dejarles en manos de la beneficencia pública. Por lo tanto, acuerda la extinción de los créditos concursales que no habían sido satisfechos.

La institución de la segunda oportunidad como una medida protectora frente a la persona física, trata de paliar la discriminación que se produce en el concurso de acreedores, cuando el concursado es persona jurídica, -que por lo tanto, se extingue y disuelve con el procedimiento concursal- y, la persona física que, por el contrario, seguiría respondiendo, una vez finalizado el concurso, con todos sus bienes presentes y futuros. Y, además, se le otorgaba el mismo tratamiento al deudor honesto o de buena fe que al de mala fe.

La Ley Concursal no contemplaba en su redacción originaria, el mecanismo de la segunda oportunidad, a pesar de que se habían presentado enmiendas en este sentido. Concretamente, el grupo parlamentario catalán propuso las enmiendas número 560 y 561, en las que pretendía introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurarles una segunda oportunidad, un *fresh start*. Pero no fueron aceptadas. Por lo tanto,

únicamente, si el concurso concluía con la aprobación de un convenio, fuera anticipado o no, cabía una liberación de las deudas dentro de los límites que para la quita establece el artículo 100 de la Ley Concursal, en el caso de cumplimiento íntegro del Convenio, de acuerdo con el artículo 136 del citado texto legal. Pero no operaba la exoneración del pago de las deudas, si el concurso concluía por liquidación. Realmente, el concurso de personas físicas ha sido poco utilizado, dados los escasos beneficios que suponía para el deudor, ya que seguía respondiendo de sus deudas, después de la conclusión del concurso, según el artículo 178.2 de la Ley Concursal, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares y, solicitar la reapertura del concurso dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del mismo, a tenor del artículo 179 de la Ley Concursal. Se aplicaba el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, por lo que el concursado individual no podía exonerarse de la responsabilidad por las deudas insatisfechas, a pesar de que la insolvencia fuera no culpable, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas que se disuelven y se extinguen. La doctrina alemana denominó a este fenómeno la “torre del deudor” (*Schuldturm*), expresión con la que se declara que el deudor queda de por vida encerrado en una torre y sin posibilidades de volver a llevar una existencia digna. Por esta razón, el procedimiento concursal no suponía prácticamente ningún incentivo para el deudor persona física comerciante, ya que no podía iniciar otra actividad empresarial, puesto que le perseguía la obligación del pago del pasivo pendiente, lo que favorecía su exclusión social y comercial.

La segunda oportunidad se introduce, por primera vez en la Ley Concursal, en el artículo 178.2, redactado por el apartado cinco del artículo 21 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Disponía este precepto que la resolución judicial que declarara la conclusión del concurso, del deudor persona natural, por la liquidación de la masa activa declarararía la remisión de las deudas insatisfechas, si hubiesen sido pagados en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiese intentado

Ana María Orellana Cano

sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podría obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados. Esta exoneración sólo se reconocía siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable, ni el deudor hubiera sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal entonces vigente o, por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso. A estos efectos, el artículo 260.2 del Código Penal, -modificado por el artículo ciento cuarenta y dos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal-, establece que será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por la administración concursal, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

La Disposición Transitoria Única de la ley 14/2013 establecía que no era de aplicación lo indicado a los concursos declarados con anterioridad a la vigencia de esta ley. No obstante, se reconoció la posibilidad de exoneración de los créditos insatisfechos al deudor declarado en concurso antes de la vigencia de esta ley, en resoluciones tales como el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014 (Procedimiento 1400/2009).

La importancia de la reforma de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social y, del anterior Real Decreto ley 1/2015, es notoria, ya que regula detalladamente la segunda oportunidad, permitiendo la liberación del pasivo insatisfecho en el procedimiento concursal, tras una valoración de la conducta del deudor y, de la naturaleza de las deudas, estableciendo un plan de pago del pasivo no liberado.

En el plano internacional, la necesidad de instaurar un sistema de liberación de deudas para los casos de insolvencia de la persona física, se puso de manifiesto en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el año 2006, en la que se hacen recomendaciones al respecto, en los apartados 194 a 196²³¹. En relación con el deudor persona física empresario, la Recomendación 195 dispone que *“cuando el régimen de la insolvencia prevea que ciertas deudas se excluirán de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar claramente tales exclusiones en el régimen de la insolvencia”*. Y la Recomendación número 196 establece que *“cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para conceder la exoneración al deudor, convendrá reducir al mínimo esas condiciones con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme y enunciarlas claramente en el régimen”*. Por lo tanto, en estos supuestos, debe facilitarse al deudor la continuidad de su actividad empresarial o profesional, principio, además, contemplado en el artículo 44 de la Ley Concursal, como inspirador del procedimiento concursal.

Ha sido relevante en la presente materia el sistema norteamericano, en el que en una única ley, el Código de la Insolvencia (*Bankruptcy Code* de 1978), contempla tanto la insolvencia de los no comerciantes como de los empresarios.

Se integra básicamente por dos procedimientos. El primero está incluido en el capítulo *-chapter-* 7 del Código de la Insolvencia. La mera solicitud de declaración de concurso, *-llamada petición del capítulo 7-*, paraliza automáticamente las acciones de cobro de los acreedores, incluyéndose las ejecutivas. Se trata de un procedimiento de índole liquidativa que supone la desposesión del deudor de todos sus bienes, excepto los exentos y los sujetos

²³¹ Se puede consultar en la siguiente página web:
http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf

a derechos de garantía, que se entregan al patrimonio del concurso para que sean distribuidos entre los acreedores con respeto al principio de igualdad y a los privilegios de algunos de ellos. Una vez verificado el desapoderamiento y la distribución, el deudor queda legal y completamente liberado de toda responsabilidad y puede comenzar de nuevo *-fresh start-*, con el patrimonio exento.

Sin embargo, -aunque las reglas son diferentes en cada Estado-, en la mayoría de los casos no se exonera al concursado del abono de los créditos con garantía voluntaria, como las hipotecas. Y, por lo tanto, el principal beneficio de esta vía es liberarse de las deudas no garantizadas.

El segundo procedimiento, de corte conservativo, está previsto en el capítulo *-chapter-* 13. Se trata del plan de "asalariado". En su virtud, el deudor persona natural, con ingresos regulares y cuyo pasivo no supere los límites legalmente establecidos, puede negociar un calendario de pagos ajustado con sus acreedores, con la obligación de destinar todos sus ingresos disponibles, menos los imprescindibles para satisfacer los "gastos necesarios y razonables", durante tres años, al beneficio de sus acreedores. No se le desposee de los bienes, pero ha de conferir su gestión a un fiduciario concursal (*bankruptcy trustee*). Al finalizar el plan queda liberado de las deudas no pagadas, salvo, de los créditos garantizados, por lo que, igual que ocurre en el procedimiento anterior, la principal ventaja de esta opción es la exoneración de las deudas no garantizadas²³².

La segunda oportunidad existe, desde hace tiempo, en otros países de la Unión Europea. Pueden distinguirse dos sistemas de liberación de deuda

²³² GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA: *"Sistema concursal. Aspectos generales: deudas de empresarios y de particulares tras el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica"*, en la obra colectiva "El Derecho privado en contextos de crisis. Mecanismos de protección del patrimonio familiar", publicado on line por el Centro de Documentación Judicial, en la colección Cuadernos de Derecho Judicial, número 1, 2009.

(*discharges*), a saber, la nueva oportunidad (*fresh Start*)²³³, típica del Derecho anglosajón y, el sistema de la condonación de la deuda pendiente (*Restschuldbefreiung*)²³⁴, propio de la Ley de Insolvencia Alemana.

La Ley de Insolvencia Alemana de 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*) regula la exoneración de la deuda residual en los párrafos 286 y siguientes. El párrafo 286 establece que *"si el deudor es persona física, queda liberado frente a los acreedores de la insolvencia, de conformidad con los párrafos 287 a 303, de las obligaciones no cumplidas en el procedimiento de insolvencia"*. Ahora bien, esta exoneración de las deudas pendientes no se aplica al deudor de conducta desordenada, es decir, de mala fe, a tenor del párrafo 290 de la Ley. Distingue la norma dos procedimientos diferentes, según que el concursado sea una persona física no empresario o, tenga esta condición. El beneficio de exoneración del pago del pasivo insatisfecho se contempla en Alemania sólo para el supuesto de terminación del concurso por liquidación, en contra de lo que se estipula en Estados Unidos y en Francia, donde cabe la exoneración también si el concurso termina por Convenio.

En el Derecho portugués, se introdujo la exoneración del pasivo restante en el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de 18 de marzo de 2004, en los artículos 235 y siguientes²³⁵.

²³³ WARREN, E., SULLIVAN T. A., WESTBROOK: *"As we forgive our debtors. Bankruptcy and Consumer Credit in America"*, Beard Books, 1999; JACOBY, M., *"Perspectivas Empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos"*, en la obra colectiva *"Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar"*, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009. ÁLVAREZ RUBIO: *"Algunas reflexiones en torno a la reforma del fresh start del consumidor en USA"*, Anuario de Derecho Concursal, número 14, páginas 233 y siguientes.

²³⁴ ZABALETA DÍAZ: *"La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán"*, AAVV, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, tomo I, páginas 911 y siguientes. FERRÉ FALCÓN, J.: *"La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)"*, Anuario de Derecho Concursal, número 7, 2006, páginas 205 a 226.

En Italia, -como la persona física no comerciante no puede ser declarada en concurso-, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho sólo se reconoce a favor del empresario concursado, persona física. La legislación en materia de insolvencia la constituye la *Legge fallimentare*, aprobada por el Real Decreto número 267 de 16 de marzo de 1942, modificado por los Decretos Legislativos 5/2006 y 169/2007. Y la exoneración del pasivo pendiente (*esdebitazione*) se regula en el artículo 120 de la ley indicada. Se ha afirmado que el Derecho italiano discrimina negativamente a la persona física no empresaria, la cual no puede acceder a la liberación del pasivo pendiente²³⁶.

2. LOS SUPUESTOS EN LOS QUE EL EMPRESARIO PERSONA FÍSICA PUEDE SOLICITAR LA EXONERACIÓN Y EL PLAZO PARA LA SOLICITUD.

El número dos del apartado primero del artículo 1 de la Ley 25/2015, introduce un nuevo precepto, el artículo 178 bis que regula la segunda oportunidad.

El artículo 178 bis 1 de la Ley Concursal establece que el deudor persona natural, -y, por tanto, también el empresario persona física-, podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

En cuanto a la conclusión por insuficiencia de masa activa, debe destacarse que el Real Decreto ley 1/2015 y la posterior Ley 25/2015, dan una nueva redacción a los párrafos tercero y cuarto del artículo 176 bis de la Ley Concursal. El artículo 176 bis 3 de la Ley Concursal, -redactado por el número

²³⁵ DE CARVALHO FERNÁNDES, A.: *"La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués"*, en la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 3, 2005, páginas 379 a 394.

²³⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: *"El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso"*, Cizur Menor, 2009, página 42.

tres del apartado primero del artículo 1 de la Ley 25/2015- establece que, si se formulara oposición a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, -que se tramitará por el cauce del incidente concursal-, durante el plazo de audiencia concedido a las partes, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, conforme al artículo 178 bis del citado texto legal.

De la misma forma, el artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal, en el mismo precepto de la Ley 25/2015, dispone que también podrá el deudor persona física solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del Concurso, durante el plazo de audiencia concedido a las partes, cuando se haya acordado la conclusión por insuficiencia de masa activa, en el Auto de declaración de concurso, -después de concluida la liquidación que tiene que llevar a cabo el administrador concursal nombrado por el Juez del Concurso en el Auto indicado-. Igualmente, la tramitación de la solicitud de exoneración, los requisitos para beneficiarse de la misma y, los efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

Por su parte, de conformidad con el artículo 178 bis 2 de la Ley Concursal, el deudor deberá solicitar la exoneración, dentro del plazo de audiencia que se le haya concedido, al que hace referencia el artículo 152.3 de la propia ley, cuando se declare la conclusión del concurso por liquidación.

3. LOS REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL DEUDOR EMPRESARIO PERSONA FÍSICA PARA QUE OPERE LA EXONERACIÓN.

El artículo 178 bis 3 de la Ley Concursal establece que sólo se admitirá la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Y, a continuación establece una serie de circunstancias que permiten considerar al deudor de buena fe, que son las siguientes:

1. Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitar el concurso, el Juez del Concurso podrá, no obstante, conceder el

Ana María Orellana Cano

beneficio atendidas las circunstancias y, siempre que no se apreciara dolo o culpa grave del deudor.

2. Que el deudor no haya sido condenado por sentencia firme, por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o, por delitos contra los derechos de los trabajadores, en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el Juez del Concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3. Que haya celebrado o, al menos, intentado celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos. Los empresarios que pueden pactar un acuerdo extrajudicial de pagos, a tenor del artículo 231.1.2º de la Ley Concursal, son las personas físicas, que tienen esta condición conforme a la legislación mercantil, los que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos, como ya indiqué en el epígrafe correspondiente.

4. Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y, los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

5. Que, alternativamente al número anterior:

5.1 Acepte someterse al plan de pagos que se establezca.

5.2 No haya incumplido las obligaciones de comparecer personalmente ante el Juzgado de lo Mercantil y ante la administración concursal, cuantas veces hubiera sido requerido, ni el deber de colaborar e informar, de todo lo necesario o conveniente, para el interés del concurso.

5.3 No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.

5.4 No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. Este requisito no será exigible, -para obtener el beneficio de la exoneración del artículo 178 bis-, durante el año siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto ley 1/2015, de acuerdo con el número 4 de la disposición transitoria primera del propio Real Decreto ley.

5.5 Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

Los requisitos subjetivos que deben de concurrir en el deudor persona física, para que proceda la exoneración, constituyen una de las cuestiones más delicadas de la presente materia, ya que la liberación de las deudas puede estimular conductas irresponsables, temerarias o abusivas por parte del obligado al pago.

En el ámbito internacional, se ha pronunciado la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el año 2006, en la Recomendación número 333²³⁷, en la que declara que no cabrá la exoneración cuando el deudor haya actuado con dolo; haya estado involucrado en actividades delictivas; haya infringido leyes laborales o, de protección del medio ambiente; no haya llevado la contabilidad adecuada; no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o, no haya cooperado con el representante de la insolvencia; no haya facilitado o, haya retenido u, ocultado activamente, información; haya proseguido sus actividades mercantiles y, a sabiendas de que era insolvente, haya contraído deudas sin una esperanza justificable de poder pagarlas; y cuando haya ocultado o destruido bienes o documentos, tras la solicitud de

²³⁷ Se puede consultar en la página web:
http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf

apertura del procedimiento. Realmente, coinciden con los requisitos impuestos por el legislador español, en tanto en cuanto muchas de estas actividades originarían que el concurso fuera declarado culpable. Y, más concretamente, en relación con el empresario persona física, declara la Guía indicada que *“tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa”*.

En el sistema americano, no se exige la buena fe del deudor, como tal, sino que en el procedimiento del capítulo 7, eminentemente liquidativo, se establecen las causas legales de denegación de la exoneración de las deudas, entre las que se encuentran, la ocultación de bienes, datos y documentación contable o, el haberse beneficiado de otra liberación de deudas en un período anterior (*chapter 7, subchapter II, section 727* del el Código de la Insolvencia (*Bankruptcy Code* de 1978). Y, en general, para los dos procedimientos, es decir, el del *chapter 7* y del *chapter 13*, se le otorga al Juez del Concurso un amplio margen de discrecionalidad, para apreciar si, en el caso concreto, la solicitud se realiza con *“manifiesto abuso de derecho”*, lo que le permitiría desestimar la solicitud de exoneración.

En nuestro ordenamiento jurídico, la facultad moderadora de los Jueces y Tribunales, en orden al pago de las deudas, viene ya contemplada en el artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998, que prevé que *“los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador”*.

Y, algún sector doctrinal²³⁸, mantuvo, -antes del Real Decreto ley 1/2015-, que, en la propia sentencia de calificación, el Juez del Concurso podría hacer un pronunciamiento sobre la posibilidad de exonerar al deudor persona física del abono del pasivo insatisfecho.

4. LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL AFECTADOS POR LA EXONERACIÓN.

El ámbito objetivo de los créditos afectados por el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho varía, según que el deudor haya abonado determinados créditos o no. Por lo tanto, se distinguen dos supuestos:

1. El empresario persona física que ha satisfecho, en su integridad, los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados. Además se exige, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, que hubiese abonado, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Lo contempla el artículo 178 bis 3.4º de la Ley Concursal.

2. El empresario persona física que no ha abonado, en su integridad, los créditos contra la masa, los concursales privilegiados y, si no intentó el acuerdo extrajudicial de pagos previamente, al menos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios. Se prevé en el artículo 178 bis 3.5º de la Ley Concursal.

5. EL ACUERDO PROVISIONAL Y DEFINITIVO DE LA EXONERACIÓN DEL PAGO DEL PASIVO INSATISFECHO.

De conformidad con el artículo 178 bis 4 de la Ley Concursal, de la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial, a la administración concursal y, a los acreedores personados, por un plazo de cinco días, para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio.

²³⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO: “*El concurso de acreedores del consumidor*”, en la obra colectiva “*Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*”, coordinada por COLINO MEDIAVILLA Y CUENA CASAS, Cizur Menor, 2009, página 140.

Si la administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el Juez del Concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse Auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

El Juez del Concurso, por tanto, acuerda si hay conformidad con la solicitud del deudor o no hay oposición, la exención provisional.

Y, para que se acuerde la exención definitiva, a tenor del artículo 178 bis 8 de la Ley Concursal, transcurrido el plazo de cinco años, sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del Concurso, a petición del deudor concursado, dictará Auto reconociendo, con carácter definitivo, la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores

hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y, de simplificación administrativa.

Contra esta resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurren las causas del artículo 178 bis 7.1º de la Ley Concursal.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CASTELLANOS, MARÍA DEL MAR: “La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futura. (Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha 20.1.00)”. Aranzadi Social n.º 7/00.

ALAMEDA CASTILLO, MARÍA TERESA: “El tratamiento de los créditos laborales en el concurso”, Madrid, 2005.

ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO: “Aspectos laborales de la Ley Concursal”, Valencia, 2004.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO: “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, Temas Laborales, n.º 99, 2009.

ÁLVAREZ RUBIO: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del fresh start del consumidor en USA”, Anuario de Derecho Concursal, n.º 14.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO: “El concurso de acreedores del consumidor”, en la obra colectiva “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, coordinada por COLINO MEDIAVILLA Y CUENA CASAS, Cizur Menor, 2009.

Ana María Orellana Cano

BENTOLILA CHOCRÓN, SAMUEL: “Los despidos económicos en España tras la reforma de 2010. Una perspectiva económica”, en la obra colectiva “Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la Economía”, Valladolid, 2011, Lex Nova.

BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “Los procedimientos de regulación de empleo”, Valencia, 2007.

BORRAJO DACRUZ, EFRÉN: “Los auxiliares del comerciante en el Derecho español”, Revista de Derecho Mercantil, números 63 y 64, 1957; y “Altos Cargos Laborales”, Edersa, Madrid, 1984.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “Altos cargos y representantes de comercio: ámbito de aplicación de los Reales Decretos 1382/1985 y 1438/1985 a la luz de la reciente jurisprudencia”. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

CALLE, VICENTE: “Los expedientes colectivos de extinción y suspensión de contratos de trabajo. La valoración del momento de su presentación. Factores a tener en cuenta. Expedientes iniciados inmediatamente antes del concurso. El posible conflicto de competencias posterior entre la Autoridad Laboral y el Juez del Concurso”, en la obra colectiva “Crisis empresarial y concurso. Comentarios legales”, Aranzadi, Navarra, 2010.

Conclusiones del Seminario “El grupo de empresas y su incidencia en el proceso laboral”, celebrado en Barcelona, del 7 al 9 de mayo de 2014, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y publicado on line por el Centro de Documentación Judicial.

CORDERO LOBATO, ENCARNA: “Comentarios a la Ley Concursal”, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, volumen I, Madrid 2004.

COSTA REYES, ANTONIO: “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010”, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 109/2011, segundo trimestre.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003.

CUENA CASAS, MATILDE: “Los problemas en el concurso de la persona física”, publicado por el Centro de Documentación Judicial en la colección Cuadernos Digitales de Formación, número 17 del año 2010.

DE CARVALHO FERNÁNDES, A.: "La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués", en la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 3, 2005.

DE LE COURT, ALEXANDRE: “La reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad”, Comunicación presentada en las XXIII Jornades Catalanes de Dret Social. Àrea de Dret del Treball i de l Seguretat Social. Universitat Pompeu Fabra, 2012.

DE LA PUEBLA PINILLA, ANA: “Comentarios a la Ley Concursal”, volumen I, Madrid, 2004.

DE LA VILLA GIL, LUÍS ENRIQUE: “Los llamados «pactos de blindaje» en la relación especial de alta dirección”. Revista del Poder Judicial número 46, Segundo trimestre 1997.

DEL REY GUANTER, SALVADOR: “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales en los nuevos artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores según la Ley 35/2010”, Diario La Ley, nº 7488, Sección Tribuna, 14 de octubre de 2010, Año XXXI, Ref. D-306, Editorial LA LEY.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, en Relaciones Laborales, número 23-24, 2003.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, Madrid, 2004.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La declaración del concurso y la Seguridad Social”, Madrid, 2004.

DESDENTADO BONETE, AURELIO Y DESDENTADO DAROCA, ELENA: “Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, Valladolid, 2004.

DESDENTADO BONETE, AURELIO Y, ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas”, Albacete, 2007.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La reforma del despido en el Real Decreto-ley 10/2010”, en la obra colectiva “La reforma laboral de 2010”, Lex Nova, 2010.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, Madrid, julio 2012.

DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, en Relaciones Laborales, número 8, 2005.

DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: “Medidas laborales en procesos de reestructuración”, en la obra colectiva “Crisis empresarial y concurso: comentarios legales”, Pamplona, 2010.

ETXARANDIO HERRERA, EDORTA: “Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores”, en la obra colectiva, “El concurso laboral”, dirigido por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, editorial La Ley, 2ª edición, julio 2012.

FERRÉ FALCÓN, J.: “La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)”, Anuario de Derecho Concursal, n.º 7, 2006.

Ana María Orellana Cano

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA: “Sistema concursal. Aspectos generales: deudas de empresarios y de particulares tras el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”, en la obra colectiva “El Derecho privado en contextos de crisis. Mecanismos de protección del patrimonio familiar”, publicado on line por el Centro de Documentación Judicial, en la colección Cuadernos de Derecho Judicial, número 1 de 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO: “Una vistosa falta de concordancia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en relación con el concepto de alto directivo: el caso de los jefes de máquinas de buques”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 6, 1992.

GARCÍA PERROTE, IGNACIO: “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”, en Justicia Laboral, número 15, 2003.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO: “La reforma concursal: aspectos laborales y de la Seguridad Social”, Valladolid, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO: “Modificaciones sustanciales, despidos y suspensiones tras la declaración de concurso”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012.

GRUND, C., “Severance payments for dismissed employers in Germany”, European Journal of Law and Economics, volumen 22, nº 1, 2006.

GULLÓN RODRÍGUEZ, JESUS: “Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en la situación de concurso”, en la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2005.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.: “El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”, Cizur Menor, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DEL MAR: “La clasificación concursal de los créditos laborales”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria A. Orellana Cano, Las Rozas (Madrid), 2ª edición, 2012.

JACOBY, M., "Perspectivas Empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos", en la obra colectiva “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar”, coordinado por CUENA CASAS y COLINO MEDIAVILLA, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

JURADO SEGOVIA, ÁNGEL: “Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)”, Diario La Ley, nº 7772, Sección Doctrina, 10 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-13, Editorial LA LEY.

LEFEBVRE, FRANCIS: “Memento práctico. Social 2012”, Santiago de Compostela.

LEFEBVRE, FRANCIS: “Memento práctico. Social 2013”, Madrid 2012.

LEFEBVRE, FRANCIS: “Memento práctico. Procedimiento Laboral 2012-2013”, Madrid 2012.

LIMÓN LUQUE, M. A. "La extinción del contrato previa al inicio de la prestación efectiva de trabajo ¿constituye despido?", Aranzadi Social n.º 12/03.

MARTÍNEZ GARRIDO, LUIS RAMÓN: “La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal”, en la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 2005.

MOLINA VEGA, JAVIER: “Pactos típicos en los contratos de alta dirección: aspectos prácticos”. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

MOLINER TAMBORERO, GONZALO: “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción”, en AAVV (García Perrote, coord.): “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Editorial Lex Nova, 2004.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, en el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas Puntos críticos y perspectivas de reforma”, Albacete, 2011.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Derecho del Trabajo”, decimosexta edición, Madrid, 1995.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “El despido improcedente y sus efectos”, en Estudios sobre el despido disciplinario.

MULLER, ANGELIKA: “La legislación de protección del empleo a prueba de la crisis económica. Un examen global de la reglamentación de los despidos colectivos por razones económicas”, trabajo elaborado en el Departamento de Relaciones Laborales y de Empleo (DIALOGUE), Oficina Internacional del Trabajo, Suiza.

NAVARRO NIETO, F.: “Los despidos por causas económicas en Francia: hacia una gestión negociada del empleo”, CES, Madrid, 1994.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal”, en la obra colectiva “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles. (Sociedades, competencia, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc...)”, Valencia, 2008.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA Y ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral”, PREMIO BOLSA DE INVESTIGACIÓN WELLINGTON, otorgado al presente

Ana María Orellana Cano

trabajo por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, Madrid, 2008.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “La incidencia del concurso en las contratas y subcontratas en el sector de la construcción”, Cuadernos Digitales de Formación, número 40, Madrid, 2009.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “La incidencia en el concurso de la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, en el nº 22 de la Revista Anuario de Derecho Concursal, 2011-1.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “El nuevo procedimiento de despido colectivo tras la reforma laboral de la Ley 3/2012”, Actualidad Laboral nº18, 1/2012.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Los créditos laborales y de la Seguridad Social”, en la obra colectiva Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, publicado en mayo de 2012, por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de España, con ocasión del Congreso Nacional, celebrado en Cádiz, en conmemoración de la Constitución Española de 1812.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Los créditos laborales y de la Seguridad Social”, en la obra colectiva dirigida por Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes, Tratado Judicial de la Insolvencia, Tomo I, capítulo 13, Pamplona, 2012.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Comentario de los artículos 64 a 66 de la Ley Concursal”, en la obra colectiva “Comentario práctico a la nueva Ley Concursal”, Las Rozas, Madrid, 2012.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Personal de alta dirección y concurso de acreedores”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas (Madrid).

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “El despido colectivo en España y en Europa: ¿hacia dónde vamos?”, publicada en los Anales de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013. Discurso impartido con ocasión del nombramiento de la autora como Académica Correspondiente de esta Real Corporación.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “La difícil coordinación entre el procedimiento de impugnación del despido colectivo y los despidos individuales derivados del mismo”, en El Laboralista Digital, diciembre de 2014.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “El expediente de regulación de empleo y el concurso de acreedores”, en la obra colectiva “La Ley Concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas”, Madrid, 2014.

ORELLANA CANO, ANA MARÍA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Guía práctica del proceso concursal 2015. Adaptada a las últimas

reformas: Leyes 14/2013 y 17/2014 y Reales Decretos leyes 4/2014 y 11/2014”, Las Rozas, Madrid, 2015.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo”, en la obra colectiva “Tratado Judicial de la Insolvencia”, Pamplona, 2012.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “La tramitación del expediente de regulación de empleo concursal”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por la autora, Las Rozas, Madrid, segunda edición, julio 2012.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, dirigida por Juana Pulgar Ezquerro, Las Rozas, Madrid, 2012.

ORELLANA CANO NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales de la reforma concursal”, en la obra colectiva “La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas”, Madrid, 2012.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “El concurso de acreedores adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, Las Rozas, Madrid, primera edición, febrero 2012.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Pretensiones sociales en el concurso”, Procedimiento Laboral 2015-2016, Memento Práctico, Francis Lefebvre.

ORELLANA CANO, NURIA AUXILIADORA: “Sucesión de empresa y concurso de acreedores. A propósito del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015”, en la Revista Concursal y Paraconcursal, número 23, 2015.

Página web: http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf

Página web de una empresa de recolocación autorizada, que actúa a nivel internacional, denominada Lee Hecht Harrison, del grupo Adecco, 30 de mayo de 2012.

Página web: www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/events/judges/jeruxviii.htm.

PELLISSIER, JEAN; AUZERO, GILLES; DOCKES, ENMANUEL: “Droit du Travail”, 25ª Edición, Dalloz, Paris, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO: “Código Laboral 2008”, Códigos LA LEY, Las Rozas, Madrid, 2008.

POYATOS VILLENA, JOSÉ: “Legitimación y alcance de la actuación del Fondo de Garantía Salarial en el procedimiento concursal”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida Por Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2ª edición, julio 2012, Las Rozas (Madrid).

Ana María Orellana Cano

PULGAR EZQUERRA, JUANA; ALONSO LEDESMA, CARMEN; ALONSO UREBA, ALBERTO Y ALCOVER GARAU, GUILLERMO: “Comentarios a la Legislación Concursal”, Madrid, 2004.

RIOS MESTRE, JOSÉ MARÍA: “Despido colectivo y concurso de acreedores”, Pamplona, 2012.

RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Valladolid, 2004.

RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “La protección prioritaria de los créditos laborales en el concurso”. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Valladolid, junio 2004.

RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ Y DE LA PUEBLA: “El expediente judicial de regulación de empleo: artículo 64 de la Ley Concursal”, en la obra colectiva “Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo”, MTAS- La Ley Actualidad, Madrid, 2004.

RIOS SALMERÓN, BARTOLOMÉ: “La Ley Concursal y los créditos laborales”, en el nº 23 de los Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, sobre “La ejecución laboral”, coordinado por ORELLANA CANO, ANA MARÍA, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL: “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, Diario La Ley, nº 7833, Sección Doctrina, 9 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-144, Editorial LA LEY.

ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO: “Comentario de la Ley Concursal”, tomo I, Madrid, 2004.

SALA FRANCO, TOMÁS: “Derecho del Trabajo”.

SALA FRANCO, TOMÁS: “Las modificaciones contractuales”, en AA.VV. Derecho del Trabajo, tomo II, “Contrato individual”, séptima edición, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, JUAN Y GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE: “Comentarios a la Legislación Concursal”, tomo II, Valladolid, 2004.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, MARÍA LUISA: “Despidos colectivos”, en la obra colectiva “Últimas reformas del Derecho del Trabajo: sustantivas y procesales”, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación, 2012.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO Y, CARDENAL CARRO, MIGUEL: “Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica”. Estudios de Derecho Judicial: “Relaciones laborales especiales”, Madrid, 2007.

SOUTO PRIETO, JESÚS: “De los principios del proceso y de los deberes procesales”, en la obra colectiva Procedimiento Laboral, comentarios y jurisprudencia, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, Madrid 2010.

URIZ ÁLVAREZ, JOSÉ JAVIER: “La actuación del Fondo de Garantía Salarial ante el procedimiento concursal”, en la obra colectiva “El concurso laboral”, dirigida por Nuria A. Orellana Cano, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 15, Madrid, 2012.

VALVERDE ASENCIO, ANTONIO JOSÉ: “Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo: (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto ley 16/2013 y Real Decreto ley 3/2014”, publicado en la revista Temas Laborales nº 124/2014.

VARELA AUTRÁN, BENIGNO: “Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Reformas producidas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, Diario La Ley, nº 7900, Sección Tribuna, 12 de julio de 2012, Editorial LA LEY.

WARREN, E., SULLIVAN T. A., WESTBROOK: “As we forgive our debtors. Bankruptcy and Consumer Credit in America”, Beard Books, 1999.

YSAS MOLINERO, HELENA: “Aproximación al despido colectivo en Europa: una breve comparación de los casos español, francés, alemán e italiano”, Barcelona, 2012.

ZABALETA DÍAZ: "La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán", AAVV, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005, tomo I.

Ana María Orellana Cano.