

CUESTIONES LABORALES EN LA LEY CONCURSAL. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 64

Alfredo Elías Mondeja

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil de Almería

EXTRACTO

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ha sufrido un sinnúmero de reformas/modificaciones que han afectado a la mayor parte de su articulado, siendo la regulación de las cuestiones laborales en el concurso una de la más vapuleadas por la iniciativa reformadora del legislador.

A lo largo del presente artículo se irán analizando aquellos aspectos más relevantes que afectan al Derecho laboral y concursal, en la medida que este último «absorbe» competencias que, en otras circunstancias, serían propias del primero.

Se hace un detallado análisis del artículo 64 de la LC y se pone en relación con otros artículos de la propia ley.

Palabras claves: acciones sociales, extinción, modificación o suspensión colectiva, jornada de trabajo, Estatuto de los Trabajadores, personal de alta dirección, incidente concursal y sucesión de empresas.

Fecha de entrada: 10-11-2015 / Fecha de aceptación: 15-12-2015

LABOUR ISSUES IN THE BANKRUPTCY ACT. SPECIAL REFERENCE TO ARTICLE 64

Alfredo Elías Mondeja

ABSTRACT

Law 22/2003, July 9, Insolvency has undergone countless alterations/modifications that have affected most of its provisions, with the regulation of labour issues in bankruptcy being one of the most battered by the reforming initiative of the legislator.

Throughout this article we will analyse the most important aspects that affect Labour law and bankruptcy proceedings, to the extent that the latter «absorbs» powers that, in other circumstances, would belong to the former.

A detailed analysis is made of article LC 64 and it is placed in relation to other articles in the law itself.

Keywords: social actions, extinction, modification or collective suspension, working day, workers' statute, senior management staff, bankruptcy proceedings and corporate succession.

Sumario

- I. Introducción
- II. El artículo 8.2 de la LC
- III. El artículo 8.2 de la LC en relación con el 64.1
- IV. El artículo 64 de la LC
 - 1. Artículo 64, apartado 1, párrafos 2.º y 3.º
 - 2. Artículo 64, apartados 2, 3 y 4
 - 3. Artículo 64, apartado 5
 - 4. Artículo 64, apartado 6
 - 5. Artículo 64, apartado 7
 - 6. Artículo 64, apartado 8
 - 7. Artículo 64, apartado 9
 - 8. Artículo 64, apartados 10 y 11
- V. El artículo 44.4 de la LC y sus diferencias con el artículo 64
- VI. El artículo 65 de la LC. Contratos de alta dirección
- VII. El incidente concursal del artículo 64.8, 2.º párrafo y el artículo 195 de la LC
- VIII. Apunte final

I. INTRODUCCIÓN

Previo a cualquier consideración cabe resaltar que tras la promulgación de la Constitución de 1978, con cada nueva legislatura ha aumentado de forma «alarmante» la profusión legislativa, llegando a un punto en el que la misma se ha tornado profusa, confusa y difusa.

La técnica legislativa carece del rigor suficiente y necesario que toda norma requiere y merece. Se pretende regular todo y a cualquier precio. Se regula a golpes de opinión pública, sin la intervención (en ocasiones) de comisiones redactoras cualificadas y haciendo oídos sordos a cualquier sugerencia propuesta por sectores concedores del derecho y a los que se les «oye» más por mandato legal que por deseo de superar la calidad de la norma a promulgar. Se legisla sin vocación de permanencia, que es lo grave. Y así, esa falta de rigor, ese deseo irrefrenable de legislar a cualquier costa, conlleva a su vez la necesidad de dictar continuas reformas que, al final, van a producir un texto falto de uniformidad, con errores inaceptables y produciendo una imposible armonía interpretativa o seguridad jurídica básica.

En relación con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) cabe recordar que –al momento de redacción de este artículo y sin poder afirmar que en el momento de su publicación no hayan aumentado– la referida norma ha sufrido ya veintiséis reformas y en concreto el artículo 64, «estrella» del análisis, ha sufrido a su vez siete modificaciones.

El presente artículo fue concebido –básicamente– como ponencia a exponer en las jornadas organizadas por el Colegio de Economistas de León el 14 de septiembre de 2015 (al que agradezco su amable invitación) y a las que por causas ajenas a mi voluntad (una inoportuna indisposición) me fue imposible acudir y, en consecuencia, la ponencia durmió el sueño de los justos, siendo ahora, ampliada, cuando ve la luz a través del presente artículo.

Decir, por todo, que en este trabajo se recoge tan solo mi opinión, que si resulta tan válida como cualquier otra no pasa de ser eso, una simple opinión. Sin olvidar que en Derecho no hay verdades universales, ni teorías sagradas o perpetuas, por robustas que parezcan; la norma se encuentra sometida al veredicto del tiempo y al capricho del legislador.

II. EL ARTÍCULO 8.2 DE LA LC

Artículo 8. Juez del concurso.

«Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

(...)

2.º 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. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, *deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*.

Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, *incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo*».

En primer lugar indicar que la expresión «exclusiva y excluyente» no pasa de ser una innecesaria reiteración, es algo así –si se me permite la comparación– como decir que el color era rojo o encarnado o bermellón o colorado, o sea: más de lo mismo. Si se toma uno la molestia de buscar el significado de *exclusivo* apreciará cómo se dice, que es lo que está reservado para alguien o algo, o que *excluye* a otro. En suma y sin proponérmelo comienzo el estudio de la norma criticando al legislador o a su impericia (o quizás a su desconocimiento de la semántica).

El texto, en su primer párrafo, es una reproducción exacta del artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (en adelante LOPJ) en tanto que su segundo párrafo fue introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, y se remite al Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) e incluye un supuesto más –no contemplado expresamente en la ley orgánica citada– referido a la reducción de la jornada ordinaria de trabajo.

Destaca el precepto en estudio la referencia a acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión *de carácter colectivo*, y en modo alguno hace referencia a supuesto de modificación *sustancial*, a la que sí alude el artículo 64, al que luego nos referiremos.

En consecuencia, deberá darse prioridad a la acción colectiva sobre la sustancial, lo que por otro lado resulta de más fácil aplicación ya que aquella posee unas características objetivas de fácil estimación –un número determinado de afectados– en tanto que la expresión sustancial comporta una serie de estimaciones que no cabe calificar de objetivas. Por otro lado, la referencia a colectividad se contempla en el artículo 86 ter de la citada LOPJ en tanto que en ella no se habla de modificación *sustancial*.

En conclusión, según el precepto poseerá jurisdicción exclusiva y excluyente el juez del concurso cuando las *acciones* (lo que posteriormente es calificado de procedimientos en el art. 64 LC) referidas tengan el carácter de colectivas.

En relación con tal colectividad, a la que alude tanto el artículo 64 como el 86 ter de la LOPJ, para determinar si concurre la misma habrá que acudir al texto estatutario y así tendremos que:

A) Se entenderá por **extinción colectiva** las referidas en el artículo 51 del ET.

Artículo 51. Despido colectivo.

«A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores».

Añadiendo en su párrafo cuarto que:

«Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea *superior a cinco*, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas» (el mismo precepto en los párrafos siguientes regula o indica cómo debe efectuarse el cómputo de extinciones).

Cabe indicar al respecto que la STJUE de 13 de mayo de 2015 (NSJ051629) ha venido a cuestionar este artículo 51 ya que al trasponer la Directiva 98/59/CE, por Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, el texto legal citado se refirió al número de afectados en relación con las «empresas» en tanto que la citada directiva indicaba «centros de trabajo». La diferencia no es baladí.

Por otro lado cabría preguntarse ¿qué sucedería si fuera necesaria la extinción de todos los contratos de trabajo de la empresa en concurso y el número total de trabajadores no superase los cinco? A ello nos referiremos al tratar el artículo 44 de la LC.

B) Estaremos en presencia de **modificación** sustancial (colectiva) de condiciones de trabajo, las contempladas en el artículo 41 del ET.

Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

«(...) Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.

- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

2. (...) Se considera de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas».

Debiendo tenerse presente que el propio precepto en sus apartado 6 y 7 establece:

«6. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 (procedimiento de negociación colectiva).

7. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley (periodo de consultas, etc.)».

Aquí el precepto sí refiere modificaciones *sustanciales* de las condiciones de trabajo, referencia inexistente tanto en el artículo 8 de la LC como en el 86 ter de la LOPJ, pero contemplada en el artículo 64 de la LC.

Destaca cómo en la norma no se establece qué se entenderá por colectivas cuando afecte a la totalidad de la plantilla siendo esta mayor de cinco, como hace el ET en su artículo 51 al referirse a los despidos colectivos, lo que supondrá, en consecuencia, que el juez del concurso carecerá de competencias para conocer sobre las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que afecten a menos de 10 trabajadores.

El apartado 6 del precepto en estudio se encuentra reproducido en el artículo 66 de la LC, lo que obliga a reiterar que tales modificaciones deben referirse a las condiciones de trabajo que afecten a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (pactos o convenios extraestatutarios).

A la vez resulta de interés destacar que la propia norma refiere que tendrán la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *entre otras...* lo que supone que podremos incluir como tales modificaciones a otras materias no contempladas en el precepto.

Resulta de interés destacar que el propio ET al enumerar las modificaciones sustanciales indica como tales a las referidas a la **jornada de trabajo**, por tanto no llega a entenderse el porqué de su cita de forma independiente en el artículo 64 de la LC, al que luego nos referiremos ampliamente.

C) En relación con las **suspensiones** colectivas cabe decir:

El precepto afirma que se entienden como tales las previstas en el artículo 47 del ET, artículo que en modo alguno indica número determinado de afectados, así el precepto contempla en su apartado 1.4.º que «el procedimiento, que será aplicable *cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión*, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días».

Pudiera pensarse que el legislador nos remite al ET a los efectos de comprender cuándo estaremos en presencia de suspensiones colectivas de trabajo, al igual que para comprender cuándo nos encontramos ante un despido colectivo que deberemos acudir al referido Estatuto (art. 51). Pero ello no es así por cuanto que si bien es cierto que el artículo 51 del ET contempla las circunstancias que deben concurrir para apreciar la existencia de un despido colectivo, el artículo 47 del ET no refiere de forma expresa qué circunstancias han de concurrir para apreciar tal colectividad.

Así vemos cómo el referido precepto, por el contrario, expresamente indica en su apartado 1 párrafo 3.º que «el procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión...», y por tanto nada indica en relación con la circunstancia de colectividad.

Observado el precepto, aparece una referencia a la colectividad en el último párrafo del citado apartado 1, inciso tercero, pero para referirse exclusivamente a la posibilidad de reclamar contra la medida a través de conflicto colectivo. Tal apartado indica expresamente que «cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 de esta ley se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución». Podría ser que el legislador quisiera referir como colectiva la medida cuando se alcancen o superen los umbrales previstos para el despido colectivo. Tal interpretación resulta generosa y un tanto forzada, pero cabría apreciarla (no hay otra).

Añade a su vez el precepto como competencia del juez del concurso las acciones referidas a suspensión o extinción del contrato de alta dirección sin hacer referencia a las modificaciones sobre el mismo, modificaciones que, en su caso y para ser competencia del juez del concurso, deberían encuadrarse dentro de las modificaciones colectivas, a las que alude el precepto inicialmente y

ciertamente no existe impedimento para que el alto directivo se vea afectado por un expediente de regulación que pretenda modificar las condiciones de los trabajadores, entre los que se encuentra.

En consecuencia, tendríamos que las modificaciones de condiciones del alto directivo, si se encontraban dentro de un expediente colectivo, serían competencia del juez del concurso, en tanto que si se realizaban individual o aisladamente la competencia recaería sobre el orden social. Lo que si bien no encuentra una clara justificación, resultará de difícil encuadre la modificación de las condiciones de trabajo del alto directivo de forma aislada y exclusiva, sin contemplarse dentro de un expediente de modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Por tanto, si la medida a adoptar para con el alto directivo es la extinción o suspensión de su contrato, resultará competente el juez del concurso en tanto que si la medida propuesta es la de modificar aisladamente sus condiciones laborales (contempladas en su contrato de alta dirección y sin que se vean protegidas por convenio colectivo estatutario), la competencia será del orden social y en tal caso el alto directivo tendría derecho a extinguir el contrato de alta dirección de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 13/1983, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (siempre que se estimara que tal modificación resulta encuadrable en los supuestos contemplados en el referido art. 10), percibiendo por ello la indemnización pactada o en su defecto la contemplada en el real decreto citado.

Ello se entiende así visto el tenor literal del precepto, el cual no cita, al referirse al alto directivo, la competencia del juez del concurso para conocer de forma aislada de las posibles modificaciones de sus condiciones de trabajo. Nada dice la norma ni siquiera en su exposición de motivos alude a ello, limitándose a decir en su expositivo III, párrafo antepenúltimo, que «cuestión tratada con especial cuidado es la relativa a los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado... se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado». Ninguna referencia ni justificación se encuentra a la no atribución de competencias para conocer, de forma individual, las posibles modificaciones de la relación contractual con el alto directivo. A ello volveremos más adelante al tratar expresamente el tema en el comentario al artículo 65 de la LC.

En todo caso siempre nos referimos a modificaciones de condiciones que no se contemplen en convenio colectivo ya que para las mismas el propio precepto establece un cauce determinado al que nos vamos a referir más ampliamente con posterioridad. Adelantando que el precepto a su vez indica «... 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». Se está refiriendo a los convenios colectivos estatutarios, circunstancia esta que repite en el artículo 66 de la propia LC.

En consecuencia, las modificaciones de condiciones aludidas en el artículo 8.2 de la LC serán, como se ha apuntado ya, las referidas en el artículo 41.2 del ET que afirma: «... las condiciones reco-

nocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos». A ello volveremos.

Finalmente, el precepto refiere en el inciso final del párrafo primero que «en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, *deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*». Principios contenidos en el ET y a su vez y como inspiradores del proceso social los contenidos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que son: intermediación, oralidad, concentración y celeridad (art. 74 de la referida ley). Por cierto, la jurisdicción es única (art. 3 LOPJ), no cabe hablar de jurisdicción social, en todo caso de orden jurisdiccional social (posiblemente otro *despiste* del legislador moderno).

El segundo párrafo, no contemplado en la LOPJ y que se remite para su comprensión al ET, se refiere a un supuesto nuevo, esto es: *la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo*.

De nuevo cabe preguntarse si resultaba necesaria la inclusión, especial y aislada, de tal reducción y ello a la vista de que, genéricamente, el precepto se refiere a las modificaciones de las condiciones de trabajo, modificaciones contempladas en el artículo 41 del ET, el cual expresamente cita como tales las referidas a la jornada de trabajo. Por otro lado si se entiende que las modificaciones contempladas en el artículo 41 son de carácter permanente, en tanto que la aludida en el precepto resulta de carácter temporal, podemos entender que la modificación de jornada (temporal) se encuentra dentro de las disposiciones del artículo 47 del ET y expresamente en su apartado 2 que indica: «La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, 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 una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor».

Procede recordar que no cabe modificar las competencias del juez del concurso que le vienen atribuidas por la LOPJ, salvo que la modificación se efectúe a su vez a través de la correspondiente ley orgánica, lo cual no es el caso. Cuando menos cabe la duda sobre la legalidad de la atribución de tal competencia de modificación «temporal», salvable solo si entendemos que tal modificación entra dentro de las contempladas en el artículo 41 del ET, o bien dentro de la modificación de la jornada, o bien dentro de las innominadas y aludidas como «otras», distintas a las allí recogidas, o que dicha modificación entra dentro de las referencias a la suspensión del contrato contemplada expresamente en el artículo 47.2 del citado ET. Ninguna de las soluciones resulta plenamente satisfactoria.

Dicho lo anterior, no puede olvidarse el claro perjuicio ocasionado por la medida al trabajador que no solo ve cómo su contrato de tiempo total se transforma en tiempo parcial por un periodo o duración indeterminada, sino que se le niega la facultad de resolver el contrato, como luego veremos, hasta transcurrido un año desde la adopción de la medida. Ello supondrá que el trabajador deberá aceptar la reducción sin más o esperar un año para extinguir la relación percibiendo una indemnización, o simplemente dimitir de su contrato (expresión contemplada en el art. 49 ET) y extinguir la relación sin derecho a indemnización alguna.

III. EL ARTÍCULO 8.2 DE LA LC EN RELACIÓN CON EL 64.1

Previo a entrar a determinar las diferencias entre ambos preceptos resulta de interés observar las últimas modificaciones habidas en el artículo 64.1, así tenemos que la redacción anterior del precepto, modificado por Ley 9/2015, de 25 de mayo, resultaba ser la siguiente:

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

En tanto que la redacción actual, introducida por Ley 9/2015, de 25 de mayo, expone:

«1. Los *procedimientos* de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de *despido* colectivo y de suspensión de contratos y *reducción de jornada*, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo».

Podemos apreciar las siguientes *diferencias*:

La redacción actual:

1. Cambia expedientes por procedimientos.
2. Cambia extinción por despido, mantiene colectivo.
3. Mantiene la suspensión de contratos pero elimina que sean colectivos.
4. Incluye la reducción de jornada.

A la vez nos encontramos con las siguientes diferencias entre el citado precepto (en redacción actual) y el artículo 8.2 de la LC, sin olvidar, como se dijo, que el primer párrafo de dicho precepto resulta ser una reproducción exacta del artículo 86 ter de la LOPJ, variando tan solo el apartado segundo de aquel. En consecuencia, la comparación con el artículo 64 debe entenderse efectuada en relación con ambos preceptos (arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ).

Por tanto, tenemos que el artículo 8.2 en su primer párrafo (u 86 ter LOPJ) dispone, como se ha visto, que:

«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. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral».

En tanto que el artículo 64.1 dispone:

«1. Los *procedimientos* de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de *despido* colectivo y de suspensión de contratos y *reducción de jornada*, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo».

A la vista de ambos preceptos se observan las siguientes diferencias del artículo 64.1 en relación con el 8.2, a saber:

1. Cambia la referencia a «acciones sociales» por procedimientos.
2. Introduce el término *sustancial* al referirse a la modificación de las condiciones de trabajo.
3. Introduce los *traslados colectivos*.
4. Cambia extinción por *despido*.
5. Elimina la condición de *colectivos* en las suspensiones.
6. Introduce la *reducción de jornada*, a las que hace referencia no obstante el artículo 8.2 en su segundo párrafo, si bien indicando el carácter de temporal de la medida, a la vez que tampoco indica que tal reducción sea de carácter colectivo.

Ciertamente el texto legal se aparta de lo dispuesto tanto en el artículo 86 ter de la LOPJ como en el artículo 8.2 de la LC, ampliando los supuestos e indicando que todos ellos se tramitarán por las reglas establecidas en el propio artículo 64. No obstante tal afirmación, nos encontramos con el hecho de que el apartado 2 y siguientes del mismo precepto establece o regula quiénes están legitimados –así como el procedimiento– 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 los que sea empleador el concursado, no regulando ni efectuando mención especial alguna a los traslados colectivos, ni a la reducción de jornada (temporal o no), lo que supone que tales procedimientos carecen de tal referida regulación y, en consecuencia, a la hora de proceder a su tramitación/solicitud deberemos aplicar la norma en su sentir general, entendiendo contenidos (muy forzosamente) dentro de las referidas modificaciones sustanciales a los traslados y a la reducción de jornada. Interpretación que, por otro lado y de entenderse aplicable, supone poner de manifiesto lo absurdo de su cita aislada.

Por otro lado, también resultará forzado entender que en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del apartado 2 del artículo 8, esto es: aplicación de los principios inspiradores de la

ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral, procedería la aplicación supletoria de la normativa social, para lo cual deberíamos acudir a lo dispuesto en los artículos 40 y 47.2, ambos del ET (traslados y reducción de jornada). Y digo esto por cuanto que la norma específicamente ordena que todos los supuestos se tramitarán por las reglas establecidas en el propio artículo 64, en consecuencia no parece tampoco posible la aplicación supletoria aludida.

IV. EL ARTÍCULO 64 DE LA LC

Ya se ha hecho referencia al apartado 1 del artículo 64 de la norma en estudio, en consecuencia procede ahora continuar el análisis del resto de apartados del referido precepto.

1. ARTÍCULO 64, APARTADO 1, PÁRRAFOS 2.º Y 3.º

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

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

Aparecen dos supuestos, a saber:

- a) El contemplado en el párrafo segundo del precepto que se refiere a la existencia, al momento de declaración del concurso, de un **procedimiento en tramitación**, en cuyo caso si bien todo lo actuado resultará válido, procede citar a los legitimados a los que se alude en el apartado siguiente (administración concursal, concursado y representantes de los trabajadores) a los efectos de que expongan y justifiquen la procedencia de continuar con el procedimiento. Tal citación la efectuará el secretario dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente.

Debe justificarse, en su caso, la procedencia de la continuación del procedimiento y en consecuencia cabe preguntarse si deberá reiterarse lo argumentado ante la autoridad laboral o por el contrario deberá de motivarse a la vista del momento en que se remite lo actuado al juez del concurso. Parece ser que lo procedente será justificar que la medida, despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada, sigue siendo necesaria, esto es: que no han cambiado las circunstancias que motivaron la solicitud inicial, y ello se entiende visto que la situación empresarial ha debido modificarse con la solicitud y declaración del concurso y en consecuencia resulta lógica la exigencia de justificación de la necesidad de continuar con el expediente.

- b) El contemplado en el párrafo tercero del precepto que se refiere a la **conclusión del procedimiento** al momento de declararse el concurso, apreciándose en tal párrafo que, por un lado, compete a la administración concursal la ejecución de la medida, y por otro lado el precepto refiere el supuesto en que «ya hubiera recaído resolución administrativa *autorizando* medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada». No cabe tal autorización, y ello desde 2012 con la publicación de la Ley 3/2012, de 10 de febrero que eliminó la necesidad de dicha autorización, manteniendo, en todo caso, y solo para el supuesto de fuerza mayor, la constatación por parte de la autoridad laboral de la concurrencia de dicha causa de fuerza mayor, pero en ningún caso existe o se mantiene autorización alguna, ni siquiera en el supuesto indicado de fuerza mayor se emplea el término «autorización» refiriéndose a «constatación» de la causa, así indica el artículo 51.7.3.º del ET que: «La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud y *deberá limitarse*, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos...» (sin perjuicio de las consecuencias de mantener la medida por fuerza mayor cuando la autoridad laboral informe que no se ha constatado la concurrencia de tal causa).

Se constata, una vez más, que el propio texto legal no se pone de acuerdo con la terminología a emplear; en el párrafo 2.º habla de despidos y en el 3.º de extinciones. Recordar que en el artículo 8.2 de la LC se habla de *extinción* a la vez que en la redacción actual del 64.1 se indica *despido* (la redacción anterior insistía en el término *extinciones*).

2. ARTÍCULO 64, APARTADOS 2, 3 Y 4

«2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán 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.

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 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 la empresa pertenezca.

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que 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 cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

4. 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 estas 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».

De nuevo aparece el término *extinción* y no *despido* y ello pese a la última reforma del precepto que modificó su apartado 1 sustituyendo el término *extinción* por *despido*. A la vez **no se hace referencia ni a los traslados ni a la reducción de jornadas** a las que alude el precepto en el párrafo 1.º en el que se indica, como se dijo, que los procedimientos relativos a tales supuestos se tramitarán conforme se establece en el propio artículo 64. Ello nos lleva a preguntarnos si los sujetos indicados serán, también, los legitimados para solicitar el traslado o reducción de jornada y si el procedimiento a seguir para tales supuestos será el mismo.

Destacando el hecho de que el apartado 3 refiere que «la adopción de *las medidas previstas en el apartado anterior* solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley...», lo que nos lleva a pensar si el resto de medidas no contempladas en el apartado 2 –traslados y reducción de jornada– podrán solicitarse del juez del concurso sin la necesidad de ajustarse al requisito de previa emisión del informe del artículo 74 y siguientes de la LC. El tenor literal del precepto obliga a entenderlo así.

El apartado 2 indica quiénes son las partes legitimadas *para la solicitud*, indicando que las mismas serán la administración concursal, el deudor y los trabajadores a través de sus representantes legales (incluidos secciones sindicales). Si no hay representación, los trabajadores pueden optar por atribuir la representación a una comisión de máximo tres trabajadores de entre los de la empresa o una comisión designada por los sindicatos de mayor representatividad del sector al que pertenezca la empresa y que estuviera legitimado para negociar el convenio colectivo.

La designación de los representantes debe hacerse en los cinco primeros días o será el juez el que acuerde designar una comisión de tres miembros integrada por los sindicatos más representativos y los del sector a los que pertenece la empresa.

Procede señalar que si la designación se ha hecho por los sindicatos, el empresario podrá solicitar ser representado por las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado.

El precepto amplió los supuestos en lo que se podía solicitar la adopción de alguna de las medidas aludidas, sin esperar al informe del artículo 74 y siguientes de la LC, a través del Real Decreto-Ley 3/2009. Con anterioridad a la promulgación de dicho real decreto-ley, solo se contenía como supuesto el de comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa. En consecuencia, se puede solicitar en cualquier momento del concurso la medida colectiva pretendida si se acredita que la demora en la aplicación de las medidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores.

Deben exponerse y argumentar las causas que justifican la medida, esto es: económicas o técnicas (organizativas o de producción) y los objetivos que se pretende alcanzar (viabilidad futura –viabilidad que evidentemente no podrá pretenderse para el supuesto de liquidación–, o evitar perjuicio a los trabajadores, por ejemplo) debiendo acompañarse los documentos acreditativos.

Citar aquí la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, de fecha 20 de octubre de 2009, que consideró que el proceso liquidatorio, por sí, no justificaba la causa de extinción.

En el caso de extinción colectiva, el solicitante debe justificar la necesidad de la extinción de contratos que podrá ser, esencialmente, o bien que la empresa no necesita determinado número de trabajadores (como en caso de sobredimensionamiento) o bien que no puede hacer frente a los costes laborales que ellos acarrear (el coste social eleva el precio del producto haciéndolo poco competitivo, por ejemplo).

Cuestión importante es la de los documentos a adjuntar: debe tenerse presente que el proceso abre pieza separada e independiente y en consecuencia no procede la mera remisión a la documentación que obra en autos, entre otras porque en el caso de formularse recurso de suplicación, la Sala de lo Social no conocerá más documentación que la que obre en la pieza separada. La falta total de documentación impedirá el dictado de una resolución extintiva (en tal sentido se pronunció la SJM de Bilbao de 6 de noviembre de 2009).

Si el expediente se inicia a petición de los representantes de los trabajadores, se deberá ser más flexible en relación con esta cuestión y, por otro lado, y aun cuando no se prevé en la LC, cabría la posibilidad de conceder plazo de subsanación, en aplicación de la legislación laboral que concede cuatro días para subsanar, entendiéndose que la falta de la misma podrá acarrear el archivo (art. 81 Ley Jurisdicción Social).

Si en aplicación de la excepción contenida en el apartado 3 del artículo comentado, se presentara la solicitud antes de la emisión del informe a que alude el mismo apartado, se deberá

justificar, además, la urgencia en la adopción de las medidas colectivas y que la demora en la aplicación de las mismas podrá comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores.

3. ARTÍCULO 64, APARTADO 5

«5. Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el periodo de consultas.

Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el periodo de consultas de 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.

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.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del periodo de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo».

El periodo de consultas se inicia cuando el juez lo autoriza con el auto de admisión de la solicitud.

Si se encuentran intervenidas las facultades de administración y disposición del deudor, el juez puede acordar la participación *del concursado en el periodo de consultas*. (Recordar que fue por Ley 38/2011 por la que se introdujo la referencia a la convocatoria a consultas de la concursada, previo a ella la norma no contemplaba tal posibilidad).

Llegado este punto y en relación con los convocados a consultas, cabe efectuar dos reflexiones:

- a) El primer párrafo del precepto ordena convocar («convocará» dice el precepto) a la concursada, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal; no obstante tal dicción, el segundo párrafo añade que «en caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez **podrá** autorizar la participación del concursado en el periodo de consultas», se transforma lo que en principio podría suponer un mandato (*convocará*) en una potestad (*podrá*), pero es más: el precepto admite tal potestad para el supuesto de intervención de facultades de administrar y disponer, lo que nos podría conducir al absurdo de entender que fuera de los casos de intervención (esto es, en caso de suspensión) el juez debe convocar necesariamente en tanto que en los supuestos de intervención se le faculta para que acuerde o no tal convocatoria.
- b) En segundo lugar se convoca al periodo de consultas no de negociaciones ya que el concursado, como luego se verá, carece de legitimación para negociar, lo que supone otro contrasentido ya que el referido concursado se transforma en un «convidado de piedra», sin más derecho que el de opinar, consultar o ser consultado, nada más.

Resulta interesante cuestionarse si al periodo de consultas debe ser citado el FOGASA ya que la norma le faculta para recurrir (art. 64.8 LC), toda vez que debe ser citado cuando puedan derivarse responsabilidades para abono de cuantías (art. 184.1 LC). Pese a lo lógico de su participación, la norma lo obvia y la práctica no se decanta a favor de tal convocatoria del referido Fondo.

Cabe señalar que una vez declarado el concurso es la administración concursal la que tiene la obligación de negociar, no la concursada; como se ha visto esta última «solo» es llamada al periodo de consultas, parece ser que para que opine o ser oída pero sin que posea capacidad para negociar. Recordar al respecto que lo pactado o el acuerdo alcanzado entre representantes de los trabajadores y la concursada no tiene valor de acuerdo a los efectos de este ERE.

La administración concursal o los representantes de los trabajadores pueden solicitar la intervención en las consultas de 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.

Cabe solicitar o reclamar (no dice por parte de quién, si de los trabajadores o de la administración) documentación económica para valorar la realidad económica.

En cualquier momento del periodo de consultas, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, el juez podrá acordar la sustitución del periodo por el procedimiento de mediación o arbitraje, que deberá desarrollarse en el plazo máximo señalado para dicho periodo.

De existir varios centros de trabajo nada impide que pueda hacerse la negociación a nivel global o por centros de trabajo, si bien en tal caso deberán respetarse las mayorías a las que alude el precepto en su apartado siguiente.

4. ARTÍCULO 64, APARTADO 6

«6. Durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El acuerdo 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.

El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del periodo de consultas.

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.

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 periodo de consultas.

Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo esta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

Recibido el informe por el juez o transcurrido el plazo, seguirá el curso de las actuaciones. Si es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución».

Como se ha dicho, si existen varios centros de trabajo puede hacerse la negociación a nivel global o por centros de trabajo.

Solamente ostentan la capacidad para negociar la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Reiterar en tal sentido que los pactos alcanzados entre los representantes de los trabajadores y la concursada no son eficaces, pues no tiene la condición de sujeto legitimado para la negociación (JM de Alicante 27 de mayo de 2010). En consecuencia cabe afirmar que no es preceptiva la intervención de la concursada en las consultas y negociaciones y cabe en consecuencia aprobar un acuerdo pese a su oposición.

El acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores y la administración concursal.

Es requisito que el acuerdo contemple la identidad de los afectados y las indemnizaciones pactadas que *pueden ser superiores a las contempladas en la legislación laboral, pero no pue-*

den ser inferiores. Es precepto es claro en tal sentido al disponer que tales indemnizaciones 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.* Si no ha existido acuerdo y por el juez se opta por aprobar la medida propuesta, la indemnización deberá ajustarse a la contemplada en la legislación laboral; no parece factible que tal referida ponderación quede en manos del juez del concurso, menos cuando no ha existido acuerdo entre las partes.

Finalizado el plazo de consultas o alcanzado un acuerdo se comunica al juez el resultado, y por el secretario se recaba informe de la autoridad laboral que lo debe emitir en un plazo de 15 días. Tal informe debe solicitarse tanto si existió acuerdo como si no lo hubo, ya que es precisamente después de la emisión de dicho informe o transcurrido el plazo concedido cuando el juez deberá adoptar la resolución que entiende procedente y tal es así que cabe indicar que la resolución del expediente antes de concluido el plazo de 15 días o de emitirse el informe por la autoridad laboral va a resultar nula (en tal sentido TSJ de Valencia 20 de enero de 2011).

También va a resultar nula la resolución del expediente que se dicte sin haber dado trámite al recurso de reposición interpuesto frente al auto que acuerda la apertura del periodo de consultas.

5. ARTÍCULO 64, APARTADO 7

«7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a *quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas*, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha *posterior*, y 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».

Cumplidos los trámites, el juez resuelve aprobando el acuerdo salvo que aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no exis-

tir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral. Se aprecia que el juez «debe» aprobar el acuerdo en los términos pactados con la sola salvedad del supuesto de apreciar fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, lo que de apreciarse y denegarse la mediada, deberá motivarse suficientemente e indicar cuál de las circunstancias se ha apreciado y por qué.

Por otro lado, entiendo que si hubo acuerdo entre representantes de los trabajadores y administración concursal, el juez debe aprobarlo en sus propios términos económicos, no pudiendo modular las indemnizaciones pactadas (en esta cuestión aparecen sentencias contradictorias de los TSJ de Cataluña y de Valencia). A la vez y como ya se ha indicado, si no hubo acuerdo, y no obstante ello se aprueba el expediente, el juez debería acordar la indemnización legal de 20 días, no pudiendo establecer otra superior (el juez no negocia, resuelve y en consecuencia debe ajustarse a la norma laboral).

Una vez recibido el informe de la autoridad laboral o transcurrido el plazo concedido, si no se hubiera alcanzado acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a *quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas*, que podrán en la comparecencia formular alegaciones y aportar pruebas *documentales*. Se aprecia cómo la norma se refiere no a quienes negociaron sino a quienes «hubieran intervenido en el periodo de consultas», lo que supone que a dicha comparecencia deberá ser citado el concursado —en igualdad de condiciones— que podrá exponer lo que considere y a la vez aportar cuanta prueba «documental» entienda válida a sus intereses.

La norma permite que se pueda sustituir la comparecencia por un trámite escrito de alegaciones de tres días, plazo ridículo que establece la norma en su afán de minimizar los plazos (que luego son incumplidos por el juez a la vista del volumen de resoluciones que penden en los juzgados de lo mercantil). Es de suponer que en dicho plazo o trámite las partes podrán aportar cuantos documentos entiendan necesarios. Debe destacarse que tanto en la comparecencia como en el trámite de alegaciones la prueba documental se refiere «a la que cada parte pueda aportar», no siendo en consecuencia una práctica de prueba documental al sentido de la norma procesal civil, lo que por otro lado tampoco resulta muy acertado, pues podría darse el supuesto que la documental que confirme la posición de una parte sea precisamente la que obre en poder de cualquiera de las otras.

Evidentemente, si no hubo acuerdo, cabe denegar la medida.

Inicialmente existieron discusiones sobre la fecha de efectos de la extinción [TSJ del País Vasco, 6 de febrero de 2007 (NSJ024336), TSJ de Cataluña 21 de julio de 2010 efectos retroactivos; y por su parte TSJ de Castilla-La Mancha, 18 de marzo de 1997, y JM de Cádiz 26 de julio de 2011 no efectos retroactivos], entiendo que tras la reforma del precepto efectuada por Ley 38/2011 —vigente desde el 1 de enero 2012— no cabe discusión alguna pues la actual redacción es clara y no admite interpretaciones al afirmar que «el auto... surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior», en consecuencia solo cabe acordar como fecha de efectos la del auto o una posterior pero en ningún caso anterior.

Por otro lado cabe señalar que el auto a dictar, cuando se trate de suspensión o extinción colectivas, no se limita a *autorizar* la extinción o suspensión, debe:

- a) Acordar la suspensión o extinción (TSJ de Asturias).
- b) Incluir una relación de los trabajadores afectados que debió establecerse en la solicitud inicial.
- c) Fijar las indemnizaciones o establecer las bases de cálculo (mínimas de 20 días/año trabajado y máximo 12 meses).

El auto tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo (aunque se establezca los efectos de la medida para fecha posterior).

Por último y de interés, recordar que el auto debe contener una relación de hechos probados semejante a las sentencias del orden social y no solo dado que son recurribles en suplicación (y uno de los motivos puede ser, precisamente, la revisión de los hechos probados; en tal sentido TSJ de Asturias y en sentido contrario TSJ de Andalucía), sino porque en la actualidad expresamente lo dispone el artículo 191.4 b) de la Ley de la Jurisdicción Social para las resoluciones dictadas en el proceso concursal.

6. ARTÍCULO 64, APARTADO 8

«8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación».

Aquí aparece el concursado con derecho a recurrir aunque no haya participado en el pacto ya que su actuación se limitó a las conversaciones del periodo de consultas.

De la lectura del precepto se aprecia la existencia de *dos medios de impugnación distintos, con objetivos distintos y sujetos legitimados que varían, así tenemos que:*

- a) En primer lugar refiere la norma, como medio de impugnación, el **recurso de suplicación frente al auto**, indicando como sujetos activos a interponer el mismo a: la

administración concursal, el concursado o los trabajadores *a través de sus representantes* y se refiere, por ejemplo, a la concurrencia o no de la causa motivadora de la medida, lo proporcional de esta, o en general a aquello que afecte a la colectividad.

No puede presentarse por los trabajadores directa e individualmente (recuérdese que los trabajadores, directamente, no negocian nada a título individual).

Se anuncia ante el juzgado de lo mercantil en cinco días, tras ello el juzgado pone a disposición del recurrente los autos y se formaliza el recurso en 10 días. La tramitación, en suma, es la propia de estos recursos del orden social.

- b) Como segundo medio de impugnación refiere la norma el **incidente concursal** en materia laboral, que lo pueden interponer, a través de la correspondiente demanda, **el trabajador** (ahora sí tiene acción el trabajador porque tal incidente trae causa en relación con su situación preexistente) o el FOGASA y se dirige a *aspectos concretos individuales*, a la relación jurídico material, como pudieran ser: la cuantía del salario reconocida, la categoría profesional, la preferencia a permanecer en la empresa, etc.

No cabe, no obstante, para solicitar el reconocimiento de una relación laboral cuando la misma fue previamente extinguida o no existió derecho a ella (el claro ejemplo pudiera ser el de la excedencia voluntaria laboral sin derecho a reserva de su puesto concreto de trabajo).

Destacar que el trabajador puede actuar sin abogado ni procurador aun cuando lo exija para los acreedores el artículo 184.3 de la LC, pues el mismo precepto en su punto 6 dispone que «6. Lo dispuesto en este artículo se entiende **sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral**, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica». Refiere *Ley de Procedimiento Laboral* que actualmente será lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011) la cual indica: «Artículo 21: Intervención de abogado, graduado social colegiado o procurador. 1. La defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tendrá carácter facultativo en la instancia».

La sentencia que se dicte en el incidente concursal laboral será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (dice la norma «que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales»).

Se establece el plazo de **un mes** para interponer la demanda de incidente concursal, desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. Por un lado no se sabe muy bien cómo determinar el momento exacto en el que el trabajador «debió conocer» el auto y ello es importante por cuanto que se establece un plazo relativamente corto, en comparación al que contempla el ET que lo fija en **un año** (art. 59. *Prescripción y caducidad*. 1. Las acciones

derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación); con tal brevedad podría prescribir la acción por entender que el trabajador «conoció» del auto en un momento en el que ya la acción había decaído. No se entiende la desprotección y premura del precepto.

7. ARTÍCULO 64, APARTADO 9

«9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, *siempre que* el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de este, 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.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un periodo superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación».

El precepto se está refiriendo a jornada, horario o régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y funciones (únicas que apareja el ET al derecho rescisorio con indemnización). Para algunos laboristas, esta «espera obligada» supone «un despojo» de uno de los derechos básicos reconocidos a los trabajadores.

Puntualizar que para ser de aplicación a los traslados lo dispuesto para las modificaciones deben concurrir las circunstancias expuestas, no procediendo en caso contrario. En consecuencia para que proceda la suspensión del derecho de rescisión deberemos estar, ante todo, frente a un *traslado colectivo* que suponga movilidad geográfica y que a su vez:

- a) El nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen, y
- b) A menos de 60 kilómetros de este.
- c) Que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, no supere el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

El tercer párrafo al mencionar «en los demás supuestos de modificación sustancial» debe entenderse que se refiere a las modificaciones contempladas en el artículo 50.1 a) del ET (que redundan en menoscabo del trabajador o no respetan el 41.3 y se equiparan en indemnización al despido improcedente) o en todo caso a «otras modificaciones distintas» a las regladas por cuanto que las contempladas en el artículo 41 del ET no son *numerus clausus* (recuérdese que el propio precepto, artículo 41, señala expresamente que «tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:...»).

8. ARTÍCULO 64, APARTADOS 10 Y 11

«10. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma».

Esta vez se refiere el precepto a las acciones del art 50.1 b) (falta de pago o retraso) y suponen que las acciones individuales interpuestas tras la *solicitud* de concurso no solo se suspenden sino que tras el dictado del auto que acuerde la extinción, se archivarán por el efecto de cosa juzgada.

Por su interés debe hacerse referencia a dos sentencias, así la del Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona, de fecha 26 de enero de 2015, entendió que:

«Así las cosas, al ser la demanda anterior al inicio del expediente concursal no procedía su acumulación al mismo, como parece ordenar en tal caso el primer inciso del precepto. Pero al ser posterior a la solicitud del concurso, una vez iniciado el expediente concursal debería haberse acordado la suspensión de este proceso, que así se habría acordado en caso de que algún legitimado, las partes o la Administración Concursal, o el propio Juzgado de lo Mercantil, lo hubieran comunicado. Aunque la

debería haber acordado por el propio Juez del concurso (solo en tal caso puede entenderse la previsión de que la resolución acordando la suspensión deberá comunicarse a los tribunales ante los que se estuvieran tramitando los procedimientos individuales).

En cualquier caso, una vez acordada la extinción colectiva deben reconocerse efectos de cosa juzgada al auto que resolvió el incidente concursal (...).

(...) Sistematizando: la concurrencia paralela de un proceso concursal en cuyo seno se haya incoado un expediente concursal para la extinción colectiva de los contratos de trabajo y los procesos individuales en los que se pretenda la extinción indemnizada de las relaciones laborales por incumplimientos empresariales al amparo del artículo 50 del ET se deberían resolver, a criterio de este juzgador, como a continuación se expone, dependiendo de las fechas:

A. Si la demanda individual es anterior a la solicitud del concurso de acreedores el proceso individual debe seguir su tramitación ordinaria hasta resolución definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LC (RCL 2003, 1748). Y, en consecuencia, el trabajador afectado debería quedar excluido del expediente concursal.

B. Si la demanda individual es posterior a la solicitud del concurso, pero anterior a la iniciación del expediente concursal, la tramitación del proceso individual debe quedar suspendida, hasta la resolución del expediente concursal, generando el efecto positivo de la cosa juzgada material la resolución que ponga fin al expediente concursal, por lo que en el proceso individual, una vez alzada la suspensión, vincularán sus pronunciamientos sobre la concurrencia de causa para la extinción de los contratos de trabajo, la fecha de la extinción y, en su caso, las circunstancias profesionales del trabajador. Pero sin que se impida la resolución del proceso, analizando los incumplimientos empresariales, y acordando la indemnización pertinente en caso de constatarse su gravedad.

Este último sería nuestro caso.

C. Finalmente, si la demanda individual es posterior al inicio del expediente concursal debe recibir el tratamiento de la extinción colectiva, careciendo de acción el trabajador para sostener la acción extintiva ex artículo 50 del ET, debiendo incluso acordarse la acumulación de la demanda individual al proceso concursal, en aplicación del artículo 50.1 de la LC (RCL 2003, 1748).

Todo ello en el bien entendido de que la acción extintiva del artículo 50 del ET se base en incumplimientos derivados de la situación económica de la empresa que ha dado lugar a la declaración de concurso de acreedores; significativamente, el impago de salarios.

Con ello, además, se cumpliría la finalidad esencial del precepto, que es evitar la dispersión de reclamaciones individuales que pudieran perjudicar la masa activa del concurso, eludiendo las normas sobre prelación y concurrencia de créditos. Si la empresa procede a un adecuado tratamiento de su adversa situación económica todos los trabajadores quedarán sometidos a lo que se acuerde en el expediente concursal, pues el impago de salarios, que además debería ser la última de las obligaciones que

se debería dejar de atender, no se debería prolongar el tiempo suficiente (más de tres meses) como para permitir el ejercicio de acciones individuales antes de iniciarse el expediente concursal».

La segunda resolución se corresponde con la Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 de los de Málaga que indicaba que:

«Cuestión como la que aquí se plantea, no se ha resuelto aún, en su exacta identidad, por nuestro más alto tribunal, pero sí existe una resolución de fecha 6 de julio de 2011 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del siguiente tenor "27.

Aunque, dados los términos de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y de la LC, el Juez Mercantil carece de competencia para conocer las acciones individuales de extinción de contratos de trabajo, con independencia de que se interpongan antes o después de que el empleador sea declarado en concurso, el artículo 64.10 LC con referencia a las acciones individuales dispone que "Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: (...)". 28. *Del análisis de la norma y de la jurisprudencia de esta Sala de Conflictos deriva que, a tenor del artículo 64.10 de la LC, el Juez Mercantil excepcionalmente es competente para conocer las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo que, a los efectos de su tramitación, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo siempre que reúnan los siguientes requisitos acumulativos:*

1) Haberse interpuesto con posterioridad a la declaración de concurso, siendo irrelevante la fecha de admisión a trámite del mismo (en este sentido, auto 12/2010, de 24 de junio, dictado en el conflicto de competencia 29/2009).

2) Dirigirse contra el concursado, ya que de dirigirse contra un "grupo empresarial" generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda "sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el (objeto) contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal".

3) Estar sustentadas en lo dispuesto en el artículo 50.1 b) ET—"1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: (...) b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado—.

4) Concurrir con otras demandas de extinción de contrato de trabajo que, siendo posteriores a la declaración de concurso, alcancen el número o proporción fijado por la norma (en este sentido, auto 12/2010, de 24 de junio, dictado en el conflicto 29/2009)."

Como vemos, de lo expuesto se colige que uno de los requisitos esenciales para que exista competencia por parte del juzgado de lo mercantil es que la demanda que se interpone ante el juzgado de lo social se base en el contenido del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (hoy art. 50 de la LECO). Pues bien, en este caso, la acción que interpuso la actora y no suspendió el Juzgado de lo Social, era una acción por despido improcedente, que no es ninguna del artículo 50 del ET, y por tanto, no siéndole aplicable la excepción del artículo 64.10 en su actual redacción que "convierte" en colectiva las acciones individuales al amparo del referido precepto, la norma a aplicar es el artículo 50.4 y 51.1 de la LECO, de donde se deduce que el Juez Social es competente para una serie de acciones, básicamente todas, por ser la jurisdicción natural, que la LECO no atribuya en exclusiva al Juez Mercantil, y en este caso, como se ha visto, la concreta acción por despido improcedente no es competencia del Juez Mercantil.

Junto a ello, podríamos hacer referencia a la STS Sala Cuarta de lo Social de 11 de julio de 2011 (NSJ041892), donde básicamente se asienta la tesis de no poder extinguir dos veces el mismo contrato laboral, y que si ya se extinguió por vía del ERE mercantil, el juez de lo social no puede volver a extinguir el contrato si se lo solicita un trabajador vía artículo 50 del ET. Así, en este caso concreto sucede lo mismo pero en sentido inverso, se extingue el contrato de trabajo con fecha 30 de noviembre de 2013 mediante carta de despido, y por ende, no se puede volver a extinguir el 3 de junio de 2014 en el auto de ERE

Lo que debió hacer la AC, es allanarse a la demanda, reincorporar a la trabajadora, e incluirla en el ERE concursal (si ello no se entendiese un fraude de ley), incluso, dejar sin efecto el despido por carta que se hizo sin su autorización expresa si es que el concursado se extralimitó en sus facultades, todo ello por la vía del artículo 40.7 de la LECO, e incluir a la actora en el ERE».

V. EL ARTÍCULO 44.4 DE LA LC Y SUS DIFERENCIAS CON EL ARTÍCULO 64

«44.4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta.

Cuando las medidas supongan la *extinción, suspensión o modificación colectivas* de los contratos de trabajo, *incluidos los traslados colectivos*, el juez 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 en el artículo 64.4. de la LC».

Diferencias:

El artículo 44.4 de la LC, esencialmente, se diferencia del 64, al que no obstante se remite en su segundo párrafo, en cuanto a que:

- a) Solo procede acordar el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, o cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta *a petición de la administración concursal y previa* audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.
- b) No se establece un momento concreto para la solicitud, la misma puede solicitarse en cualquier momento, no requiere, tampoco, que se hubiera emitido el informe –al que alude el art. 64 LC– por parte de la administración.
- c) No se refiere a medidas colectivas.
- d) El segundo párrafo se refiere a medidas colectivas, lo que no hace el primero de ellos, como se ha dicho, e indica que «cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos». El juez actuará conforme establece el artículo 8.2.º de la LC y ordena (iniciará dice el precepto) iniciar el expediente del artículo 64 de la LC.

Inciendo en el primer párrafo del precepto tenemos:

«44.4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, *a solicitud de la administración concursal* y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta».

La *única legitimada* es, como se constata, la administración concursal, dado que la concursada (deudor) y los representantes de los trabajadores tan solo deben ser escuchados (previa audiencia, dice el precepto). No obstante tal legitimación, cabe preguntarse si podrá adoptar las medidas individuales el concursado antes de la aceptación del nombramiento de la administración concursal. El propio precepto en su apartado 2.2.º indica que «no obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado»; tal enunciado parece que limita las actuaciones del deudor a «los actos propios de giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado», en consecuencia no parece aceptable que en el ínterin entre solicitud y declaración sea acto propio para la continuidad ajustada a condiciones normales de mercado, precisamente

la del cierre de la empresa o cese de actividad ni tampoco resultará aceptable la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos.

A modo de ejemplo de motivos para solicitar la medida tendremos como más frecuentes:

- a) Actividad sin cumplimiento de los requisitos que legalmente son exigibles a la misma (falta de autorizaciones administrativas, por ejemplo).
- b) Actividad *de facto* cesada, irreversible.
- c) Actividad deficitaria que ocasiona nuevos créditos.

Por otro lado no puede olvidarse que el cese de la actividad resulta ser a su vez un requisito para solicitar la liquidación por parte de la administración concursal (así lo dispone el art. 142 LC, «Apertura de la liquidación a solicitud del deudor, del acreedor o de la administración concursal», en su apartado 3: «En caso de cese de la actividad profesional o empresarial, la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación. De la solicitud se dará traslado al deudor por plazo de tres días. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes»).

Si la modificación de las condiciones no se entiende como colectiva (no rebasan los umbrales del art. 41.2 ET), podrá aplicarse el primer párrafo del 44.4 sin el trámite del 64. Igualmente si se refiere a medidas laborales individuales y no colectivas (no rebasa los límites del artículo 51 ET –cinco o menos– y se aplica el 52 ET), extinción individual por causas objetivas, se aplica a su vez el mismo primer párrafo del 44.4.

Por su parte el **segundo párrafo** del precepto dispone que: «Cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez 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 en el artículo 64.4.

Es de suponer que el precepto se refiere al caso de acordarse la medida aunque no se indica nada al respecto. El punto 2.º del artículo 44.4 se limita a referir «cuando la medidas supongan...» y ordena que el juez actúe conforme dispone el artículo 8.2.º, lo que tampoco resulta acertado por cuanto que dicho precepto se refiere a las competencias del juez del concurso y no establece más actuación del juez que la de *tener en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral* (recuérdese que el precepto en su 2.º apartado dispone que «2.º 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. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, *deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*»).

En consecuencia, se refiere el precepto al caso de que las medidas (aquí debió decir *a acordar*), supongan extinción, suspensión, modificación o traslados, y tras ello ordena que se actúe conforme dispone el artículo 8.2 (que no contempla actuación alguna más que la de *tenerse en cuenta*) y que *simultáneamente* (no se dice a qué, si a la solicitud o a lo acordado) se inicie el expediente del artículo 64 de la LC.

Qué duda cabe que todas las actuaciones que se ejerciten en aplicación del artículo ahora comentado deberán respetar, en todo momento, las disposiciones contenidas en la legislación laboral, tales como: notificación al trabajador y sus representantes (caso de traslado), posibilidad de optar por la rescisión por parte del trabajador y ello por cuanto que no juzgará el artículo 64.9, comunicación (caso de suspensión), poner a disposición del trabajador la indemnización (despido objetivo) y salvo lo excepcionado en el artículo 53.1 c) del ET; preaviso, etc.

Por su parte y en lo referente a los posibles *recursos* frente a las resoluciones debe indicarse que:

- a) El auto que *deniega la medida* será recurrible en reposición (solamente) conforme dispone el artículo 188.3 de la LC (autorizaciones judiciales), confirmado por el artículo 192.3 de la LC que dispone que: «3. No se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad».
- b) En relación con el auto que *acuerda la medida* y afecta a trabajadores (no colectivos) no existe previsión en la LC y cabría entender que es competencia del orden jurisdiccional social por aplicación del artículo 52.4 que ordena que: «4. *Los jueces o tribunales de los órdenes* contencioso-administrativo, *social* o penal *ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones* que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase». Por tanto sí caben acciones posteriores a la declaración del concurso que deban ser conocidas por los juzgados y tribunales del orden social y resulta coherente que si la decisión de extinción se acuerda en el procedimiento concursal y no es de carácter colectivo parece lógico afirmar que deberán ser los juzgados y tribunales sociales los que conozcan de la causa.

VI. EL ARTÍCULO 65 DE LA LC. CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN

Artículo 65. *Contratos del personal de alta dirección.*

«1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de este 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. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

2. En caso de suspensión del contrato, este podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.

3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación».

Por todo debe afirmarse que el precepto deberá encuadrarse en el artículo 44 de la LC, esto es, en relación con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, sin perjuicio a su vez de que pueda incluirse en un ERE del artículo 64 de la LC.

Destacar que será la administración concursal **la que adopte la decisión** extintiva o suspensiva por propia iniciativa o a instancia del deudor, en tanto que el juez se limitará a la moderación de la indemnización, en su caso, pero en ningún momento el precepto exige autorización del juez; es como se ha dicho el propio administrador concursal el que adopta o no la decisión de extinción o suspensión del contrato.

Al parecer y visto que la norma concursal no se remite a la legislación laboral en este precepto, no se requerirá preaviso (exigido en el RD 1383/1985) y ello por cuanto que existe urgencia en el concurso y necesidad de extinguir la relación. (No obstante, algunas resoluciones hablan de la indemnización por no haber efectuado el preaviso, en tal sentido la AP de Barcelona, 1 de febrero de 2007).

La decisión extintiva o suspensiva no está ligada a un cese o suspensión total o parcial de la actividad, cabe por decisión de la administración concursal, por ejemplo, ante la cuantía de los salarios que genera el alto directivo, inasumibles por la concursada, o por cualquier otro motivo que estime procedente la administración concursal, que deberá ser motivado pues el alto directivo podrá impugnar la decisión ante el juez del concurso. Llegado este punto decir que es a partir de diciembre de 2010 cuando se introduce el segundo inciso del apartado 1.º («La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral...»), anteriormente se tramitaba como demanda la petición, no se extinguía directamente.

Durante todo el periodo de suspensión el alto directivo, con preaviso de un mes, puede extinguir la relación con derecho a la indemnización como si lo hubiera extinguido la administración concursal.

Recordar que el Real Decreto 1383/1985 establece como indemnización en primer lugar la indemnización pactada y en segundo lugar, y ante la inexistencia de pacto, siete días por año de servicio con el tope de seis mensualidades.

En la LC el juez puede moderar la *indemnización pactada*, no obstante y sin pacto no se remite al citado real decreto –lo que supondría una indemnización de 7 días por año de trabajo con

tope de 6 mensualidades–, el precepto establece, inequívocamente, como indemnización la correspondiente al despido colectivo con el límite del mismo, esto es: de 20 días por año con tope de 12 mensualidades (se entiende que la capacidad de moderación que se concede al juez es una forma de neutralizar el blindaje de los contratos de alta dirección).

Destacar que el artículo 65.1 de la LC remite al incidente concursal laboral pero el 195 de la LC, que lo regula, solo se refiere al supuesto del 64.8 y no a este (dispone el artículo 195.1 que: «1. Si se plantea el incidente concursal *a que se refiere el artículo 64.8 de esta Ley*, la demanda se formulará de acuerdo a lo establecido en el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el secretario judicial advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. En este incidente no será de aplicación el apartado 2 del artículo anterior»).

En cualquier caso la administración concursal puede solicitar del juez que se aplaze el pago hasta que sea firme la sentencia de calificación y ello en previsión de que si el concurso se declara culpable puede haber responsabilidades del alto directivo (cómplice, por ejemplo).

VII. EL INCIDENTE CONCURSAL DEL ARTÍCULO 64.8.2.º PÁRRAFO Y EL ARTÍCULO 195 DE LA LC

Artículo 64.8.2.º párrafo

«Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación».

Artículo 195. *Incidente concursal en materia laboral.*

«1. Si se plantea el incidente concursal a que se refiere el artículo 64.8 de esta Ley, la demanda se formulará de acuerdo a lo establecido en el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el secretario judicial advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. En este incidente no será de aplicación el apartado 2 del artículo anterior.

2. Si la demanda fuera admitida por el juez, el secretario judicial señalará dentro de los 10 días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el acto del juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el intento de conciliación o avenencia

sobre el objeto del incidente. De no lograrse esta se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones, contestando oralmente el demandado, y proponiendo las partes a continuación las pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones».

Se aprecia cómo el referido segundo párrafo del artículo 64.8 señala que «las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran *estrictamente a la relación jurídica individual*, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal».

Como se ha dicho, permite el citado precepto que, frente al auto que resuelva sobre la suspensión, modificación o extinción de las relaciones laborales colectivas, se instrumente un doble cauce, a saber, por un lado, el recurso de suplicación y resto de recursos previstos en la legislación laboral y que cubrirán los aspectos generales referidos precisa y necesariamente a dicha modificación, extinción o suspensión de carácter todas ellas colectivas. Por otro, se permite recurrir frente a situaciones particulares a los trabajadores y que se refieran a su estricta relación jurídica individual cuales pueden ser el salario reconocido, la antigüedad, categoría, cuantía indemnizatoria, etc. Y que será tramitada vía incidente concursal en materia laboral y cuya sentencia a su vez podrá ser recurrida ante el orden social a través del recurso de suplicación. Como se aprecia en ambos supuestos el «final del camino» será el orden social. Ambos recursos serán conocidos, finalmente, por el correspondiente tribunal del orden social.

En consecuencia no se establece una doble vía que permite solicitar o recurrir lo mismo o impugnar el mismo objeto del proceso, el objeto en sí es realmente diferente pues en la primera citada se recurre la decisión que afecta a la colectividad en tanto que en la segunda vía se recurren situaciones particulares, aspectos jurídico-individuales.

Pero resulta evidente que para poder entrar a conocer o impugnar la relación jurídico-individual, la misma debe existir previamente, lo que supone que tal relación –su existencia o no– no podrá ser recurrida a través de dicho incidente. En este sentido se expresa SEMPERE NAVARRO, señalando que:

«Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación». Son cuestiones, en suma, de carácter individual ajenas a la modificación, suspensión, o extinción colectiva de los contratos de trabajo.

MARTÍNEZ GARRIGO se refiere a esta cuestión indicando que: «Con nulo rigor técnico, el párrafo 2.º del artículo 64.8 dispone que las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación. Contra las resoluciones judiciales *caben recursos, no acciones*, y el mandato judicial no parece hacer referencia a la interposición de recursos...».

Se aprecia cómo el incidente concursal ordena que la demanda se presente en la forma establecida en el artículo 399 de la LEC que se refiere al juicio ordinario. Junto a ello, el incidente concursal ordena que la demanda se presente en la forma del artículo 437, esto es, la correspondiente al juicio verbal. Es de suponer que tal referencia se refiere a la posibilidad de la denominada «demanda sucinta» en la que no se actúa con abogado y/o procurador (para el supuesto de ser presentada por el propio trabajador). Tal diferencia es absurda ya que la remisión al 437 no concreta lo suficiente, pues en dicho precepto se refieren situaciones inaplicables al caso del incidente en materia laboral (desahucio, por ejemplo) y a su vez en los juzgados de lo mercantil no existen los impresos normalizados a que alude el precepto.

Si se está ante una demanda propia del orden social habría resultado más lógico remitirse a la norma que regula el proceso laboral y su demanda.

Añade el precepto que a este supuesto no le será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 194 de la LC, esto es, la posibilidad de inadmisión de la demanda incidental por entender que la cuestión resulta impertinente o carece de entidad suficiente.

Se establece a su vez en relación con el acto de la vista que la misma comenzará «con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente» y en caso de no lograrse, el actor se deberá ratificar en su demanda o la ampliará sin alteraciones sustanciales y a ella contestará el demandado de forma oral, proponiéndose las pruebas sobre hechos en los que no exista conformidad y continuando el procedimiento conforme los trámites del juicio verbal de la LEC, añadiendo el precepto que tras la práctica de la prueba *se otorgará a las partes un trámite de conclusiones*.

Cabe destacar que tras la reciente reforma de la LEC, el juicio verbal tiene trámite de contestación escrita de la demanda (art. 438) y, en consecuencia, tal hecho resultaría de mayor beneficio para el recurrente laboral. Téngase en cuenta la posibilidad de acudir al incidente sin la asistencia de abogado supone que en el acto de la vista será el momento en el que el trabajador conocerá los motivos de oposición, en tanto que el trámite escrito le da el beneficio de conocimiento previo y con ello la posibilidad de o bien preparar su estrategia (valiéndose de prueba apta al efecto) o bien acudir asistido de letrado si la contestación le resulta demasiado compleja.

Por su parte y **en relación con las costas** resulta interesante reproducir lo expuesto por la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia 190/2010, la cual indicaba:

«El recurso de apelación no acierta a citar la norma jurídica aplicable a la controversia sobre la procedencia de la imposición de costas a un trabajador que ve desestimada la demanda de rescisión de convenio. A pesar de ello, y dentro del principio *iura novit curia*, podríamos advertir que la normativa sobre imposición de costas en la resolución de incidentes concursales viene prevista en los arts. 196.2 y 3 LC. En el apartado 2, se contiene la regla general, que se remite al artículo 394 LEC y por tanto al principio de vencimiento objetivo. Es el apartado 3 el que prevé que la sentencia que resuelva un incidente laboral del artículo 195 LC, se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral. En esta, no se prevé la condena en costas al trabajador a quien se han

desestimado todas sus pretensiones en primera instancia (art. 97 LPL), sin perjuicio de que se permita al Juez, que aprecie temeridad o mala fe, imponer una sanción económica que no podrá superar 601 euros. Pero esta previsión legal se aplica solo a los procedimientos tramitados conforme al artículo 195 LC, que tal y como dispone su apartado 1, se refieren únicamente a los incidentes del artículo 64.8.II LC, esto es, a la impugnación individual de las medidas colectivas. En cualquier caso y sin lugar a dudas, el incidente de rescisión de un convenio no se tramita por el artículo 195 LC sino por el 194 LC y concordantes, y consiguientemente la regla sobre imposición de costas es la general prevista en el artículo 196.2 LC, que se remite al artículo 394 LEC. Este último precepto establece la imposición de costas a quien se le hubieran desestimado íntegramente sus pretensiones, salvo que el tribunal tuviera serias dudas de hecho o de derecho. Este es el único motivo que puede evitar la imposición de costas, y es el que se hubiera podido invocar en la apelación. Como no se ha hecho y su aplicación de oficio excede del *iura novit curia*, procede desestimar la apelación. SAP Barcelona (Sección15) 29.06.2010 (Sentencia 190/2010; Rollo 132/2010)».

En sentido similar se expresaba la Sentencia 170/2010 dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, la cual exponía:

«En este caso, la demanda que dio lugar a la incoación del incidente concursal resuelto por la sentencia apelada no versaba sobre ninguna de las materias previstas en el tan citado artículo 8.2 de la Ley Concursal; ni siquiera sobre ninguna de sus "derivaciones" contenidas en el artículo 64 de la misma Ley (extinciones por impago de salario y traslados colectivos); sino que se ejercitó una acción de oposición a la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal, al amparo del artículo 181.2 de la Ley Concursal. Acción que no tiene carácter social o laboral, en los términos indicados, y que, por el contrario, es netamente concursal, por lo que no resulta de aplicación la normativa laboral a la que se remite el artículo 8.2 de la misma Ley, por no tratarse del ámbito al que este se refiere. Rigiendo el principio objetivo o del vencimiento consagrado en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por remisión del artículo 196.2 de la Ley Concursal. SAP Córdoba (Sección 3) 29 de septiembre de 2010 (JUR 2011/172842; Sentencia 170/2010; Rollo 252/2010)».

VIII. APUNTE FINAL

Decir que, efectivamente, existen otras muchas cuestiones de orden social dentro de la normativa concursal que podrían ser comentadas, no obstante, el presente artículo fruto de las consideraciones propuestas para, como se dijo, la intervención en un congreso al que no pude acudir, deben concluir en la forma prevista y ello sin perjuicio de una posterior ampliación y estudio más pormenorizado. Antes de concluir el presente artículo, considero importante reproducir por su interés algunos aspectos contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de los de Barcelona, de fecha 24 de julio de 2015, que entiendo debo reproducir por su interés.

Se trata de la interpretación a dar al artículo 146 bis así como al 149.2, en suma la competencia de los juzgados de lo mercantil ante la subrogación de contratos y licencias y la sucesión de empresas. Destaco de la referida sentencia los siguientes argumentos que dejo a consideración del lector:

«SEGUNDO. Subrogación de los contratos y licencias.

El RDL 117/2014 ha introducido un nuevo artículo 146 bis según el cual:

"1. 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. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluida como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

3. 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.

4. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, 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 149.2.

La exclusión descrita en el párrafo anterior no se aplicará cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado".

En el presente caso, acuerdo la subrogación del adquirente de la unidad productiva en los contratos y licencias que forman parte del perímetro, salvo aquellos que expresamente hayan sido excluidos por el ofertante.

TERCERO. Sucesión de empresas.

A tenor del actual artículo 149.2 de la LC:

"2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla primera del apartado anterior, 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 tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge 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".

Durante mucho tiempo se discutió por parte de los juzgados mercantiles si el juez del concurso tenía competencia para pronunciarse respecto a la sucesión empresarial, produciendo efectos de cosa juzgada fuera del concurso o ese pronunciamiento era solo a efectos meramente prejudiciales.

Se trataba de una cuestión jurídica francamente discutible habiendo resoluciones judiciales en sentidos contrarios. Algunos juzgados y audiencias eran partidarias de que el pronunciamiento del juez del concurso sobre sucesión de empresas era solo a efectos meramente «prejudiciales», conforme al artículo 9 LC y otros, partidarios de que el juez del concurso era competente no solo para acordar la venta sino también para regular sus efectos, entre ellos, la sucesión de empresas conforme al artículo 149.2 y 3 LC y artículo 5 de la Directiva Comunitaria 2001/23/CE.

Los Jueces Mercantiles de Barcelona nos habíamos posicionado a favor de esta segunda tesis, la cual fue avalada por la sección 15.^a de la AP de Barcelona en sus autos de 29 de noviembre de 2007 y 16 de diciembre de 2009. A nuestro entender, el juez del concurso sí que era competente para realizar tal pronunciamiento pues su competencia no se agotaba solamente con aprobar la venta de la unidad productiva en los estrictos términos del artículo 149.2 LC, sino que su competencia objetiva iba más allá debiendo pronunciarse sobre los efectos que se derivan de esa venta pues el artículo 149.2 de la LC no lo limita. Por otra parte, el artículo 148 LC dice que los bienes deben venderse libres de toda carga y gravamen. Además, por el principio de seguridad jurídica que debe regir en las relaciones mercantiles pues el comprador debe conocer exactamente qué es lo que compra y cuáles son sus responsabilidades a fin de formar su convicción y emitir libre y conscientemente su consentimiento y proponer una oferta. Además, al estar ante una venta en sede concursal, la misma debe regirse por las normas de la ley concursal y no por las reglas de la normativa sectorial, la cual resulta aplicable solamente a las ventas no judiciales. Otro argumento adicional que hemos dado es que en la medida en que el actual artículo 149.2 LC, tras la reforma operada por el RDL 11/2014, dice que hay sucesión de empresas es a "los efectos laborales y de la seguridad social", vendría a reconocer la competencia objetiva del juez del concurso para

pronunciarse sobre tales extremos. Por tanto, *a sensu contrario*, no hay sucesión de empresas respecto de las deudas que la concursada pudiera tener frente a la AEAT o FOGASA, al no haber ningún precepto de la ley concursal que así lo disponga, interpretación que además es conforme con los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 2001/23/CE, según la reciente resolución del ATJUE de 28 de enero de 2015.

Sin embargo, no ha sido esta la tesis que ha triunfado en el TS, cuya sala 4.^a, en sentencia de 29 de octubre de 2014, [rec. 1573/2013 (NSJ050747)], siendo ponente el magistrado Don Manuel Ramón Alarcón Caracuel, dictamina que el estudio de si la sucesión empresarial al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la venta de unidad productiva en sede concursal, corresponde a la jurisdicción social.

En consecuencia, el TS se ha inclinado por la primera de la tesis favorable a considerar que cualquier pronunciamiento que podamos hacer los jueces mercantiles al respecto es meramente prejudicial y no vincula a nuestros compañeros de la jurisdicción social, salvo en lo relativo a la posibilidad de exonerar al adquirente de las deudas laborales y de la seguridad social que quedan cubiertas por el FOGASA conforme al artículo 33 ET.

La segunda cuestión jurídica que se plantea es qué debe entenderse, a los efectos del artículo 149.2 LC, por "sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad" si solo respecto de los trabajadores subrogados o de todos ellos. Pese a la trascendencia de la cuestión, el TS no abordó esta materia en su 29 de octubre de 2014.

Tres son las tesis que tenemos:

La primera, más amplia, según la cual el artículo 44 ET debe aplicarse en toda su extensión tanto en las ventas de unidad productiva efectuadas en sede concursal como fuera de ella. De tal manera que la única diferencia que hay entre vender una unidad productiva dentro o fuera de concurso es la facultad que el artículo 149.2 LC le otorga al juez de exonerar al adquirente de la deuda laboral en la parte que queda cubierta por el FOGASA con arreglo al artículo 33 ET nada más (por supuesto, también respecto de la AEAT o del propio FOGASA al no haber una norma expresa).

A sensu contrario, respecto de la deuda laboral y de la seguridad social que exceda de este límite, sí se aplica la sucesión de empresas del artículo 44 ET en toda su extensión siendo esta la tesis por la que se ha decantado de forma reiterada la sala de lo social del TSJC en sentencias de 3 de diciembre 2013 (Rec. 3581/2013), de 20 de abril de 2012 (recurso 4745/2011), 8 de febrero de 2012 o 16 de octubre de 2014 (caso "CUBIGEL"), entre otras.

La segunda, más restrictiva, que considera que solo hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social, respecto de los trabajadores subrogados. En este sentido, el congreso de la especialidad mercantil celebrado en Málaga los días 15 a 17 de octubre de 2014 y criterio mantenido por este juzgador en reiteradas ocasiones.

Y la tercera, que podíamos de calificar de "postura intermedia", que considera que la sucesión de empresas es predicable solo respecto de los contratos de trabajo que están en vigor al tiempo de realizarse la oferta, se subroga o no el adquirente en los mismos (SJM no 2 de Barcelona, de 7 de mayo de 2015).

Aun cuando este juzgador ha expuesto en numerosas resoluciones que el criterio debería ser aplicarlos solo a los trabajadores subrogados, lo cierto es que no es esta la tesis que ha triunfado en la jurisdicción laboral. En consecuencia, al quedar vinculado por la jurisprudencia de la sala de lo social al respecto, cabe declarar que a la sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social en sede concursal, le es de aplicación el artículo 44 ET en toda su extensión, con el límite de la parte cubierta por el FOGASA conforme al artículo 33 ET. Podemos escribir ríos de tinta sobre este particular para tratar de justificar una interpretación más estricta del precepto y potenciar la venta de las unidades productivas, ya de por sí maltrecha, pero al final, como decía al inicio de mi exposición, el adquirente tiene que saber qué compra y cuáles son los riesgos y es que la sucesión de empresas no solo debe predicarse respecto de los trabajadores subrogados. Decir otra cosa, al final, no favorece la seguridad jurídica pues esos trabajadores despedidos irán a la jurisdicción social para defender sus derechos, y obtendrán una sentencia favorable, con el consiguiente perjuicio para el adquirente.

Es indudable que ese nuevo artículo 149.2 LC limitará el número de ventas de unidades productivas en el concurso e inevitables pérdidas de puestos de trabajo, si bien, se trata de la opción por la que se ha decantado el legislador y que el TJUE, en su auto de 28 de enero de 2015, ha avalado al entenderlo conforme con el derecho comunitario.

Por todo ello, declaro que hay sucesión de empresas a efectos laborales y de la seguridad social en los términos del artículo 44 ET, quedando exonerado el adquirente de la deuda que queda cubierta por el FOGASA conforme al artículo 33 ET. Por el contrario, no ha sucesión de empresas a efectos de la AEAT ni del propio FOGASA al no haber previsión legal expresa.

CUARTO. Venta de bienes libres de cargas.

Los bienes incluidos en la oferta de compra serán adquiridos por el comprador libres de cargas y gravámenes (art. 149.3 LC) acordándose a tal efecto la cancelación de las mismas así como de la propia declaración de concurso si constare inscrita en los registros públicos, debiendo expedirse a tales efectos, los correspondientes mandamientos de cancelación una vez el comprador haya pagado el precio ofertado».

Nota: La referencia al artículo 149.2 de la LC debe entenderse al 149.4 de la LC actual.