

ALGUNOS ASPECTOS LABORALES EN EL CONCURSO: MODIFICACIONES SUSTANCIALES, SUSPENSIONES Y DESPIDOS COLECTIVOS TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO. EL ERE CONCURSAL Y PRECONCURSAL

Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa

*Magistrado especialista Social.
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Profesor asociado. UPV-EHU*

EXTRACTO

En esta crónica de actualidad se analiza el régimen jurídico-concursal de las principales medidas de carácter laboral que afectan a los trabajadores de empresas declaradas en concurso. El trabajo se centra en las cuestiones jurídicas más delicadas relativas tanto a los expedientes de carácter colectivo (de modificación sustancial, suspensión o extinción colectiva), como a los incidentes concursales individuales y a las extinciones objetivas por causas empresariales, tratando también del régimen de articulación de las extinciones colectivas con la dimisión provocada del trabajador derivada del impago de salarios. Se trata de un trabajo que ofrece un tratamiento plenamente actualizado de estos institutos a la luz de los cambios normativos más recientes y de la doctrina judicial y de la jurisprudencia que ha recaído en tales materias.

Palabras claves: Ley Concursal, medidas laborales, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión colectiva, despido individual y colectivo y régimen procesal.

Fecha de entrada: 12-05-2014 / Fecha de aceptación: 19-06-2014

LABOUR ASPECTS OF BANKRUPTCY: SUBSTANTIAL MODIFICATIONS, COLLECTIVE STOPPAGE AND DISMISSALS AFTER DECLARING BANKRUPTCY. COLLECTIVE DISMISSALS PROCEEDINGS FOR SITUATIONS OF BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa

ABSTRACT

Within this current events column we will analyze the judicial-bankruptcy regulations of the main labour measures that affect workers in businesses which have been declared bankrupt. The article focuses on the most delicate judicial topics related to collective inquiries (with considerable modifications, collective stoppage or dismissal), as well as those related to individual bankruptcy incidents and to the objective termination due to business motives. The coordination regulations of collective dismissals when workers are forced to quit as a result of a cease payment will also be explained. This article offers a completely updated view of these institutes in the light of the most recent regulatory changes, of the judicial doctrine and of the precedents that have affected such matters.

Keywords: bankruptcy legislation, labour measures, substantial modifications to labour conditions, collective stoppage, individual and collective dismissal and procedural regulations.

Sumario

- I. Introducción
- II. Expedientes colectivos, modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos
 - 1. Competencia. Carácter colectivo. Pre-concursal
 - 2. Solicitud
 - 3. Colaboraciones
 - 4. Periodo de negociación o consultas
 - 5. Acuerdos alcanzados en el seno del procedimiento concursal
 - 6. Auto de extinción y otros, de las relaciones laborales
 - 7. Recurso de suplicación
 - 8. Ejecución de sentencia de readmisión en despidos improcedentes
- III. El incidente concursal laboral (individual)
- IV. Otras extinciones objetivas [art. 52 c) ET] del contrato de trabajo a las que afecta la situación concursal
- V. Extinciones colectivas al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y acciones individuales
 - 1. Determinación de los umbrales
 - 2. Solicitud y competencia
 - 3. Falta de acción
 - 4. Valoración del incumplimiento en situación de concurso del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores
 - 5. Indemnización por extinción del contrato de 20 días

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito concursal (y comentaremos posteriormente también el pre-concursal), y tras la declaración del mismo, se integran las acciones sociales en la competencia del juez del concurso, cuyo objeto sea la modificación sustancial colectiva, incluidos los traslados colectivos, la suspensión y la extinción de la relación laboral en las condiciones que marca la [Ley Concursal](#) (art. 64 LC). Por un lado se encuentran las modificaciones sustanciales colectivas (arts. 41 ET), los traslados colectivos (art. 40 ET), y la suspensión (art. 47 ET), que viene a denominarse laboralmente como «flexibilidad interna», y por otro las extinciones (art. 51 ET) con los expedientes de extinción colectiva de los contratos de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y finalmente las extinciones colectivas que se derivan del artículo 50.1 b) del ET, junto a las que pueden afectar al personal de alta dirección, que se citan como «flexibilidad externa».

En las facultades otorgadas al juez del concurso se dice que este no viene a asumir las competencias laborales, del juez de lo social, sino que se le atribuyen facultades propias de la autoridad laboral, laboralizando su intervención por cuanto que su decisión será revisada en la jurisdicción social, sustituyendo a la contencioso-administrativa, propia de los expedientes de regulación de empleo vigentes con anterioridad a la Reforma de 2012 ([RDL 3/2012](#) y [Ley 3/2012](#)). No obstante, la doctrina judicial nos recuerda que entre una y otra intervención concurren particularidades que las diferencian¹.

Según la EM de la reforma concursal ([Ley 38/2011](#)), se pretende una mejora de la protección de los trabajadores teniendo en cuenta la anterior reforma y las prácticas judiciales. Pero habrá

¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil (AJM), núm. 1 de Cádiz, asunto 84/2007, en el que se afirma: «Por lo que respecta a la medida de extinción solicitada (y a las demás recogidas en el precepto), mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, es criterio de esta Juzgadora (en contra del mantenido en la solicitud), que el Juez del Concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, Desdentado Bonete, y STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005). Ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso-administrativa, vg. SSTS Sala 4.ª de 17 de marzo de 1999 y 28 de septiembre de 1999 y SSTS Sala 3.ª de 22 de mayo de 2002 y 12 de febrero de 2002), en el expediente del art. 64 LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (Ríos Salmerón, De la Puebla y Desdentado Bonete)».

otras modificaciones de interés en 2012, [RDL 3/2012](#) y [Ley 3/2012](#); y 2013, [RDL 11/2013](#), [Ley 14/2013](#); y ahora ya en 2014, [Ley 1/2014, de 28 de febrero](#), que convalida ese [RDL 11/2013](#), y finalmente el [RDL 4/2014, de 7 marzo](#). También hay que recordar la reforma laboral desde 2010-2011 ([Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#) y [RD 801/2011, de 10 de junio](#), Reglamento de procedimientos ERE y traslados colectivos, antes [RD 43/1996](#), con su polémica [Orden de 8 de marzo de 2012](#), hoy [RD 1483/2012](#), desarrollado por [Orden de 27 de noviembre de 2012](#)), fortaleciendo la posición del trabajador (también como acreedor), racionalizando los procedimientos, aún con limitadas posibilidades de alegación y prueba (criticable), pero con excepción a la postulación (no necesario procurador y abogado) aun existentes problemas de notificación y celeridad. Sin olvidar la importante reforma procesal laboral de la [Ley 36/2011](#) (LRJS).

De interés específico pueden catalogarse el [RD 908/2013, de 22 de noviembre](#), de normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, y el actual [RD 3/2014, de 10 de enero](#), de normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, que suponen una puesta en escena de ayudas para tales trabajadores que pueden también encontrarse en situación de empresas en concurso.

En esta línea se sitúan las modificaciones del artículo 64 de la [LC](#) con la finalidad de evitar conflictos con la jurisdicción social, y antes para la autoridad laboral, llenando lagunas de las que adolecía el anterior procedimiento, en especial en relación con los expedientes de suspensión y reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo (arts. 47 y 51 [ET](#)), también los cambios introducidos en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo con inclusión de los traslados colectivos (arts. 41 y 40 [ET](#)), todos ellos con las grandes reformas de 2012 y 2013, que se mantendrán en las habidas para el 2014.

Sustrae de la jurisdicción social, adjudicándola al juez del concurso, la competencia para resolver la impugnación a las decisiones de la administración concursal en materia de suspensión y extinción del contrato de **alta dirección** (art. 65 [LC](#)), pero con recurso de suplicación ante el TSJ, Sala Social, tornando también en colectivas las acciones resolutorias individuales del **artículo 50 del [ET](#)** (art. 64.10 [LC](#)) con la finalidad de dotar de un tratamiento unitario a todos los trabajadores de la concursada, y evitar que accionen de forma individual cuando la empresa ha sido declarada en concurso y se ha iniciado o se va a iniciar un expediente de extinción colectiva del artículo 64 de la [LC](#), extinciones individuales en el marco de la empresa declarada en concurso que han generado mayor problemática, propiciando numerosos litigios tanto en orden al cómputo de acciones hasta alcanzar el número de trabajadores que determinaba la competencia del juez del concurso para su conocimiento, como en relación con la indemnización procedente, concurrencia de acciones ejercidas por el mismo trabajador por despido tácito².

² Recordar SSTSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 2013, rec. núm. 1834/2013; 30 de abril de 2013, rec. núm. 563/2013; de 12 de febrero de 2013, rec. núm. 176/2013 que cita la de 20 de enero de 2012, rec. núm. 2268/2012 y 15

Refuerza finalmente la materia el régimen de los concursos conexos en relación sobre todo con los **grupos** de sociedades, introduciendo un capítulo III en el título I con esa denominación, y regulando la acumulación de concursos de varios deudores que puede producirse mediante solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados, temática que no abordaremos aquí.

II. EXPEDIENTES COLECTIVOS, MODIFICACIONES SUSTANCIALES, SUSPENSIONES Y DESPIDOS COLECTIVOS

1. COMPETENCIA. CARÁCTER COLECTIVO. PRE-CONCURSAL

El artículo 8.2 de la **LC** (y antes el art. 86 ter **LOPJ**), tras la reforma por la **Ley 38/2011**³, en relación con el artículo 64.1 de la ley, según lo previsto en el artículo 44.4, dispone que «Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, **una vez declarado el concurso**, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo». Será, por tanto, el carácter colectivo de la extinción lo que determine la competencia del juez del concurso. Quedan, en consecuencia, excluidos los despidos individuales producidos antes y al margen del concurso⁴, pero

de enero de 2013, rec. núm. 2921/2012 y 12 de marzo de 2013, rec. núm. 272/2013 que no procedieron a suspender..., y que también comenta la STS de 11 de diciembre de 2012, rec. núm. 2750/2012 y la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2012, rec. núm. 3013/2011, o por otros incumplimientos graves del empresario... cuestiones antes resueltas de forma dispar por las distintas Salas de lo Social.

³ Ley 38/2011, publicada en el BOE de 11 de octubre, aprobada el 22 de septiembre en el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en vigor a partir de 1 de enero de 2012. Ese artículo 8.2 dispone que «La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:... 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».

⁴ El despido tácito –falta de ocupación efectiva y de pago de salarios– producido antes de que la empresa en concurso solicitara la incoación del expediente de extinción colectiva, aunque la demanda se presentara con posterioridad, debe ser resuelto por la jurisdicción social (STSJ de Asturias, de 11 de febrero de 2011, rec. núm. 3068/2010, y otras posteriores). Pero recordar que en el nuevo artículo 64.10 el Juzgado de lo Mercantil (JM) pone en conocimiento del Juzgado de lo Social (JS) el ERE concursal y este debe suspender el curso del litigio, como veremos, (SSTSJ del País Vasco de 30 de abril de 2013, rec. núm. 563/2013; de 12 de febrero de 2013, rec. núm. 176/2013, que cita la de 20 de enero de 2012, rec. núm. 2268/2012, y de 15 de enero de 2013, rec. núm. 2921/2012, y de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 272/2013, que aunque no procedieron a suspender..., y que también cita la STS de 11 de diciembre de 2012, rec. núm. 2750/2012, o la STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 2013, rec. núm. 1834/2013).

Por otro lado, el empresario concursado, no puede llevar a cabo actos de gestión y disposición y precisa de una autorización para los mismos. Ello implica que si articula un despido sin haber obtenido la misma, este sería improcedente por cuanto que se ha actuado sin facultades para ello, salvo que, como se admite por la doctrina judicial, conste

también los **expedientes pre-concursales** son competencia de resolución con comparecencia y ejecución ante el juez del concurso, como luego comentamos.

La extinción de los contratos de trabajo es colectiva, a estos efectos, cuando concurren los requisitos de los artículos 47 y 51 del ET (tras reformas varias en RDL 3/2012 y Ley 3/2012, además del RDL 11/2013 y Ley 1/2014). Por tanto, la determinación de estos umbrales y la condición de expedientes colectivos será la que dirija la acción a una u otra jurisdicción –mercantil o laboral–, siempre y cuando se haya declarado el concurso de la empresa⁵. Todo ello, a partir de la declaración del concurso, al ser este el momento que marca la norma para derivar la competencia.

El artículo 64.10 de la LC fue modificado por la Ley 38/2011 y ya no indica en su segundo párrafo «Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercitadas por la totalidad de la plantilla de la empresa»; ello, extrapolado al expediente con carácter general, venía a suponer la admisión en el concurso de expedientes de extinción o modificación sustancial de menos de seis trabajadores; a la vista del cambio de ese apartado y de la anterior regulación del ET es claro que ya esos expedientes, para ser colectivos, en caso de afectar a todos los trabajadores, deben afectar al menos a seis; en otro caso, la modificación o el despido deberá ser individual⁶.

Además, el juez del concurso, según dispone la reforma introducida en el apartado 1 del artículo 64, será competente en los siguientes **casos pre-concursales**: «Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un ERE, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso... O Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan».

Con ello y para el primer caso, se introduce un trámite en el concurso consistente en que en el plazo de tres días siguientes a la recepción del expediente de regulación de empleo seguido ante la autoridad laboral, hoy ante la empresarial (RDL 3/2012 y Ley 3/2012), el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados –administración concursal, deudor o representantes de los trabajadores, con retoque del RDL 11/2013– para que exponga y justifiquen, en su caso,

el conocimiento y consentimiento de la administración concursal, en cuyo caso se tiene por autorizado el acto al no exigirse formalidad alguna al respecto (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 11 de mayo de 2011, rec. núm. 3239/2010).

⁵ Es competente el juez mercantil cuando, habiéndose iniciado expediente concursal, la empresa procede a la extinción por la vía del artículo 52 c) del ET de un número de trabajadores que a la fecha de declaración del concurso y sin haber transcurrido 90 días desde la demanda de despido supera los umbrales del artículo 51 del ET (STSJ de Madrid, de 23 de junio del 2010, rec. núm. 128/2010). Por el contrario, se mantiene la competencia social cuando el despido es anterior al inicio del expediente concursal (STSJ de Madrid, de 1 de junio de 2010, rec. núm. 922/2010), cuando se discute una posible sucesión empresarial previa al concurso y las subrogadas no están en concurso (STSJ del País Vasco de 26 de marzo de 2013, rec. núm. 426/2013), o cuando se busca reactivar la póliza de seguros concertada para las extinciones contractuales (STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2013, rec. núm. 139/2013). Hay competencia social para recalcular el salario y la indemnización tras un ERE concursal que no definió ni calculó los parámetros (STSJ del País Vasco de 23 de abril de 2013, rec. núm. 532/2013).

⁶ STSJ del País Vasco, recs. núms. 2205/2013 y 1740/2013.

la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme al artículo 64 de la **LC**. Cuida de advertir el precepto que las actuaciones practicadas ante la autoridad laboral, hoy empresarial, mantendrán validez.

Por eso decimos que la **Ley 38/2011** ha venido a solucionar la problemática de los expedientes de regulación de empleo en trámite ante la autoridad laboral a la fecha de declaración de concurso; antes no estaba muy claro qué hacer ante esta situación, de modo que se daban situaciones diversas que iban desde la continuación del expediente en vía administrativa después de declarado el concurso, el archivo del expediente, o la remisión del mismo al juez del concurso, que era rechazada ante la falta de previsión de la posibilidad de continuar en el juzgado el expediente iniciado administrativamente.

Se podía dar la circunstancia de que durante la tramitación del expediente de regulación de empleo se produzca la declaración de concurso del empresario. Hasta la reforma laboral derivada del **RDL 3/2012** y la ulterior **Ley 3/2012**, había más posibilidades de que se diera dicha situación, dado que la resolución del expediente le correspondía a la autoridad administrativa. A partir de la última reforma laboral ya es menos frecuente, pues al empresario, a pesar del riesgo que entraña la demora de la declaración de concurso a efectos de calificación conforme a los artículos 5 y 165 de la **LC**, le resulta más conveniente posponer la solicitud de concurso hasta que él mismo resuelva, si no hubiera acuerdo, sobre los contratos de trabajo a que afecta; de otro modo la decisión sobre el expediente colectivo, declarado el concurso, le correspondería al juez.

Como hemos dicho, la modificación operada por la **Ley 38/2011, de 10 de octubre**, entra a regular el supuesto de tramitación pendiente de un expediente de regulación de empleo en el momento de la declaración concursal. En estos casos la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso, citando el secretario judicial a la administración concursal, al deudor y a los representantes de los trabajadores a una comparecencia, con objeto de exponer y justificar la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas en sede concursal, conservando su validez las actuaciones practicadas en el expediente anterior. Si ya hubiera recaído resolución, corresponderá a la administración concursal hacer uso de la correspondiente autorización (art. 64.1, párrafos 2.º y 3.º.)

2. SOLICITUD

En general y en relación con estas medidas colectivas (modificación, suspensión y extinción) en el concurso, solo se va a hacer referencia a las cuestiones que han sido objeto de pronunciamientos judiciales, ya en instancia o en vía de recurso, y a los puntos en los que ha incidido la reforma legislativa⁷. Previamente se retoca el artículo 6.2, núms. 4 y 5 de la **LC** para incluir en la relación

⁷ En la aplicación de las reglas en materia de extinción colectiva en vía de concurso, la doctrina judicial suele remitirse con carácter supletorio a la regulación del RD 43/1996 lo que, al haberse derogado esta norma por el RD 801/2011, deberá entenderse remitida dicha supletoriedad a esta última, que también ha sido superado, con su polémica Orden de 8 de marzo de 2012, hoy RD 1483/2012, desarrollado por Orden de 27 de noviembre de 2012.

de acreedores la dirección electrónica, además de la plantilla de los trabajadores y la identidad del órgano de representación (comité de empresa o delegados de personal), salvo que no exista.

A) Requisito previo: informe de la administración concursal (art. 64.3 LC)⁸

La emisión de este **informe**, previo a la solicitud, es preceptivo y su falta de cumplimiento impide dar trámite a la solicitud de la medida colectiva, salvo que concurra la excepción que prevé el precepto y que se centra en que la demora en la aplicación de las medidas que se propone pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa⁹, o del empleo, o causar grave perjuicio a los trabajadores.

La **anticipación** de la solicitud solo puede realizarse cuando se acrediten las circunstancias que permite esa anticipación. Ahora bien, el hecho de que la solicitud pueda haberse inicialmente admitido no impide que al resolver el expediente de extinción pueda declararse indebida la anticipación y desestimarse las medidas¹⁰.

También se puede solicitar en los casos de **cierre** de la empresa o suspensión total o parcial de la actividad (art. 44.4 LC), y en la fase de **liquidación**, en los casos en que las operaciones de liquidación supongan la adopción de alguna de dichas medidas, deberá tramitarse el procedimiento del artículo 64 de la LC, antes del auto aprobando el plan de liquidación (art. 148.4), o cuando las operaciones liquidatorias previstas como reglas supletorias (art. 149) supongan la extinción o suspensión de las condiciones de trabajo o la modificación de las condiciones de trabajo (art. 149.1.2.^a).

El supuesto más problemático, de esos momentos de solicitud mencionados, es la aplicación de la excepción del artículo 64.3 que permite anticipar la solicitud, presentándola aunque la administración concursal no haya emitido el informe previsto en los artículos 74 y 75 de la LC.

Como regla general, conforme al apartado 3.º del artículo 64 de la LC, la solicitud ha de ser presentada una vez emitido el informe de la administración concursal al que se refiere el artículo

⁸ Dispone este apartado 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, 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».

⁹ Como recuerda la doctrina judicial, la excepción no atiende a la viabilidad de la finalidad esencial del concurso, que es la satisfacción de los acreedores o conservación de la masa activa (AJM núm. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007, asunto 84/2007). Sobre las consecuencias de la falta de informe, STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de octubre de 2009.

¹⁰ Así lo expresa el AJM núm. 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007, asunto 84/2007.

75 de dicha ley, que ha de ser presentado en el plazo de dos meses desde la aceptación de dos de los administradores concursales, en caso de procedimiento ordinario (hay que sobreentender que desde la aceptación del nombrado, si es uno solo), o de un mes desde la aceptación del administrador único, en caso de procedimiento abreviado, aunque puede prorrogarse por los plazos que se establecen en el artículo 74 y 191.2 de la LC. El apartado 3.º del artículo 64 de la LC contiene una excepción a esta regla general, de forma tal que se permite iniciar el expediente con anterioridad a la emisión de dicho informe (una vez declarado el concurso, en aplicación del art. 64.1) cuando la demora en la adopción de las medidas propuestas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa o del empleo o causar un grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, con la acreditación de la circunstancia, la petición se puede realizar en cualquier momento desde la declaración de concurso.

Esta excepción fue objeto de modificación por el RDL 3/2009, introduciendo como causa del anticipo evitar graves perjuicios a los trabajadores, estando acertado el legislador, porque, en muchas ocasiones en que la empresa no tenía viabilidad, el tenor literal de la norma no amparaba la petición de modificación, extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo con anterioridad a que la administración concursal emitiera el informe y tal demora pudiera acarrear graves perjuicios no solo a los trabajadores, por impagos de salarios e imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, sino también para el concursado y para los restantes acreedores (se siguen devengando salarios, que tienen la consideración de deudas contra la masa, a tenor del art. 84.2.5.º LC). No obstante, ya antes de la reforma, se generalizó la admisión de las solicitudes extintivas sin finalidad conservadora de la empresa antes de la emisión del informe, en caso de falta de viabilidad. La interpretación rigorista se intentó salvar aplicando los criterios jurisprudenciales contenidos en la STS de 14 de junio de 1996, o entendiendo que la viabilidad futura de la empresa también comprende el perjuicio para la masa activa que se produce por la continuación del devengo de salarios¹¹.

B) Partes legitimadas

El artículo 64.2 de la LC, antes de la reforma habida por RDL 11/2013 (hoy Ley 1/2014, de 28 de febrero)¹², necesitada y coherente reforma que se adapta a lo ya establecido por el le-

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla, de 19 de noviembre de 2008, rec. núm. 130/2008.

¹² «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». Y el artículo 184.1 de la citada ley dispone que «... El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores». En definitiva, como nos recuerda la doctrina, serán parte «el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo. En su consecuencia, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte».

gislador para los casos en que no exista representación legal de los trabajadores, admitía (en la redacción dada por la [Ley 38/2011](#)) que pudieran atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET¹³. Si transcurrieran cinco días sin que los trabajadores hubieran designado representantes, se establecía la posibilidad de que el juez nombrara una comisión de no más de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa perteneciera.

Ahora, tras el [RDL 11/2013](#) y la [Ley 1/2014](#): «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».

El citado precepto disponía que en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo –en este caso para la iniciación del expediente y subsiguiente tramitación– a su elección a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Transcurrido el plazo de cinco días sin que los trabajadores hayan designado representante, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa. Se planteaba si al referirse la norma a «representantes legales de los trabajadores», se está refiriendo únicamente a los delegados de personal y comité de empresa o también a la representación sindical. Tras ese [RDL 11/2013](#) y su [Ley 1/2014](#) la composición de la comisión *ad hoc* se encuentra más clarificada: «sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca».

A lo largo del articulado de la [LC](#) se alude a «representantes» y «representantes legales» de los trabajadores (arts. 8, 44, 64, 66, 100, 148 y 149). Al establecer el artículo 64.6 de la [LC](#) que «el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos» está admitiendo la re-

¹³ Dicho precepto disponía con anterioridad (por [RDL 3/2009](#) y [Ley 35/2010](#)) a la reforma por [Ley 38/2011](#) que «En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma»

presentación tanto unitaria como sindical. Refuerza tal interpretación la previsión de la norma en el supuesto de que no haya representación de los trabajadores que remite al artículo 41 del ET citado.

El FOGASA interviene como parte legitimada (art 33.3 ET y 184 LC), también los trabajadores individuales en situación del artículo 64.10 de la LC y otros acreedores. El trabajador individual no está legitimado para iniciar el expediente, al igual que no lo está para iniciar la tramitación del despido colectivo del artículo 51 del ET.

El expediente puede ser iniciado por varios de los sujetos legitimados; es más, en la práctica, es frecuente que se presente conjuntamente por la empresa y la administración concursal; también puede darse el caso de que se presente conjuntamente por el comité de empresa y las representaciones sindicales.

C) Requisitos de la solicitud

La solicitud se mantiene en los términos que eran exigidos, en relación con las causas y objetivos que en la anterior regulación se exigían (art. 64.4 LC), pero acompañando los documentos necesarios para su acreditación, y pudiendo la administración concursal solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación (retoque de la Ley 38/2011).

La solicitud debe «exponer y justificar» 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» (art. 64.4 LC). Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, la solicitud debe ir acompañada de un «plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo» (art. 64.5, párrafo 2.º, LC).

La doctrina judicial rechaza que la llamada genérica a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o a la insolvencia de la sociedad que justificaba el concurso, impida que se deban «exponer y justificar» las mismas y «los objetivos que se proponen alcanzar», como forma, por otra parte, que las partes que deban intervenir puedan negociar¹⁴. La insolvencia provisional no es una coartada para no justificar o negociar. Y la declaración de concurso no presume la causa económica (insolvencia-pérdidas)¹⁵.

¹⁴ AJM núm. 1 de Bilbao, de 15 de junio de 2009, asunto 181/2009 en el que inadmite la solicitud por esos defectos. También el Auto 5/2014 JM núm. 2 de Bilbao de 9 de enero de 2014, exped. 790/13 del concurso 479/2013.

¹⁵ La STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2014, rec. núm. 2243/2013, ya citada, se relaciona con las SJM de Barcelona núm. 3 de 19 de mayo de 2008, JM de Madrid núm. 7 de 7 de diciembre de 2009, JM de Bilbao núm. 2 de 16 de febrero de 2010 y 12 de julio de 2010, y también con las SSTSJ de Cataluña de 19 de abril de 2012 y de Madrid de 7 de septiembre de 2012 y JM de San Sebastián de 30 de octubre de 2009, con otras resoluciones contradictorias SJM de Bilbao núm. 1 de 5 y 30 de noviembre de 2009 y TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2012. Lo evidente es que la insolvencia por el concurso no presume la causalidad objetiva (económica u otra). En cambio, en materia de Seguri-

D) Documentación

Los documentos necesarios para acreditar las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas deberán acompañarse con la solicitud (art. 64.4 LC), su falta de aportación puede provocar la inadmisión de la solicitud¹⁶.

El plan de acompañamiento social, del artículo 64.5 de la LC, en empresas de más de 50 trabajadores cobra especial importancia, y si como en algunas cuestiones la doctrina judicial se ha remitido a la normativa en materia de expedientes de regulación de empleo, es posible que se remita, en este punto, al contenido que al mismo se le ha otorgado en la modificación que se introdujo por el [RD 801/2011, de 10 de junio](#), por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, en orden a exigir determinados requisitos, que también ha sido superado, con su polémica [Orden de 8 de marzo de 2012](#), hoy por el [RD 1483/2012](#), desarrollado por [Orden de 27 de noviembre de 2012](#), que es el actual reglamento que contiene la documentación pertinente¹⁷.

Hay algunas especialidades para trabajadores con contratos suspendidos con reserva de puesto de trabajo (incluidos [STS de 26 de octubre de 2006, rec. núm. 4462/2005](#)), en incapacidad temporal (incluidos [SJM de Cádiz 26 de septiembre de 2007](#) y [AJM de Vitoria 19 de diciembre de 2005](#)), incapacidad permanente (no incluidos salvo art. 48.2 ET con 2 años de reserva), excedencia forzosa –art. 46.1 del ET– (incluido), excedencia por cuidado de hijo menor –art. 46.3 del ET– (incluido) y excedencia voluntaria (no incluido).

Entre la documentación necesaria está la relación actualizada de trabajadores, que no tiene por qué coincidir con los trabajadores que resulten afectados por la medida, cuya concreción se puede producir en el curso de la tramitación del expediente, puesto que la lista de trabajadores afectados –en el caso de expedientes de regulación de empleo parcial– puede ser también objeto de negociación, de ahí que el requerimiento formal de información deba referirse a toda la plantilla y no solo a los trabajadores que la administración concursal o la concursada quieran afectar al expediente de regulación de empleo parcial. Debe aportarse la categoría profesional (ahora grupo tras reforma la-

dad Social, la [STS, Sala 4.ª de 21 de noviembre de 2013, rec.núm. 2065/2012](#), y la [STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 2013, rec. núm. 1523/2013](#), siguiendo la de 23 de julio de 2013, rec. núm. 1404/2013, a diferencia de lo que ocurre para la causalidad de la extinción objetiva, aquí la declaración de concurso de la empresarial responsable en materia de prestaciones de Seguridad Social permite exigir ya la responsabilidad subsidiaria del INSS (ejecución de sentencia), pues presume la situación de insolvencia.

¹⁶ [AJM núm. 1 de Bilbao de 15 de junio de 2009, rec. núm. 181/2009](#), que tras requerirlo para subsanar el defecto, no fue cumplido el proveído.

¹⁷ Se decía en la exposición de motivos de aquella norma que se pretendía dar un tratamiento más completo al plan de acompañamiento social en los expedientes de regulación de empleo, «con la voluntad declarada de poner en valor su importancia en los procesos de reestructuración de empresas como elemento esencial para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores afectados y, por extensión, como instrumento que debe contribuir a evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo».

boral de 2012) y antigüedad de los trabajadores actualizados a fecha de solicitud, así como salario actualizado de los últimos meses, si bien no es pacífica la cuestión en orden a qué salario se debe tener en cuenta ya que mientras que en algunos supuestos se parte de las últimas nóminas percibidas, en otros casos se prefiere establecer una prorrata de las nóminas anteriores a la solicitud de concurso y las generadas tras el concurso para evitar problemas derivados de los ajustes de algunos conceptos de la nómina que se hubieran podido producir durante la tramitación del concurso.

3. COLABORACIONES

Según la reforma de la Ley Concursal ([Ley 38/2011](#)), la administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para la comprobación. Se debe entender que es la comprobación de las causas motivadoras de las medidas o para la documentación.

Esta colaboración no se especifica que lo sea a partir de un determinado momento, de forma que al venir referida en relación con la solicitud debe considerarse que antes del periodo de consultas ya podrá acordar el juez lo que en este sentido estime procedente.

4. PERIODO DE NEGOCIACIÓN O CONSULTAS

Los apartados 5 y 6 del artículo 64 de la LC (este último tras reforma por [RDL 11/2013](#) y [Ley 1/2014](#))¹⁸ contienen la regulación al caso. Y es que una vez recibida la solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectivas de los contratos

¹⁸ Artículo 64.5 de la LC: «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».

de trabajo, el juez del concurso convoca 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 50 trabajadores (art. 64.5, párrafo 1.º, LC). Se dará traslado de copia de la solicitud y de los documentos que la acompañan a los representantes legales de los trabajadores cuando la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal. 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; *a sensu contrario*, parece que no cabrá tal autorización si el concursado estuviere suspendido de sus facultades de administración y disposición.

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, podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación.

Las partes de la negociación o que deban intervenir en el periodo de consultas claramente las identifica la norma pero la doctrina científica y judicial han manifestado la necesidad de que en esos trámites exista contradicción y que puedan tener participación **otros** sujetos con interés evidente. A esta problemática responde la reforma de la LC, de algún modo. Por un lado, al deudor, cuando se hayan intervenido sus facultades de administración y disposición. Por otro, introduce la posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores o la administración concursal soliciten del juez la participación en el periodo de consultas de otras personas, físicas o jurídicas, pero ante una posible situación: «que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada...» (grupo de empresas). Del mismo modo, en este punto se puede interesar el auxilio del juzgado para que se comprueben tales extremos (TGSS, ITSS...). E incluso se podrá reclamar la documentación económica consolidada o las relativas a otras empresas de esa unidad empresarial. Ello no impide que, como vienen decidiendo los órganos judiciales, pueda flexibilizarse la intervención en el periodo de consultas y permitir que otros sujetos también participen¹⁹. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la documentación contable consolidada deberá ya constar en el concurso en caso de grupos de sociedades, conforme al artículo 6.3.4.º de la LC.

El concepto de unidad de empresa (grupo de empresas) al que se refiere el precepto, dada la similitud que guarda con el despido colectivo de empresas que no están en situación de concurso, parece referirse a la situación de que exista grupo de empresas en sentido laboral (patológico), no en sentido mercantil (art. 42 [Código de Comercio](#), concepto contable de grupo consolidable)²⁰.

¹⁹ Así se ha admitido la presencia de la concursada, «de otros agentes sociales y Administraciones públicas que puedan asumir compromisos de modo similar a lo previsto para los convenios en el artículo 99 de la LC, sin perjuicio de que el acuerdo exigirá las mayorías previstas en el art. 64.6 LC» (AJM núm. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007, asunto 84/2007). En este sentido y respecto de los delegados sindicales, con amparo en lo dispuesto en el artículo 10.3.3.º de la [LOLS](#), y de FOGASA, se pronuncia el AJM núm. 1 de Bilbao, de 20 de marzo de 2009, asunto 128/2009.

²⁰ Dicho concepto aparece recogido, entre otras, en la [STS de 3 de noviembre de 2005, rec. núm. 3400/2004](#), que establece lo siguiente: «Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de

Pero una vez admitida esta intervención de terceros que puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, ¿qué efectos prácticos puede tener en la resolución?; parece obvio que la intervención de estos terceros del expediente es con miras de articular una posible responsabilidad solidaria en cuanto a las posibles indemnizaciones que se puedan establecer; visto lo anterior, ¿el juez puede decidir sobre esa responsabilidad solidaria en este expediente? Consideran los jueces mercantiles que no por las siguientes razones: a) El expediente no es propiamente un proceso declarativo con auténticas posibilidades de contradicción y de prueba que faciliten el derecho de defensa de las posibles personas físicas o jurídicas respecto de las que se predique la unidad o grupo de empresas; b) El juez del concurso carece de competencia para declarar la responsabilidad solidaria de no concursadas. Por tales razones, suelen comentar los jueces mercantiles que no llegan a comprender bien cuál es la utilidad de dar entrada en el expediente a la cuestión de la unidad de empresa, cuando no puede tener consecuencias prácticas en cuanto a su resolución; únicamente, en el caso hipotético y extraño de que la unidad de empresa sea aceptada por el interviniente (acuerdo), el expediente podrá servir para algo. Pero no es menos cierto que podría permitir la articulación de alguna acción social o concursal posterior (imputación –172.2.1 LC–, búsqueda de nuevos patrimonios –art. 172 bis LC–, posibilidad de cómplices –arts. 166 y 172.3 LC– y SAP de Vizcaya de 29 de diciembre de 2008; casos de sucesión y derivación de deudas...).

Y es que la respuesta de la LC al grupo de sociedades permite aportar la idea jurídica de las diferencias entre grupo vertical y horizontal que tratan la SJM núm. 3 de Barcelona de 30 de octubre de 2012 y la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013 con voto particular, o la SAP de Mallorca de 25 de febrero de 2014. Estudiando el momento de la declaración de la consolidación de masas el AJM núm. 1 de Palma de Mallorca de 8 de marzo de 2013 y 6 de noviembre de 2013; caso de levantamiento del velo, SAP de Barcelona de 28 de junio de 2011. Y para los efectos de solución del concurso, AJM de Palma de Mallorca de 8 de enero de 2014 y 28 de junio de 2013. Pues al margen de que pueda darse la solicitud del concurso voluntario de manera conjunta y simultánea (art. 25.1 LC), ante el juez concursal de la dominante (art. 25.4 LC), y hasta de forma sucesiva (art. 5 bis LC), también la declaración del concurso se podrá hacer de manera conjunta (un mismo juzgado) o sucesiva (distintos juzgados), y con el mecanismo corrector de la acumulación (art. 25 bis LC ante el juez de mayor pasivo, sociedad dominante), con los problemas de la existencia de empresas de un posible grupo que estén fuera del concurso. Cuestión distinta es

empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales». Últimamente las SSTs de 27 de mayo de 2013, rec. núm. 78/2012; 24 de septiembre de 2013, rec. núm. 2828/2012; 19 de diciembre de 2013, rec. núm. 37/2013, y 4 de abril de 2014, rec. núm. 132/2013, quieren establecer un concepto idéntico en todas las especialidades (mercantil, fiscal, laboral...), como nos recuerda la STSJ del País Vasco de 17 de junio de 2014, demanda 21/14.

la controversia para con la reintegración de la masa activa (art. 71.3.1 LC y SAP de Asturias de 14 de marzo de 2013, STS de 14 de febrero de 2012 y de 8 de octubre de 2012), y la subordinación de la masa pasiva de créditos de personas especialmente relacionadas (art. 92.5 LC y SJM núm. 8 de Madrid de 8 de noviembre de 2013)²¹.

En otro orden de cosas precisar que se ha previsto que el periodo de consultas sea sustituido por otro trámite del que se pretende igual resultado: los procedimientos de **mediación o arbitraje** que sean de aplicación en el ámbito de la empresa. 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 en el plazo máximo señalado para dicho periodo.

Es deber de las partes negociadoras hacerlo de buena fe, sin hacer dejación de sus obligaciones, de forma que deben estar presentes y manifestarse sobre la procedencia o no de las medidas solicitadas²².

Recordar que el actual artículo 64.6 de la LC, en su párrafo segundo, ahora dice «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», mejorando la redacción anterior que remitía la representación mayoritaria a comités, delegados de personal, comisión de trabajadores o representaciones sindicales.

5. ACUERDOS ALCANZADOS EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

A) Naturaleza del acuerdo

Según jurisprudencia, los acuerdos alcanzados en el seno del procedimiento concursal no tienen la eficacia de convenio colectivo y, por tanto, su modificación no está bajo el ámbito del artículo 66 de la LC. El acuerdo no vincula a nivel individual respecto de las condiciones laborales de los afectados que pueden acudir al incidente concursal a impugnar esos aspectos (antigüedad, salario, etc.).

²¹ Aquí podemos citar la STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2013, rec. núm. 1253/13, frente al AJM de Bilbao núm. 2 de 24 de julio de 2012 y también la SJS núm. 10 de Bilbao núm. 484 de 19 de diciembre de 2013 (autos 609/2012), relacionado con el AJM núm. 9 de Barcelona de 6 de septiembre de 2012, donde el juez social recoge las razones del legislador y exposición de los criterios de JM, AP, y STS en temas de economía social (s. laborales) y comenta la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2011, rec. núm. 2602/2011, en contra, que obligaría a subrogar lo no abonado por el FOGASA. En concursal no habría sucesión empresarial con las salvaguardas: SSTS de 25 de septiembre de 2008, rec. núm. 2236/2007; 11 de abril de 2011, rec. núm. 1245/2000; 15 de abril de 1999, rec. núm. 734/1998, y otras... sobre transmisión de empresa (concurada) y sucesión de plantilla y solución en empleos en crisis. También SSTSJ del País Vasco de 22 de noviembre, rec. núm. 2226/2011, 5 de abril, rec. núm. 697/2011 y 1 de marzo de 2011, rec. núm. 78/2011 y 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1764/2013.

²² AJM núm. 1 de Bilbao de 30 de noviembre de 2009, asunto 573/2009.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales si las hubiera, siempre que representen a la mayoría de aquellos.

B) Formalidades del acuerdo

El acuerdo, según la redacción dada por [Ley 38/2011](#), requería la conformidad de la mayoría *de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos.*

Ahora la redacción del artículo 64.6 de la [LC](#), con el [RDL 11/2013](#) y [Ley 1/2014](#) es «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*», con lo que se intenta esa mejora aclaratoria de la representación social.

Según recoge la reforma, dado que el acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores puede alcanzarse con anterioridad y acompañarse con la solicitud, en estos casos, se dispensa de la apertura del periodo de consultas. Esta reforma ([Ley 38/2011](#)) no fue más que plasmación de los criterios judiciales que ya venían siendo adoptados. En efecto, y en relación con un expediente de regulación de empleo ya lo contempló la jurisprudencia²³, y la doctrina judicial en el concurso también lo venía aplicando²⁴.

Igualmente, la reforma ha precisado que en el acuerdo se deberá recoger 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 superiores²⁵.

Por último, se mantiene un informe de la **autoridad laboral** sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, y que su falta de aportación no incidirá en el curso de las actuaciones que deberán seguir el trámite correspondiente, sin perjuicio de que si se recibe fuera de plazo pueda ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar su resolución. Con el problema, no soluciona-

²³ Ya lo avanzó la jurisprudencia cuando admitía que el periodo de consultas a efectos de obtener un acuerdo negociado podía llevarse a cabo antes de la solicitud en un expediente de regulación de empleo ([STS de 15 de octubre de 2007, rec. núm 47/2006](#)).

²⁴ Así se recoge en la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 2011, rec. núm. 451/2011, en donde no se accede a la nulidad de actuaciones que se solicitaba por la parte recurrente –empresa– por no haberse dado trámite de periodo de consultas, siendo que el acuerdo entre administración concursal y representantes de los trabajadores y el propio recurrente ya se había alcanzado.

²⁵ Recordar las SSTSJ del País Vasco de 28 de septiembre de 2010 y 5 de abril de 2011.

do, de indeterminación o falta de concreción de qué autoridad laboral será cuando existan centros de trabajo en distintas provincias o comunidades autónomas. El AJM núm. 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2005 optó por entender que lo era la autoridad laboral competente de no haber existido concurso, pero la opinión doctrinal mayoritaria parece inclinarse por la correspondiente con el partido judicial donde se tramita el concurso, evitando dilaciones y facilitando las comunicaciones.

Siguiendo la reforma, se contempla también el caso de falta de acuerdo entre las partes, introduciendo un nuevo trámite. Así se dice que «el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido (¿todos?) 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», con el problema de exigencia de un nuevo trámite que alarga el procedimiento (comparecencia, alegaciones, prueba...) pero que pretende salir al paso de cierta exigencia práctica de que las partes puedan ofrecer informaciones más allá de las recogidas en el acta de finalización del periodo de consultas, articulando prueba correspondiente.

Por supuesto que el acuerdo que pueda alcanzar el empresario y los trabajadores al margen del administrador concursal no tendrá efecto alguno, al no ser aquel parte negociadora²⁶.

Se plantea el problema de si puede negociar la representación unitaria y la sindical, y, caso de que no exista conformidad entre ambas –una quiere suscribir el acuerdo y otra no– a quién se le da prioridad.

La norma no lo resuelve, por lo que habrá que acudir a lo previsto en el artículo 64.11 de la LC que dispone que «en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma». Por analogía con la regulación contenida en el artículo 51 del ET, tendrán prioridad para negociar y acordar los representantes sindicales. En efecto, el artículo 51.2 del ET dispone que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal.

Igual solución se ofrece en el artículo 40.2 del ET –movilidad geográfica– y 41.4 –modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo–. La LC prevé que, una vez finalizado el plazo señalado –30 o 15 días naturales, dependiendo de que la empresa tenga más o menos de 50 trabajadores–, 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.

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. Los pactos, en

²⁶ AJM núm. 1 de Alicante de 27 de mayo de 2010, asunto 136/2010.

el periodo de consultas, de indemnizaciones superiores al mínimo legal previsto para el despido colectivo en el artículo 51.8 del ET (20 días por año con un máximo de 12 mensualidades), han venido siendo admitidos por la doctrina de los juzgados de lo mercantil y salas de lo social²⁷. La LC después de la reforma introducida por la Ley 38/2011 contempla expresamente dicha posibilidad en el párrafo 4.º del artículo 64.6; la ponderación de los intereses afectados por el concurso pasa a constituir el presupuesto para poder pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal. Esto es, habrá de ponderarse, no solo el interés de los trabajadores, sino también de los otros acreedores y, en general, del buen fin del concurso. No se debe olvidar que, en definitiva, el concurso trata de conseguir que la empresa continúe su actividad y no se vea abocada a su cierre. Ello hace más dificultoso entender indemnizaciones superiores cuando la empresa se liquida.

6. AUTO DE EXTINCIÓN Y OTROS, DE LAS RELACIONES LABORALES

A) Requisitos procesales

Cumplidos todos los trámites anteriores, el juez del concurso resuelve 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» (art. 64.7, párrafo 1.º, LC).

Si no se ha logrado un acuerdo el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas. Esta audiencia se efectuará tras convocatoria efectuada por el secretario judicial a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba. El juez puede sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días. Lógicamente aunque el trámite sea escrito, también podrán aportar pruebas.

En el supuesto de que no exista acuerdo, así como en el supuesto de que apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado, el juez del concurso «determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral» (art. 64.7, párrafo 1.º, LC). Cabe decir, en este sentido, que si bien es cierto que el juez del concurso tiene que aplicar supletoriamente la legislación laboral (art. 64.11 LC), también lo es que el juez del concurso aplicará la legislación laboral a la luz de la legislación concursal y de sus principios inspiradores.

Para resolver estos expedientes será esencial la constatación de las causas justificadoras de la pretensión. En caso de acuerdo, se recoge expresamente el reconocimiento de aquellas, o implícitamente si las partes manifiestan haberlo alcanzado y regulan sus consecuencias. En caso de desacuerdo, la regulación concursal, el artículo 64.7 de la LC, remite específicamente a lo que proceda conforme a la legislación laboral, por lo que los cambios de la Ley 3/2012 son decisivos. Posteriormente matizamos ese contenido material.

²⁷ Entre ellas, las SSTSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006, 28 de septiembre de 2010 y 5 de abril de 2011.

Aunque pudiera parecer irrelevante e innecesario hay que hacer mención de ello, parece que sigue siendo actual la cuestión relativa a la formalidad del auto mercantil que declara extinguida la relación laboral del colectivo y la necesidad de que en él se deba recoger el apartado de hechos declarados probados²⁸. Así lo exige el actual artículo 191.4 b) de la LRJS, desde el 11 de diciembre de 2011. Y ello aunque solo sea partiendo de lo que prescribe la propia LC cuando, y a todos los efectos que en relación con las relaciones laborales afectadas por el concurso se refiere, indica en su artículo 64.11 que en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral, además de que la justificación que se ofrece por la doctrina judicial, al vincularlo a la modalidad de recurso que contra dicha resolución judicial procede, hace necesario aquel formato de resolución²⁹.

B) Fecha de efectos

La reforma de la LC ([Ley 38/2011](#)) recoge que el auto, en caso de acordarse la extinción colectiva de los contratos de trabajo, «surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior». Esta modificación del apartado 7 del artículo 64 de la LC se produce porque el actual texto omite toda referencia al respecto de forma que, ante esta laguna legal, la determinación de aquel momento podría ser muy diverso (la del auto de extinción, la del acuerdo entre empresa y trabajadores, etc.). De hecho, hay doctrina judicial que viene adoptado como fecha de efectos la acordada por las partes, salvo que se aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho³⁰, o se admite la eficacia retroactiva cuando los hechos existieran con anterioridad al acto administrativo³¹, o la fecha del auto de extinción cuando el acuerdo de las partes no imponga otra³².

Parece más adecuado vincular la fecha de efectos de la extinción a la de la resolución judicial que lo acuerda, sin que, a nuestro juicio, pueda tomarse como referencia la señalada en los

²⁸ SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 9 de junio, rec. núm. 451/2011, y 21 de junio de 2011, rec. núm. 609/2011. Y también STSJ del País Vasco de 22 de julio 2011, rec. núm. 1492/2011, que declara la nulidad del auto por faltar esos hechos probados.

²⁹ Recordar que la STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2011, rec. núm. 1492/2011 anuló el AJM núm. 1 de Bilbao de 22 de noviembre de 2010 por insuficiencia de hechos declarados probados (con posterior dictado de AJM de 22 de julio de 2011 y nueva STSJ del País Vasco de 7 de mayo de 2013 rec. núm. 548/2013; y la de 17 de noviembre de 2011 rec. núm. 2529/2011 mantuvo el AJM núm. 1 de Bilbao de 28 de junio de 2011, por considerarlos suficientes y no causar indefensión).

³⁰ STSJ de Andalucía/Sevilla, de 14 de julio de 2009.

³¹ SSTSJ del País Vasco de 6 de febrero y 4 de septiembre de 2007, rec. núm. 2823/2006 y rec. núm. 1544/2007, y 7 y de 14 de junio de 2011, recs. núms. 1398 y 1254/2011, y STSJ de Aragón de 16 de marzo de 2011, rec. núm. 110/2011. Efectivamente, esta solución se ha admitido por la jurisprudencia en relación con los expedientes de regulación de empleo administrativos, en atención al artículo 57 de la LRJPC ([STS de 9 de marzo de 2005, rec. núm 794/2004](#)).

³² SSTSJ de Aragón de 27 de septiembre de 2010, del País Vasco de 6 de julio de 2007, rec. núm. 2823/2006 y de Aragón de 16 de marzo de 2011, rec. núm. 110/2011. Efectivamente, esta solución se ha admitido por la jurisprudencia en relación con los expedientes de regulación de empleo administrativos, en atención al artículo 57 de la LRJPC ([STS de 9 de marzo de 2005, rec. num. 794/2004](#)).

expediente de regulación de empleo dado que allí la resolución administrativa lo es de autorización, y no de extinción, que se activará en otro momento posterior. El hecho de que las circunstancias o causas que justifican la extinción colectiva existan en un momento anterior no implica que desde ese instante deba operar la extinción de los contratos laborales que solo se produce cuando se acuerda por el empresario o, en este caso, judicialmente. En todo caso, el problema ya ha quedado zanjado.

Caso singular es el de los efectos sobre el auto de extinción de un recurso de reposición contra el auto de declaración de concurso. En estos casos, el recurso de reposición que puede interponerse contra el auto que declara el concurso (art. 20.2 LC) no suspende lo en él declarado, de forma que la solicitud de extinción colectiva sigue su curso. No obstante, la doctrina judicial advierte que si esa situación se mantuviera al tener que dictarse el auto que resuelva el expediente de extinción, sería posible suspender dicha decisión³³.

Respecto de su contenido, y a los efectos de incluir como créditos de la masa los importes económicos que en el auto se acuerden, se ha indicado por la doctrina judicial que «no es preciso que en el auto que acuerda la extinción colectiva de contratos de trabajo expresamente declare comunicados y reconocidos los créditos por indemnizaciones derivados de la extinción para su inclusión en la lista de acreedores (art. 85 y 86 de la Ley concursal), sino que la comunicación y reconocimiento se entiende efectuada por disposición legal una vez dictado el auto...»³⁴.

C) Contenido material

El auto debe resolver sobre las medidas propuestas, aceptando el acuerdo alcanzado o, en caso de que concurra fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o no se haya obtenido el acuerdo, se permite al juez mercantil resolver conforme dispone el artículo 64.7 de la LC, según el cual: «En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral»; lo que implica que «el juez del concurso [no] pueda suplir el fracaso de la negociación entablada, por lo que debe sujetarse a los límites legales impuestos...»³⁵. Esta misma consecuencia se produce cuando el acuerdo alcanzado es calificado en fraude de ley³⁶.

³³ AJM núm. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007, asunto 84/2007, que lo justifica por «las graves consecuencias que podrían derivarse en caso de decidirse la extinción y dejarse posteriormente sin efecto la declaración de concurso». Esta solución, en definitiva, viene a ser una manifestación de lo que se recoge en el artículo 20.2 de la LC, cuando dispone que el recurso de apelación contra el auto de declaración del concurso no tendrá efectos suspensivos, salvo que el juez acuerde lo contrario.

³⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2011, rec. núm. 451/2011.

³⁵ STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2011, rec. núm. 5366/2010.

³⁶ AJM núm. 1 de Bilbao de 20 de marzo de 2009, asunto 128/2009.

La última reforma laboral, por la [Ley 3 /2012](#) tras el [RDL 3/2012](#), ha concretado qué ha de entenderse por las causas justificadoras de la pretensión (expediente colectivo de modificación, suspensión o extinción). En concreto, para el despido colectivo, el reformado artículo 51.1 del [ET](#) establece **tres** trimestres³⁷. En cambio, para la modificación y suspensión los artículos 41 y 47 de aquel texto legal solo hablan de **dos** trimestres.

En situación concursal la constatación de estas causas económicas queda facilitada (que no presumida), puesto que la declaración de concurso, basada en la insolvencia, ha sido realizada por el propio juzgado que resuelve el expediente del artículo 64 de la [LC](#). Cuando no se alcanza acuerdo, el juez del concurso debe valorar la documentación presentada en la solicitud, las actas y documentación que acompañe, las alegaciones y documentos de terceros y concursado, y las que se evacuen y aporten en la audiencia o trámite escrito, y apreciar si se presenta la causa legal habilitadora de la modificación sustancial, suspensión o extinción colectivas. De ahí que la ausencia o insuficiencia de requisitos formales (copia para los trabajadores, exposición de razones y ámbito subjetivo, finalidad perseguida) y de calidad (información pertinente) puedan justificar el rechazo judicial a la medida pretendida.

De no apreciarse tal carencia sería necesario ponderar, pese a todo, la justificación que esgrime el solicitante para señalar a los afectados por la medida de extinción, suspensión, modificación sustancial o traslado colectivo, explicando las razones por la que resulta necesario el número reclamado y las razones para designar a unos y otros.

Pues bien, en relación con las indemnizaciones y su cuantía, es constante, con alguna excepción ya superada, la doctrina judicial que considera que, si no hay acuerdo entre las partes a tal efecto, el juez mercantil no puede imponer el pago de una superior a la de 20 días por año de servicio³⁸. Por

³⁷ «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

³⁸ SSTs de 13 de abril de 2011 y de 25 de febrero de 2011, rec. núm. 3605/2010, que recuerda que la indemnización de 45 días por año de servicio está reservada para el despido improcedente, lo que no se produce en los despidos colectivos en donde se solicita del juzgado la autorización para extinguir los contratos de trabajo. SSTSJ del País Vasco de 28 de noviembre de 2010, rec. núm. 1894/2010, y 20 de diciembre de 2010, rec. núm. 2049 a 2052, recuerdan que la última oferta de la administración concursal no es vinculante, ante la falta de acuerdo final. En igual sentido SSTSJ del País Vasco de 28 de septiembre de 2010 y 5 de abril de 2011.

En todo caso, han autorizado la extinción con la indemnización correspondiente al despido improcedente los AJM de Madrid núm. 7 de 7 de diciembre de 2009, Barcelona núm. 3 de 19 de mayo de 2008 y Bilbao núm. 2 de 12 de julio de 2010.

supuesto que, aunque la acordada por las partes negociadoras sea superior el juez deberá confirmarla, salvo que aprecie dolo, fraude, etc³⁹.

El auto, en el caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva, permitirá el acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo, produciendo las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo. Tras la entrada en vigor del [RDL 3/2012, de 10 de febrero](#), la autoridad laboral no dicta resolución alguna en los supuestos de despido colectivo, excepto en los supuestos de extinción o suspensión del contrato por fuerza mayor (arts. 51.7 y 47.3 ET) en los que dicta resolución constatando la existencia de fuerza mayor.

El artículo 208.1.1 a) de la [LGSS](#) señala que se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores que han visto extinguidos sus contratos por resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. El artículo 208.1.2 de la norma citada reconoce la situación legal de desempleo a los trabajadores a los que se ha suspendido su relación laboral en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. Por su parte, el artículo 208.1.3 reconoce la situación legal de desempleo cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

Se ha planteado si el auto del juez de lo mercantil únicamente autoriza la suspensión o extinción de contratos, o suspende o extingue dichos contratos. Del tenor literal del precepto se desprende que el auto no se limita a «autorizar» sino que «decide» la suspensión o extinción de contratos. Avala esta tesis la dicción de los artículos 208.1.1, 208.1.2 y 208.1.3 de la [LGSS](#) que se refieren a la extinción y suspensión de la relación laboral y reducción de jornada «en virtud de resolución judicial» adoptada en el seno de un procedimiento concursal⁴⁰.

Por otra parte, el artículo 84.2.5.º de la LC al disponer que «los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el Juez del concurso, se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe», parece indicar la necesidad de que en el auto el juez consigne el nombre de los trabajadores cuyo contrato extingue y la indemnización que procede. No obstante lo anterior, también cabe admitir una solución mixta en supuestos de liquidación. Es decir, fijación en el auto de los nombres de los afectados y del ba-

³⁹ STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011, rec. núm. 87/2011. Homologando cuantía superior STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006, rec. núm. 1393/2006 y AJM núm. 1 de Valencia de 28 de julio de 2005 y núm. 1 de Bilbao 8 de mayo de 2006.

⁴⁰ Podemos citar la STSJ del País Vasco de 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1764/2013, igual que la STSJ del País Vasco de 11 de junio de 2013, rec. núm. 1053/13; 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1764/2013, y también de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 1747/2013. La STSJ del País Vasco de 19 de abril de 2011, rec. núm. 623/2011, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 1381/2009 y de 22 de febrero de 2005, rec. núm. 68/2005. Y se declara que no hay sucesión empresarial: SSTS de 25 de septiembre de 2008, rec. núm. 2236/07, de [11 de abril de 2001](#), [rec. núm. 1245/2000](#), de [15 de abril de 1999](#), [rec. núm. 734/1998](#), y otras... sobre transmisión de empresa (concurada) y sucesión de plantilla y solución en empleos en crisis. También STSJ del País Vasco de 22 de noviembre, rec. núm. 2226/2011, de 5 de abril, rec. núm. 697/2011 y de 1 de marzo de 2011, rec. núm. 78/2011.

remo indemnizatorio y dejar a la decisión del administrador concursal la determinación de la fecha concreta de extinción, cuando sea procedente para la terminación de las operaciones de liquidación.

Ante suspensiones (interrupción laboral y desempleo) o modificaciones sustanciales, el artículo 64.9 de la LC permite la «suspensión» del derecho de rescisión del contrato con indemnización del artículo 41.3 del ET durante un año como máximo desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación, en esa tramitación del concurso.

Y novedosamente también prevé la «suspensión» del traslado o movilidad geográfica acordada, siempre que suponga que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 km de este, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 % de la duración de la jornada diaria de trabajo, en una matización y detalle específico y curioso.

Finalmente se precisa que la improcedencia (suspensión) del ejercicio de la acción de rescisión derivada de esa modificación colectiva (art. 41.3 ET) no podrá prolongarse por un periodo superior a 12 meses, a contar desde la fecha en que se hubiera dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La singularidad que el artículo 65.1 de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011, recoge para la alta dirección (RD 1382/1985, de 1 de agosto), consiste en que, a diferencia del trabajador ordinario, para este, la administración concursal por propia iniciativa o a instancia del mismo deudor podrá extinguir o suspender sus contratos, en una decisión que es susceptible de ser impugnada ante el juez del concurso (no en lo social) mediante el incidente concursal en materia laboral y con posibilidad de recurso de suplicación (STSJPV de 10 de julio de 2012, rec. núm. 1597/2012).

Es más, en caso de suspensión del contrato de alta dirección, este podrá pedir su extinción por propia voluntad con un preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización que recoge la legislación laboral para el despido colectivo (20 días por año con límite de 12 mensualidades), que igualmente se mantiene en el caso de la extinción de tal contrato, pudiendo el juez del concurso moderar la indemnización que le corresponda, y dejando sin efecto la que pudiera haber pactado (cláusulas blindadas) en su propio contrato o anexo, siempre con ese límite de la tasada para el despido colectivo.

Además la administración concursal podrá pedir al juez del concurso que el pago de esa indemnización, como crédito, se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación (arts. 167.2, 172 y 178.1 LC).

7. RECURSO DE SUPLICACIÓN

Como el auto que dicte el juez de lo Mercantil es susceptible de recurso de suplicación [art. 64.8 LC, art. 65.1 para la alta dirección, y 191.4 b) LRJS, tras la reforma de la Ley 38/2011], en

el mismo deberán consignarse expresamente y por separado los hechos que se estimen probados, y procede su análisis.

No pudiendo en este trabajo explayarnos sobre la materia, efectuamos en este punto una remisión a otros estudios.

8. EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE READMISIÓN EN DESPIDOS IMPROCEDENTES

Se hace referencia a esta cuestión porque, aunque no es relativa a las extinciones colectivas declaradas en vía mercantil, se plantean controversias sobre la competencia del juez del concurso para conocer de los incidentes de no readmisión o readmisión cuando la sentencia de despido improcedente fue dictada por la jurisdicción social. Por tanto, en cuanto se trataría de una extinción provocada por la declaración de no readmisión o readmisión irregular, en fase de ejecución de sentencia, creemos oportuno referir dicho problema que ha sido resuelto en el sentido de entender que no todas las ejecuciones laborales que se instaren contra la empresa concursada deben ser resueltas por el juez mercantil sino «aquellas que iban dirigidas directamente contra el patrimonio del deudor, o frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, de forma que la competencia para resolver el incidente de no readmisión planteado por el trabajador ejecutante es competencia del juzgado que dictó la sentencia del despido y, si llegado el caso, se acuerda resolver el contrato de trabajo y condenar a la empresa concursada al pago de los salarios de trámite y la indemnización a que se refiere el artículo 56 del TRET, firme el auto, este, mientras esté vivo el procedimiento concursal, en cuanto que estaríamos ante una ejecución dineraria con claro contenido patrimonial, deberá ser ejecutado por el juzgado de lo mercantil dentro del proceso concursal»⁴¹.

III. EL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL (INDIVIDUAL)

Según dispone el artículo 64.8 (195 y 197.8) de la LC⁴² y como viene recordando la doctrina judicial, el trabajador individual, afectado por el expediente de extinción colectiva, no podría recurrir en suplicación el auto que lo resuelve (*vid.* SSTSJ del País Vasco ya citadas y sus contradicciones). Las cuestiones que se refieren a su relación laboral deben plantearse por el incidente

⁴¹ STSJ de Cataluña de 18 de abril de 2011, rec. núm. 7298/2010. En igual sentido, pero respecto a la ejecución de las cantidades declaradas en ejecución de despido STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2011, rec. núm. 4726/2010.

⁴² «Las acciones que los trabajadores o el FOGASA (reforma Ley 38/2011) 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».

concurzal, tales como la antigüedad o años de servicios prestados⁴³, salario, etc., debiendo resolverlo el propio juez mercantil.

La razón que se ofrece por la doctrina judicial para la existencia de esta vía incidental, separada del expediente de extinción colectiva, se encuentra en que este «no es propiamente un proceso en el que se articula una auténtica contradicción entre partes, sino más bien un procedimiento sin partes, de tal modo que si el periodo de consultas termina con un acuerdo, el carácter procesal del procedimiento desaparece y se asemeja más a una negociación formalizada que a un proceso judicial propiamente dicho. Y por otro, a que en el expediente de medidas colectivas no son parte obligada los concretos trabajadores afectados...»⁴⁴.

Esto es, ni el acuerdo alcanzado antes o durante el periodo de consultas ni el auto judicial de extinción pueden tener un efecto de cosa juzgada sobre las condiciones laborales que pudieran ostentar los trabajadores afectados por el expediente, quienes pueden demandar por aquella vía tales aspectos⁴⁵.

Los trámites de este incidente son los recogidos en los artículos 195 y 196 de la LC y concluirá por sentencia, recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ. Por ello, principiará por demanda sucinta de manera similar al juicio verbal (art. 437 LEC), pero sin normas de postulación civil (no necesario abogado y procurador, graduado social...).

La sentencia del juzgado de lo mercantil deberá contener hechos probados [art. 191.4 b) LRJS], con base en las mismas razones que se exponen en relación con el auto de extinción de relaciones laborales⁴⁶.

Respecto del plazo para ejercitar la acción individual, y hasta la entrada en vigor de la reforma concursal, no ha sido pacífica. Algún pronunciamiento judicial lo ha sometido al plazo de caducidad de la acción de despido, cuando se presenta, simplemente, reclamación de cantidad por disconformidad con la cuantía marcada en el auto de extinción colectiva, dictado en el expediente concursal⁴⁷, siendo que el parecer mayoritario no entiende aplicable dicho plazo por cuanto que no se está combatiendo la causa extintiva sino las condiciones laborales aplicables para obtener las indemnizaciones correspondientes, lo que se somete al plazo general de prescripción de las acciones y no al de la acción por despido. Este problema se ha resuelto al decir la reforma con-

⁴³ SJM núm. 1 de Bilbao de 25 de mayo de 2007, asunto 142/2007.

⁴⁴ STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2011, rec. núm. 772/2011.

⁴⁵ Se ha dicho que la doctrina de los actos propios, en la medida que solo puede invocarse respecto de cuestiones sobre las que las partes puedan disponer, no sería alegable respecto de lo que se hayan podido reconocer al firmar un acuerdo en expediente de regulación de empleo, dado que la vía incidental concursal está abierta a derechos estrictamente individuales sometidas a la legislación laboral y, por tanto, indisponibles (SJM núm. 1 de Bilbao, de 25 de mayo de 2007, asunto 142/2007).

⁴⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2006, rec. núm. 3265/2006.

⁴⁷ AJM núm. 6 de Madrid de 24 de mayo de 2010, asunto 252/2010.

cursal que introduce un plazo de **un mes** desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez mercantil, lo que introduce la necesidad de acreditar ese momento (antes de la reforma el TSJ del País Vasco, rec. núm. 2905/2011 hablaba de un año). Aquí es importante la determinación de la naturaleza del plazo dado que depende de ella no solo la interrupción o suspensión, sino también su apreciación de oficio o no. Parece que debe ser de caducidad en tanto que se está otorgando al trabajador el derecho a impugnar la resolución extintiva, en determinados aspectos individuales, y se impone un plazo para el ejercicio del mismo que se extinguirá por el simple transcurso del tiempo concedido. Nada se dice para el FOGASA, ni para el alto directivo del artículo 65 de la **LC**, pero tras la Ley 38/2011, parece que el alto directivo puede impugnar por la vía del incidente concursal, en materia laboral, sus problemas de suspensión o extinción contractual.

Se trata de un incidente laboral concursal similar al proceso ordinario social (art. 80 y ss. **LRJS**) con especialidades laborales expresas en postulación y costas, pero no para la presentación de la **prueba** (art. 265.1 **LEC** con la demanda, salvo excepciones del art. 265.2 y 270.1 **LEC**) y otros, aunque con dudas doctrinales. Habrá vista oral, con alegaciones, excepciones, contestaciones, objeto de prueba... Y la sentencia será objeto de recursos sociales (reposición, queja, suplicación, casaciones... –art. 197.8 **LC**–), estudio de costas o multa (art. 97 **LRJS**), produciendo su firmeza los efectos de cosa juzgada (art 196.4 **LC**), lo que impedirá un ulterior planteamiento de la cuestión. Además si fija un crédito contra la masa a favor del trabajador (o del alto directivo) será, como todas las dictadas en el concurso, ejecutable con la limitación del artículo 84.4 de la **LC** (hasta que se apruebe en convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos dos actos).

IV. OTRAS EXTINCIONES OBJETIVAS [ART. 52 C) ET] DEL CONTRATO DE TRABAJO A LAS QUE AFECTA LA SITUACIÓN CONCURSAL

En las extinciones de contrato por causas objetivas, del artículo 52 c) del **ET**, el empleador debe poner a disposición del trabajador despedido la indemnización que corresponda salvo la excepción contemplada en el artículo 53.2 b) del mismo texto legal que excusa de dicho requisito «Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva».

Cuando el empleador está en situación de concurso, esa exoneración no es automática sino que debe estarse a las circunstancias particulares del caso, no bastando con que exista una situación económica negativa sino que debe constatarse la falta de liquidez⁴⁸, que no se presume por dicho concurso. Así la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2012, rec. núm. 1092/2012.

⁴⁸ SSTSJ de Aragón de 26 de enero de 2011, rec. núm. 938/2010 y del País Vasco de 10 de enero de 2012, rec. núm.3111/11.

V. EXTINCIONES COLECTIVAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 50. 1 B) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y ACCIONES INDIVIDUALES

El artículo 64.10 de la LC, antes de la Ley 38/2011⁴⁹, y el texto aprobado por la Ley 38/2011, que reforma la LC, han introducido importantes novedades⁵⁰.

Por un lado, ha eliminado la referencia al apartado 1 b) del artículo 50, con lo cual no se cierra la causa al pago de salarios. Lo han sustituido por «la motivación de situación económica o de insolvencia del concursado» con lo cual cualquier incumplimiento grave del empresario, no derivado de fuerza mayor, y vinculado a la situación económica o de insolvencia, podrá justificar la extinción contractual. Lo normal es que incida sobre la obligación de pagar el salario pero es posible que también repercuta sobre otras condiciones sustanciales del trabajo –horario, jornada– que perjudiquen la formación profesional o dignidad del trabajador.

Tampoco se hace referencia alguna al número de trabajadores afectados, que se ha suprimido. Eso sí, para entender cuándo es colectiva la extinción se indica que lo será desde la iniciación del expediente de extinción colectiva de los contratos. Además, es importante la solución que han dado a las situaciones de pendencia de acciones individuales planteadas después de solicitar el concurso, y que habrán sido presentadas ante el orden social, para coordinarlas e incluso evitar distintos tratamientos entre trabajadores. Esta solución no es otra que la de dejar en suspenso, a partir de que se inicie el expediente de extinción colectiva, esas acciones hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente, de forma que con ello se evita que pueda dictarse sentencia al amparo del artículo 50 del ET antes del auto de extinción colectiva, provocando con esa suspensión que la acción del trabajador quede vacía de contenido al haberse extinguido su

⁴⁹ «Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores [la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, se ampliará a todo el art 50 ET por esa Ley 38/2011] 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: Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, 10 trabajadores. Se entenderán en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el 10% de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el 25% de los trabajadores».

⁵⁰ Dice así el apartado 10: «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 expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos».

relación laboral en vía de concurso lo que, también, indica la norma reformada al decir que «el auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos».

Finalmente, la nueva norma dice que la resolución que acuerde la suspensión debe ser notificada a la administración concursal y a los tribunales en los que penden los procesos individuales, pero ¿quiénes lo hacen? Se pretende un tratamiento unívoco pero no se evitan las estrategias.

Como puede comprobarse todos estos problemas con la nueva reforma se han superado, aunque posiblemente surgirán otros porque la perfección no existe y menos en materia legislativa⁵¹.

1. DETERMINACIÓN DE LOS UMBRALES

Por el momento y con la regulación anterior, la principal cuestión que ha suscitado este apartado está en relación con la determinación de los umbrales que convierte a la acción en colectiva y, por ende, la competencia jurisdiccional que corresponde. En efecto, para alguna doctrina judicial el número de trabajadores a computar se obtenía de las solicitudes de extinción planteadas tras la declaración del concurso y no las anteriores⁵², mientras que otros órganos judiciales consideraban que cuando el artículo 64.10 de la LC impone un momento determinado –«desde la declaración del concurso»– se está refiriendo al número de trabajadores afectados, incluso si sus pretensiones fueran anteriores a la declaración del concurso, aunque ello no implica que esas acciones anteriores deban revertir a la jurisdicción mercantil ya que debe estarse al momento de presentación de la demanda en relación con la declaración del concurso, de forma que «a consecuencia de la *perpetuatio iurisdictionis*, los juicios anteriores a la declaración de concurso son siempre competencia de la jurisdicción social, sin perjuicio de que los posteriores... puedan derivar en competencia de la jurisdicción mercantil si se superan –computando, en su caso, tanto los juicios anteriores a la declaración del concurso como los juicios posteriores a la declaración del concurso– los umbrales establecidos en el artículo 64.10 de la ley concursal...»⁵³.

Igualmente se ha cuestionado el momento último idóneo para computar esas solicitudes, siendo marcado el del acto de juicio oral, porque la sentencia que resuelva el proceso es «dictada

⁵¹ Buen ejemplo de ello ha sido la litigiosidad resuelta por el TSJ del País Vasco de manera variopinta: a) STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012, rec. núm. 1576/2012; b) STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2012, rec. núm. 2268/2012; c) STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2012, rec. núm. 2750/2012; d) STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2013, rec. núm. 272/2013; e) STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2013, rec. núm. 176/2013; f) STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2013, rec. núm. 563/2013; g) STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 2013, rec. núm. 1834/2013; h) STS, Sala 4.ª, de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 750/2013, e i) STSJ del País Vasco de 1 de abril de 2014, rec. núm. 535/2014, entre otras.

⁵² STSJ de Andalucía/Sevilla de 29 de marzo de 2011, rec. núm. 3340/2010 y STSJ de Madrid de 3 de febrero del 2009, rec. núm. 5610/2008.

⁵³ Así lo recuerdan las SSTSJ de Galicia de 30 de mayo y 9 de junio del 2011, rec. núm. 460/2011 y rec. núm. 961/2011.

con base en los datos existentes y conocidos al momento de celebrarse la vista oral (únicos sobre los que las partes contendientes pudieron ejercer su derecho de defensa)»⁵⁴.

Cuando es toda la plantilla se ha dicho que no es exigible un número mínimo de trabajadores afectados⁵⁵, en el concurso, a diferencia de lo que acontece en el expediente de regulación de empleo administrativo.

Otra cuestión distinta es si esas demandas anteriores a la declaración del concurso, aunque se entendieran que se integran en los umbrales de cómputo, se deben acumular al expediente de concurso, lo que no es factible por cuanto que tal efecto no se desprende del artículo 64.10 de la LC que tan solo se refiere a número de trabajadores que plantean acción extintiva a efectos de que el juez del concurso recabe la competencia de las que se susciten a partir de la declaración concursal⁵⁶.

El objeto de estas extinciones colectivas solo puede ser el incumplimiento previsto en el artículo 50 del ET no pudiendo introducirse otros distintos⁵⁷.

La Ley 38/2011 retoca el artículo 64.10 de la LC y suprime el número mínimo para que tengan carácter colectivo. A diferencia de los artículos 51, 47 y 41 del ET.

2. SOLICITUD Y COMPETENCIA

Están legitimados los trabajadores individuales en relación con las acciones del artículo 50.1 b) del ET que deban calificarse de colectivas⁵⁸. También la STSJ de Galicia, de 27 de mayo de 2011, rec. núm. 2849/2011, dice que el juicio de extinción social se seguirá tramitando hasta la firmeza de la sentencia, a la vista de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LC.

En orden a la determinación de la competencia, se viene admitiendo, con carácter general, que las partes legitimadas pueden iniciar un expediente de extinción colectiva sin que esa iniciativa venga impedida por la existencia de procesos judiciales sociales. Del mismo modo, que el ex-

⁵⁴ STSJ del País Vasco, 18 de enero del 2011, rec. núm. 2709/2010, en que se aprecia la falta de jurisdicción del orden social porque el número de solicitudes, al momento del acto de juicio, superaba los umbrales que marca la LC, aunque desistieran de su acción, con posterioridad a ese momento judicial, dos trabajadores que, de haberlo realizado con anterioridad, hubiera provocado que el orden social fuera el competente.

⁵⁵ AJM núm. 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005, asunto 51/2005.

⁵⁶ STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2011, rec. núm. 2849/2011, lo que significa que el juicio de extinción social se seguirá tramitando hasta la firmeza de la sentencia, a la vista de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LC.

⁵⁷ STSJ del País Vasco de 16 de marzo del 2010, rec. núm. 3239/2009, que declara la competencia del orden social para resolver un despido tácito, por falta de ocupación efectiva, que en la instancia se había derivado hacia el juez del concurso por entender que era una acción colectiva de extinción.

⁵⁸ AJM núm. 1 de Madrid de 8 de noviembre de 2006, asunto 674/1005.

pediente de extinción colectiva no puede impedir la efectividad de aquellos. Así lo señala la STSJ de Galicia, de 30 de mayo de 2011, rec. núm. 460/2011 que, respecto de una acción de extinción al amparo del artículo 50.1 b) del ET planteada por un grupo de trabajadores, anterior a la declaración de concurso, en la que el juez de lo social había declarado la competencia del juez mercantil, la sala de suplicación entiende que la competencia es del orden social, aunque afirmando que la firmeza del auto de extinción colectiva del juez mercantil no impide examinar aquellas cuestiones que no hayan sido objeto del auto de extinción, dando lugar a indemnizaciones mayores si el despido es declarado improcedente o resuelto el contrato por incumplimiento empresarial, «únicamente con la matización de que, al haberse producido la intersección de una causa sobrevenida de extinción del contrato de trabajo durante la tramitación del juicio social –como es el auto de extinción colectiva del juez de lo mercantil–, ello se tenga en cuenta a los efectos oportunos –como, por ejemplo, la imposibilidad de apreciar la readmisión obligatoria o la limitación de los salarios de tramitación...»⁵⁹.

3. FALTA DE ACCIÓN

Es reiterada la doctrina judicial y jurisprudencial que exige, para poder conocer de la demanda de extinción del contrato por voluntad del trabajador, al amparo del artículo 50 del ET, que la acción se encuentre viva al momento de dictarse sentencia por cuanto que la declaración judicial extintiva es constitutiva⁶⁰. Con la reforma que se ha aprobado, las acciones planteadas antes de la solicitud del concurso serán las únicas a las que habrá de aplicarse esta doctrina dado que las posteriores quedarán en suspenso.

En relación con los despidos colectivos, objeto de un expediente de regulación de empleo, es también conocido el criterio jurisprudencial según el cual el ejercicio de la acción del artículo 50 del ET «es posible aunque se haya iniciado un expediente de regulación de empleo por crisis económica, dado que "el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el artículo 51 del ET, mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a estos les otorga el artículo 50»⁶¹.

⁵⁹ No obstante, y aunque el tema que allí se planteaba era relativo a la competencia del juez de lo social, por lo que se refiere a la acción planteada se debe señalar que la sentencia de lo social se dictó antes del auto de extinción de la relación laboral que ni tan siquiera era firma al momento en que se dicta la sentencia de suplicación.

⁶⁰ Así nos lo recuerdan las SSTS 22 de mayo de 2000, rec. num. 2180/1999, y de 26 de octubre de 2010, rec. núm. 471/2010. Igualmente, recordamos la STS de 25 de enero de 2007, rec. núm. 2851/2005, en la que se establecen los criterios en caso de la acción con la del despido.

⁶¹ STS de 5 de abril de 2001, rec. núm. 2194/2000, en la que se sigue afirmando que «ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica [...], de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de "excepción de litispendencia" en el proceso judicial instado por los trabajadores por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario»; y que «en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de

Pues bien, esas consideraciones jurisprudenciales son trasladables a los supuestos de concurso y solo cuando la relación laboral no se encuentre extinguida por auto firme del juez mercantil, podrá ser examinada la causa extintiva invocada por el trabajador al amparo del artículo 50 del ET. Esta doctrina es la que mantiene la Sala 4.^a del TS, en un supuesto en el que la extinción colectiva fue acordada por resolución del juez mercantil que autorizó el acuerdo colectivo al que se llegó con los representantes de los trabajadores en el ámbito del concurso⁶².

Por otro lado, tampoco el juez del concurso puede acordar una decisión de extinción contractual, vía artículo 64.10 de la LC, si la misma no se ha solicitado por los trabajadores individuales.

4. VALORACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN SITUACIÓN DE CONCURSO DEL ARTÍCULO 50.1 B) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Otra cuestión importante en las extinciones al amparo del artículo 50.1 b) del ET (pues también caben otras del mismo art. 50), en vía de concurso, es la valoración de incumplimiento y el momento que debe tomarse a tal efecto.

Así, y en tanto a la actual regulación que la restringe al impago o retraso en el pago del salario, respecto del incumplimiento basta con acudir a la jurisprudencia que nos dice que «es indiferente dentro del artículo 50 que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial» y sigue diciendo esa jurisprudencia que «... en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta empresarial, solución esta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho»⁶³, de tal forma que una situación económica negativa no impide, sin más, aplicar la causa extintiva del artículo 50.1 b) del ET⁶⁴.

la aludida demanda y, por ende, para que el Juzgado dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla, a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso... y la acomodación o no a derecho de sus pretensiones, fundamentalmente si se parte de la inhabitual situación que se ha producido al solicitar una extinción por la vía del art. 50 del ET cuando existe una previa solicitud que persigue igual finalidad con amparo en el art. 51 del propio Estatuto».

⁶² STS de 11 de julio de 2011, rec. núm. 3334/2010, en la que se declara la falta de acción respecto del ejercicio de unas acciones individuales de extinción, con base en el artículo 50.1 b) del ET, al haberse extinguido ya la relación laboral, al momento de dictarse sentencia en el proceso social, en virtud del auto dictado en el expediente de extinción colectiva concursal. Doctrina que también aplica la sala a los supuestos en que la extinción colectiva se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo autorizado administrativamente (STS de 26 de octubre de 2010, rec. núm. 471/2010).

⁶³ STS de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 294/2008.

⁶⁴ STSJ del País Vasco rec. núm. 2762/2006, 2171/2006, 343/2007, 3019/2008, 2251/2009, 1747/2010, 2329/2010, 2748/2010 y 3013/2011.

En relación con el momento que debe tomarse para calificar el incumplimiento empresarial y su gravedad, se entiende que debe estarse al del acto de juicio, por ser entonces cuando se concretan las alegaciones en derecho⁶⁵.

5. INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE 20 DÍAS

Ha sido una controversia importante la de determinar el importe indemnizatorio que debe aplicarse en estos casos en los que la vía del artículo 50.1 b) del ET es colectiva y, por tanto, tramitada ante el juez del concurso como expediente de extinción colectiva. Los criterios judiciales eran contradictorios y, por fin, la jurisprudencia lo ha resuelto afirmando que la indemnización que corresponde acordar en extinción colectiva, al amparo del artículo 50.1 b) del ET, es la de 20 días y no 45^{66 67}.

Por lo que se refiere a la calificación como crédito contra la masa de la indemnización por extinción del contrato al amparo del artículo 50 del ET, en virtud de sentencia laboral, resulta interesante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, de 28 de enero de 2008, Asunto 257/2009.

⁶⁵ STSJ de Castilla-León/Valladolid de 4 de marzo de 2011, rec. núm. 30/2011.

⁶⁶ STSJ del País Vasco de 20 de diciembre de 2011, rec. núm. 2049 a 2052. Así, se ha dicho que «... La disyuntiva ha de ser resuelta en el sentido de que la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también el monto de la indemnización. Tras el Auto de declaración de concurso, la situación de concurso de la empresa no solo provoca la competencia del Juez del concurso para el control y autorización de la extinción, sino que tiene efectos sustantivos en la misma y, al remitirlo al del artículo 51.8 del ET, transforma el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de extinción contractual.

Si el legislador ha incluido estas extinciones entre los llamados expedientes judiciales (o concursales) de regulación de empleo, competencia del juez del concurso, lo ha hecho porque la causa en la que inicialmente se sustentan –el incumplimiento de la obligación del abono del salario– está íntimamente ligada a la situación de la empresa, y tanto estas extinciones como las que resulten del despido colectivo habrán de ser valoradas desde la perspectiva del aseguramiento de la viabilidad de la empresa y del gravamen que las indemnizaciones representen en la continuidad de la misma. La finalidad de esa transformación es eludir la solución individual de un problema que tiene incidencia colectiva y que, de tratarse individualmente, incrementa las cargas sobre la masa del concurso. De ahí que solo quepa excluir aquellas extinciones contractuales que no alcancen los umbrales, porque ello significará que la situación de impago no tiene visos de generalidad. Para ellas se mantiene la competencia del juez de lo Social (ATS Sala de Conflictos de 21 y 22 de junio y 30 de noviembre de 2007), sin perjuicio de que su ulterior ejecución corresponda al juez del concurso».

⁶⁷ STS de 13 de abril de 2011, rec. núm. 2149/2010, que unifica doctrina, y mantiene el *obiter dicta* que se recogía en la sentencia de 22 de diciembre de 2008, tal y como apunta la propia resolución. Como indica «la extinción de los contratos al amparo del artículo 50.1 b) del ET que se produce en el marco del concurso, como extinción colectiva, participa de todas las notas de las extinciones objetivas del artículo 51 del ET: no solo de la objetivización de la causa, sino del procedimiento de consultas y de la consideración de la razonabilidad en caso de que no se alcance acuerdo (pues el art. 64.7 remite a la legislación laboral en los casos en que sea el juez del concurso el que haya de decidir la extinción sin acuerdo previo)».