

ASPECTOS LABORALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES, ESPECIAL REFERENCIA A LA EXTINCIÓN COLECTIVA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

RICARDO LABORDA FERRER

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro GONZÁLEZ GALLARDO, don Salvador DEL REY GUANTER, don Fidel FERRERAS ALONSO, doña María Luisa SEGOVIANO AS-TABURUAGA, doña Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA y don Fernando VALDÉS DAL-RÉ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

TRANSCURRIDOS más de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el presente trabajo tiene por objeto realizar un recorrido por los principales problemas que la misma ha planteado en el ámbito laboral, especialmente en la extinción colectiva de los contratos de trabajo. El presente trabajo tiene una vocación eminentemente práctica, y en este sentido se trata de recopilar las principales sentencias y autos, huyendo, en la medida de lo posible, de criterios doctrinales. Se trata, en todo caso, de una materia difícil, en la que confluyen dos ramas del Derecho, la social y la mercantil, basadas en principios distintos, lo que complica, aún más, la interpretación de la misma, y que particularmente para los laboristas resulta especialmente compleja. No cabe duda, sin embargo, de su importancia actual, debido al notable incremento del número de concursos, y con ello, del creciente número de extinciones colectivas de contratos de trabajo, que se tramitan conforme a la normativa concursal.

Palabras clave: procesos concursales, extinción, modificación o suspensión colectivas de contratos de trabajo, personal de alta dirección y créditos laborales.

WORK ASPECTS OF THE BANKRUPTCY PROCESS, FOCUSING ON THE COLLECTIVE TERMINATION OF CONTRACTS OF EMPLOYMENT

RICARDO LABORDA FERRER

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro GONZÁLEZ GALLARDO, don Salvador DEL REY GUANTER, don Fidel FERRERAS ALONSO, doña María Luisa SEGOVIANO AS-TABURUAGA, doña Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA y don Fernando VALDÉS DAL-RÉ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

HAVING passed more than five years from the implementation of the Insolvency Law, the current study aims to look over the main problems that this law has raised in the work environment, specially in the collective termination of the contracts of employment. This paper is mainly practical and, for this purpose, an attempt has been made to compile the more significant rulings and writs, avoiding, as far as possible, the doctrinal criteria. This is a hard issue that binds both social and commercial law, disciplines which are based on different principles. That makes the interpretation of the law much more difficult, specially for the lawyers specializing in labour law. However, there is no doubt about its importance nowadays, due to the noteworthy increase in the number of bankruptcy processes, which turns into an increase in the number of collective terminations of contracts ruled by insolvency regulations.

Keywords: bankruptcy processes, collective termination, modification or suspension of contracts of employment, top management personnel and work credits.

Sumario

Introducción

- I. Principio de continuidad de empresa.
- II. Extinción colectiva de los contratos de trabajo.
 1. Competencia.
 2. Sujetos legitimados.
 3. Momento de presentación.
 4. Carácter colectivo de la extinción.
 5. Documentación y causas motivadoras.
 6. Inicio del periodo de consultas.
 7. Partes negociadoras.
 8. Contenido de la negociación.
 9. Finalización del periodo de consultas.
 10. Informe de la autoridad laboral.
 11. Resolución del procedimiento.
 12. Efectos del auto.
 13. Recursos contra el auto de extinción.
- III. Suspensión de los contratos de trabajo.
- IV. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- V. Personal de alta dirección.
- VI. Transformación en colectivas de las acciones individuales.
- VII. Clasificación de los créditos laborales.
- VIII. Sucesión y concurso.
- IX. Ejecución separada laboral.

INTRODUCCIÓN

En la actual coyuntura económica, que no cabe sino calificar como de crisis, se ha producido un notable incremento del número de concursos de acreedores; así, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el tercer trimestre de 2008 el número de deudores concursados asciende a 764, lo cual supone un incremento del 263,8% respecto del mismo periodo del ejercicio anterior. Por todo lo cual se hace especialmente relevante analizar las consecuencias que dicho procedimiento tiene respecto de los derechos de los trabajadores, y en particular las modificaciones que en dicha materia se introducen por la Ley 22/2003, de 9 de julio, con especial atención a la suspensión, modificación y extinción colectiva de los contratos de trabajo.

En una primera aproximación a la ley, cabe indicar que ésta se dictó en un marco económico completamente distinto al actual, de ahí que contemplara el concurso, más que como un procedimiento de extinción de empresas, como de reestructuración de las mismas, lo que se manifiesta en el principio de continuidad de empresa y en la preferencia del convenio como solución normal del concurso. No obstante, la realidad ha demostrado, en contra de la pretensión del Legislativo, que es la liquidación el resultado normal concurso, y con ella la extinción de los contratos de los trabajadores.

I. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE EMPRESA

La Ley Concursal (en adelante LC) recoge este principio en su artículo 44, en cuyo apartado 1.º establece que: «La declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor» y, consecuentemente con dicha declaración el artículo 61.2 de la LC señala que la declaración del concurso no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Ello supone, en lo que aquí nos interesa, que los contratos de trabajo continúan vigentes, generando todos los derechos y obligaciones que les son propios. No obstante, ello no quiere decir que la declaración del concurso no afecte a la situación de los trabajadores, más bien al contrario. Así, a partir de dicho momento los créditos laborales se clasificarán y graduarán conforme a la LC: se pierde el privilegio de ejecución separada laboral, se requiere la intervención de los representantes de los trabajadores en una serie de materias que les afectan, se establece un procedimiento especial para la modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo, se establece la posibilidad de la moderar la indemnización por

extinción de los contratos de alta dirección, se limita la responsabilidad por subrogación en materia de sucesión de empresas y venta de una unidad económica que mantenga su identidad en el periodo de liquidación. A todas estas cuestiones iremos haciendo referencia a lo largo del presente trabajo.

Como excepción a este principio de continuidad, el apartado 4 del artículo 44 recoge la posibilidad de que el juez, a solicitud de la administración concursal, y previa audiencia del deudor y de los representantes legales de los trabajadores en la empresa, pueda acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de las que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de ésta. Si estas medidas suponen la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 y en el artículo 64.

Lo primero destacable de dicha medida es que únicamente están legitimados para su solicitud los administradores concursales, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de extinción, modificación y suspensión colectiva de los contratos de trabajo, en que lo están también el propio deudor y los trabajadores a través de sus representantes legales. Por otro lado, habida cuenta de que el único legitimado para su solicitud es la administración concursal, se debe considerar que ésta deberá presentarla una vez realizado el informe a que se refiere el artículo 75 de la LC, momento en que dispone de un conocimiento preciso de la situación de la concursada; no obstante, caben supuestos excepcionales, en los que a la fecha de la declaración del concurso no exista de facto actividad, en que se puede anticipar la solicitud de dicha medida, en particular si consideramos la interpretación que de dicho precepto se ha realizado por los juzgados de lo mercantil, en conexión con el artículo 43 de la LC, como un medio para la conservación de la masa activa, evitando la generación de nuevas deudas contra la misma. Así el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 25 de enero de 2006 «... se entiende conforme al artículo 43.1 de la LC que lo más aconsejable es finalizar con la actividad empresarial, porque la actividad que mantiene es deficitaria, y por lo tanto sólo provoca el incremento de nuevos créditos que, de conformidad con el artículo 84.2.5.º, además, serán contra la masa».

El precepto, por otro lado, distingue dos supuestos, exigiendo en ambos informe del deudor y de los representantes de los trabajadores. El primero cuando no suponga extinción de contratos, en los que el juez sin necesidad de más trámite decidirá mediante auto, y el segundo, cuando implique dicha extinción, en que remite al artículo 64 y, en consecuencia, deberán de cumplirse los procedimientos y plazos allí previstos.

II. EXTINCIÓN COLECTIVA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

1. Competencia.

Como consecuencia de la declaración del concurso se atribuye al juez de lo mercantil la competencia exclusiva para conocer de una serie de materias de carácter laboral y, en concreto, artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 8.2 de la LC: «Las acciones sociales que tengan por obje-

to la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que el empleador sea 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 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 ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral»¹.

En consecuencia con dicha regulación, va a ser el juez del concurso (y no la autoridad laboral) quien autorice o acuerde la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y asimismo será el juez de lo mercantil (y no el empresario tras el periodo de consultas) quien acuerde la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En definitiva, y en lo que respecta concretamente a los expedientes de regulación de empleo (ERE) concursales, el juez de lo mercantil va adoptar la posición que, en los no concursales, corresponde a la autoridad laboral [Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2005: «Conviene precisar que el juez del concurso no ha venido a sustituir en estas competencias al juez de lo social, ya que en la normativa del Estatuto de los Trabajadores (ET), en el caso de las modificaciones de las condiciones de trabajo, la decisión corresponde al empresario (art. 41 del ET), conociendo la jurisdicción social únicamente por vía de recurso, y en el caso de la suspensión o extinción colectiva de las condiciones de trabajo (arts. 47 y 51 del ET), la competencia corresponde a la autoridad laboral].

Dicha previsión se desarrolla en el artículo 64 de la LC, en cuyo número 1 establece que «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, **una vez presentada ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso**, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo»².

El primer aspecto a destacar es que atribuye al juez de lo mercantil la competencia para conocer de dichos expedientes, no desde la fecha del auto de declaración del concurso, sino de la solicitud, lo cual, y desde el punto de vista práctico, puede conllevar múltiples problemas, en los casos en que, presentado un ERE ante la autoridad laboral, se solicite ante el juez de lo mercantil, la declaración de concurso, por cualquiera de los sujetos legitimados para ello, esto es, el deudor o cualquiera de los acreedores, incluyendo entre éstos los trabajadores (en este sentido, el art. 2.4.4.^a de la LC presume la insolvencia del deudor cuando tenga lugar el impago de tres mensualidades de salario).

Por parte de autores mercantilistas³ se considera que si se inicia el expediente ante la autoridad laboral y no se termina antes de la presentación de la solicitud, la competencia se traslada al juez

¹ La LC ha derogado el apartado 10 del artículo 51 que se refería a los expedientes de regulación de empleo en los supuestos de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuación de la actividad empresarial, y en otros supuestos de cese de actividad de la empresa en virtud de decisión judicial. Además, añade el artículo 57 bis, en el que establece que «en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo y de sucesión de empresas, se aplicarán las especialidades previstas en la LC».

² El apartado 1 del artículo 64 ha sido modificado por el artículo 12.1 del Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, atribuyendo al juez del concurso la competencia para conocer de los procedimientos de extinción **exclusivamente desde el auto de declaración del concurso**.

³ José FERNÁNDEZ SEJO y Edmundo ACHUTEGUI, magistrados titulares de juzgados de lo mercantil, en su ponencia «El expediente de Regulación de empleo de las empresas en concurso: tramitación, eficacia de las decisiones adoptada y sistema de recursos».

de lo mercantil, compensándose la evidente demora que ello conlleva con la calificación de los créditos indemnizatorios como créditos contra la masa conforme al artículo 84.2.5.º de la LC.

Tanto esta solución como la contraria plantean múltiples inconvenientes, entre los que cabe destacar los siguientes:

1. El artículo 64.1, como se ha señalado anteriormente, no distingue entre los posibles sujetos legitimados para solicitar el concurso, por lo que, tanto el deudor como los acreedores (particularmente los trabajadores) podrían provocar un cambio de competencia con la simple presentación de la solicitud.
2. En el momento de la solicitud falta uno de los sujetos legitimados por el artículo 64⁴ para llevar a cabo las negociaciones, la administración concursal, ya que, como se expondrá a continuación, el deudor no forma parte de la misma.
3. Si se traslada la competencia al juzgado de lo mercantil, y posteriormente éste no declara el concurso, el expediente se debería remitir nuevamente a la autoridad laboral.
4. En caso de mantenerse la competencia de la autoridad laboral, de haber acuerdo una vez dictado el auto de declaración del concurso, el mismo, conforme al artículo 40.7 de la LC⁵, sería anulable, al haber infringido las limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor.

Se estima, no obstante, que conforme a lo previsto por la LC en su artículo 51 para los juicios declarativos en tramitación en el momento de la declaración del concurso, y en el artículo 52 para los procedimientos arbitrales, en los que se establece que éstos continuarán hasta la sentencia, regulando, además, la sustitución o autorización del deudor por la administración concursal según tenga éste intervenidas o suspendidas sus facultades de administración, se debería continuar el procedimiento hasta su resolución en aplicación de estos mismos criterios, con la intervención que corresponda de la administración concursal desde el momento del auto de declaración, y la consiguiente limitación de las facultades patrimoniales del deudor⁶. Una solución similar se ha adoptado en relación al artículo 64.10 de la LC, en la que se prevé la transformación en colectivas de las acciones individuales planteadas al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET) cuando alcancen determinados umbrales numéricos, para los que la sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 30 de noviembre del 2007 ha mantenido la competencia de la jurisdicción social, respecto de las demandas planteadas con anterioridad a la declaración del concurso.

Se debe, por último, indicar que por parte de la autoridad laboral, en casos como el expuesto, se ha remitido el expediente al juzgado de lo mercantil, en aras a una mayor seguridad jurídica, pero,

⁴ Conforme al artículo 21.2 de la LC es el auto de declaración del concurso es el que procede al nombramiento y determinación de las facultades de los administradores concursales, debiendo los designados conforme al artículo 29.1 de la LC comparecer en el plazo de 5 días para manifestar si acepta o no el cargo.

⁵ En dicho precepto se establece que los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas a sus facultades patrimoniales sólo podrán ser anulados por la administración concursal y cuando ésta no los hubiere convalidado o confirmado.

⁶ Como regla general el artículo 40 de la LC establece que en caso de concurso voluntario se intervendrán las facultades del deudor y se suspenderán en caso de concurso necesario.

en todo caso, no existe un criterio definido, y dependerá, en cada caso, de lo que decida la autoridad laboral competente para conocer del expediente.

2. Sujetos legitimados.

De conformidad con el apartado 2 del artículo 64 de la LC están legitimados para iniciar el expediente la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

Con respecto a dicho apartado únicamente se deben hacer dos precisiones:

- a) Se concede la legitimación para su solicitud al deudor independientemente de cuál sea la limitación de sus facultades de administración conforme al artículo 40 de la LC, esto es, suspensión o intervención. Resulta en todo caso paradójico que, estando legitimado para la solicitud, no participe con posterioridad en las negociaciones.
- b) En relación con los trabajadores, atribuye la legitimación a la representación legal de éstos. Habrá que considerar que dicha representación la constituyen los delegados de personal y comités de empresa, debiendo incluir, también, a los delegados sindicales.

3. Momento de presentación.

En relación con el momento en que debe presentarse dicha solicitud, el artículo 64.3 señala que sólo se puede solicitar una vez emitido el informe de la administración concursal, con una excepción: que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de la declaración del concurso.

Se debe destacar que la posibilidad de anticipación de la petición viene condicionada a que quede «comprometida la viabilidad futura de la empresa», viabilidad que no cabe confundir con la viabilidad del concurso (satisfacción de los acreedores y conservación de masa activa), y por lo tanto plantea dudas la anticipación de dicha petición en aquellos supuestos en los que se solicita la extinción de la totalidad de las relaciones laborales y consiguientemente el cierre de la empresa; no obstante, se debe tener en cuenta que, en los ERE no concursales, se ha admitido dicha posibilidad, al entender que, en aquellos casos en que resulta inviable la actividad empresarial, la conexión entre la extinción de la totalidad de la plantilla y la superación de una situación económica negativa se encuentra en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta (STS de 14 de junio de 1996). En consecuencia, y en términos análogos a los señalados para el artículo 44.4 (referido al de cierre de empresa), se ha aceptado dicha extinción de la totalidad de la plantilla presentada con anterioridad del informe de la administración concursal, como medio para evitar mayores perjuicios para la masa mediante la generación de nuevos créditos contra la misma, e incluso a los propios trabajadores, ante

la posibilidad cierta de que la empresa no pueda hacer frente a sus salarios (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2005 ⁷).

A lo expuesto se debe añadir que la LC también prevé la necesidad de iniciar este procedimiento en los casos en los que el plan de liquidación conlleve la extinción de las relaciones laborales; así, el artículo 148.4 establece que cuando las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del mismo deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley.

No obstante, no se debe olvidar la preferencia de la LC por la venta de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas como un todo (art. 149.1.1.ª LC), añadiendo (art. 149.2) que cuando dicha entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará a efectos laborales que existe sucesión (sin perjuicio de la limitación de responsabilidad que puede establecer el juez, excluyendo la subrogación respecto de la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sean asumidas por el FOGASA de conformidad con el artículo 32 del ET).

4. Carácter colectivo de la extinción.

Tal y como se ha expuesto, el presente procedimiento se encuentra previsto para las extinciones colectivas y en un primer momento habrá de examinarse si las extinciones propuestas tienen tal carácter. Como se ha indicado, el juez de lo mercantil viene a ocupar en este expediente la posición que en los ERE no concursales corresponde a la autoridad laboral, y por lo tanto habrá que pensar que será competente para conocer de dichas extinciones en los mismos casos que lo es la autoridad laboral; para determinar éstos debemos acudir al artículo 51 del ET, en los que se consideran como tal los que en un periodo de 90 días afecten a 10 trabajadores en las empresas de menos de 100, el 10% en las empresas con plantilla entre 100 y 300 y 30 trabajadores, en las empresas con más de 300, añadiendo a los anteriores los supuestos de extinción de la totalidad de la plantilla que conlleve la cesación de la actividad empresarial si su número es superior a cinco. En el caso de que no se alcancen dichos umbrales numéricos habrá que concluir que será la administración del concurso o el propio deudor con la intervención de ésta quien deberá proceder al despido objetivo de los trabajadores, siendo revisable dicha decisión por la Jurisdicción Social.

No obstante, dicho criterio no siempre ha sido aceptado por los juzgados de lo mercantil, ya que, particularmente en un supuesto de extinción de la totalidad de la plantilla, se ha reconocido competente para la tramitación de los mismos, al considerar aplicable, también a estos casos, el artículo 64.10 referido a la calificación como colectivas de las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1 b) del ET, en el cual se califican, en todo caso como tales, las que afecten a la totalidad de la plantilla cualquiera que sea el número de trabajadores. Así lo han reconocido diversas sentencias, destacando la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de septiembre de 2008,

⁷ El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, añade la posibilidad de anticipar la solicitud cuando la demora pueda causar un perjuicio grave a los trabajadores.

en la que se estima el recurso de suplicación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, en el que se declaraba incompetente al ser el número de extinciones inferior a seis, con base en la siguiente argumentación: frente a las afirmaciones de la parte recurrente, en la aplicación del *artículo 52 del ET* que pretende al ser el número de trabajadores afectados inferior a seis prevalece la norma específica del *artículo 64 de la LC*, en la que la resolución de los contratos no está condicionada por el número de trabajadores que resulten afectados, sino que en atención a la situación de insolvencia de la empresa, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados tendrá la consideración de extinción colectiva, por disponerlo así el *artículo 64 n.º 10 de la repetida LC*, siendo competente para acordar tal extinción el juzgado de lo mercantil en razón a la fuerza atractiva que la *ley le atribuye en su artículo 8.2* ⁸.

Debiendo añadir que en los casos en que las extinciones no afectan a la totalidad de la plantilla, los umbrales numéricos coinciden en ambos preceptos, a excepción de las empresas de más de 300 trabajadores, en las cuales para la calificación del despido como colectivo el ET exige que afecte a 30 trabajadores, y la LC al 25% de los trabajadores, por lo cual, aplicando los criterios anteriores, y salvo en este último caso, coincidirán, en el ámbito administrativo y concursal, la calificación del despido como colectivo (en este sentido, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 3 de enero de 2006, que se declara incompetente para conocer de un expediente de extinción que afecta a cuatro de los seis trabajadores de la empresa, al no alcanzarse los umbrales numéricos del art. 51 del ET).

Una cuestión más que puede plantearse con respecto a la procedencia o no de abrir el proceso de extinción de los contratos de trabajo, puede acontecer cuando el auto de declaración del concurso ha sido objeto de recurso de reposición, recurso que puede haber sido presentado, incluso, por los propios trabajadores, que legítimamente pueden considerar perjudicial para sus intereses la tramitación del ERE por la vía concursal y no por la administrativa (el art. 20.3 legitima para recurrir el auto de declaración del concurso al deudor que no lo hubiere solicitado y a cualquier persona que acredite interés legítimo). En este caso la LC únicamente prevé la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas por un recurso de apelación, por lo que la existencia de un recurso de reposición frente al auto no impide la tramitación de la solicitud de extinción colectiva, con la única salvedad de que, evidentemente, el recurso frente al auto de extinción debe dictarse previamente al auto de autorización de la extinción, por las consecuencias que podrían derivarse en caso de decidirse la extinción y dejarse posteriormente sin efecto la declaración del concurso (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007). En este sentido cabe destacar que frente al auto de estimación o desestimación de la solicitud del concurso sólo cabe recurso de apelación y conforme al artículo 20.3 de la LC éste no tendrá efecto suspensivo. Frente a los demás pronunciamientos contenidos en el auto cabrá recurso de reposición, a lo que añade el artículo 21.2 de la LC que el auto de declaración del concurso tendrá efectos de inmediato.

5. Documentación y causas motivadoras.

Conforme al artículo 64.4 de la LC, la solicitud debe exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con

⁸ En igual sentido, Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005.

éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. En una primera aproximación se puede indicar que el artículo 64.4 de la LC se expresa en términos similares, aunque no idénticos, al artículo 51.1 del ET, ya que en la primera no se hace referencia alguna a que dichas medidas deban contribuir a superar la situación económica negativa, ya que dicha contribución resultaría inalcanzable en la mayoría de los concursos, particularmente en todos aquellos que finalizan en liquidación.

En cuanto a la documentación, no se especifica cuál debe ser ésta, a diferencia de los ERE no concursales, en los cuales dicha documentación aparece enumerada en el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero. En el procedimiento concursal hay que considerar que tendrá una importancia muy relevante el informe de la administración concursal, y sólo cuando se solicite la medida antes de su emisión será especialmente importante la aportación de los documentos que acrediten que la demora en la aplicación de las medidas compromete la viabilidad de la empresa. En cualquier caso, es posible afirmar que a diferencia de la autoridad laboral, el juez de lo mercantil dispone de un conocimiento mucho más preciso de la situación económica y patrimonial de la empresa⁹.

En todo caso, se deberá aportar la documentación suficiente acreditativa de la necesidad de la medida solicitada, no debiendo considerar como causa suficiente la simple declaración del concurso, ya que conforme al artículo 2.3 de la LC, en caso de solicitud del deudor, la insolvencia puede ser actual o inminente, y no conlleva necesariamente un desequilibrio patrimonial, sino la simple imposibilidad de hacer frente a las obligaciones en el momento de su vencimiento, por lo que deberá justificarse la medida en que dicha situación afecta a las relaciones laborales y los objetivos que con la extinción se pretenden alcanzar.

Resulta materia objeto de discusión si la solicitud deberá especificar las causas concretas del artículo 51 del ET en la cual se funda, esto es, económica, organizativa, técnica o de producción, o si la simple existencia del auto de declaración del concurso, que pone de manifiesto la concurrencia de una situación de insolvencia, resulta suficiente para justificar la medida, en este sentido y con base en la remisión genérica que el artículo 64.11 realiza a la legislación laboral. La solicitud deberá especificar la incidencia de la situación de insolvencia en las relaciones laborales y la documentación que, en términos estrictamente laborales, acredite la realidad de la situación alegada.

A la hora de valorar la documentación que debe acompañar la solicitud, se deben tener en cuenta dos consideraciones:

- a) En primer lugar, si por parte de la administración concursal se ha emitido el correspondiente informe, ya que, de ser así, en el mismo queda reflejada la realidad de la situación económica y financiera de la empresa¹⁰. De presentarse la solicitud con anterioridad al informe, se deberá acompañar la documentación que permita a los no solicitantes y partes en dicho

⁹ Ignacio GARCÍA PERROTE ESCARPÍN «El procedimiento concursal y las medidas laborales».

¹⁰ El contenido de dicho informe se especifica en el artículo 75 de la LC y deberá comprender un análisis de los datos y circunstancias expresados por el deudor en la memoria, estado de la contabilidad y juicio sobre las cuentas, memoria de las principales decisiones de la administración concursal, y exposición motivada de la situación patrimonial del deudor.

procedimiento conocer la situación económica de la empresa (balances, cuentas de resultados, informes de auditoría y cuentas consolidadas, si proceden ¹¹).

- b) En segundo lugar, se debe tener en cuenta que dicho procedimiento se tramita en pieza separada y que frente al auto que resuelve el mismo cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, por lo que en el mismo deberá figurar toda la documentación que permita resolver sobre el mismo, tanto en primera instancia como en suplicación.

Si bien, recogido en otro apartado del artículo 64, en concreto en el 5, se establece la obligatoriedad de que cuando la empresa afecte a más de 50 trabajadores venga acompañada de «un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo». Previsión similar a la contenida en el artículo 51.4, en la que se recoge la obligación de acompañar un plan sobre la posibilidad de evitar o reducir los efectos y las medidas tendentes a atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados.

6. Inicio del periodo de consultas.

El juez del concurso, recibida la solicitud, decidirá mediante auto la admisión o inadmisión de la misma; si bien la LC no recoge dicha posibilidad de inadmisión, habrá que entender que, si la ley establece unos requisitos de legitimación, de tiempo (emitido el informe de la administración concursal) y de contenido, el juez deberá valorar la concurrencia de todos ellos, y en su ausencia, inadmitir la solicitud, ello sin perjuicio de que si los defectos apreciados son subsanables se conceda un plazo para su cumplimiento (art. 231 de la LEC). Contra dicho auto cabrá recurso de reposición (art. 197 de la LC).

Conforme al artículo 64.5 de la LC, recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales o a 15, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

La primera diferencia que podemos apreciar en relación con el artículo 51 del ET es que en éste el periodo de negociación tiene carácter de mínimo, y sin embargo en la LC es de máximo; no obstante, se debe realizar una interpretación lo más flexible posible en vistas a la conclusión de un acuerdo. En este sentido se ha admitido el acuerdo alcanzado por las partes una vez finalizado el periodo de consultas (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, y Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 21 de abril de 2005 ¹²).

¹¹ No cabe olvidar que lo que la LC contempla como regla general constituye la excepción en la práctica, y lo cierto es que en muchas ocasiones la solicitud se presenta antes del informe, e incluso conjuntamente con la solicitud del concurso por el deudor. El plazo para la emisión del informe es de dos meses desde la aceptación de dos de ellos, prorrogable un mes más (art. 74 de la LC), que se reduce a un mes y una posible prórroga de 15 días en el procedimiento abreviado (art. 191 de la LC).

¹² Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005: si bien en el presente caso el acuerdo no ha sido adoptado en el periodo de consultas sino con posterioridad a su conclusión, no se considera que este extremo sea un óbice

Del mismo modo se ha dado validez al acuerdo alcanzado por la administración concursal con anterioridad a la iniciación del periodo de consultas, en cuyo caso el juez de lo mercantil debe recabar informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 8 de noviembre de 2006: «Se aporta a los autos un acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la administración concursal de la entidad Sistelcom Telemensaje, SA, sin que tal periodo de consultas haya sido convocado, debemos proceder, de acuerdo con lo previsto en el art. 64.6 de la LC a recabar el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, el cual deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días, el cuyo periodo la autoridad informante podrá oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores»).

7. Partes negociadoras.

Se debe destacar que el deudor no participa en el proceso negociador, ni siquiera en el supuesto de que haya sido él quien haya solicitado la medida, aunque en la práctica resulta habitual que participe en la misma, ya que en última instancia va ser el responsable del abono de la indemnización que se pacte (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 8 de mayo de 2006, en el que se indica: «Para comenzar, hay que señalar que el art. 64.5 de la LC sólo obliga a evacuar el periodo de consultas a administración concursal y representantes de los trabajadores. No es necesario, según tal norma, la participación de la concursada, aunque sea sin duda útil, en tanto que en definitiva será ésta la que abone la indemnización. Otro tanto sucede en el art. 64.6 de la LC, que limita a trabajadores y administración concursal el deber de negociar de buena fe. Y son estos protagonistas, según el segundo párrafo de ese apartado 6 del art. 64, los que comunican el eventual acuerdo al juzgado»). En idéntico sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 18 de octubre de 2007, en el que señala que «... La característica de este procedimiento, hartamente criticable, es que deja fuera del mismo a la Concursada, a la instituciones públicas que puedan estar afectadas, como el Fondo de Garantía Salarial o a los trabajadores individualmente considerados».

El objeto de la negociación, y ante el silencio de la LC, será el mismo que recoge el apartado 4 del artículo 51 del ET, esto es, deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

En cuanto a la determinación de las partes negociadoras, la LC contempla como tales a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, considerando como tal «a la prevista en el ET en sus artículos 61 y ss. (Delegados de Personal y Comités de Empresa) y delegados sindicales de conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical» (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 18 de octubre de 2007).

ce para su validez, teniendo en cuenta que la regulación del expediente contenida en el artículo 64 promueve e incita su solución convenida y que, en todo caso, el acuerdo ha sido adoptado con anterioridad a la emisión del informe por parte de la autoridad laboral y previamente a la conclusión del plazo para su emisión, por lo que todavía no había finalizado el trámite procesal previo a la resolución judicial, por lo que en nada afecta a su virtualidad.

En aquellas empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, y conforme a lo dispuesto en el artículo 64.11 de la LC (en todo lo no previsto se aplicará la legislación laboral), se podrían designar representantes por los trabajadores para dicha negociación, con un máximo de cinco si el número de trabajadores es igual o superior a diez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Es en dicho momento cuando se puede producir la intervención de la Inspección de Trabajo en funciones de mediación; dicha intervención, en concreto en Cataluña, se articula mediante solicitud del juzgado o, en su caso, de cualquiera de las partes negociadoras, a la Jefatura Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con la consiguiente apertura de orden de servicio, y se enmarca dentro de las genéricas funciones de mediación que a la Inspección atribuye el apartado 3.º del artículo 3 de su Ley Ordenadora (Ley 42/1997, de 14 de noviembre). En este sentido, destacar el elevado porcentaje de acuerdos alcanzados con esta mediación. Esta intervención ofrece diversas ventajas, todas ellas referidas a facilitar la conclusión de un acuerdo:

- Puede actuar como interlocutor del juez, que no participa en el proceso negociador (en una primera redacción la ley preveía que fuese el juez de lo mercantil quien dirigiera la negociación), ofreciendo una garantía de que éste se va a desarrollar correctamente, y dentro del marco legal. En este sentido resulta especialmente importante que por parte del inspector actuante se levante acta de cada una de las reuniones celebradas, en la que consten los asuntos tratados, las propuestas de las partes y los acuerdos alcanzados, ya que a través de las mismas el juez de lo mercantil tendrá un conocimiento completo del desarrollo del proceso y de los motivos por los que se ha alcanzado o no el acuerdo.
- La intervención de la Inspección dificulta la apreciación de fraude, dolo o coacción en la conclusión del acuerdo, ya que cabe pensar que nunca admitiría participar en un acuerdo en que hubieran concurrido dichos vicios.
- Como es sabido, la presencia de un tercero ajeno a las partes puede ayudar a la conclusión de acuerdos mediante el acercamiento de posturas y la realización de propuestas susceptibles de ser aceptadas por las partes.
- La Inspección realiza una labor de asesoramiento a las partes en materia laboral, no siempre conocida por los administradores concursales.

8. Contenido de la negociación.

Ante el silencio de la LC, y con fundamento en la remisión que la misma hace, en todo lo no regulado por ella, a la legislación social, cabe entender aplicable el artículo 8 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, antes citado, en cuyo apartado 2 se establece que: «Las consultas realizadas con las representaciones de los trabajadores y las posiciones de las partes interesadas en las mismas deberán reflejarse en una o más actas y, en todo caso, en un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido

examinados». Dichas actas serán un instrumento útil para que el juez de lo mercantil, que no forma parte de la negociación, conozca el contenido de ésta y pueda apreciar si se ha cumplido por las partes el deber de negociar de buena fe que les impone el artículo 64.6 de la LC.

Iniciada la negociación, con o sin la citada mediación, el objeto fundamental de la misma es el de conseguir un acuerdo, cuyo contenido se centra, al margen de otros aspectos a los que luego se hará referencia, en la determinación de la cuantía de la indemnización a percibir por los trabajadores como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo. Cuestión aparentemente superada es la posibilidad de establecer una indemnización superior a los 20 días por año de servicio con el tope de la anualidad, pudiendo aportar a su favor tanto razones prácticas como jurídicas¹³:

- Desde el punto de vista práctico resulta evidente que los trabajadores tienen reconocido dicho mínimo legalmente, y además su importe se encuentra garantizado por el FOGASA, por lo cual no tiene sentido una negociación en la que el máximo a obtener ya está garantizado. No obstante, ello no ha impedido que en determinados concursos haya sido dicha indemnización mínima la fijada en el acuerdo, pero ello se debe, en unos casos, a la ausencia de asesoramiento a los trabajadores, y en otros a la situación de necesidad en que se encuentran, con deudas salariales pendientes, y sin poder percibir prestación de desempleo, con lo cual su máximo interés es terminar con dicha situación.
- Como argumentos jurídicos podemos recoger entre otros los señalados por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006¹⁴ que son, básicamente, los siguientes:
 - Los créditos indemnizatorios son créditos contra la masa, siendo su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, y están guiados por el criterio de oportunidad, bien porque continúe la actividad empresarial bien porque se pueda alcanzar un convenio, o en su caso por la liquidación mercantil.
 - Si bien es cierto que el reconocimiento de créditos superiores no se percibe como algo beneficioso para el resto de acreedores, no existe impedimento legal para ello y la clara opción legislativa por la solución convenida apoya el establecimiento de indemnización por encima del mínimo legal.
 - El artículo 64 no limita los posibles ámbitos de negociación, no ciñe ésta a la extinción o no de las relaciones laborales y al número de trabajadores afectados, fijando como único límite la ausencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho.

¹³ En el ámbito no concursal, no plantea problemas la fijación de una indemnización superior a los 20 días de salario por año de servicio; así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1997, recurso 1063/96; 14 de febrero de 1997, recurso 2667/96, y las anteriores de 19 de junio de 1986, 21 de enero de 1988 y 12 de septiembre de 1989, que afirman que es una indemnización de mínimos la que este artículo expresa, que «no configura normas de derecho necesario absoluto, esto es, normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable».

¹⁴ En idéntico sentido, SSTSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009, de Valencia de 12 de febrero de 2008; Autos del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005, número 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, número 1 de Vitoria de 19 de diciembre de 2005 y número 1 de Bilbao de 8 de mayo de 2006.

Una vez aceptada la posibilidad de pactar una indemnización superior a la mínima legal, se deben analizar los límites de dicho pacto, y las posibles cláusulas a incluir en el mismo:

- En primer lugar, se debe analizar la posible influencia que en la cuantía de la indemnización puede tener la finalización del concurso, esto es, si va a concluir en convenio o liquidación, y en este último caso el grado de satisfacción de las deudas de los demás acreedores. Evidentemente el acuerdo en el que establezca una indemnización excesiva puede hacer imposible el convenio o vaciar de contenido las expectativas de cobro de los acreedores de la masa. En este sentido se ha señalado que la capacidad negociadora de las partes viene limitada por el interés común de los acreedores, y por lo tanto dicho interés deberá ponderarse en la fijación de la indemnización, aunque dicha ponderación no implica que en todo caso la indemnización a percibir deba ser la mínima legal. No obstante, dichas consideraciones no suponen, necesariamente, que la empresa deba de contar con liquidez suficiente para hacer efectiva la indemnización acordada (como se expondrá posteriormente, los créditos indemnizatorios tienen el carácter de créditos contra la masa, y conforme al art. 154 de la LC deben hacerse efectivos a la fecha de su vencimiento). Así lo ha reconocido el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 19 de diciembre de 2005, con base en la siguiente argumentación: «si el concursado se encuentra en estado financiero propio de la insolvencia, y si los créditos contra la masa se pagan al vencimiento según el artículo 154.2 de la LECO, los supuestos en que se podría conseguir un acuerdo de medidas laborales colectivas en el procedimiento concursal serán escasísimos, de abonar la respuesta negativa. No tiene mucho sentido que la norma opte por el acuerdo como objetivo prioritario, en la línea de la autonomía convencional laboral, y sólo encomiende al órgano judicial determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral, a título subsidiario, si salvo supuestos extraordinarios de convenio concursal en que se inserte un acuerdo colectivo con compromisos duraderos más complejos (prejubilaciones, recolocaciones, constitución de fondos de pensiones, etc.), la extinción del contrato de trabajo, en todo caso, derivaría las tasas indemnizatorias legales. No lo tiene tampoco que se perciba posible que las concursadas reúnan numerario bastante para liquidar los despidos de toda la plantilla, salvo la dificultosa financiación adosada a un convenio concursal, o el pago por terceros, en fin, tampoco tiene sentido pensar que, normalmente ya emitido el Informe de la administración concursal y avanzado el procedimiento, no existan créditos contra la masa, y entre tales, los salarios de los trabajadores, pero también las remuneraciones de los administradores concursales, o el precio de los proveedores implicados en una producción de continuidad, etc., de vencimiento y obligación de pago anteriores a las indemnizaciones que corresponden por el despido económico».

A ello se debe añadir que si bien la masa pasiva queda fijada en el momento de la declaración del concurso, la masa activa puede incrementarse como consecuencia de una serie de acciones que prevé la LC, como las acciones de reintegración del artículo 71¹⁵, las posibles responsabilidades de los administradores de hecho o de derecho en el caso de que el concurso sea

¹⁵ En dicho artículo se consideran como rescindibles los actos perjudiciales a la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, recogiendo una presunción *iuris et de iure* (actos de disposición a título gratuito) y dos *iuris tantum* (actos onerosos a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, garantías reales sobre obligaciones preexistentes).

declarado como culpable (art. 172 de la LC ¹⁶), y en general cualquier otra que pueda corresponder al deudor y cuyo ejercicio pueda implicar un incremento de los bienes del mismo.

- Cabe también la posibilidad de que se pacte la indemnización mínima y un incremento de la misma para el caso de que se produzcan determinadas circunstancias (sentencia favorable al deudor, venta de un bien por un determinado precio). La LC, en su artículo 87, apartado 3 señala como supuestos especiales de reconocimiento de crédito los sometidos a condición suspensiva, que serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a los titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro; no obstante, dicho precepto se refiere, evidentemente, a créditos sobre la masa, y no contra la misma, y resulta difícilmente aplicable dicha previsión a esta clase de créditos, en primer lugar porque como señala el artículo 154 de la LC éstos deben hacerse efectivos a la fecha de su vencimiento, si bien no se podrá iniciar la ejecución hasta la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o haya transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que haya tenido lugar una u otra; además, el artículo 84.2.5.º establece que los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenadas por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento. En consecuencia, el abono de dichos créditos con anterioridad al pago de los créditos concursales, debiendo descontarse de la masa activa los bienes y derechos necesarios para su satisfacción, y su reconocimiento por la propia resolución que declara la extinción, por lo que, en dicho momento, tendrá que estar determinada su cuantía, hacen inviable esta opción.

Dicha posibilidad ha sido denegada tanto por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, en Auto de 23 de junio de 2006, posteriormente confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de julio de 2007. En este caso en el acuerdo entre las partes se había pactado un incremento de la indemnización legal para el supuesto de obtener sentencia favorable de la existencia de grupo de empresas en la jurisdicción social, señalando que «No debe admitirse la constitución de obligaciones que excedan de sus posibilidades reales y no se correspondan con su patrimonio, a la vista de que las indemnizaciones son con cargo a la masa (art. 84.2.5.º), y que sólo pueden hacerse efectivas sobre bienes que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 de la LC)». Añadiendo que dicho pacto: «tiene visos de dudosa legalidad, tales como: 1) Las partes de este acuerdo, con esta condición, estarían pactando sobre las obligaciones de un tercero, imponiéndole una obligación de pago y su cuantía, proceder contrario a los principios esenciales del derecho de obligaciones, yendo en contra de sus derechos de audiencia, contradicción y defensa; 2) Lo pactado incidiría en el proceso que se sigue ante la jurisdicción social, imponiendo una cuantía indemnizatoria pactada en un acuerdo homologado judicialmente en otro procedimiento, lo que seguramente tendría la consideración de cosa juzgada; 3) Lo pactado haría que la cuantía de la indemnización que incide en el procedimiento concursal quede pendiente de concreción en tanto no adquiriera firmeza la Sentencia del Juzgado de lo Social número 16, o

¹⁶ Artículo 172.3 de la LC prevé para el caso de liquidación la condena de los administradores de hecho o de derecho y liquidadores de la persona jurídica, y a quienes lo hubieren sido en los dos años anteriores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que no perciban de la liquidación.

de cualquiera otra sentencia que pueda dictarse en un procedimiento instado por los trabajadores ante el orden jurisdiccional social que pueden interponer mientras no se haya producido la prescripción de su pretendido derecho indemnizatorio».

- Otra posibilidad que se plantea en el marco del proceso negociador es la posibilidad de variar la calificación de los créditos, reconociendo exclusivamente el carácter de crédito contra la masa a la indemnización legal y el incremento como crédito ordinario. Dicha posibilidad no debe considerarse aceptable, en primer lugar porque la LC parece no admitir modificaciones en la clasificación que la misma establece; así, el artículo 100 de la LC excluye como posible contenido de la propuesta de convenio la alteración de la clasificación de créditos establecida en la misma, por lo que viene a considerar ésta como indisponible por las partes, y en el presente caso el artículo 84.2.5.º califica como crédito contra la masa a la indemnización reconocida como consecuencia del proceso de extinción, sin que un eventual acuerdo de los sujetos negociadores pueda alterar dicha calificación en perjuicio de los trabajadores, debiendo tener aquí en cuenta el principio de irrenunciabilidad de derechos por los trabajadores reconocido en el artículo 3.5 del ET.
- No cabe olvidar que la posibilidad de pactar una indemnización superior a los 20 días se encuentra condicionada por la responsabilidad de la administración concursal en el ejercicio de sus funciones, que actúa como un obstáculo para la conclusión del acuerdo. En este sentido, hay que destacar que dicho sistema de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 36, que establece la misma frente al deudor y frente a los acreedores por los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la diligencia debida. En la presente actuación, la fijación de una indemnización superior a los 20 días en ningún caso puede considerarse como contraria a la ley, y al existir una serie de intereses en conflicto, si éstos se han ponderado adecuadamente, no cabe apreciar falta de diligencia. Por otro lado, dicha responsabilidad se exige ante el propio juez del concurso, que es quien en última instancia homologa el acuerdo. En este punto y en situaciones conflictivas la administración concursal podrá solicitar autorización judicial para aceptar el acuerdo, conforme al artículo 188 de la LC.

ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DEL FOGASA

No cabe olvidar la importancia que en la fijación de dicha indemnización tiene el FOGASA, garantizando a los trabajadores el cobro de la misma en su mínimo legal (20 días de salario por año de servicio con el límite de una anualidad y sin que el salario diario base del cálculo pueda exceder del triple del Salario Mínimo Interprofesional), y asumiendo en empresas de menos de 25 trabajadores el 40% de la misma (art. 33.2 y 8 del ET).

En primer lugar, se debe hacer constar que el auto que inicia el expediente de extinción debe ser comunicado al FOGASA, tal y como establecen los artículos 33.3 del ET, y 184.1 de la LC. Dicha comunicación, tal y como señala el artículo 33.3, es requisito imprescindible para que el fondo asuma las obligaciones que le son propias, pudiendo conllevar su ausencia la nulidad del expediente. El fondo puede personarse en el expediente y conforme a lo señalado por el citado artículo 33.3 instar lo que a su derecho convenga. Ello no implica que forme parte del proceso negociador.

En relación con las prestaciones del FOGASA, conforme al artículo 20 del Real Decreto 505/1985 podrán solicitar las prestaciones de dicho organismo los trabajadores o la administración concursal, debiendo aportar el auto de declaración del concurso y la inclusión del crédito en la lista de acreedores provisional o definitiva. Realizado el pago, el FOGASA lo comunica a la administración concursal y ésta deberá dar traslado a dicho organismo de cuantas acciones se practiquen o promuevan por los trabajadores en cuanto a la efectividad de sus créditos. El FOGASA se subroga en los derechos y acciones de los trabajadores conservando los créditos adquiridos su carácter de privilegiados, y para el caso de concurrir con créditos de los trabajadores en la parte no abonada por el FOGASA se satisfarán a prorrata de su importe.

La responsabilidad del FOGASA viene determinada legalmente, y no puede ser alterada mediante pacto entre las partes, y en caso de que se altere dicho régimen de responsabilidad podrá conllevar la consideración del acuerdo como realizado en fraude de ley, en este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de abril de 2007, en la que se conoce de un recurso de suplicación, en la que se examina un auto de extinción de las relaciones laborales, en el cual, en el momento de fijar las indemnizaciones, las distribuye entre el FOGASA y la empresa, correspondiendo a dicho organismo el abono del mínimo legal y a la empresa el incremento de la indemnización. Se revoca el auto al considerar que existe fraude de ley, con base en la siguiente argumentación: «El tenor literal del acuerdo y su sistemática (criterios interpretativos de los contratos, según los arts. 1.281 y 1.285 del Código Civil) no dejan ver otra intención en los contratantes distinta de la comentada, que altera el régimen legal de la responsabilidad del FOGASA, y lo que no es menos importante, altera el de la empresa. En efecto, las estipulaciones pactadas imponen a la empresa una obligación de pago inferior a la que conforme con el artículo 55.8 del ET constituye su límite mínimo de responsabilidad económica: las indemnizaciones a su cargo no pueden ser menores que el importe de 20 días de salario por año de servicio, y lo acordado, al distribuir la deuda, supone la asunción por la empresa de un compromiso de pago por debajo de ese módulo y en menor cuantía de la que resulta de aplicar el citado artículo 55.8 del ET. Mas aún, el acuerdo genera en los trabajadores la confianza en la percepción de una indemnización por encima de la legal procedente, que resulta infundada precisamente por no respetar el pacto el régimen de responsabilidad del FOGASA previsto en el ET, en virtud del cual lo abonado por la empresa aprovecha al FOGASA, al ser este organismo responsable subsidiario y no directo»¹⁷.

No obstante, sí que se ha admitido el incremento de la indemnización a percibir por los trabajadores en el 40% de responsabilidad directa del FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores (STSJ de Valencia de 12 de febrero de 2008).

Una vez abonada la indemnización por el FOGASA, éste se subroga en los derechos de los trabajadores, conservando su carácter de crédito contra la masa. Así lo reconoce la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 30 de octubre de 2007, en el que señala: «pues aquí es el elemento temporal y objetivo del devengo el que marca su carácter de créditos contra la masa (art. 84.2.5.º), carácter que evidentemente conserva cualquiera que sea su titular, por lo que operaría plenamente la subrogación»¹⁸. Mayores discusiones plantea la subrogación por el FOGASA en la condición de cré-

¹⁷ En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 2008.

¹⁸ En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de julio de 2008.

dito contra la masa de los últimos 30 días de salario anteriores a la declaración del concurso al considerar que se trata, en este caso, no de un crédito posconcurzal, sino de una ficción legal en atención a la condición subjetiva del acreedor, cualidad que no concurre en el FOGASA, lo que impide la subrogación (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 30 de diciembre de 2007 ¹⁹).

Igualmente ha planteado problemas la transmisión al FOGASA del privilegio general que el artículo 91 de la LC atribuye a las indemnizaciones y salarios debidos a los trabajadores, anteriores a la declaración del concurso, señalando que la subrogación prevista en el artículo 33.4 sólo opera en supuestos de ejecuciones singulares, pero no de concurso, al no reconocer el artículo 89.2 de la LC ningún privilegio que no esté establecido en la misma, por lo que, producido el abono por el fondo, el crédito de éste sería calificado como ordinario (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 5 de mayo de 2006), No obstante, recientemente la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 19 de junio de 2008 ha admitido dicha subrogación con base al siguiente argumento: «En resumen: el artículo 33.4 no crea un privilegio sino que regula los efectos jurídicos derivados de la subrogación en un crédito cuyo privilegio aparece previsto en la LC (art. 9.1); subrogación que tiene lugar por disposición legal y con expreso reconocimiento de la conservación del privilegio reconocido al crédito. El crédito privilegiado sigue siendo el mismo: el crédito salarial. Lo que cambia es la legitimación de quien lo hace valer en el procedimiento concursal: el FOGASA, como subrogado».

9. Finalización del periodo de consultas.

Dicho periodo puede concluir, evidentemente, con o sin acuerdo; en caso de acuerdo, éste requerirá la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen la mayoría de aquéllos (no es en este caso exigible, aunque sí recomendable que dicho acuerdo sea ratificado en asamblea por los trabajadores afectados).

En aquellos casos en los que no exista representación de los trabajadores, el acuerdo deberá contar con el consentimiento de los trabajadores afectados por la extinción.

En relación con la administración concursal, conforme al artículo 35.2 de la LC, de estar formada por tres miembros requerirá que la decisión se adopte por mayoría, y para el supuesto de que, por cualquier circunstancia, sólo estuviesen en ejercicio dos de los tres administradores, deberán actuar mancomunadamente (art. 35.3 de la LC).

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el deudor no forma parte del proceso negociador, y por lo tanto, tampoco del acuerdo que pueda alcanzarse, siendo incluso posible que dicho acuerdo se adopte contra la voluntad de la empresa, todo ello independientemente de que tenga suspendidas o intervenidas sus facultades de administración (en este sentido, Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 29 de enero de 2009: «Todo ello permite concluir que no es necesario, según

¹⁹ En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de julio de 2008.

la ley, que en las negociaciones participe la concursada, y menos aún que no quepa alcanzar acuerdo sin su anuencia. Es posible que el deudor participe en las negociaciones, y que se incorpore al acuerdo, pero no es preceptivo»).

10. Informe de la autoridad laboral.

El artículo 64.6 añade que, recibida por el juez de lo mercantil la comunicación de la finalización del periodo de consultas, recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de 15 días, pudiendo oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

En relación a la determinación de la autoridad laboral que debe emitir el informe podemos utilizar los mismos criterios que para los ERE no concursales prevé el artículo 2 del Real Decreto 43/1996 (así lo ha aplicado el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2005), esto es:

1. El director provincial de Trabajo, dentro del ámbito de su provincia, cuando la medida no afecte a más de 200 trabajadores; si la medida afecta a más de 200 trabajadores o tiene especial trascendencia social, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración podrá recabar la competencia.
2. Al director general de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, cuando la medida afecte a centros de trabajo de distintas provincias y ubicados en una comunidad autónoma que no tenga traspasadas las competencias en materia de regulación de empleo (salvo delegación expresa en alguna dirección provincial), y en todo caso cuando afecte a centros de trabajo ubicados en diferentes comunidades autónomas.
3. En el ámbito de las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de los servicios del Estado en materia de regulación de empleo, será competente el órgano que determine la comunidad autónoma respectiva.

Dicha distribución de competencias es, pues, totalmente diferente a la competencia territorial del juzgado de lo mercantil, ya que conforme al artículo 10.1 de la LC, es competente para declarar y tramitar el concurso el juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales.

Lo primero que cabe destacar de esta regulación es que, a diferencia de los ERE no concursales, en los cuales el informe de la Inspección de Trabajo debe obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del periodo de consultas, el informe de ésta en los ERE concursales se emite terminado dicho periodo, con o sin acuerdo; asimismo, el plazo no es de 10 sino de 15 días, y en caso de emitirse fuera del mismo podrá ser tenido en cuenta por el juez²⁰.

²⁰ Ignacio GARCÍA PERROTE ESCARPÍN, «El procedimiento concursal y las medidas laborales».

No regula el precepto cuál debe ser el contenido del informe, el cual no estaba previsto en el proyecto de ley original y se introdujo en la tramitación parlamentaria con el objeto de no dejar a la autoridad laboral completamente al margen de dicho proceso, pero deberá expresar si la autoridad laboral estima que han concurrido en el acuerdo alguno de los vicios relacionados en el artículo 64.7 de la LC, en caso de no existir acuerdo si a su juicio concurre o no la causa, así como sobre cualquier otro aspecto que considere relevante (competencia del juzgado por el número de extinciones, efectos retroactivos, antigüedad y salario regulador de las indemnizaciones, etc.).

11. Resolución del procedimiento.

El artículo 64.7 establece que, cumplidos los trámites anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días mediante auto, sobre las medidas propuestas mediante auto, aceptando de existir el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo se aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción, o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

a. Existencia de acuerdo.

La posición del juez de lo mercantil es muy similar a la de la autoridad laboral en los ERE no concursales, debiendo homologar el acuerdo alcanzado salvo que se aprecie en el mismo la concurrencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho. La interpretación a realizar de dichos conceptos será la misma que en los ERE no concursales, aunque, a diferencia de lo que ocurre en éstos, en los que la autoridad laboral, de apreciar la concurrencia de alguno de estos vicios, lo debe remitir a la autoridad judicial (jurisdicción social) para que ésta declare su nulidad, en el procedimiento concursal es el juez de lo mercantil el que aprecia directamente dicha circunstancia, siendo revisable su resolución en suplicación.

Cabe estimar que en estos casos el juez de lo mercantil tiene un margen mayor de apreciación que la autoridad laboral; así, se plantea si puede considerarse abusivo el pacto en el caso de que las indemnizaciones acordadas excedan de las posibilidades reales del concurso, y vacíen de contenido las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios. Respecto de dicha posibilidad es jurisprudencia consolidada en el ámbito social que dichos vicios no se presumen y que deben de ser probados de forma cierta (STS de 14 de mayo de 2008, SSTSJ Cantabria de 16 de marzo de 1992, Castilla y León de 20 de noviembre de 2000, entre otras), y por lo tanto corresponderá al juez acreditar en su auto la existencia de los mismos, no habiéndose admitido la anulación del acuerdo por el motivo de que la indemnización pactada exceda de las posibilidades económicas del concurso.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2009, en la que se estima el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores, frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil, que no admite un acuerdo con una indemnización superior a la mínima (se incrementaba ésta en el 40% abonado por el FOGASA) por considerar que excede de las posibilidades del concurso y perjudica gravemente al resto de los acreedores. En dicha

sentencia se señala que: «En principio, por tanto, debe atribuírsele la eficacia propia de toda obligación contractual –arts. 1.088 y ss. del Código Civil–; incumbiendo a quien alega un viciado consentimiento por fraude la cumplida prueba de su existencia (*ex art. 217 de la LEC*), en cuyo caso el juez de lo mercantil podrá rechazarlo en los términos que detalla el *artículo 64.7 de la LC* al asumir tanto la función de homologar el acuerdo suscrito entre las partes como la de revisar su jurídica eficacia si lo considera contrario a derecho por las razones ya expuestas.», añadiendo que, en el presente supuesto «no queda acreditada la no concurrencia de la causa de despido ni tampoco la existencia de fraude para obtener un resultado prohibido por la ley, por lo cual debe darse validez al acuerdo alcanzado».

En igual sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencia de 12 de febrero de 2008, en la que igualmente estima un recurso de suplicación interpuesto frente al auto del juzgado de lo mercantil, que no había admitido la validez del acuerdo alcanzado por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en el que se fija una indemnización de 30 días por año de servicio con el límite en 18 mensualidades con base a la siguiente argumentación: «El juez alude a la existencia de "fraude de acreedores" anticipándose a una inexistencia de saldo dinerario para atender al pago de los créditos contra la masa y concursales, cuando las actuaciones ejecutivas en la fase actual no han culminado ni ponen de manifiesto el resultado obtenido de una liquidación final que, no olvidemos, acaba de comenzar, y aunque el pacto de indemnizaciones superiores a las mínimas pudiera verse como perjudicial para los demás acreedores, tal dato no se evidencia como revelador de un fraude en el acuerdo, al no quedar demostrado que el mismo tuviera como finalidad la obtención indebida de prestaciones públicas, sean en materia de prestación indebida de desempleo o las generadas del despido o las generadas legalmente a cargo del FOGASA, o bien porque no había causas reales generadoras del despido, o cualquier otro dato probado por la ley, elementos inexistentes por no probados en el caso que nos ocupa. La posibilidad de negociar entre partes se encuentra legalmente amparada y potenciada por la LC y no existiría espacio alguno de seguirse el criterio que ampara el auto al rechazarse todo margen de maniobra tendente a elevar el cuántum indemnizatorio que, como mínimo, se haya garantizado normativamente».

Ambas sentencias ponen de manifiesto la diferente concepción que del procedimiento tiene la jurisdicción mercantil y la social; en la primera se contempla el concurso en su conjunto y se trata de salvaguardar los intereses de todos los acreedores presentes en el mismo, siendo en cambio la Jurisdicción Social, mucho más protectora hacia los derechos del trabajador, y en consecuencia mucho más respetuosa con los acuerdos que puedan alcanzarse, exigiendo al juez de lo mercantil que acredite el fraude o el abuso de derecho, en términos similares a los ERE no concursales, sin presumir en ningún caso su concurrencia, y no bastando para apreciarlos el perjuicio que dicho acuerdo pueda causar a los demás acreedores.

b. Ausencia de acuerdo.

En el supuesto de que no exista acuerdo, el juez deberá determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral; ahora bien, de ello no cabe interpretar necesariamente que el juez deba autorizar la medida propuesta sobre la base de que la propia existencia del concurso determina la existencia de

causa económica, y fijar como indemnización la mínima legal. En este sentido, el juez puede decidir aprobar la medida reconociendo como indemnización la correspondiente a la última oferta realizada por la empresa (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 28 de julio de 2005).

Desde un punto de vista estrictamente práctico, considerar como única solución en caso de desacuerdo la autorización y consiguiente fijación como indemnización del mínimo legal desincentivaría enormemente las posibilidades de alcanzar un acuerdo en el periodo de negociación, sabedora la administración concursal, de que en ausencia de éste el juez aprobaría la medida y la indemnización mínima.

Una cuestión debatida es la de si el propio auto de declaración del concurso que pone de manifiesto la existencia de una situación de insolvencia, actual o inmediata, constituye causa económica que justifique la extinción de las relaciones laborales, esto es, si el concepto de insolvencia patrimonial, propio del concurso, es equivalente a la situación económica negativa del artículo 51 del ET.

En este punto se debe indicar que es, al menos, en concepto, perfectamente admisible que el origen de la insolvencia sea independiente de la actividad empresarial, e incluso sea provocada, lo que estaría en estrecha relación con la calificación del concurso y la posible consideración de éste como culpable, no siendo admisible que sean los trabajadores los que asuman las consecuencias de la misma, limitando su indemnización al mínimo legal. Por otro lado, se habrá de considerar la relación entre la situación de la empresa y la medida solicitada, y la existencia de una proporcionalidad entre ambas.

En el supuesto de que el auto del juzgado de lo mercantil no considerara que concurre la causa de extinción de los contratos de trabajo, no autorizará la medida solicitada, lo que conllevará el mantenimiento del vínculo laboral, y con él, las obligaciones recíprocas de trabajar y percibir el salario, que tendrá, igualmente, la calificación de crédito contra la masa. No obstante, no podemos olvidar que no es por desgracia infrecuente que en dichas situaciones concursales la empresa carezca «de facto» de actividad, y los trabajadores no perciban sus salarios, teniendo, en muchos casos, varias mensualidades adeudadas, con lo que dicha decisión no hace sino alargar la situación de los mismos, que se ven imposibilitados de acudir al Servicio Público de Empleo a solicitar las prestaciones de desempleo, y al FOGASA para el cobro de salarios e indemnizaciones adeudadas, quedando como única opción el ejercicio de la acción ante la jurisdicción social del artículo 50.1 c) del ET²¹ por la falta de ocupación efectiva, con el consiguiente retraso que ello supone, aunque con el beneficio de que, en caso de acordar la extinción, el FOGASA abonaría 30 días de salario por año de servicio, aunque con idéntico límite en una anualidad.

En algún caso (Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2008) se ha entendido por el juzgado de lo mercantil que no concurre la causa económica, técnica, organizativa o de producción (situación de ingobernabilidad de la sociedad por enfrentamiento entre

²¹ Se ejerce la acción del 50.1 b) impago de salarios, podría conllevar su calificación como colectiva, en función del número de trabajadores que la soliciten.

los socios), aunque considera conveniente, en interés de la masa, la liquidación de la misma, pero reconoce a los trabajadores la indemnización correspondiente al despido improcedente.

12. Efectos del auto.

Una cuestión que se plantea en relación con el auto que acuerda la extinción de las relaciones laborales es si extingue las mismas directamente o se trata de una simple autorización que posteriormente deberá ser ejercida por los administradores concursales o por el propio deudor con la intervención de éstos. Aquí podemos encontrar dos posturas:

1. Considerar que, al igual que ocurre con la resolución de la autoridad laboral en los ERE no concursales, se trata de una autorización, que no extingue directamente los contratos de trabajo, sino que requiere un acto posterior de aplicación de la misma. Se trataría, en consecuencia, de otorgar al auto judicial el mismo efecto que la resolución de la autoridad laboral tiene en los procedimientos administrativos de extinción colectiva. No obstante, esta interpretación plantea serias dificultades, si la ponemos en relación con lo dispuesto en el artículo 84.2.5.º de la LC, en el que se señala que los «Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento», es decir, en dicho precepto se da por supuesto que en el auto de extinción deben figurar necesariamente los trabajadores afectados por la misma, y el importe de la indemnización que les corresponde.
2. Una segunda postura, que mantiene que la resolución judicial ha de proceder necesariamente a la extinción de los contratos de trabajo, de acuerdo con la misma, mientras que la autoridad laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, 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 (AS 2005, 2699)]. 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 (RJ 1999, 3002) y 28 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7758) y SSTS Sala 3.ª de 22 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9427) y 12 de febrero de 2002], en el expediente del artículo 64 de la 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, Desdentado Bonete) (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 22 de mayo de 2007).
3. Una tercera postura, intermedia de las dos anteriores, en la que se consideraría que el auto de extinción, con carácter general, sería una autorización, pero no habría inconveniente en que en determinados casos declarara directamente la extinción (STSJ de Cataluña de 27 de

septiembre de 2005), del análisis del artículo 64.7 de la LC, en la que se señala que «el auto en caso de acordarse la extinción...» y del artículo 44.4, en el que se prevé la posibilidad de que el juez acuerde el cierre total o parcial de los establecimientos del deudor, y el cese o suspensión de la actividad de éste, se deduce «la posibilidad que la LC contempla de que el juez de lo mercantil acuerde en el auto que dicte la extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el artículo 64.11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio artículo 64 de la LC, pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al artículo 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación de concurso, cabe la posibilidad de que el juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo».

En cualquier caso, no parece posible que, a diferencia de lo que sucede en las resoluciones de la autoridad laboral, el auto se pueda limitar a determinar los criterios seguidos para la designación de los trabajadores afectados, sin recoger la relación nominal de los mismos, y ello con base en las exigencias del artículo 84.2.5.º de la LC.

La consideración de que el auto tiene efectos constitutivos no debe constituir óbice para que éste pueda retrasar su eficacia para alguno de los trabajadores afectados por el mismo, ya que resulta perfectamente posible que la empresa deba mantener un número mínimo de trabajadores para concluir las operaciones pendientes o para el mantenimiento de sus bienes e instalaciones, en este sentido, el artículo 84.2.5.º señala que los créditos indemnizatorios... se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento, lo que se ha entendido como una posibilidad de que el auto establezca la extinción, sin perjuicio de que posponga su eficacia a un momento posterior, pero en todo caso se entienda devengado en dicho momento (incluso cuando sea necesaria una resolución posterior para determinar la cuantía exacta de la indemnización) y por lo tanto goza de preferencia respecto de los créditos posteriores. No se debe olvidar que el artículo 154.3 establece que «el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos». La aplicación de dicho precepto podría conllevar que se dictase un auto de extinción con efecto diferido para algún trabajador, y no entenderse el crédito como devengado en la fecha del mismo, sino, por ejemplo, en un momento posterior en la que se dicta nueva resolución en la que se fija la cuantía exacta de la indemnización, el crédito de este trabajador se viera perjudicado en sus posibilidades de cobro respecto de los demás trabajadores, cuyo contrato se extinguió anteriormente.

Una última cuestión que nos debemos plantear en relación al auto de extinción es si el mismo podrá o no tener efectos retroactivos. Aquí igualmente podemos encontrar dos posiciones distintas:

- Considerar que no existe obstáculo a que dicha resolución pueda retrotraer sus efectos a un momento anterior, así lo admite el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 6 de febrero de 2007, en el que se argumenta: «En cuanto al fondo, la retroacción de la eficacia temporal de la medida extintiva no resulta contraria al principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, por diversas razones.

En primer lugar, porque el artículo 51.5 del ET, al que remite el artículo 64 de la LC, no establece que los efectos de la extinción deban coincidir necesariamente con los de la fecha de la resolución cuando el periodo de consultas ha concluido con acuerdo de las partes y el órgano administrativo autoriza la medida o la acuerda directamente en los términos acordados por las partes. En segundo lugar, porque aunque de los artículos 15.1 y 19 del Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, en relación con el artículo 51.12 de la citada norma estatutaria, se desprende que, como regla general, las resoluciones recaídas en los procedimientos de regulación de empleo surten efecto desde la fecha en que se dictan, salvo que en ellas se disponga otra posterior, y que la posibilidad de retrotraer los efectos se reserva a los supuestos de fuerza mayor, también es verdad que el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo, aplicable supletoriamente de conformidad con lo dispuesto por el número 13 del mismo precepto estatutario, admite que, excepcionalmente, pueda otorgarse eficacia retroactiva a los actos de las Administraciones Públicas cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Éste es el supuesto de autos en que los trabajadores afectados por el expediente habían dejado de prestar servicios el día 30 de junio de 2006, en fecha en la que concurría la causa justificativa de la medida que imposibilitaba el desarrollo de la actividad laboral, y la finalidad perseguida con la decisión impugnada en el recurso era evitar situaciones de vacío en perjuicio de los trabajadores afectados, sin que de ello derivase carga alguna para los demás sujetos intervinientes en el expediente, ni tampoco para la entidad gestora de las prestaciones de desempleo, que según previene el artículo 208.1.1 a) de la Ley General de Seguridad Social, debe atenderse a la fecha de extinción fijada en la resolución judicial».

Resulta en todo caso criticable considerar que el otorgar a la resolución efectos retroactivos beneficie a los trabajadores, que deben hacer frente a la falta de actividad durante dicho periodo con sus prestaciones de desempleo, y que en consecuencia pierden dichos salarios, y la antigüedad correspondiente a los mismos, por causas que no les son, en ningún caso, imputables; en definitiva, los únicos beneficiados con dicha decisión son el resto de acreedores, que de esta forma ven cómo quedan limitados los créditos contra la masa.

Podemos añadir, además, que si conforme al artículo 64.11 en todo lo no previsto en dicho artículo se aplicara la legislación laboral, a lo que añade el apartado 7 del citado artículo que el auto «producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo», no cabe sino concluir que si dicha posibilidad no se admite respecto de las resoluciones de la autoridad laboral (el art. 15 del RD 43/1996 señala que las resoluciones administrativas producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellas se disponga otra posterior, a excepción de los casos de fuerza mayor), tampoco debería admitirse respecto del auto que acuerda la extinción.

- Una segunda postura, que niega la posibilidad de eficacia retroactiva. En este sentido cabe destacar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 4 de marzo de 2005 (si bien referida a un supuesto de suspensión y no de extinción) en la que se señala: «Lo que se ha querido por el legislador con el artículo 64 y, sobre todo, con la previsión general del artículo

lo 47 del ET, es que la autorización tenga carácter constitutivo, pues sin ella la suspensión o cualquier otra modificación no puede imponerse por los integrantes de la relación laboral de modo unilateral (STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 1997). Esto exige que la autorización se otorgue con anterioridad, asegurando su conocimiento por los afectados, procurando un acuerdo con el empleador y garantizando el oportuno control de legalidad a través de la posibilidad de revisión de la decisión bien administrativa, bien jurisdiccional, a través del orden jurisdiccional social, que en caso de estar en situación de concurso es la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (arts. 64.8 y 197.7 de la LC), y en los demás los Juzgados de lo Social (art. 124 del RDL 2/1995, de 7 de abril), que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), con posibilidad de suplicación ante la citada sala».

No obstante, en la situación actual, y a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie en unificación de doctrina, resulta contrario a la seguridad jurídica que por algunos juzgados de lo mercantil se admita sistemáticamente dicha posibilidad (Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza), y en cambio, la misma no sea admitida en otros (por ejemplo, en Cataluña), por lo que, dependiendo del juzgado competente para conocer del concurso, se modifican las posibles consecuencias que el auto de extinción tiene respecto de los trabajadores.

13. Recursos contra el auto de extinción.

La LC, en su artículo 64.8, articula un doble sistema de recursos:

1. Frente al auto se puede interponer recurso de suplicación del que conocerán las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.
2. Los trabajadores afectados podrán impugnar el auto en las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, a través del incidente concursal, siendo la sentencia que recaiga recurrible en suplicación.

1. Recurso de suplicación.

El artículo 64.8 de la LC establece que contra él cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como el resto de los recursos previstos en la LPL, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Se ha dicho que con dicha previsión se viene a recuperar la competencia para conocer de estos procedimientos por la jurisdicción social, pero esta afirmación no es del todo cierta, porque la competencia para conocer de los recursos frente a la resolución de la autoridad laboral corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la social.

El primer y principal problema que plantea dicho precepto es la determinación de los sujetos legitimados para recurrir en suplicación; no plantea dudas la admisión como legitimados de los sujetos que han participado en la negociación, esto es, administración concursal y los representantes de los trabajadores (aunque en relación a estos últimos será necesario realizar algunas precisiones); ambos podrán recurrir el auto cuando no sea aceptado el acuerdo alcanzado en el proceso negociador, o cuando, de no existir acuerdo, el juez decida sobre la solicitud, aceptándola o rechazándola.

En relación con los trabajadores, se plantean varios interrogantes. En primer lugar, si será posible la interposición del recurso por las minorías del comité de empresa o delegados sindicales, que no hayan aceptado el acuerdo, serán, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia los que determinen si estas minorías pueden o no recurrir en suplicación; no obstante, si el artículo 64 no contiene reglas específicas en esta materia y en consecuencia debemos acudir a las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 448 confiere la legitimación para formular recursos a quienes hayan sido parte en el proceso en el que se ha dictado la resolución judicial que les perjudica, y si en el presente caso entendemos, que el proceso es el expediente de extinción, los sujetos legitimados para intervenir en el mismo, y es evidente que los miembros del comité lo están, podrán recurrir en suplicación (esta interpretación se ha utilizado para negar la legitimación de los trabajadores individualmente considerados de existir representantes legales STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007).

En caso de existir representantes legales, no estarán legitimados para recurrir en suplicación los trabajadores individuales. Así lo dispone la sentencia antes señalada, en la que argumenta que: «la legitimación para recurrir el auto que resuelva el citado expediente se deberá determinar conforme a lo dispuesto por el artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ninguna previsión específica se contiene en los artículos 64 y 197 de la LC. Tal precepto adjetivo atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica. Ello supone que los sujetos legitimados para recurrir el auto del juzgado de lo mercantil sean quienes, estando legitimados para intervenir en el expediente de extinción de acuerdo a lo previsto en la LC hayan sufrido un gravamen efectivo como consecuencia de aquél... los trabajadores recurrentes, que no tuvieron la condición de parte en el expediente, carecen de legitimación para recurrir en suplicación el auto que lo resuelve». No se puede olvidar que los tribunales de lo contencioso-administrativo han admitido en ocasiones la legitimación de los trabajadores individuales (STSJ del País Vasco de 28 de noviembre del 2000 «De acuerdo con dicho precepto básico no ofrece duda que los aquí recurrentes tienen reconocida con carácter general la condición de interesados en el expediente de regulación de empleo tramitado, sin que de lo dispuesto por el núm. 4 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) pueda deducirse una restricción de la legitimación y un acantonamiento de la misma en los representantes legales de los trabajadores, sino, muy sólo, el reconocimiento de la condición de interesado a los representantes legales de los trabajadores, que ha de entenderse que no excluye la que puedan ostentar los trabajadores afectados conforme al precepto general».

Cabe plantear si en aquellos supuestos en los que no existan representantes legales ostentarán o no legitimación los trabajadores individuales. No olvidemos que, sin perjuicio de que puedan nombrar representantes para la negociación, deben participar en el acuerdo así parece entenderlo el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 24 de noviembre de 2008, que en un primer momento tuvo

como anunciado el recurso de suplicación frente al auto presentado por varios trabajadores, para luego denegararlo al quedar acreditada la existencia de representantes legales.

También se encuentra legitimado para recurrir en suplicación el deudor, y ello pese a que, como se ha expuesto, no participa en el periodo de consultas ni en el eventual acuerdo que pueda alcanzarse. En este sentido, el artículo 184.1 de la LC señala que: «En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales», y así lo han reconocido los Tribunales Superiores de Justicia, Sentencia del País Vasco de 6 de febrero de 2007 «la legitimación para intervenir como parte en el susodicho expediente la ostentan, según resulta de los artículos 64 y 184.1 de la norma concursal, de acuerdo con su naturaleza colectiva, 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», y Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de febrero de 2007.

Se encuentra también legitimado para recurrir en suplicación el FOGASA, con base en lo dispuesto en los artículos 184.1 de la LC y 33.3 del ET, en el primero de ellos se establece 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». Dicha legitimación ha sido reconocida en múltiples sentencias, en las que se han admitido los recursos de suplicación interpuestos por dicho organismo, a modo de ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de abril de 2007.

También se encuentra legitimada para recurrir en suplicación la Tesorería General de la Seguridad Social, y así se ha admitido por los tribunales, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006.

No gozan de legitimación, en cambio, para recurrir en suplicación el resto de los acreedores del concurso, y ello con base en los argumentos antes expuestos, esto es, únicamente se encuentran legitimados quienes hayan sido parte en el procedimiento, y es evidente que el resto de los acreedores, aun afectados por su resultado, no forman parte del mismo.

Un supuesto especial sucede con los trabajadores que no figuran en el auto de extinción de los contratos de trabajo, y consideran que debieran haberlo sido, situación que acontece cuando el auto no menciona a los excedentes, ya sean voluntarios o forzosos²². En estos casos se plantea si deben acudir al incidente concursal, o por el contrario pueden recurrir directamente en suplicación. En este sentido habrá que considerar que el artículo 64.8 señala que «Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal», pero de no figurar en el auto no cabría recurrir contra la situación jurídica individual reconocida en el mismo, porque de hecho no existe, entendiéndose que cabría en este supuesto el recurso de suplicación. Así, Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 24 de noviembre de 2008, y Sentencia del mismo Juzgado de 24 de abril de 2006, en el que argumenta «Por un lado que –siendo reconocidos como trabajadores o trabajadoras de la empresa–

²² El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de octubre de 2000 viene a establecer que los excedentes voluntarios deben incluirse en el expediente, aunque sin derecho a indemnización, al no existir una pérdida de puesto de trabajo, por ser su situación de mera expectativa de reingreso condicionada a la existencia de vacante.

no sean incluidos en las medidas de suspensión, extinción o modificación colectivas concursales. En este caso será posible la impugnación del auto no por la vía de su relación jurídica-individual, que no ha sido puesta en entredicho ni aún tratada en la citada resolución, sino por la vía del recurso de suplicación que abre el artículo 64.8 de la LC en su primer párrafo contra el auto que resuelve.» No obstante, no parece que en estos casos exista inconveniente en aceptar el planteamiento del incidente concursal. Así, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 17 de diciembre de 2007.

Cuestión distinta es que no sea reconocida la relación laboral del trabajador, en cuyo caso se debe acudir a la jurisdicción social, ya que esta materia excede de las competencias que en materia laboral tienen atribuidas los juzgados de lo mercantil, al amparo de lo previsto en los artículos 8.2 y 64 de la LC, que limita la actuación del juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación de las mismas (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 24 de abril de 2006).

2. Incidente laboral.

En el párrafo segundo del artículo 64.8, anteriormente transcrito, señala: «los trabajadores afectados podrán impugnar el auto en las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, a través del incidente concursal, siendo la sentencia que recaiga recurrible en suplicación».

El principal interrogante que plantea dicha previsión es determinar el alcance del mismo, esto es, si se puede o no recurrir frente al auto en sí, o únicamente los aspectos que del mismo afectan al trabajador en su situación jurídica individual. En este sentido se ha señalado que el recurso de suplicación se plantea frente a la propia extinción, suspensión o modificación, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, y el incidente se referirá a las cuestiones concretas en que dicha extinción afecta al trabajador, cuantía de la indemnización, salario, antigüedad, categoría, en definitiva cuestiones de carácter individual, ajenas a la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo (SEMPERE NAVARRO).

Conforme a dicha interpretación los trabajadores se verían imposibilitados de actuar individualmente frente al auto que acuerda la extinción de sus relaciones individuales, en cuanto a la procedencia de la misma, pudiendo únicamente recurrir frente a las consecuencias que dicha extinción tiene en su relación jurídica individual.

No faltan, sin embargo, autores que defienden la opción contraria (GUALDA ALCALÁ, GARCÍA PERROTE), esto es, admitir que mediante este incidente se pueda recurrir frente al auto, y en su caso, en suplicación frente a la sentencia que lo resuelva, pero limitando las consecuencias de dicho incidente a la situación jurídica individual del trabajador, a favor de dicha interpretación, se exponen los siguientes argumentos:

- La falta de prueba en el expediente de extinción y en el recurso de suplicación (salvo la admisión extraordinaria de documentos del artículo 231 de la LPL), en cambio, en el artículo 195 de la LC, referido al incidente laboral, sí está prevista la práctica de prueba, siendo dicha posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes un derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 24.2 de la Constitución.

- Esta interpretación resultaría, asimismo, más conforme al derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores afectados por el auto, ya que de otro modo no tendrían oportunidad de plantear judicialmente la pertinencia de la extinción.
- Se ha planteado, asimismo, que el esquema de la LC sería muy similar al previsto en la LPL (art. 163), para la impugnación de los convenios colectivos, para la cual no están legitimados los trabajadores afectados, pero sí pueden impugnar los actos de aplicación del mismo que les afecten, teniendo la resolución que se dicte efectos únicamente para el trabajador demandante.

A modo de conclusión, y aun reconociendo los inconvenientes que plantea, no cabe duda de que los tribunales se han decantado por la primera opción, limitando el objeto del incidente laboral a las consecuencias que la extinción tiene en la relación jurídica individual, pero sin poder afectar a la pertinencia de la misma.

Se debe entender que será el incidente concursal el medio a utilizar por aquellos trabajadores que consideren que han sido incluidos indebidamente en la extinción, como por ejemplo sería el caso de no respetar las preferencias de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores en una extinción parcial.

Cuestión que también es objeto de debate es la determinación del plazo para impugnar la decisión, ya que ni el artículo 64.8 ni el 195 de la LC establecen nada al respecto. Cabe interpretar que, se debe aplicar el plazo de caducidad de 20 días hábiles que se establece para impugnar el despido (59.3 y 4 del ET); así lo entiende la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 17 de diciembre de 2007, en la que desestima el recurso de suplicación interpuesto frente al auto del juzgado de lo mercantil, en que inadmitía la demanda incidental en base a que se había presentado «fuera del plazo de veinte días de que gozan los afectados por la fijación de indemnizaciones»; y en que los autos de autorización para extinguir los contratos de trabajo y de homologación de indemnizaciones se habían notificado al comité de empresa, el cual ostenta la representación de los trabajadores, por lo que debían entenderse notificadas a todos y cada uno de los afectados.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de 24 de abril de 2006 analiza los distintos plazos que pueden aplicarse ante la ausencia de una previsión legal:

1. Aplicar los términos de la LC para los incidentes, y en particular impugnación del inventario de la lista de acreedores (plazo de 10 días) (que se repite en los arts. 128, 168 y 194.3).
2. Aplicar los términos de caducidad de la LEC, en base a la remisión que en materia de recursos de reposición establece el artículo 197.2 de la LC.
3. Por último, aplicar los términos de la LPL, pero considerando la peculiaridad del proceso concursal, y el carácter de crédito contra la masa de las indemnizaciones, optando finalmente por aplicar el término de 20 días del artículo 59.3 y 4 del ET.

Dicho auto es anulado en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 15 de marzo de 2007, y respecto a la materia que nos ocupa señala concretamente que la institución de la caducidad en materia social debe ser interpretada restrictivamente, y que en puridad no se trata de una acción frente al despido, sino frente al cálculo de la indemnización; lo que se asemeja más a una reclamación de cantidad; no obstante, no resuelve el problema, al no anular el auto por este aspecto, sino por la falta de indicación en el auto del término para recurrir frente al mismo.

III. SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

La LC regula en un mismo artículo las extinciones y suspensiones colectivas de los contratos de trabajo, pero a diferencia de lo que ocurre con las extinciones, en nuestro derecho se exige que cualquier suspensión, aunque sea individual, sea autorizada por la autoridad laboral, y en caso de concurso por el juez de lo mercantil. Se debe destacar, por otro lado, que la LC, a diferencia del artículo 47 del ET, no establece diferencias entre la suspensión y la extinción en materia de duración del periodo de consultas (el art. 47 del ET reduce éste a la mitad), ni de documentación, en particular para acreditar el carácter coyuntural de la situación.

Esta medida es perfectamente compatible con el principio de continuidad de empresa que inspira la Ley Concursal, y recientemente se encuentra potenciada por la posibilidad concedida por el Real Decreto-Ley 2/2008, por la posibilidad, para el caso de que termine en extinción, de reponer las prestaciones de desempleo percibidas con un máximo de 120 días.

VI. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

La tramitación de dichas modificaciones tiene lugar por el mismo procedimiento antes expuesto, incluyendo como principal novedad la LC en el apartado 9 del artículo 64 la posibilidad de dejar en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite de un año desde que se hubiera dictado el auto judicial que autorizó la modificación el derecho a rescindir el contrato con indemnización previsto en el artículo 41 del ET.

A ello añade el artículo 66 de la LC que «La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral y, en todo caso, requerirá acuerdo de los representantes legales de los trabajadores». La interpretación de este precepto ha planteado alguna duda al ponerlo en relación con el artículo 8.2 de la LC y 86 ter de la LOPJ, en los que no se especifica el tipo de convenios para los que se requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Esta disfunción tiene su origen en que en la tramitación parlamentaria se modificó el artículo 66, pero no se hizo lo propio con los otros dos preceptos citados; no obstante, la voluntad del legislador parece clara en esta materia, y sería limitar la necesidad de acuerdo a los convenios estatutarios. En este sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz en Auto de 22 de mayo de 2007.

V. PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La LC dedica al personal el artículo 65. En su apartado 1 faculta a la administración concursal, por propia iniciativa o a solicitud del deudor, a suspender o extinguir el contrato. En consecuencia, en este caso no es el juez, sino directamente la administración concursal la que adopta dichas medidas sin que, por otro lado, se especifique en la norma las causas que deben justificar su adopción.

En caso de suspensión, faculta al directivo a extinguir su contrato con un preaviso de un mes y con derecho a indemnización. No obstante, dicha suspensión tiene un problema añadido, y es que al no haberse modificado paralelamente el artículo 208 de la Ley General de Seguridad Social, esa decisión unilateral de la administración concursal no constituye situación legal de desempleo y no podrá acceder a las prestaciones correspondientes.

En caso de extinción, plantea dudas la aplicación del artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, esto es, los supuestos que haya alcanzado la situación de alto directivo desde un contrato de trabajo ordinario, en cuyo caso se reactiva este último en caso de cese como alto directivo dentro de los dos años siguientes, pareciendo lo más lógico que dicha extinción afecte exclusivamente al contrato de alta dirección (Antonio COSTA REYES).

En caso de extinción, el apartado 3 del artículo 65 de la LC faculta al juez para moderar la indemnización que se hubiera pactado con el límite de la indemnización prevista para el despido colectivo. A través de dicho precepto se faculta al juez para moderar las denominadas cláusulas de blindaje, con el importante perjuicio que pueden suponer para la masa. No obstante, dicha moderación parte de que la indemnización fijada por las partes es superior a la del artículo 65, ya que en caso contrario, el límite será el fijado por las partes, o en su caso la fijada como subsidiaria en el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985.

Por último, dicho precepto faculta a la administración concursal para pedir al juez que se aplaque el pago hasta que sea firme la sentencia de calificación. Con este precepto se trata de evitar que quede sin efecto la responsabilidad que para los cómplices prevé el 172.2.3 de la LC (pérdida de todo derecho que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa).

VI. TRANSFORMACIÓN EN COLECTIVAS DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

El artículo 64.10 introduce una importante novedad en el sentido de dar una solución legislativa a un antiguo problema, como es el de la tramitación de las acciones de rescisión y procedimientos de regulación de empleo, al cual ha debido dar solución la jurisdicción social; así, en un primer momento se entendió por los Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ de Madrid de 17 de marzo de 1999, y de Galicia de 26 de junio de 1991) que el planteamiento de expediente de regulación de empleo enervaba la demanda resolutoria; con posterioridad el Tribunal Supremo en Sentencia de Casación para la unificación de la doctrina de 5 de abril de 2001, vino a reconocer que no existe obstáculo para la interposición de una acción resolutoria del artículo 50, aun estando pendiente la resolución de un ERE, debiendo el juzgador fallar sobre el fondo de la petición extintiva.

La LC establece en el citado apartado 10 del artículo 64 que «Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) del ET 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, diez trabajadores. Se entenderá 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».

Esta regulación plantea múltiples interrogantes. El primero de ellos es determinar qué demandas se computan para alcanzar los citados umbrales numéricos, exclusivamente las promovidas después de la declaración del concurso, o también las anteriores. A favor de la consideración exclusiva de las acciones presentadas una vez declarado el concurso se encuentra la interpretación literal del artículo 64.10, en el que se señala que se tramitarán ante el juez del concurso, cuando se supere determinado número de trabajadores, desde la declaración del concurso. En cambio se muestra a favor de computar tanto las demandas presentadas antes como después de la declaración del concurso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de julio de 2005, en la que se argumenta: a los efectos del cómputo de los umbrales numéricos, se deben considerar todas las acciones, incluso las anteriores, a la declaración del concurso, en la medida en que, literalmente entendido, el inciso «desde la declaración del concurso» se refiere, no a «las acciones individuales interpuestas», sino a «el número de trabajadores (afectados)», de modo que, aunque la demanda rectora de autos se interpuso con anterioridad a la declaración del concurso, los demandantes se computan a los efectos de considerar colectiva la extinción ex artículo 64 de la Ley Concursal».

En segundo lugar, y aun considerando que deben computarse tanto las reclamaciones anteriores como las posteriores al auto de declaración del concurso, nos debemos plantear de cuáles va a conocer el juzgado de lo mercantil, esto es, si de las anteriores a la declaración del concurso es competente para su conocimiento el juzgado de lo social o el de lo mercantil. Sobre este punto se ha pronunciado la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 2007, en la que señala que la norma general en nuestro derecho (arts. 410 y 411 LEC) es la determinación de la competencia en el momento de la presentación de la demanda, si después es admitida, sin que en toda la LC se establezca una excepción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Así, el artículo 51.1 de la LC establece que «los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia». En definitiva, en dicha sentencia se establece la competencia de los juzgados de lo social, para conocer de las acciones de rescisión presentadas con anterioridad a la declaración del concurso.

En tercer lugar, plantea problemas la interpretación de la expresión «... 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», y en concreto si ello supone que en el caso de superar los umbrales numéricos que dicho artículo establece, dichas acciones se transforman en un procedimiento de extinción colectiva de las relaciones laborales, o si únicamente se acumulan dichas acciones al objeto de su tramitación por el juez de lo mercantil.

Si entendemos que se procede a iniciar un procedimiento de extinción colectiva de los contratos de trabajo, se deberán cumplir los trámites del artículo 64, y en concreto se deberá realizar un periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en la cual, de existir dicha representación, no participarían los trabajadores demandantes; en segundo lugar si se produce dicha transformación, tampoco se especifica cuál sería el objeto de análisis en dicho procedimiento, si sería la concurrencia de alguna de las causas que el artículo 51 del ET contempla como justificativas del despido colectivo o, por el contrario, los impagos o retrasos alegados en las demandas. Además cabe preguntarse, si dicho procedimiento afectará exclusivamente a los trabajadores demandantes o si se podrá extender al resto de la plantilla; y por último, de entenderlo así, el importe de la indemnización será de 20 días de salario por año de servicio.

Una segunda interpretación sería considerar que el artículo 64.10 lo único que contempla es la acumulación de acciones, pero que éstas no cambian su naturaleza; por lo tanto, lo que dicho precepto conllevaría es que de dichas acciones debería conocer el juzgado de lo mercantil, y el objeto de dicho procedimiento sería conocer si se han producido o no los impagos o retrasos alegados, y en consecuencia la indemnización a fijar por el juez será la propia del despido improcedente, esto es, 45 días de salario por año de servicio.

A favor de esta segunda interpretación se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de febrero de 2007, en que confirma un auto del juzgado de lo mercantil que en un supuesto de transformación en colectivas de las demandas resolutorias por la vía del artículo 64.10 fija para los trabajadores una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, afirmando en su Fundamento de Derecho 2.º que: «De esta manera, las acciones individuales de resolución contractual al amparo del artículo 50.1 b) del ET que ejercitaron los trabajadores deben tener la consideración de extinciones de carácter colectivo (a tenor de lo establecido en el art. 64.10 de la LC), pero sólo a los efectos de su tramitación por el juez (mercantil) del concurso decir que tales acciones individuales siguen amparadas en el artículo 49.1 j) del ET (es decir, no pierden su carácter individual, manteniendo su propia naturaleza) sin que puedan ser transformadas en las extinciones colectivas de la letra i) de ese mismo precepto, puesto que la norma las considera colectivas únicamente a efectos procesales, no sustantivos.

VII. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

a. Créditos contra la masa.

En relación con la calificación de los créditos indemnizatorios, en la actualidad no se discute que la totalidad de las indemnización pactada tiene el carácter de crédito contra la masa conforme al artículo 84.2.5.º de la LC. En algún momento se planteó cierta confusión al referirse el artículo 91.1 como créditos con privilegio general, a las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en su mínimo legal sin que el salario de cálculo exceda del triple del Salario Mínimo Interprofesional, pero evidentemente dicho precepto se está refiriendo a las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores con anterioridad a la declaración del concurso.

También, e igualmente en relación con la calificación de los créditos, la redacción del artículo 84.2.5.º ha dado lugar a interpretaciones, calificables de malintencionadas, con base en su deficiente redacción, ya que califica como crédito contra la masa los derivados de la actividad profesional o empresarial del deudor después de la declaración del concurso hasta que el juez acuerde el cierre de la actividad empresarial, por lo que cabe entender que si se ha producido el cierre ya no tendrán dicha condición, sino que deberán considerarse como créditos con privilegio especial hasta el mínimo legal y ordinarios en el resto. Así se ha llegado a entender incluso en relación a los salarios; no obstante, dicha interpretación es contraria al espíritu de la norma y ha sido objeto de pronunciamientos contrarios por los juzgados de lo mercantil: «Declarado el concurso el 19 de septiembre de 2005 son créditos contra la masa: 1.º los salarios de los 30 días de trabajo anteriores, y 2.º los posconcursoales, ya que así lo impone la resolución judicial firme y vinculante [art. 53 de la LC (RCL 2003, 1748)] y en todo caso se deriva del mantenimiento del vínculo contractual que los genera, aunque de manera efectiva no haya habido actividad empresarial posconcursoal, ya que tal circunstancia no es imputable al trabajador sino a la dejadez del empleador, que con su actuación agrava la insolvencia» (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 18 de enero de 2008).

También tienen la calificación de crédito contra la masa conforme al artículo 84.2.1.º «los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional». Este precepto ha sido objeto de distintas interpretaciones; por un lado cabe entender que se refiere al último mes devengado y no satisfecho, sin exigir que se corresponda con el inmediatamente anterior a la declaración del concurso. Así lo ha entendido la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 26 de abril de 2007, en la que argumenta: «Como la norma no dice que tengan que ser inmediatamente anteriores, la interpretación que merece el precepto es que el privilegio se refiere al último mes devengado y no satisfecho, al que nuestro derecho históricamente ha concedido una especial protección que no puede apartarse por el hecho de que no exista una relación inmediata entre el devengo del salario y la declaración de concurso. En muchos casos tal momento puede dilatarse, pues puede ser razonable acometer un expediente de regulación de empleo preconcursal de cara a facilitar la solución en el concurso, lo que abocaría en todo caso a la inexistencia del privilegio»²³.

Una segunda interpretación ha entendido que únicamente tienen el carácter de crédito contra la masa los 30 días de salario, inmediatamente anteriores a la declaración del concurso, en este sentido cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de junio de 2007, en la que indica: el precepto «especifica que se trata de días "anteriores a la declaración del concurso". Este inciso sólo cobra sentido para el caso de referirse a los últimos 30 días inmediatamente anteriores a dicha declaración, pues en caso contrario bastaría que el precepto hubiera guardado silencio al respecto».

²³ En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 22 de junio de 2007, y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca de 6 de enero de 2007 («los salarios de los 30 últimos días de trabajo anteriores a la declaración de concurso serán créditos contra la masa, implicando que, por mor de la dicción literal de la norma ("salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso"), no suponga que haya que acudir a un periodo acotado en el tiempo, correspondiente a un mes natural completo, lo que amplía el arco temporal a considerar para entender incluidos aquí supuestos en que el trabajador no trabaja todos los días sino alguno de ellos, hasta completar los treinta últimos. Aquí, el cómputo se hará hacia atrás, desde la fecha de la declaración del concurso, salvo que la relación laboral se haya extinguido con anterioridad, en cuyo caso la preferencia alcanzará a los últimos 30 días efectivos de trabajo»).

Hay una serie de supuestos en los que se discute si el crédito debe tener o no la calificación de crédito contra la masa, y que son, particularmente, las indemnizaciones por despido o resolución del contrato vía al artículo 50, declaradas por sentencia posterior a la declaración del concurso pero cuando la demanda ha sido planteada con anterioridad, y los salarios de tramitación.

Con respecto a las indemnizaciones caben dos posturas; la primera es no considerarlas como crédito contra la masa, y atribuirles exclusivamente dicha consideración cuando el despido tenga lugar después de la declaración del concurso; no obstante, esta interpretación plantea problemas con respecto a las extinciones del artículo 50, ya que la jurisprudencia social ha declarado que, en estos casos, las sentencias tienen carácter constitutivo, pero en sentido estricto la indemnización no se genera por el ejercicio de la actividad empresarial posterior a la declaración del concurso, sino que la causa en que dicha extinción tiene su origen se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso (Emilio BELTRÁN ²⁴). Una segunda postura es mantener que basta con que la sentencia que declare el despido improcedente o que acuerde la extinción del artículo 50 del ET sea posterior al concurso para que la indemnización deba de calificarse como crédito contra la masa (Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de junio de 2008, «el artículo 84.2.5.º de la LECO no puede significar más que afirmar el carácter de crédito contra la masa de las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, bastando que *la extinción del contrato de trabajo se haya acordado judicialmente después de declarado el concurso*, y hasta la aprobación del convenio, o la conclusión del procedimiento» ²⁵).

En relación a los salarios de tramitación, no cabe sino calificar como créditos contra la masa los devengados con posterioridad a la declaración del concurso, y así se ha reconocido, entre otras ²⁶ la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de junio de 2008 (la parte apelante no impugna la conceptualización de los salarios de tramitación como salarios, acogiendo el carácter indemnizatorio de los créditos laborales de tramitación, sino que alega que no merecen la consideración de deudas de la masa del artículo 84.2.5.º de la LECO, porque no se generan por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta alegación no puede ser acogida, porque la inclusión de salarios de tramitación en el mencionado precepto legal no conlleva una interpretación de que eran devengados «durante» la actividad profesional o empresarial del deudor, sino que basta que lo sean «por» o «a consecuencia de» la actividad profesional o empresarial, como sin duda están las relaciones preexistentes derivadas de las relaciones laborales de los trabajadores de la concursada, y ello hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o declare la conclusión del concurso).

²⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 28 de enero de 2008 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 14 de febrero de 2006 («Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (84.2.5) cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración. Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso, deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1 de la LC en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda. Esto será aplicable tanto al despido como a la extinción derivada de solicitud del trabajador por incumplimiento del empresario (art. 50 ET) pues en cualquier caso el primero parte de una sentencia que no es constitutiva de la situación, puesto que el despido tiene efectos constitutivos por sí mismo y, respecto de la extinción, puesto que aparece por causas anteriores a la declaración de concurso y por lo tanto el crédito no nace por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, que es lo que exige el apartado quinto del artículo 84.2 de la LC.

²⁵ En el mismo sentido, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 22 de junio de 2007, y número 1 de Pamplona de 24 de octubre de 2007.

²⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 22 de junio de 2007.

Una última cuestión es si estos créditos salariales contra la masa generan intereses moratorios y la calificación que debe darse a los mismos. En principio el artículo 59 de la LC establece la suspensión del devengo de intereses desde la declaración concursal, pero esta regla sólo se aplica a los créditos sobre la masa y no a los créditos contra la misma, por lo que éstos devengarán intereses, que no se clasificarán como créditos subordinados (art. 92 de la LC), sino como créditos contra la masa (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 18 de enero de 2008).

Señalar por último que no se ha calificado como crédito contra la masa la indemnización de daños y perjuicios fijada en una sentencia del orden social, dictada con posterioridad a la declaración del concurso ²⁷.

b. Créditos con privilegio especial.

El artículo 90.3 atribuye tal carácter a «los créditos refaccionarios, sobre los objetos refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado».

c. Créditos con privilegio general.

El artículo 91.1 de la LC califica como créditos con privilegio general: «los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del Salario Mínimo Interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo correspondientes al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

En relación con este privilegio han planteado problemas a la hora de la inclusión o no de las pagas extraordinarias, siendo los interrogantes planteados básicamente dos:

- Si en el cálculo del salario mínimo interprofesional se incluye o no la prorrata de pagas extras; en este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 21 de marzo de 2005, niega tal posibilidad, aplicando la interpretación que, hasta entonces,

²⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 28 de enero de 2008 en modo alguno puede decirse que tal indemnización pueda considerarse incluida en las referidas por el artículo 84 como «indemnizaciones debidas» en caso de extinción del contrato de trabajo ya que en ningún modo el legislador estaba pensando al incluir la palabra «debidas» en la indemnización por daños y perjuicios sino, precisamente, y como no podía ser de otra manera, sólo a las indemnizaciones ex artículo 50 del ET que son, efectivamente, las únicas «debidas» *ex lex voluntate* en caso de extinción de contrato por incumplimiento grave del empresario».

realizaba del artículo 33.2 del ET la jurisdicción social²⁸. No obstante, no se debe olvidar que el artículo 33.2 del ET fue reformado con posterioridad a dicha sentencia (Ley 43/2006, de 29 de diciembre), añadiendo, expresamente, que para el cálculo del triple del salario mínimo interprofesional se incluirán la parte proporcional de pagas extraordinarias, por lo que dicho criterio, cabe entender, que en la actualidad no resulta admisible.

- La segunda cuestión es el cálculo del número de días pendientes de pago, para el cual, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, antes citada, aplica, nuevamente, los criterios de la jurisdicción social, aplicando la fórmula consistente en dividir la cantidad total adeudada por el salario diario del trabajador, incluyendo la prorrata de pagas extra²⁹.

En último lugar se debe hacer una mención a los salarios de tramitación, y para determinar la clasificación de los mismos el primer problema a resolver será el de su naturaleza jurídica, ya que según se opte por su carácter indemnizatorio o salarial variará su calificación:

Si se considera que tienen naturaleza salarial, tendrán la consideración de créditos contra la masa los correspondientes a los 30 días anteriores a la declaración del concurso³⁰; en cambio, si se

²⁸ La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en Sentencias de 16 de mayo de 1995 y 11 de junio de 1998 (RJ 1998, 5200), con cita de las de 26 de mayo (RJ 1992, 3604), 2 (RJ 1992, 7597), 5 (RJ 1992, 7614) y 21 de octubre (RJ 1992, 7665), 10 (RJ1992, 10073) y 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10484) y 28 de enero de 1993 (RJ 1993,373), señala que «... esta doctrina establece que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral, ya que con ella se designa tanto el salario mínimo interprofesional en sentido estricto, que define un tope general de este carácter, como los denominados salarios mínimos adicionales, que son los que en cada caso -es decir, de forma variable para cada sector profesional o, incluso, para cada trabajador- surgen como consecuencia de añadir a aquel mínimo los conceptos que enumeran los Decretos anuales de fijación (art. 2 del RD 8/1991, de 11 de enero), entre ellos las pagas extraordinarias. Estos salarios mínimos profesionales o individuales no se confunden con el salario mínimo interprofesional y así se advierte claramente de la redacción de las correspondientes disposiciones cuando establecen que a los salarios mínimos interprofesionales -sólo variables en función de la edad del trabajador- "se adicionarán" los conceptos mencionados. Es cierto que el artículo 31 del ET establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año. Pero la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste». Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 21 de marzo de 2005.

²⁹ Debe seguirse la doctrina establecida por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en esta materia interpretando el artículo 33 del ET, teniendo declarado que en orden a conocer los días de deuda salarial pendiente, dado que ésta puede estar integrada por conceptos no homogéneos en el tiempo, la forma adecuada y sencilla de calcularla es dividiendo el total de deuda pendiente de pago por el salario diario del trabajador, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. En este sentido Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de octubre de 1997, del País Vasco de 18 de enero de 2000 (AS 2000, 35) y de Galicia de 20 de marzo de 2001 (AS 2001, 375), entre otras, siguiendo, además, todas ellas la doctrina del Tribunal Supremo, que rechaza incluir en el concepto de salario mínimo interprofesional el prorrateo de las pagas extraordinarias que sólo se tiene en cuenta en el divisor para hallar el número de días de salario pendiente de pago

³⁰ Bartolomé RÍOS SALMERÓN y María Luisa SEGOVIANO entienden que los salarios de tramitación se hacen equivalente a estos efectos a los salarios propiamente dichos, o sea, los que son fruto del trabajo efectivo. Por ende, los 30 días del trámite anteriores a la declaración judicial de concurso tendrán la consideración de deuda de la masa. Añaden que si se trata de proceso pendiente laboral y la sentencia es posterior a la declaración judicial de concurso, los salarios de trámite que devengue el trabajador serán deuda de la masa (art. 84.2.5.º). En apoyo de esta tesis, se apunta que esta equiparación es la que lleva el FOGASA en aplicación del artículo 33 del ET al computar los 120 días que constituyen su protección máxima, cuando sustituyen en el pago de los mismos con empresario insolvente. (Emilio BELTRAN II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS).

considera que su naturaleza jurídica es indemnizatoria carecerían de dicha consideración los correspondientes a los 30 días anteriores a dicha declaración ³¹.

d. Créditos ordinarios.

Tendrán dicha consideración los créditos salariales e indemnizatorios que excedan de los límites antes expresados, esto es, el triple del salario mínimo interprofesional en el caso de los salarios, y la cuantía mínima legal sin que la base de cálculo exceda del triple del salario mínimo interprofesional en el caso de las indemnizaciones.

e. Créditos subordinados.

El artículo 92 de la LC atribuye tal carácter a los intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios. En dicho apartado se incluirán los intereses de las deudas salariales e indemnizatorias anteriores a la declaración del concurso, ya que en caso de ser posteriores se calificarían como créditos contra la masa y no les afectaría dicha previsión.

El mismo artículo 92 incluye con dicha calificación de créditos subordinados a aquéllos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a que se refiere el artículo 93; no obstante, excluye de dicha configuración los créditos salariales e indemnizatorios del artículo 91.1 cuando el deudor sea una persona natural.

VIII. SUCESIÓN Y CONCURSO

Esta materia sería merecedora de un estudio mucho más profundo que no constituye el objeto del presente trabajo, por lo que limitaremos la exposición a dar algunas claves sobre la misma, en particular a la luz de los más recientes pronunciamientos de nuestros tribunales.

Esta materia ha sido objeto de regulación comunitaria mediante la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, en cuyo artículo 5 establece una serie de excepciones a la aplicación del régimen de suce-

³¹ María Teresa ALAMEDA CASTILLO entiende que no tienen cabida en el artículo 84.2.1.º (los 30 días anteriores a la declaración del concurso) los salarios de tramitación a los que se reconoce, mayoritariamente un carácter indemnizatorio no salarial, si bien apunta que la jurisprudencia ha extendido tradicionalmente la protección crediticia del artículo 32 del ET a los salarios de tramitación, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1987 y 17 de julio de 1988. Tampoco los incluye en el artículo 84.2.1.º Emilio BELTRÁN, dada su naturaleza esencialmente indemnizatoria [y por tanto excluidos del concepto de salarios (art. 26.2 ET)]. Niega su inclusión Encarna CORDERO LOBATO, ya que se privilegia exclusivamente los créditos por salario por los últimos treinta días de trabajo, lo cuando no sucede mientras se devengan los salarios de tramitación. (Emilio BELTRÁN II CONGRESO DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, 1 y 2 de diciembre de 2005; Primera Mesa Redonda: Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS),

sión de empresas en los casos de empresas en crisis ³², siendo la LC el instrumento en que se transponen en el derecho nacional alguna de las especialidades previstas en la directiva.

Distinguiremos los distintos momentos en los que puede tener lugar esa sucesión en la tramitación del concurso, y las consecuencias que ello puede tener a efectos sucesorios ³³:

a. Fase de convenio.

El artículo 100.2 de la LC establece: «También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores». En una primera aproximación al citado precepto parece que el legislador no ha hecho uso en la presente regulación de las posibilidades que le ofrecía el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 2001/23 ³⁴.

Las principales dudas surgen a la hora de interpretar la expresión «en los términos expresados en la propuesta de convenio». Para algún sector doctrinal dicha expresión debe interpretarse en el sentido de que el adquirente se subroga en la misma posición que el cedente, asumiendo las deudas pero rebajadas con las propuestas de quita y/o espera realizadas ³⁵; sin embargo, otro sector de la doctrina se inclina por una absoluta capacidad de disposición sobre los créditos adeudados vinculados a la empresa transmitente ³⁶. Marta FERNÁNDEZ PRIETO se inclina por la primera interpretación, al entender que se trata de una medida para matizar el amplio margen de discrecionalidad en la elección del adquirente, estableciendo ciertas garantías que debe respetar, la continuidad de la actividad

³² En dicho artículo se contemplan cuatro posibilidades: la primera en los supuestos de transmisión de una empresa en quiebra o en el marco de un proceso concursal dirigido a la liquidación, en la cual, salvo disposición en contrario de los Estados miembros, no será de aplicación el artículo 3 (subrogación en los derechos y obligaciones) y 4 (posibilidad de despedir a los trabajadores o modificar sus condiciones con causa en el traspaso, y no imputación de la rescisión de los contratos derivada de dicha modificación). El segundo se refiere a la «traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto al cedente» y siempre que dicho procedimiento este supervisado por una autoridad pública competente, y permite a los Estados miembros, la no cesión de las obligaciones del transmitente, siempre que los trabajadores se vean compensados con algún tipo de garantía salarial, equivalente como mínimo, a la exigida en caso de insolvencia del empresario, y pueden disponer que el cedente o el cesionario pacten con los representantes de los trabajadores cambios en las condiciones de trabajo con la finalidad de mantener el empleo. En su apartado tercero se refiere a las empresas en «situación de grave crisis», figura que no existe en derecho español, y, por último el apartado 4 insta a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia en perjuicio de los trabajadores.

³³ DEL REY GUANTER, «La transmisión de empresas en situaciones concursales». La transmisión de empresas es una medida cuya adopción se prevé expresamente sólo en las fases de convenio y liquidación, pero no en la fase común del concurso.

³⁴ No transmisión al adquirente de las deudas del cedente, siempre que los trabajadores se vean compensados con algún sistema de garantía, equivalente como mínimo, a la exigida en caso de insolvencia del empresario, y la posibilidad de pactos del cedente o el cesionario con los representantes de los trabajadores para cambiar las condiciones contractuales, siempre que con ello se trate de garantizar la supervivencia de la empresa.

³⁵ LIMÓN LUQUE, «El derecho transitorio en la nueva LC desde una perspectiva social».

³⁶ DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA.

y el pago de los créditos en los términos expresados en el convenio ³⁷, y parece dicha interpretación la más ajustada a la voluntad de la norma.

b. Fase de liquidación.

La LC en su artículo 148, en el que regula el plan de liquidación, se inclina por la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos, siempre que fuera factible; a lo que añade el artículo 149.1 último párrafo que en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

Es para este último supuesto para el cual prevé el artículo 149.2 que «cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial, de conformidad con el artículo 33 del ET. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

La primera cuestión es determinar hasta dónde llega esa limitación de responsabilidad, esto es, si se limita a los citados salarios o indemnizaciones o puede abarcar otro tipo de deudas. Recientemente se ha pronunciado sobre dicho alcance la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2007, en la que rechaza un recurso presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social, frente al auto que aprobó el plan de liquidación y el posterior de adjudicación, en el que excluye de los efectos de la sucesión a los créditos salariales e indemnizatorios y también a las deudas por cuotas de la Seguridad Social. En dicha sentencia se parte, en primer lugar, de que «la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente las recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos», y el artículo 149.2 constituye una excepción a dicho régimen. Este precepto establece que tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 del ET); en este caso con la liquidación concursal, concluyendo que «en este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva» ³⁸.

³⁷ Marta FERNÁNDEZ PRIETO, «Protección de los trabajadores ante la enajenación de empresas».

³⁸ En idéntico sentido, Autos del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 14 de mayo de 2007 y 28 de diciembre de 2007.

IX. EJECUCIÓN SEPARADA LABORAL

Partiendo de la configuración del procedimiento concursal como un procedimiento universal, el artículo 55.1 de la LC establece expresamente que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

No obstante, dicho principio no es absoluto y admite algunas excepciones que se contemplan en el apartado 2 del citado artículo, en el que se prevé que podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Esta regulación plantea básicamente dos problemas:

1. Determinar la fecha del embargo, ya que en el ámbito laboral el embargo se limita a una mera providencia de trámite que está sujeta a ulterior concreción de bienes³⁹. Se ha considerado que en caso de conflicto la fecha que debe prevalecer es la de la concreción de bienes.
2. En segundo lugar, se plantea quién debe determinar si los bienes embargados son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. En este punto todo parece indicar que es al juez de lo mercantil al que compete dicha decisión.

A diferencia del artículo 56, referido a los acreedores con derecho real, que se refiere a bienes afectos a la actividad empresarial, el artículo 55 habla de bienes necesarios para la continuidad de la actividad, concepto mucho más reducido que el anterior, ya que no todo bien afecto a la actividad empresarial es indispensable para su continuidad.

³⁹ José María FERNÁNDEZ SEIJO, «Aspectos relacionados con el ámbito laboral en la Ley Concursal».