

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

*Doctor en Derecho. Profesor Colaborador Fijo
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Extracto:

LA sucinta regulación contenida en el artículo 64.10 de la Ley Concursal alterando la naturaleza de unas acciones que en el marco laboral presentan un carácter eminentemente individual, así como la remisión para su solución al procedimiento propio de las extinciones colectivas va a implicar la aparición de numerosos problemas a la hora de materializar en la práctica su aplicación efectiva. En efecto, la falta de claridad del precepto lleva a plantear determinados interrogantes cuya respuesta no resulta pacífica y a los que los órganos judiciales están ofreciendo interpretación oportuna aún con cuentagotas.

Así, y por sólo citar algunos de los aspectos más polémicos tratados en el presente trabajo, cabe hacer referencia a si está justificado o no el tratamiento específico previsto en la norma concursal para el supuesto del artículo 50.1 b) del ET o si no sería más razonable ordenar idéntico régimen jurídico para cuantos apartados contiene dicho precepto; dónde situar temporalmente el cómputo de las extinciones para saber si son superados o no los umbrales numéricos regulados en el artículo 64.10 de la Ley Concursal, contando únicamente las demandas presentadas con posterioridad a la declaración del concurso o también las planteadas con anterioridad a dicho momento; cómo habrán de coordinarse el Juez de lo Social y de lo Mercantil cuando las demandas sean planteadas ante el primero, haya comenzado la tramitación del proceso y sean superados los límites cuantitativos establecidos; cuál debe ser el procedimiento a seguir y la participación en él de los trabajadores reclamantes, sus representantes o determinados organismos como el Fondo de Garantía Salarial; cuál será el objeto de cognición del Juez de lo Mercantil; o, por no seguir, de ser estimada la petición del trabajador qué disposición tomar como referente para fijar la indemnización correspondiente, el artículo 51.8 del ET o por el contrario el artículo 50.2 en relación con el 56.1 a) del ET.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Justificación de la previsión.
- III. Reparto de competencias entre el Juez de lo Social y de lo Mercantil de los litigios previstos en el artículo 50.1 b) del ET planteados durante el concurso.
- IV. Procedimiento a seguir en la tramitación del denominado «expediente colectivo».
- V. El contenido del fallo del Juez de lo Mercantil.
- VI. A modo de conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 22/2003 ha provocado una sustancial transformación en la regulación española de las situaciones de crisis empresarial, instaurando un nuevo procedimiento concursal capaz de atender la tradición en esta materia, pero al tiempo alterar de manera fundamental y básica determinadas instituciones jurídicas con gran arraigo en el ordenamiento interno y, en especial, dentro de la rama social del Derecho.

Como señala su propia Exposición de Motivos, la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema llegando a establecer un procedimiento unitario y común: el concurso. A este instituto jurídico le han sido asignadas dos funciones básicas: de una parte, y como tarea primordial, una ordenación en el pago de los créditos de los acreedores evitando el juego sobre los bienes del deudor de ejecuciones singulares «en las que el oportunismo de la prioridad temporal acaba llevando a una distribución injusta e ineficiente del patrimonio afectado»¹; de otro, el mantenimiento en la medida de lo posible de las propiedades y fondos del insolvente sin acudir de forma inmediata a una rápida ejecución y liquidación de los mismos, siempre y cuando tal circunstancia sirviera para resarcir de manera más satisfactoria los derechos de los acreedores² aun cuando éstos hayan de esperar cierto tiempo para su cobro o hayan de ver minorado su importe, sacrificando o postergando sus intereses en aras del beneficio común, pues la preservación del patrimonio y el mantenimiento de la actividad profesional del deudor constituirán garantías adicionales para el reintegro de dichos créditos³.

¹ DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 28.

² No cabe obviar cómo «la función de conservación opera de una manera subalterna, es decir, no por sí misma, sino como medio de satisfacción de los acreedores, cuando los intereses de éstos pueden lograrse mejor a través de la continuidad de la explotación» [DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal», *TSo*, núm. 166, 2004, págs. 9 y 10]. En efecto, «es finalidad típica del concurso la satisfacción preferente del interés de los acreedores. La finalidad principal del concurso se traduce en el reconocimiento legal del llamado principio "solutorio-satisfactivo", es decir, la satisfacción preferente de los créditos de los acreedores sobre cualquier otro objetivo. La conservación de la empresa y el mantenimiento de los contratos de trabajo son protegidos en la medida en que no queda cuestionada aquella finalidad principal» [MONEREO PÉREZ, J.L.: «Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso», *RL*, núms. 15-16, 2005, pág. 12].

³ «No siempre es lo más conveniente liquidarlo, mediante venta de sus elementos patrimoniales, para pago de los acreedores; a veces, es posible continuar la actividad empresarial, como solución más eficiente, tanto para la economía en general, como para los involucrados en una concreta crisis: los acreedores varios del deudor común, y de manera muy especial los trabajadores», RÍOS SALMERÓN, B.: «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», *AL*, núm. 21, 2003, pág. 356.

En el marco de esa tendencia a la unidad, la nueva norma viene a ordenar los efectos que la declaración del concurso presenta sobre las relaciones jurídicas entabladas por la empresa, incluyendo, por supuesto, las relaciones laborales; la regulación vigente implica así que determinadas instituciones propias del ámbito laboral han visto modificado su régimen jurídico normal para encontrarse con nuevos parámetros en el seno del concurso ⁴ lo que ha llevado a hablar de un subsector hasta el momento desconocido dentro de esta rama del ordenamiento jurídico: el «Derecho Laboral de la Insolvencia» ⁵, conformado por las previsiones contenidas al respecto en la Ley Concursal (LC), cuya *ratio ultima* cabría situar en el establecimiento de cierta coordinación entre ambos sectores del mundo jurídico ⁶.

Una de las previsiones contenidas en su seno encuentra acomodo en el apartado 10.º del artículo 64 transformando una acción configurada con carácter general como individual en una extinción de naturaleza colectiva, al señalar que habrán de ser tramitadas como si tuvieran esta condición aquellas demandas interpuestas por los trabajadores por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado *ex* artículo 50.1 b) del ET, siempre y cuando superen, desde la declaración del concurso, determinados umbrales cuantitativos, los cuales se ordenan de manera similar a los establecidos para el despido colectivo en el artículo 51.1 del ET, a salvo la referencia a los acaecidos en empresas de más de trescientos trabajadores pues en la norma estatutaria el límite queda fijado en treinta empleados y en la legislación concursal viene a situarse en el veinticinco por ciento de la plantilla, así como la consideración de cuantas peticiones afecten a la totalidad de la nómina de trabajadores, en tanto la norma estatutaria exige al menos seis y la concursal no establece número mínimo entendiendo como tal la solicitada por todos sus integrantes.

Ahora bien, la preocupación por las relaciones entre las situaciones empresariales en dificultades económicas y el derecho reconocido en el artículo 50.1 b) del ET no es nueva en el ordenamiento español, constituyendo un problema al cual los Tribunales han tenido que ofrecer la correspondiente respuesta.

Así, y como regla general, se entiende que la mala situación financiera de la empresa no constituye un factor esencial a la hora de apreciar la gravedad en la conducta empresarial en el impago o retraso continuado del salario ⁷, habida cuenta «una situación económica adversa... no es aducible... para excluir la aplicación de la cláusula resolutoria *ex* artículo 50.1 b) del ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios» ⁸, considerando al trabajador plenamente legitimado para acudir al mecanismo extintivo regulado en el precepto señalado.

⁴ De esta manera, y en determinadas ocasiones, «supone una modificación intensa de instituciones laborales fundamentales, tales como quién y cómo puede modificar, suspender o extinguir contratos de trabajo en el marco de un procedimiento concursal», DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Proyecto de Ley concursal y relación laboral», *RL*, T. II, 2002, pág. 464.

⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 248, 2003, pág. 122.

⁶ De esta manera, «se ha producido una cierta "mercantilización" del tratamiento de los aspectos laborales del concurso, pero también una cierta "laboralización" del tratamiento de los efectos del concurso en los contratos en curso», RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Presentación», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 1.

⁷ STS 28 septiembre 1998 (RJ 8553).

⁸ SSTS 24 marzo 1992 (RJ 1870), 29 diciembre 1994 (RJ 10522), 25 enero 1999 (RJ 898) y 21 y 22 noviembre 2000 (RJ 10303 y 10423).

Sin embargo, determinadas resoluciones judiciales con la finalidad de «evitar una "carrera" de trabajadores que rompiera su igual condición de acreedores, en pos de beneficiarse los más rápidos... de las indemnizaciones sensiblemente más altas establecidas en el artículo 50 del ET, si comparadas con las propias del despido por crisis»⁹ han aplicado interpretaciones restrictivas de las acciones resolutorias, procurando en la medida de lo posible la conservación de la empresa y el mantenimiento del principio de solidaridad entre los distintos empleados¹⁰, considerando factible la enervación o paralización de las acciones individuales en caso de iniciación de un expediente de regulación de empleo o un procedimiento de ejecución colectiva¹¹.

No obstante, dicha posición jurisprudencial se encontraba lejos de ser tajante y unánime, llegando el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina a concluir la inexistencia de ningún obstáculo capaz de impedir la interposición de una acción resolutoria al amparo del artículo 50.1 b) del ET aun estando pendiente la resolución de un expediente de regulación de empleo, debiendo el juzgador proceder a fallar sobre el fondo de la petición extintiva del empleado como reflejo de «un aspecto particular y concreto del derecho fundamental al libre acceso a los Tribunales y a la tutela judicial efectiva que consagra de manera general el artículo 24.1 de nuestra Ley Fundamental»¹².

La reforma concursal parece decantarse por esta segunda vía, de tal manera que la iniciación del procedimiento en caso de insolvencia empresarial –cabrá atribuir los mismos efectos a la tramitación de un expediente de regulación de empleo– no impide a los trabajadores ejercitar los derechos reconocidos en el artículo 50 de la norma estatutaria; eso sí, establece un cauce especial en los supuestos de solicitudes de extinción fundadas en impago de salarios cuando dichas reclamaciones presenten una naturaleza colectiva en los términos ya expuestos¹³.

- ⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal», *RDS*, núm. 26, 2004, pág. 37.
- ¹⁰ «En casos como éstos, el recurso a la teoría del abuso de derecho elimina la operatividad de las conductas de parte que traten de obstaculizar el ejercicio de la acción resolutoria (si provienen del empresario) o de otras causas de extinción del contrato (si provienen del trabajador). Las continuas referencias a la necesaria acomodación de las actitudes de las partes a las exigencias de orden "ético y humano" encuentran aquí su manifestación más contundente», RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1998, pág. 217.
- ¹¹ SSTS 12 mayo 1988 (RJ 4234) y 29 diciembre 1994 (RJ 10522) y SSTSJ Galicia 10 noviembre 1989 (AS 1764), País Vasco 5 julio 1994 (AS 2887), Cataluña 11 julio 1994 (AS 3040) y 14 junio 1997 (AS 2454) o Madrid 15 enero y 12 marzo 1998 (AS 240 y 792). Haciéndose eco de estos pronunciamientos y compartiendo su parecer, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, cit., págs. 216 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 115 o MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 13.^a ed., Madrid (Tecnos), 2004, pág. 736.
- ¹² STS 5 abril 2001 (RJ 4885). Siguiéndola, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 17 diciembre 2001 (AS 226/2002), Comunidad Valenciana 26 junio 2002 (AS 466) y Madrid 26 noviembre 2002 (AS 1213/2003).
- ¹³ «A través de la acumulación de acciones y autos se podría deducir la dimensión colectiva del supuesto, produciéndose una alteración sustancial de las demandas en cuanto que lo que empieza como acción individual acumulable pasase a ser una acción colectiva acumulable tratada ficticiamente por la Ley Concursal como despido colectivo», RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La Ley Concursal y el contrato de trabajo. Aspectos generales», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 11.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA PREVISIÓN

La tendencia a la unidad presente en el espíritu de la nueva regulación deja sentir también sus efectos en el marco de la jurisdicción, radicando la LC en el Juez de lo Mercantil la adopción o fiscalización de una serie de decisiones que en situaciones no incluidas en su ámbito de aplicación correspondería tomar al empresario, a la autoridad laboral o al Juez de lo Social.

En semejante contexto, cuando el empleador no pueda cumplir regularmente sus obligaciones (art. 2.2 de la LC) encontrándose en situación de insolvencia actual o inminente (arts. 2.1 y 6.1 de la LC), el órgano judicial del concurso atrae hacia su seno el conocimiento y tramitación de determinadas actuaciones de contenido eminentemente laboral como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones o extinciones colectivas, equiparando a estas últimas las reclamaciones de finalización del vínculo fundamentadas en el artículo 50.1 b) del ET cuando sean instadas por un conjunto determinado de empleados.

De esta manera, la norma concursal viene a regular dos situaciones con evidentes conexiones entre sí, pues aun cuando los impagos o retrasos salariales continuados no son prueba concluyente de la existencia de dificultades financieras dentro de la empresa, en la mayoría de las ocasiones su concurrencia constituye un claro síntoma sobre la presencia «de una crisis económica más o menos larvada o, incluso, de una situación de insolvencia técnica»¹⁴, no en vano el artículo 2.4.4.º de la LC considera como hecho habilitante para solicitar la declaración del concurso «el incumplimiento generalizado... de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

El legislador entiende así que el ejercicio por cierto número de trabajadores de sus derechos individuales necesita de una solución especial por sus posibles efectos: de una parte, podría llegar a propiciar «una práctica elusiva o, en todo caso, perjudicial, para la regulación concursal»¹⁵, presumiendo en cierto modo una suerte de ánimo fraudulento destinado a encubrir verdaderas extinciones colectivas bajo la forma de resoluciones contractuales¹⁶; de otra, la indemnización a abonar de ser estimada la reclamación del empleado, pasará a ser considerada como crédito contra la masa (art. 84 de la LC), aumentando con ello el endeudamiento de la unidad productiva en crisis.

¹⁴ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.ª: «La "perturbación" del derecho del trabajo por el derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex artículo 50.1 b) del ET», *AL*, núm. 7, 2006, pág. 750.

¹⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», cit., pág. 130. En otras palabras, «quizás se ha preferido dificultar en caso de concurso una "estrategia típica" en supuestos de crisis empresariales, consistente en que los trabajadores directivos "con mejor información sobre la situación financiera de la empresa" procedían a resolver sus contratos por la vía del artículo 50 del ET, adelantándose así a inminentes expedientes de regulación de empleo, consiguiendo "indemnizaciones más altas" y una satisfacción completa de sus créditos por la vía de la ejecución separada» [GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Coord.): *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2004, pág. 226] y, por tanto, para el legislador concursal los umbrales señalados «marcan una frontera entre un eventual impacto económico previsiblemente asumible por el patrimonio del concursado y, por ello, libre de control, y otro que ya no lo sería» [LACOMBA PÉREZ, F.R.: «La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso», *TSo*, núm. 166, 2004, pág. 70].

¹⁶ DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma concursal y el proceso social...», cit., pág. 36.

En consecuencia, y al tratarse de un suceso con suma trascendencia económica en atención al elevado número de trabajadores implicados y en base a la importancia para la situación patrimonial del concursado, habrá de «constar y verse en el interior del juicio universal»¹⁷.

Sin embargo, múltiples son los problemas planteados por la escueta regulación legal a la hora de ser aplicada en la práctica, a saber: la coordinación entre Juez de lo Social y Mercantil cuando las demandas sean planteadas ante los primeros, haya comenzado la tramitación del proceso y hayan sido superados los límites cuantitativos establecidos al presentarse nuevas extinciones; cuál debe ser el procedimiento a seguir y la participación en él de los trabajadores reclamantes, sus representantes o determinados organismos públicos como el FOGASA; o, por no seguir, cuál será el objeto de cognición del Juez de lo Mercantil. Algunos de los interrogantes expuestos han encontrado la correspondiente respuesta por parte de las resoluciones judiciales, otros en cambio se encuentran todavía huérfanos de interpretación judicial.

III. REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ DE LO SOCIAL Y DE LO MERCANTIL DE LOS LITIGIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 50.1 B) DEL ET PLANTEADOS DURANTE EL CONCURSO

El juego del artículo 64.10 de la LC, y a su calor el traslado de competencias, requiere una primera matización habida cuenta únicamente tendrá lugar cuando la extinción sea solicitada por incumplimientos de las obligaciones retributivas, pues de estar fundamentada en cualquiera de los otros apartados del artículo 50.1 del ET –o en otro precepto distinto– se trataría de acciones individuales diferentes a las reguladas en la primera de las disposiciones¹⁸.

Por su parte, y de ser alegadas varias causas junto con la prevista en la letra b) del precepto estatutario, cabrá otorgar preferencia a la tramitación especial de la LC, de manera que dichas demandas también entrarían en el cómputo de litigios a efectos del artículo 64.10 de la LC, si bien la cognición del Juez de lo Mercantil en dichos supuestos quedará limitada únicamente a la fundamentada en el impago de salarios, de manera que denegado el *petitum* del trabajador serán los órganos de lo social los llamados a resolver el resto de motivos, mientras de ser estimado aquél éstos no tendrían que actuar pues la pretensión ya habría encontrado oportuna satisfacción¹⁹.

¹⁷ RÍOS SALMERÓN, B.: «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», *AL*, núm. 2, 2004, pág. 147. «Puede ser una solución interesante para promover cierta racionalidad entre las acciones del artículo 50 del ET, acusadamente individuales, y la falta de liquidez del empresario, normalmente de trascendencia colectiva, que hasta ahora nuestros Tribunales resolvían mediante expedientes interpretativos de dudosa legalidad», FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 51.

¹⁸ Según el ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 30 marzo 2006 (JUR 139083) continuarán bajo la égida de los órganos de la jurisdicción social cuantos litigios versen sobre «(i) una acción individual de despido, cuya competencia no se atribuye al Juez del Concurso salvo en el específico caso del artículo 64.10 de la LC en relación con el artículo 50.1 b) del ET... (iii) no puede aplicarse al supuesto en examen la excepción que derivaría del artículo 64.10 de la LC, por cuanto no concurre la circunstancia de poder subsumirse la reclamación en el artículo 50.1 b) del ET, sea cual fuese el número de trabajadores a que afecte, incluso aun cuando la trabajadora demandante constituyera la totalidad de la plantilla». En el mismo sentido, SSTSJ Galicia 23 y 28 septiembre 2005 (JUR 76886/2006 y 76839/2006); Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 Málaga, 29 marzo 2005 (JUR 102155) y Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 10 Santander, 21 abril 2005 (JUR 122390).

¹⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *RDS*, núm. 27, 2004, págs. 67-68.

En consecuencia, y como principio general, continuará siendo competencia del Juez de lo Social cualquier acción individual presentada por el trabajador instando la resolución de su vínculo contractual por incumplimiento grave de la obligación retributiva empresarial, entrando a conocer el Juez del concurso únicamente cuando la suma de las anunciadas lleguen a superar los umbrales marcados por la norma; así, y de conformidad con los principios establecidos en los artículos 50 a 55 de la LC, en materia laboral lo declarativo –a salvo aquellas acciones sociales de carácter colectivo excluidas de manera expresa²⁰– sigue perteneciendo al Juez de este orden especializado mientras lo ejecutivo (salvo cuantas actuaciones no tengan naturaleza patrimonial) se atribuye al Juez del concurso, viniendo a consagrar «en esta fase ejecutiva el denominado doctrinalmente "fuero de atracción" del proceso concursal»²¹.

A fin de delimitar ambos supuestos, será necesario concretar cuáles son las reclamaciones a computar en aras a comprobar si son superados o no los umbrales legalmente establecidos. Al respecto la LC, establece como módulo temporal las demandas instadas a partir de la declaración del concurso, circunstancia que acaecerá una vez haya sido dictado el auto previsto en el artículo 21 de la LC.

Sin embargo, dicho tenor literal ha sido matizado por algún pronunciamiento judicial de conformidad con el cual no resulta posible partir de cero a la hora de tomar en consideración el número de extinciones, habida cuenta «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»²².

Tal circunstancia no significa, empero, que el Juzgado de lo Social no continúe conociendo de las acciones interpuestas antes de la declaración formal del concurso, las cuales nunca deberían ser tramitadas por los cauces del artículo 64.10 de la LC, ni aun en el caso de quedar actualizada la posi-

²⁰ De esta manera, «la LC parte del trazado de una significativa diferenciación entre lo individual –el trabajador como acreedor, incluso "privilegiado"– y lo colectivo –el trabajador («el personal») como factor de producción y como "coste económico" o masa retributiva del mismo», mereciendo a su juicio un régimen jurídico-laboral diferenciado. En el primer caso la regulación ha permanecido sustancialmente invariada, manteniendo prácticamente intacta la soberanía de la norma laboral, pero en el segundo, esto es, cuando determinadas situaciones o el ejercicio de ciertas acciones adquieran –o pueden adquirir– una dimensión colectiva, emerge la voluntad del legislador de atribuir las respuestas que el problema precisa al régimen especial previsto por la norma concursal», MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», cit., pág. 100.

²¹ MARTÍNEZ GÓMEZ, E. y SOGORB BARAZA, J.: «Cuestiones procedimentales en temas sociales», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Murcia (Laborum), 2004, pág. 260.

²² SSTSJ Galicia 15 julio y 5 octubre 2005 (AS 2700 y JUR 36564/2006). Apoyando dicho criterio en la doctrina científica, por todos, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, págs. 84-85 y LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», cit., págs. 68-69. *Contra*, CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 116 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^º F.: «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales...», cit., pág. 40.

bilidad reconocida en el artículo 51.1 de la LC, es decir, la acumulación al proceso concursal de los pleitos anteriores sustanciados en primera instancia cuando el Juez de lo Mercantil estime necesaria la atracción a su seno por presentar su resolución una trascendencia fundamental para la formación del inventario o de la lista de acreedores, en cuyo caso habrán de seguir los trámites previstos para el incidente concursal en los artículos 192 y ss. de la LC, conformándose en la práctica como «un puro y simple traslado de las actuaciones del proceso de declaración al tribunal del concurso»²³, habida cuenta este último habrá de proveer lo necesario a fin de permitir la continuación del juicio sin repetir actuaciones (art. 192.1 *in fine* de la LC).

Sobre tales premisas, ya ha sido anulado algún fallo de instancia por vulnerar el principio de tutela judicial efectiva al suspender el procedimiento y no resolver el fondo de una extinción solicitada con anterioridad al auto de declaración del concurso. Para el Tribunal *ad quem* la atribución competencial prevista en el artículo 64.10 de la LC ha de ser interpretada de manera restrictiva en atención a su naturaleza excepcional y, por tal razón, «no parece que pueda denegarse la resolución de la acción individualmente ejercitada, planteada con antelación al inicio del trámite colectivo, que no se encuentra legalmente sometida a restricción alguna, ni a desviación de índole jurisdiccional hacia lo civil o mercantil. Ni tampoco sujeta a preferencias sobre la misma por el ejercicio posterior de otro tipo de acciones distintas, por mucho que éstas tengan una incidencia más colectiva»²⁴.

Con semejante criterio, queda garantizado un principio de honda raigambre histórica en el ordenamiento procesal español, la *perpetuado iurisdictionis*, capaz tanto de impedir pérdidas y recuperaciones de la competencia aun cuando cambien las circunstancias fácticas de base para delimitarla, como de imposibilitar convertir a la «Jurisdicción Social o Mercantil [en] un Guadiana que así aparecería y desaparecería», no pudiendo extraer de la hermeneusis de la norma concursal excepción alguna a la máxima reseñada, pues no resulta posible aceptar «una suerte de incompetencia judicial sobrevenida, contraria a las normas procesales generales y que, además, atentaría a la seguridad jurídica porque la determinación competencial dependería de los avatares procesales –por ejemplo, y situándonos en el caso de autos, los demandantes siempre podrían desistir, sin incurrir en ningún abuso de derecho o en ejercicio antisocial de su derecho, de una parte de las demandas suficiente como para no superar los umbrales numéricos, devolviendo la competencia al orden jurisdiccional social–»²⁵.

Asimismo, y hasta tanto se alcancen los umbrales numéricos previstos en el precepto, la jurisdicción social seguirá siendo competente para resolver de las distintas acciones emprendidas por los trabajadores con posterioridad a dicha fecha.

De esta manera, y a salvo aquellos supuestos en los cuales los trabajadores se pongan de acuerdo y decidan ejercitar de manera conjunta las acciones individuales, acudiendo para ello a «la vía del artículo 64.10 de la LC, lo que normalmente se realizará de forma coordinada e incluso con la misma

²³ VEGAS TORRES, J.: «Los aspectos procesales del concurso», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, cit., pág. 115.

²⁴ STSJ Castilla-La Mancha 26 abril 2005 (JUR 113779).

²⁵ SSTSJ Galicia 15 julio y 5 octubre 2005 (AS 2700 y JUR 36564/2006).

representación o asistencia jurídica»²⁶, la circunstancia más frecuente en la práctica consistirá en que las demandas vayan llegando a los órganos sociales de manera individualizada lo cual dificultará de manera importante el control de las resoluciones instadas, es más, complicando la situación, «ese goteo de demandas resolutorias pueden interponerse ante juzgados de lo social diferenciados atendiendo a las reglas de competencia territorial previstas en la LPL»²⁷.

Ante semejante circunstancia, la norma no establece ningún criterio de coordinación entre ambos órganos jurisdiccionales, pues los del orden laboral deberán admitir a trámite cuantas demandas sean interpuestas mientras no excedan de los márgenes previstos; sin embargo, una vez superados éstos y conocido tal extremo por el juzgador social habrá de inadmitir cuantas nuevas pretensiones le sean planteadas, remitiendo a las partes ante el Juez del concurso, absteniéndose de conocer y careciendo de validez cuantas actuaciones haya practicado de admitir a trámite la demanda (art. 50.1 de la LC).

El problema surge con aquellos procedimientos ya puestos en marcha dentro del ámbito social una vez iniciado el concurso pero todavía pendientes de resolución, en cuyo caso el juzgador social parece que no podrá fallar sobre el fondo al carecer de la competencia para resolver, apuntando la doctrina científica dos posibilidades para poner fin a la situación: de un lado, declarar su incompetencia y remitir las actuaciones realizadas hasta el momento al Juez de lo Mercantil, suspendiendo el pleito laboral en espera de su inserción en el concurso²⁸, siendo ésta la opción por la que parece haberse decantado, al menos de forma implícita, alguna resolución judicial²⁹; de otro, «aguardar a la sentencia en cada singular proceso social, previos los trámites propios de una declinatoria, sin perjuicio de que se dictase una sentencia meramente procesal, en la que el Juez se abstuviera de resolver sobre el fondo del asunto en términos paralelos a lo dispuesto en el artículo 14 de la LPL»³⁰.

Sea cual fuera la opción por la que cada cual se decante, ambas parecen matizar el principio de perpetuación de la jurisdicción, habida cuenta en semejantes supuestos la determinación de la competencia no va a tener lugar «en el momento inicial de la litispendencia», es decir, con «la interposición de la demanda, si después es admitida» conforme señalan los artículos 410 y 411 de la LEC,

²⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», cit., pág. 227. En efecto, «habrá casos en los que un conjunto de trabajadores mantengan la misma pretensión resolutoria del contrato y, además, actúen bajo una misma representación y defensa, en cuyo caso parece clara la competencia del juez concursal, pero ello no es una exigencia legal, y es igualmente probable que cada trabajador vaya presentando su demanda de resolución ante el juzgado de lo social», GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales», *RDS*, núm. 23, 2003, pág. 232.

²⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 116.

²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La Ley Concursal y el contrato de trabajo...», cit., pág. 11. De esta manera, «teniendo en cuenta que la incompetencia jurisdiccional constituye una excepción procesal que es alegable por el demandado en el acto del juicio y en el proceso laboral no existe el trámite de contestación a la demanda, puede considerarse que se ha verificado en ese momento una incompetencia jurisdiccional sobrevenida, de forma que sería posible remitir también estas acciones judiciales al juez del concurso», CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 116.

²⁹ AJS, núm. 1, Ciudad Real 16 noviembre 2004 y, a *sensu contrario*, STSJ Castilla-La Mancha 26 abril 2005 (JUR 113779).

³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales...», cit., pág. 42.

sino que aquélla variará en función de determinadas actuaciones procesales. A fin de evitar el ya apuntado efecto Guadiana, una vez residenciado en el Juez de lo Mercantil el conocimiento del pleito ninguna incidencia habría de tener cualquier modificación –por ejemplo en forma de desistimientos– capaz de alterar los umbrales numéricos, impidiendo devolver al Juez de lo Social las actuaciones y un ir y venir jurisdiccional contrario a cualquier mínimo de seguridad jurídica.

En fin, y ante la falta de criterios en la norma, el administrador concursal, y en su caso el deudor, van a jugar un papel fundamental en el cumplimiento de la acumulación de las demandas individuales, en tanto será quien conozca todas y cada una de las planteadas contra el deudor insolvente, no en vano una vez declarado el concurso la administración concursal deberá ser llamada –bajo sanción de nulidad de actuaciones de no ser efectuada la citación– en cualquier acción instada con trascendencia para el patrimonio del empresario, asumiendo la posición de parte en defensa de la masa ³¹; por tal razón, será tal órgano quien en mejores condiciones se encontrará para poder instar la apertura del procedimiento del artículo 64.10 de la LC al concurrir los presupuestos en él previstos.

IV. PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LA TRAMITACIÓN DEL DENOMINADO «EXPE-DIENTE COLECTIVO»

El precepto objeto de análisis viene a establecer que las resoluciones instadas por los trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo; una vez más, la previsión peca de ambigua e inconcreta, llevando a interpretaciones diferentes sobre cuál ha de ser la tramitación a seguir ante el órgano mercantil ³².

Para un sector de la doctrina, la norma concursal viene a alterar de manera sustancial el régimen laboral común, de manera que a partir de la acumulación procede aplicar las reglas establecidas para los despidos colectivos, tanto las contenidas en la LC como las reguladas subsidiariamente en el ET, encauzando su tramitación por el denominado «procedimiento de regulación de empleo concursal» ³³, debiendo abrir el correspondiente período de consultas con los representantes de los empleados e incorporando una nueva causa de extinción colectiva a las ya previstas en el artículo 51

³¹ RÍOS SALMERÓN, B.: «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», *AL*, núm. 21, 2003, pág. 378.

³² Como se ha significado con acierto, el reenvío resulta «de difícil entendimiento, si a lo que se refiere la norma es al procedimiento de connotación administrativa que, como vimos, sigue ese juez (art. 64, apartados 1 al 8, primer párrafo). ¿Cómo va a actuar la representación de los trabajadores? ¿Qué justificación habrá de ofrecerse sobre las razones que aconsejan la extinción colectiva? ¿En qué consistirá el informe a emitir por la Autoridad laboral? ¿Sobre qué versará la consulta entre administradores y representantes de los trabajadores?», RÍOS SALMERÓN, B.: «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», cit., pág. 147.

³³ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.^a: «La "perturbación" del derecho del trabajo por el derecho concursal...», cit., pág. 759.

del ET ³⁴; en consecuencia, el órgano judicial debería actuar con principios y cánones análogos a como lo haría la autoridad laboral ante un expediente de regulación de empleo tramitado fuera del concurso.

Para otra, en cambio, únicamente ha sido alterada la competencia para conocer sobre la materia «a efectos de que una causa de incumplimiento de los deberes contractuales del empresario tan vinculada a la crisis de la empresa fuera valorada por el Juez al que se encomienda resolver sobre la solución de la crisis misma, y en el seno del procedimiento en que se ventila el destino de la empresa» ³⁵, sin que haya sido modificado el régimen jurídico recogido en el artículo 50 del ET, aportando en su fundamento los siguientes argumentos:

En primer lugar, ponen en duda la capacidad de la representación obrera para disponer sobre unos derechos reconocidos por el ET a los trabajadores con carácter singular ³⁶, pues, a diferencia de cuanto acontece con el resto de supuestos enumerados en el artículo 64 de la LC cuya iniciativa corresponde, entre otros, a dichos órganos de representación plural, no se encuentra con claridad el elemento colectivo capaz de justificar la intervención de dichos representantes, en especial de tomar en consideración cómo esta clase de litigios «tienen su origen en unas individuales, concretas y actuales demandas de tutela judicial que, como tales, deben ser sustanciadas y resueltas por la jurisdicción competente» ³⁷.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 117; MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», cit., págs. 122 y 130; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral», en AA.VV.: *La reforma de la Legislación Concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Madrid (Dykinson), 2004, pág. 396 y RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «El expediente judicial de regulación de empleo: artículo 64 de la Ley Concursal», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (MTAS-La Ley), 2004, págs. 98-99.

Así parece desprenderse también de manera implícita de algún pronunciamiento judicial cuando, al conocer sobre una solicitud de despido colectivo, viene a afirmar que «el artículo 64 donde se regula el expediente de extinción colectiva de relaciones laborales a la que el apartado 10 no sólo asimila sino que identifica, dando el mismo tratamiento, con las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1 b) del ET cuando superen el número previsto en dicho precepto y, en todo caso, afecten a la totalidad de la plantilla», Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 10 Santander, 21 abril 2005 (JUR 122390).

³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^º F.: «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales...», cit., pág. 39. En efecto, y «a la vista de su contenido, esta regulación "concursal" no pretende tanto modificar la legislación laboral general sino modularla mientras se desarrolle el procedimiento concursal, y las peculiaridades del tratamiento de los "expedientes" son más adjetivas que sustantivas» [RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», cit., pág. 19], en consecuencia, «se trata lisa y llanamente, de afirmar la competencia del juez de lo mercantil para conocer de las demandas de extinción del contrato de trabajo por impago o por retrasos en su abono» [LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, cit., pág. 405].

³⁶ GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal...», cit., pág. 233.

³⁷ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», cit., pág. 405. «Se trata en realidad de un supuesto de ejercicio plural de acciones individuales al que el legislador ha calificado como de acción social de extinción colectiva que, por lo tanto, difícilmente podría ser calificada de tal», MOLINER TAMBORERO, G.: «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Coord.): *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, cit., pág. 78.

En segundo término, critican la falta de actuación de los propios empleados en el desarrollo del proceso ante el Juez de lo Mercantil, pues de atender de manera estricta lo dispuesto en el artículo 64 de la LC no tendrían participación alguna durante el período de consultas, ni estarían habilitados para presentar alegaciones o realizar las oportunas propuestas a fin de que el Juez del concurso decida a la vista de las distintas posiciones mantenidas por las partes ³⁸, quedándoles abierta únicamente la posibilidad de impugnar la decisión mediante el procedimiento del incidente concursal y su posterior resolución a través del recurso de suplicación (art. 64.8.2.º de la LC), llenando de dificultades y alargando en el tiempo el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, además de coartar de inicio sus posibilidades de defensa ³⁹.

Por tales razones, «habrá que deducir que aquí serán los propios trabajadores y no sus representantes los que tendrán legitimación para actuar en el procedimiento aunque la norma concursal no diga nada en particular, puesto que en otro caso se produciría una flagrante indefensión» ⁴⁰, habida cuenta sus demandas únicamente pueden hacerse efectivas a través del ejercicio de acciones individuales.

En tercer lugar, otra de las tachas atribuidas a la vigente regulación encuentra su razón de ser en la falta de coordinación entre el artículo 64 de la LC y los artículos 33.3 del ET, 23.2 de la LPL y 184 de la LC en cuanto hace al alcance de la actuación del FOGASA durante la tramitación del expediente colectivo. Una exégesis restrictiva del primero de los preceptos señalados dejaría al margen del procedimiento a dicho organismo público; sin embargo, semejante interpretación no concuerda con lo previsto en el resto de los artículos mencionados, en los cuales le es reconocida «una legitimación especialmente ampliada» ⁴¹, pues dicha entidad deberá ser citada como parte cuando pudieran derivarse responsabilidades para el abono de salarios o compensaciones, siendo el supuesto del artículo 64.10 de la LC una de las hipótesis en las cuales habrá de realizarse el llamamiento correspondiente, no en vano habrá de hacerse cargo, entre otras, de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de las extinciones contractuales previstas en el artículo 50 del ET (art. 33.2 del ET), asumiendo una responsabilidad de carácter subsidiaria ante la situación de insolvencia real o presunta del empleador.

³⁸ En efecto, el Juez del concurso habría de resolver «sin la existencia de períodos de alegaciones o pruebas, en los que se pueda resolver sobre la necesidad de tan drástica medida y los parámetros determinantes del importe de las indemnizaciones. No está previsto un trámite en el que puedan acreditarse categorías, antigüedades y salarios, elementos indispensables para la correcta fijación de las indemnizaciones y en el que suele haber motivos de controversia, y sobre los que hay una copiosa doctrina jurisprudencial consagrada. Con la redacción que se establece, habrá de estarse a la propuesta que formulen el deudor o los administradores», MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», *AL*, núm. 38, 2001, pág. 762.

³⁹ Sobre los obstáculos para acceder al recurso de suplicación al albur de los requisitos exigidos por la LPL para su admisión, DESDENTADO BONETE, A.: «Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal», *TSo*, núm. 166, 2004, págs. 27 y 28.

⁴⁰ MOLINER TAMBORERO, G.: «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal», cit., pág. 79.

⁴¹ MOLINER TAMBORERO, G.: «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal», cit., pág. 87.

Además, y de seguir al pie de la letra el procedimiento de extinción colectiva analizado, también resulta difícil cohesionar la participación del FOGASA en su seno y el papel a desempeñar dentro del período de consultas abierto entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, en especial la posición y capacidad negociadora a desarrollar para la conclusión de un posible acuerdo. La solución apuntada por algún autor pasaría por oír a dicho órgano antes de que el Juez pronunciará su auto ⁴², audiencia que tendría su eficacia práctica de no alcanzarse ningún compromiso pudiendo el órgano mercantil tener muy en cuenta las argumentaciones del FOGASA a la hora de tomar su decisión, pero cuya importancia disminuiría de existir pacto entre las partes dada la cognición limitada que tiene el juzgador al respecto, quien deberá aceptarlo de no mediar dolo, coacción o abuso de derecho.

V. EL CONTENIDO DEL FALLO DEL JUEZ DE LO MERCANTIL

En coherencia con lo señalado en el apartado precedente, la elección entre las dos alternativas en presencia sobre el procedimiento a seguir marcará de manera sustancial el objeto de la cognición para el Juez del concurso.

De optar por la tramitación conforme a las reglas del despido colectivo, dicho órgano judicial deberá dictar auto bien aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado por las partes en el período de consultas siempre y cuando no aprecie en su conclusión fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o bien, de finalizar dicho trámite sin avenencia, determinando cuanto proceda conforme a la normativa laboral (art. 64.7.1.º de la LC), para lo cual habrá de realizar «un análisis conjunto y unitario de la materia en cuestión» ⁴³, estimando o no la pretensión «en función de su impacto sobre el interés patrimonial de la empresa y sus planes de viabilidad» ⁴⁴.

De ser favorable su decisión a los intereses del trabajador, la indemnización quedaría fijada conforme a los parámetros señalados en el artículo 51.8 del ET, es decir, veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades o, como respalda algún autor –a la sazón Magistrado de un Juzgado de lo Mercantil– la indemnización superior pactada por las partes ⁴⁵,

⁴² DESDENTADO BONETE, A.: «Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal», cit., pág. 27.

⁴³ CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 116.

⁴⁴ LACOMBA PÉREZ, F.R.: «La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso», cit., págs. 67 y 68.

⁴⁵ «Si, como ya ha sucedido en la práctica, administración concursal y representantes de trabajadores alcanzan acuerdos indemnizatorios que superen los límites del artículo 51.8 del ET, disponiendo un período de días superior a veinte, o un tope máximo mayor que doce meses, parece que el artículo 64.7 de la LC lo que dice es que, de no concurrir los defectos de voluntad que vicarían lo convenido, procede la aprobación automática de lo acordado. Por supuesto que el Juez Mercantil debe velar por el cumplimiento de los principios que inspiran la normativa concursal, evitando perjuicio de otros acreedores y garantizando la conservación de la masa activa (art. 43 de la LC). Pero también está sometido al principio de legalidad, y en consecuencia ante una norma que de modo imperativo le ordena "aceptar" lo acordado, habrá de verificarlo, aunque la indemnización supere veinte días y aunque el tope máximo sea mayor que doce meses», RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: «Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del artículo 64 de la Ley Concursal», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 10, 2005, pág. 13.

siempre y cuando la mayor contraprestación acordada «no ponga en peligro la viabilidad de la empresa o sacrifique en exceso las expectativas de cobro por parte de los acreedores»⁴⁶, en cuyo caso el Juez del concurso podrá denegar el pacto suscrito al estar viciado por fraude o abuso de derecho.

Para esta posición doctrinal⁴⁷, dicha solución resulta más acorde con el tratamiento unitario y homogéneo marcado por la LC, con su tendencia a la colectivización y con la finalidad «preeminentemente solutoria» del concurso, cuya finalidad consiste en no agravar aún más la precaria situación empresarial, para lo cual es necesario atraer al juicio universal determinadas decisiones aun a costa de minorar derechos reconocidos por las normas laborales⁴⁸.

En cambio, de defender la inmodificación de las reglas establecidas en el artículo 50 del ET habrá de entrar a analizar si concurren o no los presupuestos previstos en el apartado 1 b), es decir, comprobar si los retrasos o impagos en el salario presentan la suficiente gravedad como para autorizar la resolución indemnizada del contrato⁴⁹. Además, estará obligado a tener en cuenta la situación crítica de la unidad productiva, atendiendo no sólo a utilidades singulares sino también a las propias del procedimiento concursal y del colectivo de acreedores, habida cuenta «sólo en el examen conjunto de todas las demandas por incumplimiento de la obligación del pago de salarios es posible captar su dimensión colectiva, si existe, y valorar los efectos de la misma sobre la supervivencia de la empresa y los planes de viabilidad existentes»⁵⁰.

Así parece desprenderse también de la tramitación parlamentaria de la norma, habida cuenta el Proyecto de Ley Concursal concedía amplias prerrogativas para fijar la indemnización oportuna, desapareciendo en el texto definitivo de la norma semejante facultad [MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: «El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal», *RL*, núms. 15-16, 2005, págs. 88-89]; «de este modo el acto decisorio del juez es un típico acto reglado. El acuerdo colectivo resulta vinculante para el Juez, el cual no puede proceder a modificar los términos del acuerdo alcanzado... en el periodo de consultas [el cual] es vinculante para el Juez en todas sus estipulaciones» [MONEREO PÉREZ, J.L.: «Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso», cit., pág. 38].

⁴⁶ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L.: «El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal», cit., pág. 91.

⁴⁷ Entre sus defensores, CRUZ VILLALÓN, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., pág. 117; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentario al artículo 64», en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid (Tecnos), 2004, pág. 761 y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral», cit., pág. 397.

⁴⁸ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.^a: «La "perturbación" del derecho del trabajo por el derecho concursal...», cit., pág. 761.

⁴⁹ «A los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario *ex* artículos 4.2 f) y 29.1 del ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)... En suma, que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria *ex* artículo 50.1 b) del ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios», STS 25 enero 1999 (RJ 898).

⁵⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral...», cit., pág. 42. De esta manera, «la incidencia de crisis de la empresa asumiría el protagonismo como criterio de ponderación del incumplimiento empresarial alegado, pudiendo servir de fundamento para justificarlo y desestimar las extinciones colectivas», GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.^a: «La "perturbación" del derecho del trabajo por el derecho concursal...», cit., pág. 760.

La toma en consideración de semejantes parámetros puede llevar a rechazar la petición del trabajador con la finalidad de no agravar aún más la difícil coyuntura empresarial, siempre y cuando eso sí dichos intereses no presenten una prioridad absoluta imponiendo sacrificios desproporcionados a los trabajadores.

Sea como fuere, la resolución adoptada, a semejanza de cuanto ocurre en el ámbito laboral, presenta naturaleza constitutiva, con eficacia directa sobre los contratos, no estando necesitada de ninguna otra actuación –ni de la empresa, ni de la autoridad laboral pese a su condición plural– destinada a permitir su aplicación en la práctica.

Finalmente, de prosperar la reclamación del empleado, éste tendría derecho a percibir la indemnización correspondiente a un despido improcedente [arts. 50.2 y 56.1 a) del ET], evitando con ello situaciones discriminatorias entre los asalariados de difícil justificación objetiva solamente por la concurrencia de determinados avatares procesales, en tanto quienes hayan presentado sus demandas antes de la declaración del concurso o por causa distinta al impago de salarios accederán a la cuantía prevista en el artículo 50.2 del ET, mientras que una vez acumuladas las acciones y siendo competente la jurisdicción mercantil, de seguir la primera de las tesis expuesta, los interesados verían seriamente mermada la cantidad económica a percibir, amparando una especie de sanción o castigo para estos últimos, beneficiando al incumplidor y potenciando, en circunstancia no pretendida por la norma, una carrera en la interposición de demandas en la cual únicamente los más avisados o quienes tengan mayor información sobre la marcha de la empresa alcanzarán su premio, siendo otros muchos los perjudicados.

Es más, al venir obligado a abonar una indemnización menor a la prevista en el ordenamiento laboral, el empresario deudor estaría tentado en utilizar métodos fraudulentos y extender a un mayor número de empleados el impago de sus deberes retributivos con el fin de hacer frente a una panoplia de reclamaciones capaces de alterar la jurisdicción competente, alcanzando el beneficio de tener que pagar unas contraprestaciones menores; se trata ésta de una solución claramente alejada de cualquier parámetro de equidad, «pues no debe tener la misma sanción una resolución que implica un incumplimiento culpable que otra que responde a una decisión del empresario objetivamente justificada»⁵¹.

Por tales razones, «dicha decisiva y trascendente modificación que reduce intensamente el *quantum* indemnizatorio debería haberse dispuesto indubitadamente en la Ley para que se pueda entender que el texto concursal ha modificado las previsiones de la legislación laboral sobre este extremo»⁵²,

⁵¹ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 164. Del mismo parecer, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, cit., págs. 84 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», cit., pág. 74 y OLMO PARES, I.: «El artículo 64 de la Ley Concursal», *Social Mes a Mes*, núm. 105, 2005, pág. 15.

⁵² MOLERO MARAÑÓN, M.ª L.: «El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal», cit., pág. 98.

debiendo traer a colación también en este momento la doctrina unificada, ya analizada, de conformidad con la cual la obligación de abonar en tiempo y forma los salarios no queda excepcionada por una situación económica adversa presente en la unidad productiva ⁵³.

En definitiva, los intereses del concurso y, por tanto de todos los acreedores, quedan garantizados por el margen de maniobra para resolver por parte del Juez, en tanto éste puede denegar la petición extintiva de considerarla gravemente perjudicial para la viabilidad financiera de la empresa; de no concurrir semejantes parámetros no parece razonable minorar la cuantía de la indemnización en atención al carácter colectivo sobrevenido –por mandato de la normativa concursal no de la legislación laboral no se olvide– de las extinciones, habida cuenta dicha naturaleza plural ya ha debido ser tomada en consideración para estimar o desestimar el *petitum* de los trabajadores afectados.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

La falta de concreción del precepto comentado y las múltiples deficiencias que a su albur han sido detectadas a lo largo del trabajo han llevado a realizar importantes críticas a la opción por la que ha optado el legislador, resultando difícil de respaldar la conversión en colectivos de unos pleitos en esencia individuales y para cuya satisfacción no encuentra demasiada justificación la intervención de la representación legal de los trabajadores en la empresa, ni aplicar el procedimiento establecido para los despidos colectivos; con todo, y como gráficamente se ha significado, el legislador «vuelve nuevamente a hacer de su capa un sayo» ⁵⁴ en esta materia.

En efecto, una vez más se asiste al fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo, impidiendo la entrada en juego de su marco protector –cuyas garantías parecen contemplarse «más que como tales, como trabas engorrosas al ejercicio de la libertad de empresa» ⁵⁵–, habida cuenta «a costa de lograr una relativa unidad normativa alrededor de la regulación de la situación concursal, se rompe la unidad que dispensa a la regulación de las relaciones laborales la normativa laboral y, en particular, el ET» ⁵⁶.

De esta manera, las tachas más sobresalientes realizadas a la regulación establecida en el artículo 64.10 de la LC pueden ser reconducidas a las siguientes:

⁵³ SSTS 24 marzo 1992 (RJ 1870), 29 diciembre 1994 (RJ 10522), 25 enero 1999 (RJ 898), 21 y 22 noviembre 2000 (RJ 10303 y 10423) y 5 abril 2001 (RJ 4885).

⁵⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», cit., pág. 404.

⁵⁵ MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», cit., pág. 762. En esta línea de pensamiento, el espíritu de la norma parece claro: «el conocimiento de las cuestiones litigiosas sociales debía dejar de estar sometida a una "justicia de proximidad", tendencialmente favorable por vocación y función a los intereses de los trabajadores, para atribuirse al juez único del concurso, que para más indicación sólo puede ser un juez mercantil (nueva forma de *exteriorización* de la tutela judicial de los intereses laborales)», MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», cit., pág. 88.

⁵⁶ GUALDA ALCALÁ, F.J. y LILLO PÉREZ, E.: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *RL*, T. II, 2001, pág. 1.157.

En primer lugar, cabe poner de manifiesto la incoherencia de la norma al ordenar este supuesto pues, aun cuando la causa prevista en el apartado b) del artículo 50.1 presente una clara y manifiesta naturaleza económica, no es menos cierto que las otras dos, de ser admitidas, van a dar lugar a la asunción por el concursado de una obligación de carácter crematístico; es más, puede ocurrir la paradoja de que casos «con identidad de razón» queden fuera del artículo 64.10 de la LC por no aplicación del concreto precepto estatutario, como por ejemplo cuando los impagos o retrasos vengan referidos a conceptos extrasalariales⁵⁷.

Por tal razón, si la *ratio ultima* es evitar causar mayores perjuicios al ya debilitado patrimonio empresarial forzándole a asumir nuevos y gravosos compromisos, cualquier reclamación fundamentada en el artículo 50 del ET que superara los umbrales numéricos establecidos por la norma habría de disfrutar del mismo tratamiento pues los efectos de una resolución favorable son similares en uno y otro caso. Si no ha sido así es porque la justificación para ofrecer un tratamiento peculiar a la causa del apartado b) merece ser calificada de peregrina y desproporcionada; para defender los intereses de los acreedores basta con la consideración de las indemnizaciones previstas en el ordenamiento laboral como créditos contra la masa *ex* artículo 84.2.5.º de la LC, manteniendo en el orden jurisdiccional adecuado –el social– el conocimiento de estos asuntos.

En segundo término, la pérdida de protección para los trabajadores ante la posibilidad de llegar a resoluciones en las cuales la preferencia absoluta sean las utilidades del concursado imponiendo un sacrificio desmesurado a los intereses de los empleados en beneficio de la masa de acreedores⁵⁸, rompiendo a la postre el equilibrio prestacional del vínculo laboral al impedir al trabajador alcanzar la rescisión ante el incumplimiento grave de los deberes asumidos por la contraparte⁵⁹, forzándole a continuar con una relación cuyas obligaciones iniciales han sido alteradas y se encuentran claramente descompensadas; es más, no resulta equitativo exigir a los operarios «una especie de "solidaridad negativa" ... hacia la empresa, a los efectos de que ésta se vea beneficiada por una menor indemnización extintiva, en perjuicio de quien ha sido más diligente en la defensa de su derecho. Pues esa mayor diligencia, por el contrario de cómo se pretende en la impugnación, no perjudica al resto de trabajadores, y mucho menos, especialmente, cuando la empresa no pretende el mantenimiento de los contratos de trabajo, sino la extinción de los mismos»⁶⁰.

⁵⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», cit., pág. 67.

⁵⁸ Tal y como se ha significado, «la discrecionalidad del juez del concurso es casi absoluta –un juez mercantil, no se olvide, que resolverá con arreglo a criterios y principios distintos de los que se utilizan en la especializada jurisdicción social–» [CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *AS*, T. V, 2001, pág. 276]. De esta manera, «con el nuevo sistema, se atribuye a un órgano judicial una decisión que no es, propiamente, una mera calificación jurídica. Pasamos de un modelo en el que la ponderación de los intereses sociales era un elemento de información en la adopción de las decisiones de regulación de empleo, a otro en el que, a fuerza de judicializar el conflicto, se da prioridad a los intereses de la masa de acreedores y del propio concursado, cuya tutela judicial se encomienda al juez mercantil... El interés del colectivo de trabajadores en obtener la satisfacción de sus deudas se subordina, de manera general, al interés del conjunto de los acreedores del empresario e incluso del propio empresario, a fin de preservar la integridad del patrimonio empresarial y favorecer la obtención de un convenio con los acreedores», AA.VV.: «Editorial», *RDS*, núm. 23, 2003, págs. 6 y 7.

⁵⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *RL*, núms. 23-24, 2003, pág. 89.

⁶⁰ STSJ Castilla-La Mancha 26 abril 2005 (JUR 113779).

En tercer lugar, en estas materias «sociales» el Juez de lo Mercantil, además de aplicar las normas específicas de la LC, habrá de tomar en consideración los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y el proceso laboral (arts. 86 *ter* LOPJ, 8.2.º y 64.11 de la LC), añadiendo una nueva dificultad a su enjuiciamiento al tener que afrontar el pleito no sólo con una visión mercantil sino bajo el prisma del específico sistema de fuentes del ordenamiento laboral, pudiendo provocar mayores problemas que cuantos se pretenden evitar como consecuencia de la falta de la formación necesaria y adecuada en esta última disciplina jurídica⁶¹, encomendándole unas funciones «que van a constituir para él una sobrecarga importante, y que, en realidad, le colocan en una posición muy poco jurisdiccional y bastante comprometida»⁶².

A modo de epílogo, dos son las alternativas que cabe proponer a fin de superar la actual regulación en cuanto hace a la articulación de la causa de extinción del artículo 50.1 b) del ET en relación con el concurso:

De un lado, si atendiendo al elevado número de reclamaciones, su posible incidencia para el patrimonio del deudor insolvente y la evitación de cualquier perjuicio para el proceso concursal, se considerara imprescindible el conocimiento de semejantes asuntos por parte del Juez de lo Mercantil, parece existir un cauce más acorde a fin de coordinar como conviene dichos intereses con el carácter individual de las acciones previstas en el artículo 50 del ET y el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores. A tal fin, puede resultar más conveniente remitir su sustanciación al incidente concursal laboral regulado en los artículos 195 y 196 de la LC⁶³, en el cual se establece de manera expresa la participación de los empleados reclamantes, no sólo a través del intento previo de conciliación o avenencia, sino también durante su tramitación al actualizarse el principio de contradicción mediante la ratificación y contestación de la demanda, la propuesta y práctica de pruebas y el trámite de conclusiones.

De otro, siendo la opción a la que este trabajo se adhiere, parece más aconsejable mantener la naturaleza individual y laboral de dichas acciones, de manera que con independencia de su número y el momento de su inicio, la competencia permanecería en el seno de la jurisdicción social, cuyos órganos examinarían y dictaminarían sobre la concurrencia de los presupuestos legales para acceder o no a la solicitud del trabajador. Con ello, no se extraería de su *sedes materiae* semejantes asuntos, los cuales tampoco quedarían ajenos al concurso ni perturbarían su funcionamiento al no causar nin-

⁶¹ «La atribución a los Jueces de lo mercantil de distintas materias laborales, puede producir riesgos, pues no es lo mismo afrontar la resolución de un problema puramente mercantil con el criterio de esta disciplina, a resolver simultáneamente problemas laborales que deben afrontarse desde la óptica muy especial del Derecho del Trabajo. No resulta fácil a un Juez, cuando por razón de su destino en un Juzgado de lo Social, tiene que impregnarse del espíritu de las normas laborales y fallar los autos con esta mentalidad. El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y su jerarquía, los principios de aplicación de las normas laborales y la peculiar relación entre las partes del contrato de trabajo, no es sencilla y máxime cuando simultáneamente han de resolverse asuntos con otro punto de vista», LÓPEZ MOSTEIRO, R.: «La competencia objetiva y territorial en los procedimientos laborales de la Ley Concursal», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 173.

⁶² DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», cit., pág. 47.

⁶³ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», cit., pág. 405.

gún menoscabo en su seno ⁶⁴, en tanto las indemnizaciones derivadas de una sentencia estimatoria al empleado son consideradas como créditos contra la masa en virtud de lo establecido en el artículo 84.2.5.º de la LC, con lo que cualquier ejecución frente a los bienes del empresario deudor será competencia del Juez de lo Mercantil (art. 8.3.º de la LC) que habrá de darle la oportuna tramitación, pudiendo tomar en consideración en este momento la situación de crisis en la empresa sin por ello dejar de atender como conviene la tutela judicial efectiva de los trabajadores, cuya reclamación ha tenido solución mediante el oportuno y adecuado cauce.

⁶⁴ «La razón de ello radica en que estos juicios no causan perjuicio a unos acreedores en beneficio de otros, puesto que a lo que conducen es, en el caso de que la sentencia sea favorable al actor, a la declaración de existencia de un derecho y, en su caso, a la condena del sujeto pasivo a satisfacerlo. Entonces, a partir de ese momento, cuando el deudor se halla declarado en concurso, la realización del crédito reconocido tiene que verificarse conforme a las reglas del procedimiento concursal», LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: «Los efectos de la declaración del concurso», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, cit., pág. 164.