

# ASPECTOS LABORALES DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

**Juan RIVERO LAMAS**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza*

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

### **Los trabajadores, acreedores muy vulnerables**

De la trascendencia de la regulación sobre los créditos laborales en los procedimientos concursales se ha podido decir (J.M. Garrido: 1996; 3595), que son los más protegidos en todos los sistemas jurídicos, porque los trabajadores son “los únicos acreedores contractuales que realmente necesitan protección”. Esta afirmación no es excesiva si se atiende a que los salarios son, frecuentemente, la única fuente de renta para los trabajadores, y que éstos, además de disponer de una información incompleta sobre el estado financiero de su empleador, no pueden acceder a las garantías reales, por lo que la protección de sus créditos depende de que la ley les reconozca unos privilegios para su satisfacción. Pues bien, el tratamiento de los créditos laborales ha experimentado en el proceso de elaboración del Proyecto de Ley Concursal (PLC) importantes cambios, como también la atribución jurisdiccional para dictar decisiones judiciales que afectan a los contratos de trabajo tras la declaración del concurso.

La lentitud y las insuficiencias de los procedimientos de concurso universal para la satisfacción de los créditos de los trabajadores trató de paliarse en España, desde tiempo atrás, con la creación del Fondo de Garantía Salarial, que tuvo su origen en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales y fue regulado originariamente por el Real Decreto 317/1977, de 4 de marzo (y en la actualidad, en el artículo 33 LET y Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo), mediante el que se estableció un seguro público de los créditos salariales y de indemnizaciones adeudadas por las empresas insolventes a través de un organismo público de solidaridad interempresarial. Esta nueva protección de los créditos laborales tendría, años después, el respaldo de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; y en fechas más recientes, el del Convenio núm. 173 (1992), ratificado por España el 28 e abril de 1995 (BOE, 21 de junio). De otra parte, la lentitud y la incidencia del procedimiento concursal sobre los créditos de los trabajadores se trató de superar con una enmienda presentada al Proyecto de Estatuto de los Trabajadores que se convirtió, tras la deliberación sobre la misma, en un verdadero privilegio de ejecución separada, cuya proyección y eficacia ha sido decisiva para situar los créditos de los trabajadores en un régimen de mejor condición respecto de aquellos otros de los acreedores ordinarios.

Aunque en la evolución del régimen protector del Fondo de Garantía Salarial se hayan registrado recortes en la delimitación de sus prestaciones, no se puede ignorar que, pese a todo, el efecto combinado de este instrumento de efectividad (parcial) de los créditos laborales, unido al régimen de privilegios del artículo 32 LET, más el privilegio procesal de ejecución separada, arroja un saldo muy favorable en cuanto respecta a la

intensidad de la tutela jurídica de los trabajadores en cuanto acreedores, tanto en los procedimientos concursales como en otros en los que concurran con otro u otro crédito sobre bienes del empresario.

### **Los cambios del texto legislativo en elaboración**

No es de extrañar que, con este punto de partida, el Anteproyecto de Ley Concursal (ALC), que lleva fecha de 7 de septiembre de 2001, tratará de recortar, en aras del principio de igualdad de los acreedores y para simplificar el régimen de privilegios, la protección dispensada en el marco del procedimiento concursal a los créditos de los trabajadores, distinguiendo, además, entre el régimen de garantías de los salarios y las indemnizaciones por extinción en los supuestos concursales y el resto de las situaciones de concurrencia de aquellos créditos con titulares distintos sobre los bienes del empresario. Para uno y otro supuesto, no obstante, se proponía la desaparición del privilegio de ejecución separada.

Este retroceso en el régimen de las garantías de los créditos laborales no fue saludado como una expresión racionalizadora y de procura de la igualdad entre los acreedores, sino como agresión a los derechos de los trabajadores. Valga de muestra lo que escribía en tal sentido un joven y acreditado iuslaboralista (F. Cavas Martínez: 2001; 264): “De prosperar la versión del ALC... y plasmarse en una norma legal, se habrá escrito una nueva página negra en la ya larga historia de atentados contra los derechos de los trabajadores que cabe anotar en el saldo de una estrategia de política legislativa marcada por los designios de “flexibilización”, “desregulación”, “patrimonialización” y “remercantilización” del Estado social dominantes en el actual discurso neoliberal y de pensamiento único, que sin ningún rubor viene imponiendo los principios de rentabilidad y racionalidad económica a los de racionalidad y protección social”. Es importante señalar, que esta valoración no tuvo carácter aislado, pudiéndose encontrar reproducida, aunque en términos más asépticos, en otras instancias distintas como el voto particular de los sindicatos y de un representante propuesto por el Gobierno, en el Dictamen del CES, y en la crítica de otros autores, así Ríos Salmerón (2001; 57), y con matices importantes, J.L. Fernández Ruiz; 2001: 209 y ss, en un exhaustivo y documentado estudio sobre el tema.

Sin embargo, ya en el texto del Proyecto de Ley Concursal presentado por el Gobierno a las Cortes (BOCG, de 23 de julio 2002), una parte de los puntos críticos merecedores de censura habían desaparecido; y en relación con otros se pueden considerar los cambios de la mayor protección legal reconocida con anterioridad, opciones de política legislativa necesarias o, al menos, legítimas, desde una óptica equilibradora de tutela de los intereses de los acreedores y de la funcionalidad unitaria del sistema concursal. Con posterioridad, en la fase de enmiendas parlamentarias, se han propuesto, e incorporado al Proyecto de Ley (Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, de 27 de marzo de 2003, BOCG, 1 de abril, 2003), importantes adiciones, que tienen el carácter de mejoras principales en lo que se refiere a los efectos sobre los contratos de trabajo de la declaración de concurso, a las propuestas de convenio que incluyan la enajenación de unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica, que no podrá ser un acreedor, a la protección de los créditos laborales y a su clasificación, y a la devolución a la Jurisdicción Social del conocimiento, en vía de recurso, de la impugnación de los autos y sentencias dictadas por el juez mercantil sobre

materia laboral, ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

### **Una reflexión sobre las finalidades de la nueva protección legal del concurso, sus fines y la conservación de la empresa**

Por lo demás, parece conveniente –de entrada- dedicar alguna reflexión a las finalidades del nuevo régimen concursal en su conexión con los instrumentos de protección del Derecho del Trabajo.

Pues bien, esta reflexión ha de partir necesariamente de que la finalidad primera de la proyectada reforma concursal ha sido la de sustituir una legislación obsoleta, disfuncional e ineficaz que, por saturación de garantías y de privilegios de los créditos, y por su lentitud, había creado un práctico bloqueo en punto a conseguir cualquier finalidad racional del concurso de acreedores. Me parece inútil reiterar aquí que esta vetusta regulación era la contenida en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el Código Civil de 1889 y en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

Por lo demás, con el paso del tiempo fue apareciendo una profusa legislación especial configuradora de preferencias varias para créditos muy diversos. De ello era exponente, no solo la regulación de los créditos laborales en la LET, sino entre las más recientes expresiones, las contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto-legislativo 2/2000, de 16 de junio), en cuyo artículo 45 se establece, sin matización alguna, la preferencia absoluta de la Administración sobre las garantías prestadas por los contratantes. Como también el privilegio reconocido a las aseguradoras por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, sobre las afecciones de bienes a favor de los créditos de los asegurados. Reconocimientos de privilegios legales que aparentan ignorar el Convenio 95 de la OIT (1952), ratificado por España en 1958, relativo a la protección del salario y, sobre todo, el mas reciente Convenio 173, sobre protección de los créditos del empleador, aprobado en 1992 y ratificado por España en 1995. Tal situación de confusión era –es- insostenible y requería una urgente actuación del legislador.

Pero junto a esta finalidad, en la Exposición de Motivos y en el articulado se omite una clara identificación de las finalidades del concurso. En concreto, no se afirma claramente –mejor sería decir, que no se explicita- que los fines del concurso son, en primer término, la satisfacción de los acreedores y, solo en la medida de lo posible, el mantenimiento de las empresas.

Después de las críticas contenidas en el Dictamen del Consejo de Estado sobre una excesiva matización en este extremo, que llegaba a traducirse en afirmaciones contradictorias (alguna de las cuales han desapareció de la EM), ahora se incluyen otras en sentido contrario: en concreto, en el ALC se afirmaba en la EM que “La Ley procuraba la conservación de las empresas o unidades productivas... integradas en la masa mediante su enajenación como un todo”; mientras que ahora se afirma de forma tajante (E.M. VI), que: “Lo que no admite la Ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia. Para asegurar esta y la posibilidad de cumplimiento, la

propuesta de convenio, ha de ir acompañada de un plan de pagos” (Cfr. Art. 99, PLC). Pero ¿cuál es la finalidad, o son finalidades propias del concurso? La respuesta hay que deducirla del texto normativo, aunque ni en la letra de éste ni en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se contiene, hasta el momento, una jerarquía de fines.

Parece claro que la finalidad primera y principal del concurso es la satisfacción de los derechos de los acreedores, aunque no se descarta alcanzar también el objetivo del salvamento empresarial como instrumento para conseguir aquel fin primero y principal. En efecto, de forma más explícita la EM (VI) del PLC matiza en relación con este objetivo en la fase de convenio: “La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. *Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresa, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables*, en beneficio no solo de los trabajadores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe de la administración judicial es una garantía mas de esta solución”.

Pero también la conservación de la empresa se puede hacer presente en la fase liquidatoria. En efecto, también cuando el deudor opte por la solución liquidatoria del concurso, y pese a la mayor imperatividad y rigor de las normas que regulan esta fase, el PLC introduce elementos de flexibilidad que van más allá del plan de liquidación que debe preparar la administración judicial y ser aprobado por el Juez. Si esta aprobación no tuviera lugar, se aplicarán supletoriamente las reglas legales para la realización de los bienes y derecho de la masa activa del concurso (EM, VII), y también en ese momento aún cabe la conservación de la empresa como un todo: “Aún en este último caso, la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte mas conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”.

En definitiva, el proyecto de Ley español no apuesta de forma decidida por la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento de su actividad y del empleo –como el *Nouveau Code de Commerce* (francés), que dedica –no sin ciertas reservas- a tal objetivo su Libro VI; o como la Ley italiana de 30 de julio de 1998, nº 274, reformada por el Decreto Legislativo de 8 de julio de 1999, nº 270. Más bien, la solución por la que opta el PLC se aproxima a la prevista en la Ordenanza sobre Insolvencia de Alemania (*Insolvenzordnung*), -promulgada en 1994, pero que no entró en vigor hasta 1 de enero de 1999-, cuyo parágrafo 1º establece que la finalidad del procedimiento concursal consiste, bien en satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor común mediante la realización de sus bienes, o bien en el establecimiento de un plan de insolvencia enderezado a la “conservación de la empresa” (*Erhalt des Unternehmen*).

Pues bien, aunque la alternativa no esté formulada con claridad en el texto del Proyecto de Ley, si está implícita a lo largo de su regulación. En concreto, en primer término, es posible en la propuesta de convenio del deudor, o de todos los acreedores proponentes (de la quita y espera o de conversión de los créditos) plantear un plan de viabilidad, con especificación de los recursos necesarios, de los medios y condiciones de su obtención y de los compromisos de prestación de terceros. Sin embargo, como ya se ha expresado, no puede consistir esta propuesta en una cesión de bienes y derechos a

los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, ni en cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado (art. 99.3 PLC). Cabe afirmar que el PLC considera que es la fase de propuesta de convenio, abierta al concluir el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, el momento procedimental más adecuado para que el deudor, o los acreedores proponentes con el consentimiento del deudor, presenten –entre otras posibilidades- una propuesta que incluya la enajenación de la empresa a un tercero que no sea acreedor. El fin de conservación de la empresa aparece aquí contemplado –tras las enmiendas incorporadas en el trámite parlamentario- como una alternativa reglada que incluye tres condiciones: a) la enajenación ha de tener lugar con la asunción por el adquirente de la obligación de la continuidad de la actividad empresarial, y no –en consecuencia- para su liquidación; b) de otra parte, el adquirente debe hacerse cargo del pago de los créditos de los acreedores, en los términos en que contemplen en la propuesta de convenio; c) por último, en tales casos deber ser oídos los representantes de los trabajadores (art. 99, nº 2, párrafo 2º PLC).

En realidad, de forma simplificada y flexible se ha llevado a cabo mediante esta enmienda del texto del PLC la incorporación al texto de la futura Ley de las bases de un procedimiento-marco de reestructuración empresarial en los supuestos concursales, regulación que queda abierta a la integración mediante las regulaciones plurales que se puedan establecer por la autonomía privada, la cual deberá contar, en todo caso, con la consulta de los representantes de los trabajadores, que en estos supuestos –se precisaron los representantes sindicales. De esta manera, se trata de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el artículo 64, nº 4 de la LET (R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo) y al conjunto de las Directivas europeas que prevén la información y consulta de los representantes de los trabajadores en los procesos de cambio del estatus de la empresa que puedan provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo (Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo 2002; así como otras a las cuales se remite: las Directivas 98/59/CE; 2001/23/CE; 94/45/CE y 97/74/CE).

Pero si estas especificaciones para mantener en actividad las empresas se contienen en la “fase anticipada de convenio”, también es posible, que tras la fase común del concurso y la apertura de la fase de convenio, el concursado presente una propuesta de convenio, o que lo hagan los acreedores cuyos créditos superen –conjunta o individualmente- una quinta parte del total pasivo resultante (salvo que el concursado hubiera solicitado la liquidación), que contemple la continuidad de la actividad empresarial. Sin embargo, dentro de los diez días siguientes a la conclusión de la Junta de acreedores en la que se acepte la propuesta de convenio, si no fuera el concursado el proponente, éste podrá oponerse a que se apruebe por el Juez, por considerar que incurre en infracción legal o por considerar inviable su cumplimiento (art. 127). Aún más, el deudor puede pedir la liquidación durante la vigencia del convenio, si llega a la conclusión de que le resulta imposible cumplir con los pagos comprometidos y con las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel (art. 141.3 PLC). A la postre, el PLC concede al deudor unas amplias facultades para oponerse a la aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, o al aprobado en Junta de acreedores, así como también a los no asistentes a ésta y a los no proponentes. De esta manera, pienso, el PLC quiere dar cumplimiento al principio de igualdad de los acreedores y evitar propuestas aventuradas de supervivencia de la empresa que –al final- terminen con su liquidación, dejando insatisfechas las posibilidades de satisfacción de

los créditos de una parte de los acreedores, posibilidad que está en condiciones de contemplar con realismo y conocimiento de causa el propio deudor, en primer término.

Por último, también en la fase de liquidación se contempla el mantenimiento de la empresa como unidad. En concreto, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la administración concursal de la fase de liquidación, se habrá de presentar por ésta “un plan para la realización de los bienes y los derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos” (art. 147.1 PLC). Pero de no aprobarse el plan de liquidación, las operaciones de liquidación se ajustarán a unas reglas legales, supletorias, entre las cuales figura, como primera, la enajenación como un todo de las unidades productivas de bienes o servicios del deudor, salvo que el Juez estime más conveniente la realización aislada de los elementos que las componen (art. 148.1 PLC).

En definitiva, el compromiso implícito en la regulación española del concurso no parece decantarse exclusivamente por la solución del saneamiento y continuidad de las empresas, pero sí la propicia, al menos, en tres momentos del procedimiento concursal. Sin duda, las experiencias del último cuarto de siglo en esa dirección, no han sido muy positivas en España. En muchos casos, no se ha experimentado más que la lenta agonía de las empresas en crisis y la liquidación final con un perjuicio máximo para gran parte de los acreedores. Este resultado no ha sido muy diferente cuando la empresa se ha cedido a los trabajadores para constituir cooperativas o sociedades laborales, porque –a corto plazo- los problemas, frecuentemente, se han reproducido y agravado.

### **El análisis económico del derecho y los procedimientos concursales**

Se trata de una perspectiva metodológica seguida por una parte de la doctrina mercantilista en los últimos años, y que tiene relieve para la articulación del régimen concursal y la tutela de los créditos de los trabajadores. Me refiero a la perspectiva de estudio que aporta el ‘análisis económico del Derecho’ para definir la finalidad de los procedimientos concursales. Según esta línea de pensamiento, la finalidad de los procedimientos concursales no sería la de distribuir equitativamente las pérdidas entre todos los acreedores en aplicación de un principio igualitario (*par conditio creditorum*), como recoge la legislación proyectada, sino la de establecer una cooperación entre aquellos con el fin de obtener una maximización del valor del patrimonio del deudor (T.H. Jackson; 1982: 837 y ss.- J. Bisbal: 1986, *passim*).

Las críticas a este planteamiento del análisis económico del Derecho coinciden en que no se puede excluir el aspecto distributivo como finalidad del concurso: fue su razón de ser principal desde los orígenes y continúa siendo el corazón de estos procedimientos, y –por ello- la regulación concursal incluye, no solo una regulación procedimental, sino también sustantiva, que afecta a la clase, contenido y garantía de los derechos de crédito (J.M. Garrido: 1996; 3604). La cuestión distributiva se convierte en problema cuando el procedimiento establecido conduce a una situación en la que no hay nada que distribuir para los acreedores ordinarios ante la proliferación de créditos con garantías reales o con privilegios legales. Ello exige cada cierto tiempo una revisión de

los privilegios, ya que solo indirectamente –procedimentalmente- se pueden manipular los créditos con garantía real.

Pues bien, originariamente el ALC partía de la base de limitar los privilegios laborales de los trabajadores, apoyándose, para ello, en una hipotética premisa alternativa: que sería más eficaz protegerlos mediante fondos de garantía externos al concurso (ya existe el FOGASA). Pero esta posibilidad fue calificada –pienso que, con cierta precipitación- de antisocial y mercantilizadora. Un interrogante que plantea el nuevo Proyecto de Ley es sí la *par conditio creditorum* y la protección de los acreedores ordinarios será posible no sólo reproduciendo sino mejorando el régimen de garantías del actual artículo 32 LET, con la exclusiva eliminación del privilegio de ejecución separada, y con el contrapeso del nuevo procedimiento concursal, que también incide en aspectos sustantivos, aunque previsiblemente de forma insuficiente y compleja, ya que es excesiva la carga que pesa sobre el Juez del concurso. Por lo demás, en la medida en que las deudas contra la masa proliferen –como ya se acusa en el PLC- se puede reproducir, con otra morfología, la situación presente de falta de suficiente protección de los acreedores ordinarios.

## **II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL**

### **El inicio del concurso: la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio del deudor común y la declaración del concurso**

El tratamiento de los créditos de los trabajadores en los supuestos de concurso de acreedores –expresión con la que se designa “la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común” (EM, PLC), que puede ser una persona natural o jurídica, pero no el Estado, los organismos públicos y los entes de derecho público- ha de partir de un *iter* procedimental que permite al órgano jurisdiccional la declaración del concurso. Tal declaración es el punto de partida para la aplicación del tratamiento jurídico particular que la Ley ordena para con los créditos insatisfechos, al tiempo que impone un conjunto de actuaciones al deudor, al juez y a los acreedores. De no existir tal declaración de concurso, la regulación aplicable en los supuestos de concurrencia de los créditos de los trabajadores con los de otros acreedores de un empresario (deudor común) es la que el PLC incluye en la Disposición Final Duodécima, que contiene una nueva redacción del artículo 32 de la LET.

Brevemente interesa reparar en el presupuesto y en el procedimiento de la declaración de concurso, con especial referencia a la solicitud de esta por los trabajadores.

### **Los presupuestos del concurso: el estado de insolvencia y la solicitud de la declaración**

Conforme al PLC (art. 2º) la declaración de insolvencia procede en aquellos casos en los cuales el deudor común de un conjunto de acreedores se encuentra en un estado de insolvencia que le impide “cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles”. La generalidad de estos términos, lleva al PLC a precisar seguidamente los presupuestos objetivos y subjetivos de tal estado.

Con relación a los presupuestos subjetivos, distingue el PLC según la declaración de concurso la presenten el propio deudor o uno o varios acreedores. Sin embargo, por lo que se refiere a los presupuestos objetivos, estos son diferentes según sea el deudor o un acreedor quien presenta la solicitud. En concreto, al deudor solo se le exige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia que podrá ser actual o inminente, acompañando a tal efecto la documentación que la Ley detalla (art. 5.2, PLC); sin embargo, para justificar el 'estado de insolvencia inminente' la futura Ley concede un amplio margen de apreciación al deudor, facilitando que éste pueda solicitar la declaración de concurso, para lo que basta que "prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones". Más exigente es la Ley para facultar al acreedor o acreedores solicitar de declaración de concurso: concretamente, a estos se les impone fundamentar su solicitud, bien en un título por el que se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes suficientes para el pago; o bien en hechos indiciarios de la insolvencia del deudor: sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, abandono, alzamiento o liquidación ruinosa de los bienes del deudor, así como el "incumplimiento generalizado" de cierta clase de obligaciones. Entre estas últimas se encuentran mencionadas el impago de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, así como de los salarios, indemnizaciones y "demás retribuciones" derivadas de las relaciones laborales correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Como se ha expresado, están legitimados para solicitar la declaración del concurso tanto el deudor como los acreedores (art. 3º); sin embargo, el PLC establece un "deber" del deudor de solicitar la declaración dentro de determinados plazos: bien dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido, o debido conocer, su estado de insolvencia", o bien, en los supuestos de "incumplimiento generalizado" a que se refiere el apartado 4º del nº 3 del artículo 2, que se integra, entre otros, por los incumplimientos relativos a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, cuando haya transcurrido cada uno de los plazos previstos para tal supuesto: esto es, por lo que se refiere a las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, por el impago de las mismas durante los tres meses anteriores al concurso, y por el impago de los salarios y de las indemnizaciones correspondientes a las tres últimas mensualidades. Pero la Ley exige que esta insolvencia afecte a "cada uno" de estos plazos -y que esté referida, en consecuencia, a las tres clases de deudas- para que se pueda identificar el supuesto de "incumplimiento generalizado" (nº 2, del art. 4, por remisión al nº 4.4º del art. 2).

### **Competencia para declaración del concurso**

La competencia para la declaración del concurso se atribuye al Juez de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de operaciones principales, aunque los acreedores pueden instar la declaración del Juez del domicilio del deudor, si este fuera distinto de aquel; o en caso de solicitudes acumuladas, del Juez del lugar en el que tengan el centro de sus operaciones principales el mayor número de solicitantes (art. 9 PLC).

En cualquier caso, la competencia del Juez Mercantil es exclusiva y excluyente para el conocimiento de las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra



el patrimonio del concursado, con la excepción de las relativas a capacidad y derecho de familia; también conocerá de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como para toda medida de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, y respecto de cualquier medida cautelar con el mismo referente. Por lo demás, la jurisdicción del Juez Mercantil se extiende a las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal (arts. 7 y 8 del PLC).

El procedimiento de declaración del concurso termina con el auto de declaración del mismo, lo que tendrá lugar tras la presentación de la declaración del deudor si el Juez considera acreditada la insolvencia alegada por aquel o, en su caso, cuando se presenten otros legitimados, dictará auto admitiéndola a trámite y ordenará la formación de la Sección primera, que supone la adopción de medidas cautelares, la celebración de vista y la práctica de las pruebas y, finalmente, el dictado del auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. Esta resolución es recurrible mediante recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo salvo que el Juez así lo acuerde excepcionalmente.

### **III. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

Un aspecto importante derivado de la declaración de concurso es el relativo a los efectos sobre los contratos con prestaciones recíprocas de tal declaración, así como el ejercicio de las facultades contractuales a partir de ese momento. En la nueva escena hay que contemplar los papeles que la Ley reconoce al Juez, a la administración judicial, al deudor y a los acreedores. La regulación contenida en el PLC es clara y simple, distinguiendo en una primera parte (arts. 60-61) entre unos principios y unos supuestos extintivos aplicables a todos los contratos, mientras que, a continuación, se repara sólo en contratos que tengan carácter laboral y los acreedores-trabajadores sean una colectividad. Una consideración singular en cuanto a su régimen extintivo tienen los contratos estipulados con personal de alta dirección, sin duda por los problemas particulares que plantea el frecuente –y no rara vez abusivo- blindaje de estos contratos. Por lo demás, se reitera la necesidad del pacto de empresa para modificar ciertas condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos que puedan constituir modificaciones sustanciales.

#### **Régimen común para los contratos con prestaciones recíprocas: los principios y las modalidades extintivas**

##### *Los principios*

- a) Principio de conservación del contrato.

“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa” (art. 60.2). Reforzando esta regla, el

PLC añade: “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes” (art. 60.3). Y es que, de no excluir la legalidad de esta condición resolutoria, se dejaría en el ámbito dispositivo de los acreedores la aplicación de la legislación concursal.

b) Principio de no afectación de las facultades extintivas derivadas del contrato.

- En los contratos con prestaciones recíprocas, la facultad de resolverlos, conforme al artículo 1.124, por cualquiera de las partes, por incumplimiento, no se verá afectada por la declaración de concurso (art. 61.1, PLC). Aquí se incluye la extinción de los artículos 50 LET y 138 LPL y, con ciertas reservas, las extinciones previstas en los artículos 40 y 41 LET.

- Tampoco afectará la declaración de concurso al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la Ley (art. 62.1, PLC). Tal facultad refiere a las extinciones por despidos, tanto disciplinarios como por causa objetiva (arts. 52-53 y 54-56, LET).

- Tampoco afectará la declaración de concurso a la aplicación de las leyes que permitan la extinción por mutuo acuerdo de los contratos de las situaciones concursales o de liquidación administrativa. Pero excluyendo que la declaración de concurso, por sí sola, pueda convertirse –servir como- condición resolutoria (art. 62.2 PLC).

*Los supuestos extintivos comunes*

El PLC distingue hasta cuatro supuestos extintivos, uno solo de los cuales contempla el interés del concurso.

- En primer término, hay que referirse a la resolución por incumpliendo: esta se admite tanto por un incumplimiento posterior como anterior a la declaración del concurso, debiendo ejercitarse la acción ante el Juez del concurso y sustanciándose por los trámites del incidente personal (art. 61.1 y 2). Esta resolución se reconoce –conforme al artículo 1.124- a cualquiera de las partes. Aquí se incluyen, como se ha expresado, claramente los supuestos de los artículos 50 LET y 138 LPL; y con reservas, las extinciones de los artículos 40 y 41 LET.

- También se reconoce la extinción, por ejercicio de la facultad de denuncia unilateral cuando proceda conforme a la Ley. Con ello, se incluyen los supuestos de despidos disciplinarios y por causa objetiva (arts. 62.1 PLC; arts. 54 y 52 LCT).

- Por lo demás, también se admite la extinción por mutuo acuerdo cuando las leyes la permitan en situaciones concursales o de liquidación (art. 62.2 PLC).

- Por último, el PLC configura una causa de resolución propia y nueva “por interés del concurso”: La administración concursal, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, o el concursado, en caso

de intervención, pueden solicitar la resolución del contrato si lo estiman conveniente ante el Juez del Concurso (art. 60.2, párrafo 2º PLC).

#### *Mantenimiento del contrato en interés del concurso*

En el supuesto de resolución por incumplimiento, el PLC (art. 61.3), establece una regulación muy singular: aunque exista causa de resolución, el Juez, atendiendo al interés del concurso, puede acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. (Es una forma de hacer prevalecer el interés del concurso por encima del interés de parte.)

#### **Régimen de la extinción, suspensión y modificación colectiva de las relaciones laborales**

En trámite de enmiendas en el Congreso, se ha procedido a una redacción del artículo 63 PLC, introduciéndose importantes cambios, a los que se atiende en la exposición que sigue:

Las líneas directrices, de estos cambios son dos: a) el apartamiento del régimen laboral propio y común previsto en la LET sobre modificación, suspensión y extinción colectiva de las relaciones laborales, con carácter parcial; b) la sustitución de las facultades de control atribuidas a la autoridad administrativa laboral para autorizar las suspensiones y despidos colectivos, y del poder de organización laboral del empresario en las modificaciones de carácter colectivo (incluidos los traslados por movilidad geográfica), por la decisión del Juez del concurso. Se trata, en todos los casos, de medidas de reestructuración empresarial que se pueden adoptar tanto a raíz de la declaración de concurso –que, en principio, no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor; pero también el juez puede acordar un cierre de las oficinas o explotaciones que suponga extinción, suspensión o modificación colectivas (art. 43, 1, 3 y 44 PLC)- como en un momento posterior, integrándose tales medidas como parte de la actividad de gestión de la administración concursal.

1. La facultad de solicitar del Juez del concurso la modificación, la suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, se reconoce en el PLC a la administración concursal, al deudor y a los trabajadores de la empresa a través de sus representantes legales. Tales medidas solo se pueden adoptar si las ha precedido un periodo de consultas y después de la presentación del informe de los administradores concursales sobre la situación patrimonial del deudor, salvo que se estime que puede haber razones que comprometan la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso pueden realizar la petición al Juez en cualquier momento procesal.

2. La solicitud al Juez del concurso debe exponer y justificar las causas motivadoras de las medidas solicitadas y los objetivos que se persiguen con ella “para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y el mantenimiento del empleo”, acompañando a tal fin los documentos necesarios para su acreditación.

3. Tras recibir la solicitud, el Juez convocará a un periodo de consultas a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal, de 30 ó 15 días, según la empresa cuente con más o menos de 50 trabajadores. Si la medida afecta a

empresas de más de cincuenta trabajadores, quien presente la solicitud debe acompañarla de un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la futura viabilidad de la empresa.

Al finalizar el periodo de consultas, o en el momento en el que se consiga un acuerdo, la administración judicial comunicará al Juez del concurso el resultado de las consultas. Antes de decidir, el Juez debe recabar un informe de la Autoridad Laboral “sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado” (también sobre ambos extremos), que se debe emitir en el plazo de 15 días, pudiendo oír a las partes antes de su emisión.

El PLC recoge también el principio que ha de presidir esta negociación (buena fe para alcanzar un acuerdo) y la regla de legitimación ya prevista en los pactos de reorganización productiva (arts. 40.2; 41.4 y 51.4 LET): que el acuerdo se logre por el apoyo de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de empresa, o de los Delegados de Personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos.

4. Seguidamente, el Juez resolverá por auto, en un plazo máximo de cinco días, sobre las medidas de modificación, suspensión o extinción solicitadas. Ahora bien, de haber existido acuerdo, el contenido del auto estará constituido por la aceptación del mismo, salvo que haya habido, y así lo aprecia, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del mismo. En tales casos, así como cuando no haya existido acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

5. La resolución judicial da acceso a los trabajadores a la situación legal de desempleo, produciendo las mismas consecuencias que la recaída en un expediente de regulación de empleo.

6. Contra la decisión judicial, cabe recurso de suplicación ante los órganos de la Jurisdicción Social. Lo que constituye una enorme novedad, dado que –hasta el presente– las resoluciones administrativas de los expedientes de regulación de empleo siguen siendo conocidas por la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ni el recurso de suplicación, ni cualquier otro previsto en la LPL, tendrá efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso o de los incidentes concursales.

7. La nueva redacción del artículo 63 PLC en el Informe de la Ponencia y en el Informe de la Comisión de Justicia e Interior, recogen también otra peculiaridad procesal: las acciones que ejerciten los trabajadores contra el auto que resuelva el expediente de regulación de empleo referidas estrictamente a la relación jurídica individual, se substanciarán por el procedimiento del incidente concursal, y, en consecuencia, ante el Juez Mercantil. Sin embargo, la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación ante la Jurisdicción Social. Esta dualidad en la fase impugnatoria parece querer conservar la diversidad de cauces todavía subsistente en relación con las cuestiones contenciosas derivadas de la aplicación de los despidos y suspensiones colectivos, aunque sustituyendo la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la del Orden Jurisdiccional Social, y en las cuestiones individuales el conocimiento en la instancia de este último por la del Juez Mercantil.

## **Alteraciones de la legislación laboral común en los supuestos extintivos de traslados, modificaciones sustanciales y resolución contractual por falta de pago o retrasos en el pago de los salarios**

El artículo 63 del PLC incluye también tres previsiones que alteran el régimen extintivo de los contratos de trabajo en supuestos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales y resolución contractual por impago o retraso de los salarios. La nota común es que: a) en los primeros casos, se trata de límites relativos a pretensiones individuales de los trabajadores, pero a consecuencia de modificaciones colectivas; b) en los tres supuestos, se establecen legalmente límites para evitar que el coste de las extinciones de los contratos de trabajo reduzca el patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores. El régimen establecido para estos tres supuestos es el siguiente:

Para los casos de movilidad geográfica regulados en el artículo 40 de la LET, las decisiones de traslado de trabajadores adoptadas por el Juez del concurso que tengan carácter colectivo (tienen tal carácter cuando afecten a un centro de trabajo que ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando -sin afectar a la totalidad del centro de trabajo- comprenda a cierto número de trabajadores, según la escala que incluye el precepto, en un periodo de noventa días), se suspende el derecho de opción del trabajador (a elegir entre ser trasladado o rescindir el contrato con el percibo de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un tope máximo de doce mensualidades) durante la tramitación del concurso de acreedores, sin que se pueda superar un plazo superior a doce meses, siempre que el traslado lo sea a una localidad dentro de la Comunidad Autónoma en la que se prestan servicios ("movilidad geográfica de alcance inferior a la Comunidad Autónoma"). Con ello, parece claro, que no se ve afectado este derecho de opción cuando el traslado a localidad distinta que exige cambio de residencia lo sea a una empresa o centro de trabajo que esté situado en diferente Comunidad Autónoma. En cualquier caso, parece que los redactores del proyecto han querido evitar la concreción de una distancia razonable, sustituyendo esta determinación por una expresión -desafortunada- menos precisa, que convierte el perímetro de la Comunidad Autónoma en parte del supuesto de hecho del límite regulado.

De la regulación contenida en el PLC se sigue también que cuando la decisión judicial de traslado tenga carácter individual o lo sea, como ya se expresaba, a localidad situada fuera de la Comunidad Autónoma, si procederá el ejercicio del derecho de opción por el trabajador o los trabajadores afectados. No se puede ignorar, por lo demás, que -conforme a la legislación laboral aplicable en estos supuestos, por el reenvío del nº 10 del artículo 63 del PLC- tienen el carácter de traslados individuales los que puedan afectar a un grupo de trabajadores inferior en número a la escala contenida en el nº 2 del artículo 40 LET.

El PLC suspende también el ejercicio de la acción de rescisión (terminología impropia porque se trata -en realidad- de una acción de denuncia o desistimiento) "en los demás supuestos de modificación de condiciones de trabajo", aunque en realidad no puede ser en todos los demás, sino tan solo en los previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado uno del artículo 41 y siempre que el trabajador resultase perjudicado por la modificación. Para tales casos, la LET establece que el trabajador tendrá derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve meses. Además, se ha de tratar de modificaciones

sustanciales de carácter colectivo, como reitera el propio nº 9 del artículo 63 del PLC. Con notable imprecisión, como en el párrafo anterior, se utiliza para significar la suspensión del ejercicio del derecho de acción un término inadecuado ("no procederá el ejercicio..."). Pero, además, se expresa algo que puede ser contradictorio: en efecto, al remitirse a los traslados colectivos como una especie de modificaciones, el precepto ordena -según la lectura del mismo ya expresada- que la suspensión del ejercicio de la acción de rescisión no podrá extenderse por un periodo superior a doce meses, cuando -es lo cierto- respecto del primer supuesto modificatorio se ha dispuesto que se extendería "durante la tramitación del recurso". Una interpretación conjunta parece que debe llevar a entender que el tiempo de suspensión será este último, esto es, el de tramitación del concurso, salvo que exceda ésta de doce meses.

El tercer supuesto consiste en una regulación de carácter procesal de incuestionable relevancia: se trata de cortar un cauce a través del cual podrían aparecer nuevos créditos contra la masa y, también, incrementarse la masa pasiva (arts. 83 y ss) sin el previo conocimiento del Juez del concurso, al que se atribuye la competencia para conocer de las acciones por extinción, modificaciones sustanciales o suspensiones colectivas en las que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección (art. 7, 2º PLC). Aunque la unidad jurisdiccional en materia de ejecuciones impide que por la vía de las acciones laborales de carácter individual reaparezca el "privilegio de ejecución separada", que el PLC suprime (Disposición final duodécima), la regulación del nº 9 del artículo 63 del PLC incrementa la competencia del Juez mercantil extendiendo su conocimiento a unas concretas acciones constitutivas mediante la técnica de la presunción legal, esto es, atribuyendo la consideración de extinciones colectivas a las de carácter individual para la resolución de los contratos de trabajo a consecuencia del impago o retraso de los salarios por el empresario deudor, si bien no en todos los casos, ya que se requiere que se refieran a grupos de trabajadores cuya dimensión depende del tamaño de las empresas. A tal efecto, se incorpora la escala, a la regulación de tal supuesto, ya establecida en los artículos 40, 41 y 51 LET. El tratamiento como despidos colectivos de estas extinciones se extiende "desde la declaración del concurso" y por el tiempo que dure la tramitación del mismo, sin que se pueda entender aplicable el plazo máximo de doce meses, que rige solo para los supuestos de extinción de contratos a consecuencia de las modificaciones sustanciales.

### **Aplicación supletoria de la legislación laboral**

El texto del artículo 63 del PLC concluye con una cláusula de cierre que tiene un incuestionable valor, ya que nos informa sobre la legislación aplicable para cubrir los vacíos de regulación. Esta legislación no es la contenida en otros preceptos del PLC ni la legislación civil-mercantil, sino la legislación laboral. Esta precisión es del mayor valor para determinar aspectos relativos a la forma de operar el Juez Mercantil (el del concurso) en materia de ejecuciones, como a continuación se expresa; extremo éste que es, al menos, tan importante como el aspecto particular que se enfatiza sobre la participación de los representantes legales de los trabajadores: "especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la (Legislación laboral)". Lo que vale, sobre todo, como huella del destacado papel que, en la fase de enmiendas del Proyecto de Ley, han tenido, de forma mediata, los sindicatos más representativos.

## **Impugnación del auto del Juez del concurso, reclamaciones individuales y ejecución de las sentencias**

La regulación contenida en el artículo 63 PLC tiene el mérito de contener una regulación unitaria de los expedientes de regulación de empleo para la reorganización productiva de la empresa o empresas de las que sea titular el concursado. Además, tal regulación respeta en gran parte la contenida en la LET, en los artículos 40, 41, 47 y 51, refiriéndose las innovaciones más a normas de procedimiento (o de competencia, como también se las denomina) que a la regulación sustantiva. Por ello, parece conveniente reparar en un aspecto principal de este procedimiento especial de los expedientes de reorganización productiva en los supuestos concursales: el relativo a la impugnación del acto del Juez concursal cuando los legitimados para hacerlo (el empleador-deudor, los administradores concursales, los trabajadores y sus representantes) consideren que se ha producido una infracción del procedimiento o que faltaba una legitimación causal, conforme a las previsiones legales.

La impugnación por razones procedimentales puede responder a infracciones muy diversas: no respetar el periodo de consultas o exclusión de las mismas a ciertos representantes legales; no emisión del informe de los administradores concursales a que se refiere el artículo 73 PLC; infracción de las normas de adopción de acuerdos; no aportación, sin la justificación legal prevista, del informe de la Autoridad laboral; el tratamiento como colectivas de medidas de reorganización que debían tener el carácter de individuales o plurales;...etc.). De otra parte, la impugnación del auto por razones de fondo están referidas a la legitimación causal. Pues bien, la causa o causas invocadas en la solicitud no es solo, ni exclusivamente, la previa declaración del concurso de acreedores, que ya constituye por si misma una "causa económica", sino también otras de este mismo carácter, o de índole técnica, organizativa o de producción que motiven la solicitud de las medidas (extinciones, suspensión o modificación) para conseguir el objetivo de "asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo", lo que se habrá de acreditar acompañando a la solicitud los documentos necesarios. En la fase de consultas entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, el debate ha de recaer sobre esta legitimación causal, así como -cuando la empresa tenga más de cincuenta trabajadores- sobre el plan de acompañamiento "que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa" (nº 5 del art. 63 PLC). Nada obsta, por lo demás, a que se soliciten del juez en el mismo expediente un conjunto de medidas complementarias y coordinadas: extinción de cierto número de contratos, la suspensión o reducción de jornada para otros y las modificaciones sustanciales para otra parte de los trabajadores o para todos.

En el auto que dicte el Juez del concurso se ha de motivar que, de la documentación obrante en el expediente, se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por el solicitante son necesarias para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Huelga reiterar aquí que la decisión judicial no sólo versará sobre la aplicación de puros conceptos jurídicos sino que también puede incluir una valoración técnica de carácter económico, dirigida a justificar la posibilidad de la viabilidad de la empresa y el mantenimiento, en su caso, del empleo mediante la adopción de las medidas solicitadas.

Una situación especial es la que se contempla en la nueva redacción del nº 10 del artículo 51 LET, en la redacción que incluye el nº 2 de la Disposición final duodécima

del PLC, referida, no a la aplicación de medidas parciales de modificaciones sustanciales, suspensiones o extinciones colectivas, sino al “cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial adoptada en un procedimiento concursal”. En la nueva redacción se han eliminado –como lo impone el PLC- las referencias a la quiebra y al acuerdo de no continuidad de la empresa por los síndicos, atribuyendo solo al Juez del concurso la decisión sobre el cese de la actividad empresarial, que es un cese total. Tal cese responde a una gestión del concurso “no continuista” de la actividad empresarial, que justifica un “expediente de regulación de empleo de garantías atenuadas” (M. T. Alameda Castillo: 2001; 214 y 223), por cuanto la decisión del Juez del concurso tiene el valor de causa económica autónoma y autosuficiente para justificar la extinción, aunque el Juez deba atender al resultado del periodo de consultas, en los términos del n° 7 del artículo 63 del PLC, y recabar el informe de la Autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, pese a que este último no se mencione en la nueva redacción del n° 10 del artículo 51 LET. En todo caso, la decisión de cese de la actividad de la empresa es una medida cuya legitimidad debe enjuiciarse en el marco de las competencias reconocidas al Juez del concurso en la tramitación procedimental del mismo, atendiendo a tal fin a las que se les reconoce en cada una de sus fases.

Pues bien, la impugnación por los sujetos legitimados del auto del Juez del concurso, que no suspende la ejecutividad de la medida acordada, procede tanto en los supuestos en los cuales el Juez acceda o no a lo solicitado por aquellos, y son competentes los órganos de la Jurisdicción Social a través del recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL. Concurriendo la legitimación activa en los sujetos individuales y en las representaciones colectivas de los trabajadores, el recurso de suplicación permite la impugnación de la resolución mediante la aplicación de la LPL, sin que sea preciso habilitar otra nueva modalidad procesal. De otra parte, este cauce impugnatorio sustituye y unifica las tres vías procesales previstas en la legislación laboral y en la LPL para revisar la legalidad de las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo: al proceso de conflictos colectivos (arts. 151-160, en conexión con los arts. 47.1 y 51.13 LET); al proceso individual para impugnar los traslados por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de trabajo (art. 138 LPL, en conexión con los arts. 40.2 y 41.3), y al proceso contencioso-administrativo para revisar el acto de autorización de la Autoridad administrativa en las suspensiones y extinciones colectivas (art. 47.1 y 51.13 LET).

No obstante, el contenido de las sentencias dictadas por el Orden Jurisdiccional Social será meramente declarativo, esto es, el pronunciamiento se ha de limitar a declarar justificada, injustificada o nula la modificación sustancial, el traslado la extinción de los contratos, pero sin reconocer el derecho de los trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones o a ser readmitidos. Y ello, porque para ejercitar pretensiones de alcance "estrictamente" individual, los trabajadores han de acudir, a través del incidente concursal, ante el Juez Mercantil. Será éste, en definitiva, el que reconozca, o no, a los trabajadores singulares el derecho a ser repuestos en las anteriores condiciones o, en su caso, a ser readmitidos en la empresa. Pues bien, aunque el Juez Mercantil no pueda aplicar la LPL, las soluciones relativas a la ejecución de las sentencias en esta última serán las que rijan la ejecución de la sentencia que ponga fin al incidente concursal, ya que tanto para las modificaciones sustanciales y traslados como para las extinciones hay preceptos sustantivos que determinan el alcance material de los derechos reconocidos (arts. 50.1.c) y arts. 47 y 51 LET).



## **Extinción o suspensión de los contratos con el personal de alta dirección**

A lo largo de la tramitación del concurso, el PLC hace posible que la administración judicial, por propia iniciativa o a instancia del deudor, pueda extinguir o suspender los contratos con el personal de alta dirección (art. 64 PLC).

En caso de suspensión de contrato (por el Juez, hay que entender), el directivo puede extinguirlo por su voluntad, observando un mes de preaviso y con el régimen indemnizatorio previsto para la extinción.

En punto a la extinción de este contrato de alta dirección, lo más novedoso es que el Juez del concurso puede “moderar” la indemnización que correspondería al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado, aunque con el límite de la establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (doce meses). La administración judicial puede pedir del Juez que el pago de este crédito concursal se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación.

## **Modificación de condiciones establecidas en los convenios colectivos**

Las modificaciones de condiciones de trabajo reguladas en los convenios colectivos regulados en el T. III LET sólo pueden tener lugar en los supuestos en que se admiten por la legislación laboral (art. 41.2, párrafo 2º: horario; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento), y requieren –en todo caso- el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores. En definitiva, se recepciona, como no podía ser de otra manera, la exigencia ya recogida en la LET, con el fin de respetar la eficacia normativa de estas normas convencionales.

## **IV. LOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LA REGULACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL PLC Y EL SECTOR JURÍDICO-LABORAL**

Antes de abordar con detalle las cuestiones relativas a la clasificación de los créditos laborales en el nuevo marco normativo diseñado por el PLC, parece conveniente referirse a un repertorio de problemas de la nueva regulación referidos a los aspectos sustantivos y procesales de la tutela jurídica. Se trata de aspectos que han de ser atendidos en cualquier regulación de concurso universal de acreedores y que tienen un lugar y una concreción en la proyectada regulación.

### **Categorías jurídicas para configurar las preferencias de créditos**

La preferencia crediticia puede adoptar configuraciones muy diversas (privilegios, garantías reales, hipotecas tácitas o afecciones reales). Una distinción básica que se establece es la de “créditos con garantía”, de una parte, y “créditos privilegiados”. En ambos casos se establece una prioridad, pero mientras el crédito con garantía está basado en la negociación y en el consentimiento de las partes, los créditos privilegiados reciben su prioridad de la Ley, con independencia de la voluntad de las partes. Pero esta distinción se entiende de diversa manera en los sistemas de derecho anglosajón y en los de tradición romanista, y en alguno de estos últimos (en concreto en Italia), la terminología utilizada es una fuente de confusión (así la contradictio in terminis de la figura del “privilegio convencional”).

De otra parte, también existen en muchos países “falsas deudas de la masa” , a modo de superprivilegios, dentro de la clasificación de los créditos, nuevo encuadramiento que se ha buscado al superprivilegio salarial que, tradicionalmente, venía reconociendo la legislación laboral española para una parte de los créditos salariales.

### **Acreeedores del concurso y extraconcursoales**

El PLC ha venido a establecer una importante diferenciación en el régimen de prelación de créditos de los trabajadores: según el nº 10 del nuevo artículo 32, este solo se aplica cuando el empresario *no se halle declarado en concurso*, porque en caso de existir tal declaración se aplican las disposiciones de la Ley Concursal sobre clasificación de los créditos, ejecuciones y apremios (Disposición final 12ª). Esta regulación del futuro artículo 32 LET se ha de aplicar como norma especial, respecto de la clasificación de créditos y de su graduación y pago contenida en los artículos 1921-1925 del C. Civil, y respecto de la prelación de créditos a que se refieren los artículos 1926-1929, C. Civil; preceptos no aplicables –en consecuencia- en los supuestos de concurso de acreedores, y que por lo que se refiere al C. Civil, mantendrán una vigencia transitoria hasta tanto no aparezca la Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, ya que el PLC ordena al Gobierno inicie su proceso de elaboración seis meses después de la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal (Disposición Final 13ª).

### **La identificación de los créditos laborales**

Por último, de cara a una futura entrada en vigor del PLC, presenta especiales dificultades la calificación en las situaciones concursales de la delimitación de los créditos laborales: ¿A que salarios se refieren el PLC? ¿Se incluyen los salarios de tramitación y las prestaciones complementarias de la SS? ¿Son salarios o indemnizaciones los créditos derivados de responsabilidades extracontractuales del empresario respecto de sus trabajadores? ¿Se puede proyectar por el Juez del concurso la jurisprudencia laboral interpretativa del actual artículo 32 LET?

## **V. CLASIFICACIÓN Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS LABORALES EN EL PLC EN LOS SUPUESTOS DE CONCURSO**

Como ya se expresaba, en caso de concurso serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal que regulan la clasificación de los créditos, así como a las ejecuciones y apremios (nº 5 del nuevo art. 32, en la redacción de la Disposición final 12ª). El PLC hace gala -y así se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos- de que la regulación relativa a la clasificación de los créditos, "constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos de concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de tercerías de mejor derecho". De otra parte, pese a que el PLC erija el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores en regla general, lo cierto es que, en el proceso de elaboración legislativa, tal principio ha sido objeto de importantes quiebras, que han afectado -sobre todo- a los trabajadores, cuyos créditos se han protegido de forma más completa que los de otros acreedores, y también mas amplia, compensándose así la supresión del llamado "privilegio de ejecución separada".

En líneas generales, son excepciones a la *par conditio creditorum* los créditos protegidos con privilegio especial o general. En principio, a los acreedores privilegiados solo les afecta el convenio cuando este obtiene su conformidad, pagándoseles en caso de liquidación con prioridad respecto de los acreedores ordinarios. Sin embargo, abierta la fase de convenio y convocada la Junta de Acreedores, el voto de los acreedores privilegiados a favor de una propuesta producirá los efectos que resulten del contenido del convenio respecto de su crédito y privilegio, siempre que aquella propuesta sea aceptada por la Junta y que el Juez apruebe el correspondiente convenio (art. 122 PLC). Pero también constituyen excepciones al principio de igualdad de los acreedores, de una parte, la reducción de los privilegios tributarios y los de las cuotas de Seguridad Social, que conservan tal carácter solo hasta el cincuenta por ciento de su importe total; y, de otra, se presta una intensa y relevante protección a los créditos de los trabajadores que tienen reconocido un régimen de casi superprivilegio por el procedimiento de considerarlos como deudas de la masa, lo que permite que sean satisfechos antes de "los créditos contra la masa", entre los cuales tienen también los trabajadores créditos protegidos con privilegio especial y general.

En síntesis, la clasificación de los créditos de los trabajadores en el concurso, es la siguiente en el texto últimamente conocido del proceso de elaboración legislativa (Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, de 27 de marzo 2003, BOCG - Congreso de los Diputados- nº 101-19, de 1 de abril de 2003).

### **Créditos “contra la masa”**

La sección tercera del PLC se inicia (art. 83) distinguiendo entre los “créditos concursales” y los “créditos contra la masa”. A tal fin, define los créditos concursales de forma negativa: lo son todos aquellos que no tengan la consideración de créditos contra la masa. Distinción importante porque, el art. 153.1 dispone que, “antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta”. Además, los créditos contra la masa se habrán de satisfacer a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. En su origen, el concepto designaba el conjunto de gastos y obligaciones que generaba un procedimiento concursal. Pero más adelante, ha pasado a designar un patrimonio separado destinado a la satisfacción de acreedores no concursales y que es administrado o coadministrado por los órganos concursales, sin que los acreedores de la masa sean acreedores privilegiados, ya que sus créditos se satisfacen al margen de los acreedores concursales al constituir “una categoría ajena (distinta y autónoma) que no se ve afectada por las leyes del concurso” (E. Beltrán Sánchez: 2000; 210).

- a) Los créditos por los salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del SMI.
- b) Los créditos por percepciones salariales y por indemnizaciones de contratos de trabajo acordadas por el Juez del concurso, hasta que éste acuerde el cese de la actividad empresarial, apruebe un convenio o declare la conclusión del concurso.

- c) Los créditos por recargos de las prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral (devengados con posterioridad al concurso).
- d) Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de los contratos de trabajo ordenados por el Juez del concurso, los cuales se entenderán comunicados y reconocidos por el auto judicial que pruebe las extinciones, cualquiera que sea el momento del concurso.

Los créditos contra la masa señalados, como todos los que revisten tal carácter, tienen un límite importante: no pueden pagarse con cargo a los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 153.3). Con ello se está expresando que tales créditos de los trabajadores ya no son un “superprivilegio” en los términos en que se reconoce el recogido en la letra a) en el actual artículo 32 LET, así como en el reformado en el PLC.

### **Créditos privilegiados**

Tienen tal carácter, según la común terminología adoptada por el PLC, para los trabajadores en la variedad de clases que se establecen en los arts. 88 al 92, los siguientes:

#### *Créditos con privilegio especial*

En primer término, lo son los créditos llamados “refaccionarios” sobre los bienes elaborados por los trabajadores, “mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario”. Esta repetición de la expresión actualmente contenida en la redacción del artículo 32 LET plantea ciertos problemas, como se ha hecho constar por la doctrina (M. Alonso Olea-M.E. Casas Baamonde, 2002; 364): “los problemas interpretativos pueden ser insolubles” si no se reconoce a la conjunción disyuntiva o el valor de la copulativa y, porque en tal caso se autorizaría la ejecución sobre bienes de propiedad de tercero distinto del deudor, lo que conduce a una interpretación absurda. No obstante, también puede entenderse que el privilegio puede recaer sobre bienes meramente poseídos si el empresario que los ha elaborado tiene ciertos créditos contra el propietario porque éste no haya pagado en todo o en parte su precio, aunque haya adquirido la propiedad (así en los casos de venta sin entrega posesiva o en las ejecuciones de obra antes de su entrega). Por lo demás, el “objeto elaborado” puede ser un bien mueble o un inmueble al que se incorporen los resultados del trabajo, manteniéndose el privilegio también cuanto tal objeto se sustituya por un precio o una indemnización.

#### *Créditos con privilegio general*

- a) Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI (art. 90.1, PLC).

[La redacción de la letra a), coincide con el actual n° 3 del art. 32 del ET. Se refiere a salarios e indemnizaciones y salarios adeudados desde una fecha anterior a la declaración del concurso, y comprende todas las indemnizaciones por extinción: arts. 53 y 56, además de otros supuestos de extinción unilateral del empresario art. 49 LET, siempre que no se trate de indemnizaciones por extinciones colectivas, y las asimiladas a éstas del art. 52.b) LET, que están protegidas como créditos contra la masa.]

- b) Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso (art. 90.1 PLC).
- c) Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de las normas legales que ordenan el descuento de los pagos de salarios y retribuciones (art. 90.2 PLC).

### **Los créditos ordinarios de los trabajadores**

Tienen tal carácter el resto de los créditos de los trabajadores, tanto por salarios o de indemnizaciones. Su pago, conforme al art. 157 PLC, se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, y tal satisfacción lo será a prorrata (art. 157, 1 y 2 PLC), conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte que éstos no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

Respecto de estos créditos ordinarios, los trabajadores tienen la misma condición que los acreedores ordinarios. En relación con ellos, la futura regulación legal no establece un régimen mas favorable, ni siquiera en la prelación. No obstante, también les es de aplicación las previsiones generales, según las cuales la administración concursal atenderá a su pago en función de la liquidez de la masa activa, pudiendo disponer la entrega de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito.

### **Créditos subordinados de los trabajadores**

Finalmente, se registra respecto de los trabajadores (en este caso, cuando sean empleados del concursado persona jurídica) la existencia de créditos subordinados (art. 91):

- a) En concreto, cuando fueran titulares del crédito los apoderados con poderes generales de la empresa, así como los que lo hayan sido en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Pero esta calificación tiene una excepción: cuando el concursado sea persona natural, las personas relacionadas con el deudor tienen protegido su crédito con privilegio general (art. 92.2. 2º y 91.5). No obstante, en todo caso, y con independencia de la calificación del crédito, cuando se trate de personal de alta dirección “la administración judicial podrá solicitar del Juez que el pago de este crédito concursal se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación” (art. 64.4, PLC).

- b) En la fase de enmiendas parlamentarias se ha añadido como créditos subordinados de los trabajadores –con carácter general- los derivados de los intereses que devenguen “los créditos salariales reconocidos”, calculándose este crédito “conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos” (art. 58.1, PLC).

### **Pago de los créditos**

Las reglas sobre el pago de los créditos se recogen en los artículos 153 a 162 PLC. La prelación en el pago es la siguiente: satisfechos los pagos con privilegio especial y los créditos contra la masa, procede pagar los créditos con privilegio general, según el orden establecido en el artículo 90 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Una vez satisfechos éstos, se pasa a pagar los créditos ordinarios. No obstante, hay que tener en cuenta que si los créditos con privilegio especial no se hubieran satisfecho en su totalidad con los bienes afectos a cada uno, la parte no pagada se satisfará a prorrata con los créditos ordinarios.

Con carácter excepcional se establece que el Juez, previa solicitud de la administración concursal, pueda autorizar con antelación el pago de créditos ordinarios si estimara suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y los privilegiados.

Por último, el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios, “efectuándose dicho pago por el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata”.

## **VI. CLASIFICACIÓN Y PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EXTRACONCURSALES**

### **El nuevo artículo 32 LET: cambios y delimitación aplicativa**

En los supuestos en los que no se hallare el empresario-deudor en concurso, para la realización de los créditos de los trabajadores, concurren o no con otro u otros créditos sobre los bienes de aquel, se aplicarán las garantías y preferencias que recoge la nueva redacción del artículo 32 LET, contenida en la Disposición final 12ª del PLC. Tal régimen de garantías es- en buena parte- coincidente con el actual, habiendo conservado la redacción propuesta la actualmente vigente del artículo 32 LET, en la versión del R.D. Leg. 1/1995, alterándose sólo dos extremos fundamentales:

- a) De una parte, en su aplicación exclusiva –como se acaba de expresar- a los procedimientos extraconcursoales en los cuales los créditos de los trabajadores concurren con otro u otros créditos sobre bienes del empresario. En consecuencia, el orden de preferencias crediticias reconocido en el artículo 32 ya no es común para los supuestos de procedimientos concursales y no concursales de concurrencia de créditos sobre el patrimonio del empresario, como hasta el presente se establece en el nº 4 de aquel precepto. Quedan excluidos –por consiguiente- los procedimientos de ejecución universal del empresario, esto es, en términos del Convenio 173 OIT, de 1992, ratificado por España el 28 de abril

de 1995 (BOE 21 de junio) y que entró en vigor en España en 16 de mayo de 1996 no se aplica a los procedimientos relativos a “los activos de un empleador (para) pagar colectivamente a sus acreedores” (art. 1.1º). La regulación del artículo 32 LET desplaza, por aplicación del principio de especialidad, las reglas sobre prelación de créditos contenidas 1926-1929 del C. Civil, así como la clasificación y graduación de aquellos contenida en el mismo cuerpo legal, por lo que –es previsible- que esta norma no se vea afectada en el futuro por la Ley que regule la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, que en el PLC se prevé que el Gobierno deba tramitar ante las Cortes Generales en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la LC.

- b) De otra parte, también desaparece en los supuestos de concurrencia de créditos extraconcursales el denominado “privilegio de ejecución separada e independiente”, actualmente recogido en el nº 5 del artículo 32, que ha permitido el ejercicio de las acciones de los trabajadores para el cobro de sus créditos ante la Jurisdicción Social pese a tramitarse un procedimiento concursal. En su configuración actual, se trata de un derecho de separación absoluta en el aspecto procesal, que faculta a los trabajadores a instar de la Jurisdicción Social el conocimiento de las demandas en reclamación de salarios e indemnizaciones de despido (en los términos del nº 3 del artículo 32), tanto en la fase de cognición como en la de ejecución de las sentencias que en tales procesos se dicte. Este privilegio, introducido por la ineficacia y lentitud del procedimiento concursal vigente ha sido, en la práctica, un formidable instrumento creador de desigualdad entre los acreedores, cuya aplicación constante solo se ha quebrado –eliminándolo- ante el régimen de liquidación administrativa de entidades aseguradoras, aunque con carácter temporal [RDL 10/1984, de 11 de julio (art. 4º.6) y Ley 33/1984, de 2 de agosto (art. 32, 1-2). Vid. STS 17 noviembre 1978].

La consecuencia principal que se sigue de esta dualidad de regímenes para los supuestos de concurrencia de los créditos de los trabajadores, es que éstos tienen, en algunos casos, una calificación diferente según se trate de concurrencia en el marco del concurso universal o no. Así, la futura vigencia del proyectado artículo 32 LET en la redacción propuesta por la Disposición final 12ª del PLC, distingue tres niveles de protección de los créditos laborales, debiéndose aplicar a las cantidades no protegidas por este régimen de privilegios especiales, el artículo 1924, D) del Código Civil, en el orden previsto en este precepto actualmente (tras los créditos a favor de la Provincia o Municipio y de los devengados por los gastos de la justicia, por los funerales del deudor, cónyuge e hijos bajo su patria potestad, y de los derivados de la última enfermedad de las mismas personas).

### **Régimen de los privilegios salariales y de las indemnizaciones por despido**

Los tres niveles de privilegios del artículo 32 LET a que se han hecho referencia son los siguientes:

- Los créditos por salarios de los últimos treinta días, en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, tienen carácter preferente sobre cualesquiera otros créditos, aunque éstos estén garantizados por prenda e hipoteca. Se trata de una garantía muy próxima a un derecho real, de un gravamen que se extiende a todos los bienes del empresario, de carácter tácito y

legal, y que se proyecta sobre aquellos con eficacia análoga a una “hipoteca general y privilegiada de origen legal” (M. Alonso Olea-M. E. Casas Baamonde, 2002; 363).

- El resto de los créditos por salarios gozan de preferencia también sobre los demás en tanto sea posible la realización de aquellos “por los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario” (privilegio refaccionario).
- Por último, los créditos no incluidos en los dos apartados anteriores, pero relativos no sólo a salarios sino también a indemnizaciones por despido tendrán la consideración de “singularmente privilegiados” –en la misma cuantía que los garantizados con ‘privilegio general’ en la legislación concursal, esto es, hasta la cuantía que resulte del multiplicar el triple del importe del SMI por el número de días de salario pendientes de pago, por lo que se refiere a los créditos salariales; y en las indemnizaciones por despido, en la cuantía del mínimo legal calcula sobre una base que no supere el triple del SMI- y gozan sobre todos los bienes del empresario deudor de preferencia sobre cualquier otro crédito, salvo los garantizados con derecho real que legalmente sean preferentes.

## **VII. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DE DERECHO COMUNITARIO**

Particularmente compleja puede resultar la protección de los derechos de los trabajadores mediante privilegios a consecuencia de las normas de Derecho Internacional privado, esto es, cuando se produzca un concurso territorial. Tal supuesto se producirá cuando se reconozca que se ha producido en el extranjero un procedimiento concursal principal, lo que “permitirá abrir en España un concurso territorial sin necesidad de examinar la insolvencia del deudor” (art. 213). Las reglas contenidas en el capítulo 3 y 4 del Título IX no se aplicarán cuando no haya reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática de cooperación por las autoridades del Estado extranjero, como sugirió en su Dictamen el Consejo de Estado.

Sin embargo, el art. 209 del PLC, que sigue muy de cerca el art. 10 del Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia, establece: “Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se regirán exclusivamente por la Ley del Estado aplicable al contrato”.

Esta declaración puede generar dudas a la vista de lo que el Reglamento comunitario expresa: en concreto, que “otras cuestiones relativas a la insolvencia, como la posible protección de los derechos de los trabajadores mediante privilegios, o la de cual ha de ser el rango de estos privilegios en su caso, debería determinarse con arreglo al derecho del Estado de apertura del procedimiento”. Esta regla no está expresamente recepcionada en el PLC, no habiéndose atendido la propuesta del Consejo de Estado de introducirla en el mismo.

Un haz de problemas de muy diversa índole plantea la aplicación en el Derecho español de la normativa internacional y del Derecho derivado de la UE en relación con



la proyectada Ley Concursal. Como síntesis, cabe dejar constancia de que, tras las enmiendas introducidas por el Gobierno en el texto del ALC, el texto legal futuro –tal y como está hoy en el PLC- se ajusta a los dos Convenios de la OIT aplicables a la normativa, esto es, al Convenio 95 (1952), relativo a la protección del salario, ratificado por España en 12 de junio de 1958, y al Convenio 173(1992), sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, ratificado por España en 28 de abril de 1995.

En concreto, y por lo que a este último Convenio se refiere, España ha optado por un doble régimen de protección de los créditos salariales: mediante el establecimiento de privilegios y a través de una institución de garantías (FOGASA). Ciertamente, el Fondo no cubre todos los créditos laborales. Pero no se puede ignorar que el Convenio de la OIT nº 173 establece sólo mínimos de salarios y otros conceptos que se deberán cubrir por tales instituciones de garantía. Detallar estos extremos de forma particular no procede en este momento.

Otro tanto, pero con la reserva que expreso a continuación, cabe decir del Derecho Internacional Privado europeo. El Reglamento (CE) nº 1345 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, está expresamente mencionado y recepcionado en el PLC (art. 201), según el cual las normas del Título IX, relativas al Derecho Internacional privado, “se aplicaran sin perjuicio de lo establecido” en el mencionado Reglamento, que, por lo demás, tan solo afecta al establecimiento de reglas para el desarrollo eficaz de los procedimientos transfronterizos de insolvencia. Igualmente, se ha recepcionado en el Derecho español del Trabajo la Directiva 80/987/CE, de 20 de octubre de 1980, sobre “Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, que ha dado lugar al establecimiento del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

No cabe decir, sin embargo, otro tanto respecto de la articulación con la legislación concursal en preparación de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo 2001, relativa a la “aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que afecta al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”. Y ello porque, la reciente modificación del art. 44 LET (por la Ley 12/2001, de 9 de julio, no ha abordado la transposición del art. 5 de la Directiva –relativo a la exclusión posible de la subrogación legal del nuevo titular de la empresa cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia, tal vez dejando abierta la posibilidad de que fuera la legislación concursal en preparación la que lo hiciera. En todo caso, la regulación establecida en la Directiva reviste carácter dispositivo, por lo que solo cuando los Estados miembros decidan aplicar el mecanismo subrogatorio serán de aplicación los condicionamientos para la continuidad de la empresa por el nuevo titular sin la asunción de los créditos de los trabajadores del cedente derivados de sus contratos de trabajo y generados antes de la fecha del traspaso o de la apertura del procedimiento de insolvencia.

## VIII. LA AMPLIACIÓN DEL FUERO DEL JUEZ DEL CONCURSO

El establecimiento del principio de unidad y de especialización del Juez mercantil para reconocer los juicios laborales en los que sea demandado el concursado, fue objeto de severas críticas en el voto particular del CES y, con mayor ponderación, en el Dictamen del CE. Y es que, las acciones procesales contra la empresa declarada en concurso no se substanciaran a través del procedimiento laboral ordinario, o por la modalidad procesal que corresponda en razón de la materia litigiosa, sino a través del procedimiento del *incidente concursal* (art. 192 PLC) cuando se trate de pretensiones que afecten estrictamente a la relación individual de trabajo y tengan un contenido patrimonial. Pero este incidente no puede incluir especialidad alguna en materias tales como inversión de la carga de la prueba, intervención procesal del sindicato, aunque también aquí se imponga la ejecutividad inmediata de las sentencias y autos.

Esta atracción del fuero del Juez del concurso ya no es, sin embargo, general. Ciertamente, en la instancia, como ya se ha expresado, los Juzgados del Orden Social ante quienes se interponga demanda con trascendencia patrimonial para el interesado, se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso (art. 49.1, PLC). No es posible –en definitiva– una cognición separada. Esta medida lleva incluso –como expresa el Dictamen del CE– “a una pérdida de la competencia de los órganos de la Jurisdicción Social”. Sin embargo, en vía de impugnación de las resoluciones del Juez mercantil, los órganos de la Jurisdicción Social constituidos por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han recuperado, en la última fase de elaboración de la Ley Concursal, su competencia para conocer de los recursos "de suplicación que se interpongan contra las resoluciones que dicten los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral" (nuevo artículo 188 LPL, según la Disposición final 13ª).

Como ya se puso de relieve en el Informe del Consejo general del Poder Judicial y en el Dictamen del Consejo de Estado, imponer la unidad jurisdiccional en la fase de declaración se puede defender desde la idea de que el Juez del concurso debe ejercer jurisdicción con carácter pleno y excluyente sobre el patrimonio del deudor. Pero esta razón solo tiene consistencia cuando se trate de la exclusión, calificación o clasificación de los créditos, y es dudosa cuando se trate de pretensiones laborales en las que no haya trascendencia patrimonial (así existencia de contrato de trabajo; clasificación profesional; inclusión en el ámbito de un convenio). Por contraste, es clara la exclusividad en el conocimiento de las pretensiones en fase de ejecución. De otra parte, el “fuero de atracción” no viene exigido por el Reglamento 1346/2000 CE.

Pese a estos antecedentes del Derecho Comparado, el PLC ha optado por una resolución excluyente en este punto: no sólo se atribuyen a los Jueces de lo Mercantil las acciones civiles con trascendencia patrimonial y todas las ejecuciones frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano judicial que la ordene, sino también “las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá

el acuerdo de los representantes de los trabajadores” (art. 7, nº 1, 2 y 3; art. 65 PLC; en concordancia con el nº 2 del artículo 41 LET).

En trámite de enmiendas parlamentarias se ha tratado de modular esta *vis atractiva* del fuero mercantil, añadiendo al nº 2 del artículo 7 una cláusula general de respeto respecto de la aplicación judicial de las normas laborales sustantivas y procesales, que puede interpretarse como un mandato para que el Juez mercantil aplique la jurisprudencia social. En concreto, se ordena que: “En el enjuiciamiento de estas materias y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral”.

Mayor trascendencia reviste, sin embargo, que también se haya ‘devuelto’, en la fase de enmiendas, a la Jurisdicción Social la competencia para conocer de los recursos de suplicación que se interpongan “contra la sentencia que resuelva los incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al Juez del concurso”, así como de los demás recursos previstos en la LPL, “sin que ninguno de ellos tengan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguna de sus piezas”, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 63 del PLC (nº 7 del artículo 197 del PLC). A la postre, el Congreso ha sido más receptivo a las sugerencias que en tal sentido se formularon por distintos informes de órganos consultivos y, señaladamente, por el Consejo de Estado.

## **IX. LA SUPRESIÓN DEL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA**

Tal privilegio, recogido en la actualidad en el nº 5 del art. 32 ET, está formulado en los siguientes términos: “Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal”.

Este precepto se complementa –a partir de 1990- con el artículo 37 de la LPL, que permite la acumulación de ejecuciones en situaciones de presunta insolvencia con los embargos pertinentes y la realización de los bienes embargados a cargo de la Jurisdicción Social, fuera y al margen del procedimiento concursal.

De este privilegio se pudo decir que creaba un procedimiento concursal social paralelo y autónomo; también, que atentaba contra el derecho del resto de los acreedores (con privilegio general); que primaba el cobro inmediato sobre la conservación de la empresa y la continuidad del empleo; y, en fin, que no tenía razón de ser cuando había un sistema público de aseguramiento de los salarios.

Todo ello explica que en la nueva redacción del artículo 32 LET que incluye la Disposición Final 12ª (duodécima) del PLC haya desaparecido del todo el privilegio de ejecución separada, tanto para las ejecuciones singulares como para los supuestos de concurso, y que la jurisdicción del Juez del concurso sea exclusiva y excluyente –entre otras materias- para conocer de toda “ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado” (art. 7.3º PLC)

## **X. CONSIDERACIONES FINALES**

1. La protección de los créditos laborales en el PLC se puede considerar, tras las enmiendas introducidas, acentuada y satisfactoria respecto de la situación anterior. Ha desaparecido, sin embargo, lo que era insostenible: el privilegio de ejecución separada. Con carácter general, se advierte una sobrecarga de las deudas de la masa (créditos prededucibles), en perjuicio de los acreedores concursales, sin que aquellas respondan en todos los casos al requisito primero y principal que justifica su reconocimiento: el de constituir deudas necesarias para llevar a buen fin el procedimiento concursal.
2. En todo el procedimiento concursal se advierte –tras la depuración de su texto en la fase parlamentaria- una mayor presencia de los representantes de los trabajadores cuando el deudor sea una empresa persona-jurídica. Para estos, además de las modalidades de información que se han introducido, deberían, en todo caso, ser oídos por el Juez y por los administradores concursales. Aún más, parece conveniente configurar 'instancias de negociación' cuando pueda continuar la actividad empresarial, exista suspensión o no de las facultades de administración del deudor, con la administración concursal (art. 43.4, PLC), y no solo de audiencia.
3. Parece conveniente que cohonesten algunos privilegios crediticios laborales con la actuación del FOGASA, al que no se menciona en absoluto en el texto del PLC.
4. No se encuentra razón suficiente para que no se haya regulado con mayor detalle el “procedimiento abreviado”, y para que se incluyan referencias concretas a las peculiaridades laborales de las pequeñas y medianas empresas. Estas lagunas pueden provocar una huida del procedimiento concursal universal hacia las ejecuciones singulares, lo que reduciría la eficacia y proyección real de la nueva Ley.
5. La futura Ley debería remitir a una regulación específica del procedimiento y las formas de actuación pública en los casos en que se haya propuesto en el convenio de acreedores el salvamento y la reestructuración de las empresas, identificando los supuestos en los que se aplicaría tal normativa y especificando las medidas públicas, mercantiles, tributarias y de Seguridad Social que serían de aplicación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2001). *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial (Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Consejo Económico y Social, Madrid.

ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2002): “La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 32, págs. 659-686.

ALONSO LEDESMA, C. (1998): “Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho Concursal español”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al profesor J. Duque Domínguez*, Vol. II, Valladolid, págs. 1583-1598.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. (2002): *Derecho del Trabajo*, 20ª edición, edit. Civitas, Madrid.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2000): “Las deudas de la masa”, en VV.AA., *Preferencias de créditos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 201-231.

BISBAL, J. (1986): *Las empresas en crisis y el derecho de quiebras*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Zaragoza.

BISBAL, J. (1994): “La insoportable levedad del Derecho Concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 214, págs. 850 y ss.

CAVAS MARTINEZ, F. (2001): “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”, *Aranzadi Social*, nº 18, págs. 2 y ss.

CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I. (2001): *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Barcelona.

DIEZ SOTO, C.M. (2000): “Los principios crediticios como mecanismo de protección del crédito”, en VV.AA., *Preferencias de créditos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 23-155.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. (2002): “Los créditos salariales y otras cuestiones laborales”, en VV.AA., Dir. R. García Valverde, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Editorial Dilex, Madrid, págs. 208-238.

GARRIDO, J.M. (1996): “El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, págs. 3575-3605.

GARRIDO, J.M. (2000): *Tratado de la preferencia de los créditos*, Edit. Civitas, Madrid.

GARRIDO, J.M. (2000): “Los créditos privilegiados en la quiebra y en la suspensión de pagos”, en VV.AA.: *Preferencias de Créditos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 158-200.

GARRIDO, J.M. (2003): “La graduación de créditos”, en A. Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons-Registradores de España, Madrid.

GUALDA ALCALÁ, F.J. y LILLO PÉREZ, E. (2001): “La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, T. II, págs. 1151-1174.

JACKSON, T.H. (1986): *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Mass.)-London.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (1998): “Las reformas y proyectos de reforma del Derecho Concursal español”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor J. Duque Domínguez*, Vol. II, Valladolid, págs. 1643-1653.

JOUFTIN, E. (1998): *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises a une procedure collective*, Ed. Libraire General de Droit et Jurisprudence, París.

LYON-CAEN, A (1986): “La situation des salariés et de leur représentant dans le procedure de redressement judiciaire des entreprises”, *Droit Social*, nº 9-10, págs. 647 y ss.

MARTINEZ GARRIDO, L.R. (2001): “Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable”, *Actualidad Laboral*, nº 38, T. III, págs. 755-766.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1995): “Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho Concursal”, en VV.AA., *Estudios en homenaje a José María Chico Ortiz*, Madrid, págs. 1315 y ss.

PÉREZ PÉREZ, M. (1980): *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Edit. J.M. Bosch, Barcelona.

RIOS SALMERON, B. (1984): *Los privilegios del crédito salarial*, Edit. Civitas, Madrid.-

RIOS SALMERON, B. (2002): “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito salarial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, págs. 36 y ss.

RIOS SALMERON, B. (2002): “El ALC y los trabajadores. ¿Requien por el artículo 32 de su Estatuto?”, en *Revista de Derecho Social*, nº 14, págs. 47 y ss.

RIOS SALMERON, B. y SALINAS MOLINA, F. (2000): “La preferencia de los créditos laborales”, en VV.AA., *Preferencias de créditos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 370-447.

ROJO, A. (Dir.) (2003): *la reforma de la legislación concursal*, M. Pons-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid-Barcelona.