



## LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCURSAL LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Universidad de Granada

### EXTRACTO

La reforma concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio y Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio) ha llevado a cabo una regulación de aspectos laborales que, en líneas generales, conjuga las garantías y principios reconocidos en la normativa laboral con las especialidades propias de un procedimiento de insolvencia. Se puede afirmar que se ha pasado de un régimen proyectado (Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Proyecto de Ley Concursal de 2002) que ignoraba derechos laborales individuales y colectivos a una regulación de los efectos del concurso en los contratos de trabajo que implica una matización o especialidad de la regulación laboral común pero que no ignora, con carácter general, derechos vertebradores de nuestro sistema democrático de relaciones laborales (autonomía y negociación colectiva [representación y defensa de intereses laborales durante la tramitación del procedimiento concursal, adopción de acuerdos de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo,], tutela judicial efectiva [vías de impugnación laboral]...).

Se aprecia así una interdependencia entre normas laborales y mercantiles cuyas manifestaciones más singulares son la significativa mercantilización de la relación de trabajo y su adecuación al proceso de concurso y la laboralización del juez del concurso en el conocimiento de cuestiones sociales durante la tramitación de éste. No obstante, en ocasiones, aquella interdependencia genera dudas y la incardinación de algunas reglas concursales en el sistema laboral plantea numerosos problemas interpretativos a nivel sustantivo y procesal. Así, en materia procesal, se diseña un complejo sistema de dualidad jurisdiccional mercantil-laboral que genera dificultades de delimitación competencial entre diversos órdenes introduciendo, a la par, amplios espacios de inseguridad jurídica. Junto a ello, hay que objetar a la reforma la minoración en la protección sustantiva de los créditos laborales y la falta de un refuerzo global de la garantía pública frente al riesgo de insolvencia en contrapartida a la eliminación del privilegio procesal de ejecución separada laboral. Por otra parte, aun cuando los principios de conservación de la empresa y de mantenimiento del empleo pretendían articular la reforma, algunos extremos del procedimiento de concurso conducen a la solución contraria, más aun cuando, en gran cantidad de ocasiones, la iniciación tardía de aquel procedimiento excluirá cualquier vía de la conservación de la actividad empresarial y del empleo. Se siguen echando en falta, por tanto, mecanismos preventivos que potencien y viabilicen la conservación real de empresas en dificultad.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. La regulación de situaciones de insolvencia: del Derecho de quiebras al Derecho Concursal
  - 1.2. El nuevo Derecho Concursal español: la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) y la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio)
2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCUSAL
  - 2.1. La continuación de los contratos de trabajo tras la declaración de concurso
  - 2.2. La posibilidad de modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo en la empresa en concurso
  - 2.3. El expediente de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo
    - 2.3.1. La causa de las medidas contractuales proyectadas
    - 2.3.2. La naturaleza de las medidas: modificaciones, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo
    - 2.3.3. El carácter colectivo de las medidas contractuales
    - 2.3.4. La solicitud de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas
    - 2.3.5. El periodo de consultas
    - 2.3.6. La decisión del juez del concurso: vinculación al acuerdo alcanzado
  - 2.4. La vigencia de los convenios colectivos. 2.5. La protección sustantiva de los créditos laborales
    - 2.5.1. Créditos laborales contra la masa
    - 2.5.2. Créditos concursales laborales: créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general
  - 2.6. Tutela procesal del trabajador durante el concurso
    - 2.6.1. Acciones declarativas y ejecutivas laborales
    - 2.6.2. Medios de impugnación

**1. INTRODUCCIÓN****1.1. La regulación de situaciones de insolvencia: del Derecho de Quiebras al Derecho Concursal**

La situación de crisis de una empresa puede derivar insolvencia y, en tal caso, ante la imposibilidad de cumplimiento de los compromisos contractuales o crediticios contraídos, es necesario establecer un procedimiento que ordene y regule la situación de los acreedores del empresario. Para garantizar los derechos de las partes, este procedimiento trasciende del ámbito estrictamente privado y se publica, ocupando en él una posición esencial el juez. Ante aquella situación de crisis insolvente de la empresa, son dos las opciones posibles: a) que el procedimiento de insolvencia priorice la conservación del patrimonio empresarial facilitando convenios entre el deudor empresario y los acreedores que impliquen aplazamiento o incluso condonación de deudas y b) que el procedimiento de insolvencia esté orientado a la liquidación del patrimonio empresarial mediante la realización de los activos existentes y el pago a los acreedores.



En Europa, hasta mediados del siglo XX, la regulación de aquellas situaciones de insolvencia era marcadamente liquidatoria, es decir, buscaba exclusivamente el pago a los acreedores a través de la liquidación de la empresa y ello implicaba su desaparición. La lógica del Derecho de insolvencia cambia después de la II Guerra Mundial y empiezan a surgir normas que regulan las situaciones de anormalidad empresarial potenciando la conservación y continuación de la empresa. Todos los intereses implicados en estas situaciones de crisis de empresa podrían salir (potencialmente) beneficiados con este nuevo enfoque pero ese beneficio es especialmente importante para los trabajadores de empresas en situación de dificultad económica: La continuación de la actividad productiva facilitará el mantenimiento de los contratos de trabajo. El cambio operado se refleja, además, a nivel terminológico pues del antiguo Derecho de Quiebras se pasa, en algunos ordenamientos europeos, al Derecho de empresas en crisis o Derecho de empresas en dificultad<sup>1</sup>. Así, frente a una concepción excesivamente negativa del empresario en dificultades<sup>2</sup> el nuevo Derecho Concursal reglamenta las situaciones de insolvencia empresarial desde un enfoque eficiente de conservación y continuación de unidades productivas en crisis sin ignorar la esencialidad de todo procedimiento concursal: la satisfacción o el pago a los acreedores. Ahora bien, aquel enfoque continuista de la normativa de insolvencia puede ser un objetivo en sí mismo o bien quedar mediatizado por la voluntad solutoria de los acreedores de deudor de tal forma que la conservación de la empresa pasaría, exclusivamente, por un acuerdo o convenio entre aquéllos.

## 1.2. El nuevo Derecho Concursal Español: la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) y la Ley Orgánica para la reforma concursal (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio)

En España, la evolución relatada no se ha producido hasta fechas muy recientes. Aun cuando habían existido muchos proyectos de reforma del Derecho de insolvencia (1959, 1983, Propuesta de Anteproyecto de 1995) nin-

<sup>1</sup> Singular se revela, en esta línea, el Derecho francés (*Droit des entreprises en difficulté*) que en aras a la conservación de la empresa y del empleo (art. 1 *Loi 25 janvier 1985*) otorga una protección reforzada a los contratos de trabajo y la ruptura de éstos es excepcional en el curso de los *procédures collectives* de forma tal que, como expresa Jouffin, sólo podrán desaparecer cuando su mantenimiento es incompatible con la supervivencia de la empresa (*Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, pág. 247).

<sup>2</sup> En España, en el caso de la quiebra los efectos personales de ésta sobre el deudor quebrado llegaban incluso al arresto domiciliario no así en el caso de la suspensión de pagos donde las consecuencias personales eran más débiles.

guno había visto finalmente la luz y la normativa aplicable (para el deudor empresario)<sup>3</sup> era la contenida en el Código de Comercio de 1885, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Era una regulación eminentemente liquidatoria y enfocada a la satisfacción de los créditos a través de la ejecución colectiva del patrimonio del deudor. Además, aquellas normas habían sido aprobadas en el siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, momento en el que aún no se había planteado toda la construcción de las garantías laborales individuales y colectivas en los sistemas democráticos de relaciones laborales. Por ello, en aquellas normas reguladoras de la insolvencia empresarial no existía referencia alguna a la situación de los contratos de trabajo ni a la posición de los representantes de los trabajadores. El resultado era que al aplicar las normas laborales en supuestos de quiebra y suspensión de pagos las contradicciones y discordancias exigían una permanente labor de reinterpretación. La ineficacia de aquellas normas concursales era evidente y ello exigía un cambio normativo urgente. Este cambio normativo se produce el 9 de julio de 2003 con la aprobación de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la reforma concursal (en adelante LC y LORC, respectivamente)<sup>4</sup>. El Gobierno presenta los Anteproyectos de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal el 7 de septiembre de 2001 y en la fase de tramitación parlamentaria estos proyectos son objeto de modificaciones importantes. Aun cuando las líneas básicas de la reforma concursal se mantienen, en los textos finalmente aprobados en el Congreso, las cuestiones laborales han sido profundamente modificadas.

<sup>3</sup> La insolvencia del deudor no empresario se regulaba en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

<sup>4</sup> Vid., RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», *AL*, núm. 21, 2003, págs. 353 y ss., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal», *Justicia Laboral*, agosto 2003, págs., 11 y ss., MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», *Revista CEF*, núm. 248, noviembre 2003, págs. 85 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 3 y ss., DESDENTADO BONETE, A., «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 27 y ss., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs., 49 y ss., GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 77 y ss., CRUZ VILLALÓN, J., «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 99 y ss., DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 143 y ss., RÍOS SALMERÓN, B., «Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales», *RL*, núm. 23-24, 2003, págs. 163 y ss. y, con carácter general, AA.VV. (dir. A.Rojo), *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

La LC elimina los procedimientos de suspensión de pagos y de quiebra y establece (unidad y simplificación procedimental) un único procedimiento de insolvencia: el concurso. Además, ya no distingue entre deudores comerciantes y no comerciantes<sup>5</sup> ni separa, a nivel normativo, procesos de insolvencia provisional y procesos de insolvencia definitiva como ocurría en la normativa anterior con la suspensión de pagos y la quiebra. En base al principio de unidad legal y de disciplina que inspira la reforma, la LC regula en una misma norma aspectos sustantivos y procesales y reglamenta el desenvolvimiento de todas las relaciones contractuales que existieran en la empresa al declararse el concurso. Además, partiendo del objetivo de eficacia y celeridad procedimental, la reforma concursal consagra una novedosa unidad y especialización jurisdiccional con la creación de los llamados juzgados de lo mercantil. Aun cuando la LC articula (aparentemente) la ordenación normativa del procedimiento de concurso en torno a cuatro ejes básicos: mantenimiento de la empresa, conservación de los puestos de trabajo, limitación de privilegios crediticios y satisfacción de los acreedores mediante un procedimiento con juez (*cuasi*) único<sup>6</sup> y administradores especializados, la propia Exposición de Motivos de la Ley insiste en que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso y que, por el contrario, el saneamiento de empresas no es objeto del concurso. Por tanto, no será la conservación de la empresa un principio de la nueva regulación concursal<sup>7</sup> sino que éste *podrá ser* un instrumento para la satisfacción de los acreedores y, si éstos optan por ello, entonces la LC articula una serie de medidas para favorecer la conclusión negociada y aprobación judicial del convenio de continuación entre los acreedores<sup>8</sup>. Ello lleva a la LC a calificar el convenio como «la solución normal del concurso», si se decidiera esa vía de satisfacción del interés de los acreedores y el deudor no optara por la liquidación<sup>9</sup>, habría que añadir.

<sup>5</sup> En el Derecho Concursal anterior existían 4 procedimientos de insolvencia: quita y espera y concurso de acreedores para deudores no comerciantes y suspensión de pagos y quiebra para deudores no comerciantes.

<sup>6</sup> *Vid., infra*, 2.6.

<sup>7</sup> Sobre las quiebras del principio de conservación/mantenimiento de la empresa en el Proyecto de Ley Concursal de 2001, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 43-48.

<sup>8</sup> En esta línea, declara Molina Navarrete, que el fin del procedimiento concursal será uno y el mismo en todos los supuestos (satisfacción del interés de los acreedores) si bien «...el instrumento o medio para alcanzarlo puede variar en cada caso —flexibilidad de medios—. El Estado dispone la reglamentación heterónoma de un procedimiento de composición (concertada) de la pluralidad de intereses en conflicto» («Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, nota al pie núm. 40, pág. 140).

<sup>9</sup> El deudor podrá pedir la liquidación con la solicitud de concurso voluntario (por tanto, en la misma fase de apertura) y también si no mantuviese la propuesta anticipada de conve-

El concurso comienza a iniciativa del propio deudor (concurso voluntario) o de sus acreedores (concurso necesario) —incluidos los trabajadores—<sup>10</sup> ante el estado de insolvencia, es decir, aquella situación en la que el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones. Tal imposibilidad de pago, se configura, sin embargo, como «razón de fondo del concurso» delimitando la LC, además, «hechos externos» que legitiman la solicitud de declaración concursal por parte de los acreedores (art. 2.4 LC). Por su parte, en caso de solicitud concursal por parte del deudor, ésta implicará, por sí misma, el reconocimiento de su estado de insolvencia (art. 2.3 LC). Declarada por el juez la situación de concurso se generan una serie de efectos —personales y patrimoniales— sobre el deudor y —patrimoniales— sobre los acreedores. En relación a los primeros, la LC suaviza el tradicional rigor de los efectos personales ligados al procedimiento judicial de quiebra, efectos que podían llegar incluso al arresto del quebrado. La LC, sin embargo, atempera la dureza de aquellos efectos personales suprimiendo su carácter represivo y limitándose a establecer los estrictamente necesarios (secreto de las comunicaciones, libre residencia y circulación por el territorio nacional) desde el punto de vista funcional —graduados y adaptados por el juez a las circunstancias del caso—, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que éste lo exija.

Por su parte, los efectos patrimoniales sobre el deudor se concretan en la intervención —normalmente en supuestos de concurso voluntario— o en la sustitución —supuestos de concurso necesario, salvo excepciones— de aquél en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40 LC) y entre los efectos patrimoniales sobre los acreedores resalta el principio general de continuación, tras la declaración concursal, de las relaciones bilaterales pendientes de ejecución. Este principio contrario a la resolución *ipso iure* de los contratos con obligaciones recíprocas en caso de concurso permite, sin embargo —y sin perjuicio de reglas específicas para determinados contratos [vgr. contratos de trabajo]— a la administración concursal<sup>11</sup> (en caso de suspensión) o al concursado (en caso de intervención) solicitar al juez la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso (art. 61.2 LC). Así, la declaración de con-

---

nio o los acreedores hubieran presentando la suya en fase de convenio. Además, si el deudor, durante la vigencia del convenio, conociera la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas, estará obligado a pedir la liquidación (art. 142 LC).

<sup>10</sup> Los trabajadores son titulares de créditos sociales y podrán solicitar al juez mercantil la declaración de concurso del empresario deudor (en esta línea, DESDENTADO BONETE, «La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 41).

<sup>11</sup> La administración concursal está integrada por abogado, un auditor de cuentas (o un economista o un titulado mercantil colegiado) y un acreedor titular de un crédito ordinario o de un crédito con privilegio general no garantizado.



curso no implica por sí misma la resolución contractual y ello es una consecuencia lógica del sistema concursal instaurado que admite —y favorece— la solución concordataria (convenio concursal) <sup>12</sup> por lo que no interesa que se puedan resolver los contratos de tracto sucesivo y sí, en cambio, su mantenimiento. A ello responden, por ejemplo, disposiciones normativas como la contenida en el art. 61.3 LC que declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes. No obstante, como se expuso anteriormente, no es el convenio y la continuación de la empresa la única solución o salida del procedimiento concursal ordenado por la LC, antes al contrario, la vía de la liquidación concursal y de la desaparición de la empresa también encuentran apoyo normativo expreso (arts. 142-162 LC). Así, la liquidación operará cuando no hay propuesta de convenio, éste no se aprueba o cuando aun aprobado, éste no se cumple. Las operaciones de liquidación se dirigen al pago de los acreedores atendiendo al régimen crediticio fijado en la Ley (créditos privilegiados —con privilegio general o especial—, créditos ordinarios y créditos subordinados) y se regula de forma flexible priorizando el plan de liquidación elaborado por la administración concursal —de preceptiva aprobación judicial— <sup>13</sup> y la enajenación en bloque de unidades productivas de bienes y servicios.

## 2. LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LA LEY CONCURSAL

En la fase de tramitación parlamentaria de la LC, en el Congreso fueron corregidos (como respuesta a una fuerte presión sindical) algunos extremos controvertidos del texto de reforma. El texto final ha sido fruto del consenso y de un intenso proceso negociador entre fuerzas políticas y sindicales. El texto aprobado por unanimidad en el Congreso de los Diputados

<sup>12</sup> El contenido de las propuestas que pueden integrar el convenio concursal se regula en la LC de forma muy flexible: quitas y esperas (con ciertos límites), conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos, convenio de continuación (acompañado de Plan de Viabilidad). Se prohíben, no obstante, los convenios de cesión de bienes o derechos en pago o para el pago de créditos así como cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de las deudas. La misma flexibilidad se aprecia en las previsiones normativas que facilitan el rápido tránsito de la solución concordataria (convenio) a la solución liquidatoria cuando no se alcance o se frustre el convenio (vgr. el deudor no puede asumir las obligaciones fijadas en el convenio). Ello supone una importante novedad respecto al Derecho Concursal anterior (*vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*, Ed. CES, Madrid, 2001, págs. 270-277).

<sup>13</sup> No obstante, si no se aprobase el plan de liquidación de la administración concursal, serían de aplicación las reglas supletorias de la LC (art. 149).

el 3 de abril de 2003 contiene ya las referidas enmiendas garantistas centradas en el procedimiento de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo, en la protección de los créditos laborales y en la tutela procesal del trabajador.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las normas mercantiles de regulación de la insolvencia empresarial incluyen preceptos relativos al desenvolvimiento de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso. Ello es una consecuencia lógica del principio de unidad legal y de disciplina que inspira esta reforma. Ahora bien, sólo determinadas cuestiones laborales son reguladas en la LC: modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo comunes tras la declaración de concurso, suspensión y extinción de contratos de alta dirección, régimen de los créditos laborales y tutela procesal del trabajador. Además, sobre estas cuestiones sólo se prevén determinadas reglas particulares y en todo lo no específicamente contemplado habrá que acudir a la normativa laboral. Junto a ello, la afectación colectiva de las medidas propuestas exige una implicación de los representantes de los trabajadores en estos procesos y la LC recuerda en este sentido que éstos mantendrán cuantas competencias les atribuye la normativa laboral (art. 64.11). También es esta línea el art. 8.2.º LC establece que aun en una situación de crisis de empresa motivadora de la situación de concurso, las relaciones laborales seguirán rigiéndose por *«los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral»*.

## **2.1. La continuación de los contratos de trabajo tras la declaración de concurso**

La situación de insolvencia contextualiza el desenvolvimiento de las relaciones laborales en la empresa concursada pero esto no significa que los contratos de trabajos se extingan de forma automática como consecuencia de la declaración de concurso. El principio general es justamente el contrario, es decir, se mantiene la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento pudiendo solicitarse, sin embargo, al juez, la resolución del contrato si se estima conveniente al interés del concurso (art. 61.2 LC). Este principio general de continuación de los contratos ha de ponerse en relación, además, con otro principio cual es el de la continuación, como regla general, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado <sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Como excepción, el juez del concurso podría acordar el cierre total o parcial de la empresa o de sus establecimientos y cuando estas medidas supongan extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo el juez deberá proceder, también, conforme al art. 64 LC.



## **2.2. La posibilidad de modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo en la empresa en concurso**

Aun cuando haya de mantenerse ese principio general de continuación de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso, la situación de insolvencia en que se encuentra inmersa la empresa producirá efectos en el plano del empleo. Es decir, las dificultades económicas constatadas por la iniciación de un procedimiento concursal, podrían justificar modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales y la LC establece un específico procedimiento para llevarlas a efecto.

## **2.3. El expediente de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo**

El art. 64 LC regula un procedimiento específico para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión y la extinción colectivas de los contratos de trabajo comunes<sup>15</sup> en empresas en concurso. Este procedimiento será aplicable únicamente en estos casos (con las matizaciones que se realizarán después) y sólo cuando tengan carácter colectivo, por tanto, el régimen de modificaciones, suspensiones y extinciones de carácter individual y plural seguirá siendo el anterior a la LC. Además, la Ley establece sólo ciertos aspectos reguladores de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo y, en los extremos no específicamente regulados, se aplicará la legislación laboral. El procedimiento fijado es innovador porque (aun manteniendo similitudes con el procedimiento de los despidos colectivos) regula de forma unitaria el régimen aplicable a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y extinciones colectivas, cuando en la normativa laboral tales vicisitudes contractuales presentan perfiles y regulaciones diferenciadas (singularmente, arts. 41, 47 y 51 ET). La Ley ha pretendido establecer un régimen único aplica-

<sup>15</sup> El art. 65 LC establece, por su parte, que durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. La competencia extintiva o suspensiva es, por tanto, de la administración concursal sin intervención del juez del concurso y se proyecta sobre supuestos individuales. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a indemnización. En caso de extinción del contrato, el juez podrá moderar la indemnización correspondiente al alto directivo (quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato) con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación, regla de gran importancia de cara a la eventual responsabilidad de los altos cargos en supuestos de insolvencia fraudulenta.

ble, en caso de concurso, a vicisitudes contractuales de carácter colectivo y de naturaleza, modificativa, suspensiva o extintiva. La plasmación legal de las cuestiones laborales ha sido mucho más equilibrada y garantista para el interés social que los expoliadores textos pre-legislativos<sup>16</sup> pero quizás la precipitación de la fase final de tramitación parlamentaria ha conducido a romper, en algunos extremos, la lógica de las instituciones laborales contempladas, incorporando distorsiones en el régimen aplicable. De cualquier forma, como expresa gráficamente, Molina Navarrete, «...*hay que diferenciar netamente entre la reforma socio-laboralmente deseable y la reforma que ha sido posible*»<sup>17</sup>.

### 2.3.1. *La causa de las medidas contractuales proyectadas*

La Ley prevé un expediente especial (judicial y con intervención de los representantes de los trabajadores) de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo (art. 64) que será de aplicación tanto en supuestos de continuación como de cese de la actividad empresarial tras la declaración del concurso. La solicitud de medidas contractuales modificativas, suspensivas y extintivas de carácter colectivo deberá incluir una exposición y justificación de las causas motivadoras de las medidas y de los objetivos que se proponen alcanzar para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.4). Partiendo del carácter supletorio del ET, el análisis de las causas de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo conduce a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción allí establecidas. Sin embargo, la situación de concurso introduce algunas modificaciones en ese esquema causal, de modo que, en realidad, puede mantenerse una doble causa, según continúe o cese la actividad. Idéntico esquema causal se mantenía con el régimen anterior a la LC<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Vid., RÍOS SALMERÓN, B., «El ALC y los trabajadores ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?, *RDS*, núm. 14, 2001, págs. 57 y ss., MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «El anteproyecto de Ley Concursal: señal de alarma ante una reforma legal indispensable», *AL*, núm. 38, 2001, págs. 755 y ss., GUALDA ALCALÁ, F.J., LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *RL*, núm. 22, 2001, págs. 119 y ss., CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *AS*, núm. 18, 2002, págs. 10 y ss. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *AL*, núm. 32, 2002, págs. 659 y ss.

<sup>17</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 99.

<sup>18</sup> Vid., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial...*, *op. cit.*, págs. 161 y ss.



Como se conoce, el ET (arts. 40, 41, 47 y 51) recoge una definición finalista de las causas económicas y productivas que pueden justificar reordenaciones o reestructuraciones de plantilla. Así, las medidas modificativas proyectadas habrán de contribuir a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado y una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Por su parte, las medidas suspensivas y extintivas se dirigirán a superar una situación económica negativa y a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En caso de concurso esas mismas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción legitiman la adopción de medidas contractuales diversas (modificaciones, suspensiones y extinciones). Todas estas causas se reconducen, en definitiva, a necesidades de reorganización económica y productiva de la empresa para poder seguir funcionando en condiciones de viabilidad. En tal situación de dificultad empresarial habría que proceder a la reestructuración de la empresa y las medidas de reorganización o reducción de empleo deberían quedar integradas en un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de aquella<sup>19</sup>. Precisamente, la adopción de las medidas laborales podría contribuir a que la empresa continuara funcionando en el mercado en condiciones óptimas y junto a esas medidas habrían de adoptarse otras (nuevas inversiones o proyectos, innovación tecnológica, ampliación de mercados). En definitiva, las medidas laborales (modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo) formarían parte de un plan global dirigido a la superación de la situación económica negativa de la empresa en concurso y a su continuación. Es evidente que la vinculación de las medidas proyectadas a los objetivos de conservación de la empresa y viabilidad futura es limitada en la medida en que nos movemos en el terreno de las expectativas. En esta línea, la jurisprudencia insiste en que no es necesario probar, de forma plena e indubitada, que la extinción contractual lleve consigo necesariamente la superación de la crisis económica de la empresa, sino que basta con que «contribuya» a ello<sup>20</sup>.

Fuera del concurso, la gradualidad de las medidas propuestas también se refleja en la causalidad de tal forma que se exige una justificación diversa y proporcionada en función de las medidas propuestas. Es decir, aquellas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción presentan matices en función de su vinculación a medidas modificativas, suspensivas o extintivas. Así, aun cuando existe una base causal similar, las causas económicas y productivas alegadas en supuestos modificativos se identifican con

<sup>19</sup> STS [4.ª] 14 junio 1996 (Ar. 5162).

<sup>20</sup> STS [4.ª] 24 abril 1996 (Ar. 5297).

situaciones económicas mejorables mientras que las que se alegan en supuestos suspensivos y extintivos se identifican con situaciones económicas negativas aun cuando no es necesario que sean irreversibles. Podría mantenerse, por tanto, cierta gradualidad en las situaciones económicas alegadas para fundamentar medidas contractuales modificativas, suspensivas y extintivas. Por el contrario, en caso de concurso *«las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas»* se identifican con situaciones económicas negativas constatadas por la propia declaración de concurso, que, sin embargo, se consideran superables y que se vinculan a los objetivos de continuación de la empresa y del empleo. En cierta manera las causas de las medidas proyectadas *se unifican* y se encaminan a la superación de aquella situación económica deficitaria. Pese a esta similitud causal, el escalonamiento o gradualidad de las medidas sigue estando presente y serán prioritarios instrumentos de reordenación de plantillas menos traumáticos (modificaciones, suspensiones) que la extinción de los contratos de trabajo. El objetivo de conservación de la empresa se plasma en la regulación de los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y buena prueba de ello es esa estrecha vinculación entre continuación de la actividad, justificación de las medidas proyectadas (viabilidad de la empresa y del empleo) y autorización del juez del concurso <sup>21</sup>.

Junto a ello, como regla general, la declaración de concurso, no interrumpirá ni impedirá la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.1 LC). No obstante, cesará aquella actividad cuando el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, así lo acordara (art. 44.4 LC). Tal situación generará efectos contractuales laborales y las medidas colectivas que se adopten seguirán también el procedimiento previsto en el art. 64 LC. El cese definitivo y la desaparición de la empresa generarán la extinción colectiva de los contratos de trabajo que, de igual modo, requerirá la autorización del juez del concurso y la intervención de los representantes de los trabajadores. La causa de extinción de los contratos de trabajo ya no será la superación de una situación económica negativa para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, sino que esas declaraciones judiciales de apertura del concurso y de cierre o cese de actividad tendrían (de forma conjunta) virtualidad extintiva, pese a la exigencia de respeto a las garantías laborales fijadas. Es decir, la extinción colectiva de los contratos de trabajo sería la consecuencia de aquel

<sup>21</sup> En línea similar sostiene CRUZ VILLALÓN que el principio de proporcionalidad *«...es una de las herramientas de trabajo capitales a los efectos de acertar en la decisión que corresponda (...). La intensidad de las medidas se encuentra en relación directa con la intensidad de las causas»* («Despidos y suspensiones de contratos de trabajo..., *op. cit.*, pág. 119).



cese de la actividad empresarial declarado judicialmente que implica la desaparición de la unidad productiva.

Podrían también producirse modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas de contratos de trabajo en la fase de liquidación que seguirían, igualmente, el procedimiento especial del art. 64 LC (art. 149.4). La liquidación se encamina esencialmente al pago de los acreedores siguiendo las reglas de prioridad crediticia fijadas en la propia Ley y ello pasará, la mayoría de las ocasiones, por el cese de la actividad empresarial. En este caso, la causa de las medidas contractuales propuestas sería la declaración de concurso y el cese de la actividad, en el marco de las operaciones de liquidación. Ahora bien, la apertura de la fase de liquidación no impide la continuación de la actividad empresarial y la propia LC facilita la solución continuista. Así, a falta de aprobación del plan de liquidación, las operaciones de liquidación habrán de ajustarse a las reglas del art. 149 LC en las que se prioriza<sup>22</sup>, la enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas de bienes y servicios<sup>23</sup>. Cuando como consecuencia de esta enajenación una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una entidad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales que existe sucesión de empresa de modo tal que el adquirente se subrogará en los derechos laborales y de Seguridad Social del anterior empresario (el deudor concursado) aun cuando se introduce cierta flexibilización en este régimen de asunción de responsabilidades para facilitar la continuación de la actividad empresarial (art. 149. 2)<sup>24</sup>, con implicación del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>22</sup> No obstante, se trata de una priorización relativa pues, de un lado, el deudor podría haber optado directamente por la liquidación obviando el convenio (arts. 108 y 148 LC) y, de otro, las reglas del art. 149 son netamente subsidiarias, a falta de aprobación del plan de liquidación.

<sup>23</sup> Establece además el art. 149.1 *in fine* que en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso, de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores y, en todo caso, serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores.

<sup>24</sup> En concreto, se acepta que el juez del concurso acuerde que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo (art. 149. 2 LC. Sobre el tema, *vid.*, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, M., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *op. cit.*, págs. 157 y ss.).

### 2.3.2. *La naturaleza de las medidas: modificaciones, suspensiones y extinciones de contratos de trabajo*

El nuevo art. 57 bis ET<sup>25</sup> establece que en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC. Por tanto, la norma concursal se proyecta sobre unas vicisitudes contractuales específicas y establece un régimen singular sólo para ellas. Lógicamente, ese régimen especial tiene fuentes laborales y, concretamente, aun cuando la LC presente un procedimiento único para modificaciones, suspensiones y extinciones, aquél guarda significativos paralelismos con el procedimiento de regulación de empleo de los despidos colectivos (art. 51 ET). Frente a ello, y guardando distancia con la regulación laboral, este *Derecho del Trabajo del concurso*<sup>26</sup> establece contenidos innovadores que se alejan de las disposiciones estatutarias, como la atracción hacia el concepto de despidos colectivos de un determinado número de despidos individuales fundados en la causa del art. 50. 1 b) ET (art. 64.10 LC) o la ampliación del concepto de modificación sustancial del lugar de prestación de servicios más allá de los tradicionales desplazamientos y traslados (art. 64.9 LC). Será oportuno, por tanto, revisar la naturaleza de las medidas contractuales cuya adopción en contexto concursal habrá de respetar los cauces del art. 64 LC sin perder de vista que, en la mayoría de las ocasiones, la interpretación laboral de cada una de las vicisitudes contractuales referidas se traslada a la normativa concursal por la expresa remisión de la Ley a la legislación laboral (art. 64.11)<sup>27</sup>.

Un primer grupo de medidas serían las modificativas. Habrá que incluir aquí las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y no sólo las enumeradas en el art. 41 ET (modificaciones de jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones cuando excedan de los límites de la movilidad funcional del art. 39 ET) sino todas aquéllas que tengan una naturaleza sustancial atendiendo a su importancia cualitativa o alcance temporal y que alteren o transformen aspectos fundamentales de la relación laboral<sup>28</sup>. Se

<sup>25</sup> Introducido por la disposición final 14.ª LC.

<sup>26</sup> En línea similar se manifiesta Ríos Salmerón al hablar del «*Derecho del trabajo en la insolvencia declarada*» («La Ley Concursal y los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 366).

<sup>27</sup> Establece este precepto que en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

<sup>28</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *op. cit.*, pág. 82.



mantiene, por tanto, a nivel cualitativo, un concepto idéntico de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en la legislación laboral y en la concursal. Diversa será, sin embargo, la modificación de una determinada condición de trabajo cual es la del lugar de prestación de servicios.

Efectivamente, los rasgos definitorios del traslado y de la movilidad geográfica en la normativa laboral (ET, LPL, RPRE) y en la LC presentan sustanciales diferencias. En las normas laborales, la movilidad geográfica se reconduce —sin más precisiones— a dos supuestos, cambio del lugar de trabajo que lleva consigo cambio de residencia con carácter temporal —no más de 12 meses en 3 años— (desplazamiento) y cambio del lugar de trabajo que exige cambio de residencia con carácter definitivo (traslado). En la LC, sin embargo, se incorpora un concepto de traslado cuyos perfiles no encajan en ninguno de estos supuestos de movilidad geográfica regulados en las normas laborales. Así, se introducen otras variables no tenidas en cuenta en la delimitación laboral de la movilidad geográfica como son la localización geográfica del centro de trabajo de origen y del centro de destino, la distancia entre ambos y el tiempo de desplazamiento de ida y vuelta (art. 64.9 LC). Los supuestos referidos por la LC difieren de la movilidad geográfica estatutaria (desplazamientos y traslados) pues, a efectos laborales, es preciso que con carácter temporal o definitivo, el trabajador cambie de lugar de prestación de servicios y de residencia y la LC, sin embargo, no mantiene tal concepción al tener en cuenta el tiempo diario de desplazamiento de ida y vuelta del domicilio al trabajo y viceversa.

Ante ello cabría interpretar que las referidas en la LC son otras situaciones de modificación del lugar de prestación de servicios que escapan de la regulación laboral legal de la movilidad geográfica. El empresario, en ejercicio de su poder de dirección, puede ordenar cambios o modificaciones objetivas en los contratos que afecten al lugar de trabajo aun cuando ello no implique cambio de residencia. Encajan en esta tipología los cambios entre centros de trabajo distintos de la misma empresa y los traslados de centro de trabajo o de un departamento del mismo, dentro o fuera de la misma población que no exijan cambio de residencia. En estos supuestos, lógicamente, el cambio será más oneroso para el trabajador, cuanto más alejado esté el nuevo centro de trabajo del centro de origen y del lugar de residencia, por tanto. Sin perjuicio de que por acuerdo individual o colectivo se pudieran fijar compensaciones económicas para los trabajadores afectados o la posibilidad de rescisión indemnizada del contrato de trabajo<sup>29</sup>, lo cierto es

<sup>29</sup> Alguna sentencia ha llegado a reconocer que aun cuando no exista acuerdo (de naturaleza individual o colectiva) son admisibles las pretensiones resarcitorias que demuestren el desequilibrio producido en la economía del contrato y, en definitiva, el perjuicio para trabajador ante la decisión empresarial de cambiarlo de centro de trabajo (SSTSJ Cataluña 2 octubre

que el ET (art. 40.1) limita esta posibilidad a los supuestos de traslado (cambio de lugar de trabajo que exige cambio de residencia de forma definitiva). La LC, sin embargo, hace referencia a la rescisión indemnizada del contrato de trabajo con indemnización para otros supuestos de modificaciones del lugar de prestación de servicios.

Así, determinados *cambios sustanciales definitivos del lugar de trabajo*, gozarían en caso de concurso de aquella facultad de rescisión indemnizada<sup>30</sup>. Se trataría de cambios definitivos en el lugar de prestación de servicios que no implican cambio de residencia (impropiamente calificados legalmente como «*traslados que supongan movilidad geográfica*»). En el supuesto de que el nuevo centro de trabajo esté en la misma provincia que el de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste y el tiempo mínimo de desplazamiento no supere el 25% de la jornada diaria de trabajo, cabrá la suspensión de la facultad de rescisión del contrato con indemnización durante 12 meses desde la fecha del auto judicial que autorizó esa modificación (art. 64.9 LC). Esta previsión de la LC genera problemas interpretativos pues califica como traslado y movilidad geográfica a supuestos que presentan sustanciales diferencias con estas dos instituciones laborales y, además, establece la posible rescisión indemnizada del contrato de trabajo (y la suspensión de esta facultad)<sup>31</sup> en supuestos en los que a tenor de la normativa

---

1997 y 9 de junio 1998 [As. 3992 y As. 3076, respectivamente). Otros pronunciamientos jurisprudenciales, sin embargo, se muestran en contra (STSJ Navarra 30 diciembre 1996 [As. 4525]). Sobre el tema, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (en torno al artículo 40)», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 852-855.

<sup>30</sup> La LC mantiene una concepción amplia de modificación sustancial de condiciones de trabajo que alcanza también a supuestos de modificación locativa con perjuicios para el trabajador. Buena prueba de ello es la referencia normativa contenida en el art. 64.9 LC («...tanto en este caso [movilidad geográfica] como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...») que parece indicar que el legislador concursal tiene su propia concepción de modificación objetiva de carácter sustancial que incluiría al cambio del lugar de prestación de servicios. Aun cuando el cambio en el lugar de prestación de servicios no sea, en estrictos términos, un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, es evidente que el cambio forzoso de lugar de trabajo y, eventualmente de residencia, será una alteración objetiva del contrato de trabajo de tintes sustanciales, aun cuando su regulación sea independiente en la normativa laboral (art. 40 y art. 41 ET)

<sup>31</sup> Establece el art. 64.9 LC que en el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el art. 41 ET, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizo dicha modificación. Esta suspensión será también de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de sesenta Kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada



laboral no existe (art. 40 ET). Tal como aparece regulado, habría que aplicar el procedimiento del art. 64 LC a lo que podría calificarse *modificación definitiva del lugar de prestación de servicios de carácter sustancial*: traslados colectivos y otros cambios sustanciales de carácter colectivo que no implicaran cambio de residencia pero que tuvieran carácter definitivo<sup>32</sup>.

El procedimiento del art. 64 de la LC también se aplica a supuestos colectivos de suspensión de contratos de trabajo. En versiones anteriores, los textos de reforma (ALC 2000, PLC 2001) no se pronunciaban de forma tan clara y la referencia a medidas colectivas laborales se reducía, en ocasiones, a modificaciones y extinciones de contratos de trabajo. En la Ley, sin embargo, todas las referencias a vicisitudes contractuales que habrán de seguir la especial vía procedimental del art. 64, se centran en modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo. En relación a estas últimas se trataría de extinciones de contratos de trabajo de base económica motivadas tanto por el cierre de la empresa tras la declaración de concurso (en la primera fase o en fase de liquidación) como por la necesidad de proceder a la reestructuración de plantilla para garantizar la viabilidad de la empresa (supuesto de continuación de la actividad). Se trataría, por tanto, de supuestos extintivos amparados en razones económicas cercanos (no idénticos) en su causalidad a los despidos colectivos del art. 51 ET<sup>33</sup>.

No obstante, la LC amplía el concepto de despidos colectivos de base económica pues extiende el ámbito de aplicación del art. 64 LC a otros supuestos que a tenor de la normativa laboral no se tramitarían por la vía del expediente de regulación de empleo del art. 51 ET<sup>34</sup>. Se trata de un determinado número de acciones individuales de extinción interpuestas por los trabajadores al amparo del art. 50.1.b) ET (dimisiones provocadas por la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado). Estos supuestos extintivos para alcanzar la consideración de colectivos en la LC han superar desde la declaración del concurso, los siguientes límites: a) empresas con plantilla de hasta 100 trabajadores-10 trabajadores; b) empresas con

---

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

<sup>32</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «Artículo 64. Los contratos de trabajo», en AA.VV. (dirs. Ángel Rojo y Emilio Beltrán, coord. Ana Campuzano), *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, en prensa.

<sup>33</sup> *Vid., supra*, 2.3.1.

<sup>34</sup> En línea similar, MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 22.

plantilla de 100 a 300 trabajadores-el 10% de los trabajadores; c) empresas con plantilla de más de 300 trabajadores-el 25% de los trabajadores. Serán además colectivas las ejercitadas por la totalidad de la plantilla de la empresa. En estos casos existen las razones económicas o dificultades empresariales que justificarían la adopción de modificaciones, suspensiones o extinciones contractuales pero la singularidad reside en que junto a aquellas existe un incumplimiento empresarial que legitima al trabajador a solicitar judicialmente la extinción de su contrato con una indemnización reforzada que, dicho sea de paso, es bastante más elevada que la del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>35</sup>.

En definitiva la LC *colectiviza*, por encima de un determinado umbral numérico, las extinciones individuales fundadas en incumplimientos empresariales de pago de salarios y las atrae hacia el conocimiento del juez del concurso. Por tanto, aquellas extinciones se someterán al procedimiento del art. 64 LC (intervención de los representantes de los trabajadores, autorización judicial) con el objetivo de evitar que en una situación económica negativa las altas indemnizaciones generadas por esta modalidad extintiva pongan en peligro (la ya de por sí complicada) continuidad de la empresa tras la declaración de concurso al incrementar de forma significativa el montante crediticio contra la masa<sup>36</sup>. Detrás de esta disposición de la LC está una línea jurisprudencial que vetaba el posible recurso al art. 50.1.b) ET cuando estaba en marcha un procedimiento de regulación de empleo o la empresa se hallaba incurso en un procedimiento de suspensión de pagos o de quiebra. Los tribunales alegaban razones de equidad, solidaridad o buena fe para primar en tales supuestos soluciones extintivas colectivas (con intervención de la representación legal de los trabajadores y de la autoridad laboral) frente a vías contractuales extintivas individuales fundadas en falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado<sup>37</sup>.

Los supuestos modificativos, suspensivos o extintivos referidos serán los únicos a los que se aplique el procedimiento de regulación de empleo del art. 64 LC. Por tanto, a cualquier otra modificación objetiva de condiciones de trabajo que no encaje en las modificaciones sustanciales referidas (vgr. movilidad funcional del art. 39 ET, desplazamientos, modificación no sustancial...) o a cualquier suspensión o extinción no fundada en razones

<sup>35</sup> Como se conoce, la indemnización del art. 50.1. b) ET es de 45 días de salario por año de servicio con un límite de 42 mensualidades mientras que la indemnización del art. 51 ET es de 20 días de salario por año de servicio con un límite de 12 mensualidades.

<sup>36</sup> *Vid., infra*, 2.5.1.

<sup>37</sup> Sobre el tema, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial...*, *op. cit.*, pág. 216 y *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 162.

económicas, se le seguirá aplicando la normativa laboral común<sup>38</sup>, aun cuando se adopte en una empresa en concurso.

### 2.3.3. *El carácter colectivo de las medidas contractuales*

Las medidas modificativas, suspensivas o extintivas solicitadas al juez del concurso habrán de revestir carácter colectivo, debiendo interpretar tal criterio conforme a la legislación laboral, aun cuando la LC existan algunas previsiones singulares en la materia.

Para determinar el carácter colectivo de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET) habrá que tener en cuenta la fuente de regulación de la condición que se pretende modificar y, en algún caso, el número de trabajadores afectados. Así, tendrá carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores a título individual y tendrá carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. No obstante, determinadas modificaciones de este tipo (concretamente, modificaciones funcionales y de horario de trabajo) para tener carácter colectivo precisan un plus numérico que consiste en afectar, en un periodo de noventa días, como mínimo, a 10 trabajadores, en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores o a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores. En cuanto a las modificaciones de carácter sustancial que afectan al lugar de prestación de servicios<sup>39</sup>, serán de carácter colectivo cuando alcancen los umbrales numéricos establecidos en el art. 40 ET. A estos efectos, será determinante el número de trabajadores implicados y podrá afectar a la totalidad de trabajadores de un centro de trabajo [siempre que éste ocupe más de cinco] o a una parte. En este segundo supuesto la medida habrá de comprender en un período de noventa días, al menos a 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 o a 30 trabajadores en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Se utiliza el término *normativa laboral común* por contraposición a la *normativa laboral especial*, que incluiría todas las disposiciones de contenido laboral insertas en la LC que implican una modificación del régimen común u ordinario de las normas laborales (ET, RPRE, LPL...).

<sup>39</sup> *Vid., supra*, 2.3.2.

<sup>40</sup> En los supuestos de modificación objetiva del contrato de trabajo de carácter sustancial (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y modificaciones definitivas

En relación a las suspensiones de contratos de trabajo, la legislación laboral (art. 47 ET) remite al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) por lo que podría pensarse que también en supuestos suspensivos habría que distinguir, a efectos procedimentales, entre suspensiones individuales, plurales y colectivas<sup>41</sup>. No obstante, la interpretación doctrinal mayoritaria es la contraria (no sin importantes opiniones en contra) y se viene exigiendo el preceptivo expediente de regulación de empleo (intervención de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral) en todos los supuestos de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor, con independencia del número de trabajadores afectados. Es decir, habrá que seguir el expediente de regulación de empleo suspensivo en todos los supuestos de suspensión de contratos de trabajo en base a causas económicas y productivas y no sólo en supuestos de suspensiones colectivas por estas causas. La razón de ser de esta interpretación reside, esencialmente, en el necesario control público de estas medidas coyunturales o excepcionales fundamentalmente de cara al acceso a las prestaciones por desempleo que pueden percibirse (cumpliendo los requisitos legales) durante los periodos de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas y productivas.

Al trasladar esta interpretación a la LC, podría pensarse que el art. 64 es aplicable a cualquier suspensión propuesta en contexto concursal. Sin embargo, siguiendo una lógica unidad de criterio con las otras vicisitudes contractuales, hay que mantener (pese al abandono de la interpretación laboral) que la vía del art. 64 sólo será aplicable a las suspensiones que superen los límites numéricos señalados para las extinciones. Si la LC hubiera querido extender aquel procedimiento a todos los supuestos de suspensiones de contratos de trabajo (individuales, plurales y colectivas) hubiera mantenido las versiones anteriores de los textos de reforma (ALC 2000 y PLC 2001). Por ello, parece que el procedimiento del art. 64 únicamente será aplicable cuando las suspensiones de contratos de trabajo operadas en contexto concursal tengan carácter colectivo<sup>42</sup>, lo cual no impide que los supuestos

---

del lugar de prestación de servicios de carácter sustancial) el derecho a rescisión del contrato con indemnización quedará en suspenso durante la tramitación del concurso con el límite de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación (art. 64.9 LC).

<sup>41</sup> Podrá mantenerse el carácter colectivo si las medidas afectan en torno al 10% de los trabajadores de la empresa: 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100, el 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores y 30 trabajadores en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores.

<sup>42</sup> MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Artículo 64. Contratos de Trabajo*, op. cit. y DESDENTADO BONETE, A., «La reforma concursal y el proceso social...», op. cit.,



individuales y plurales sigan manteniendo la vía ordinaria laboral aplicable a estos supuestos (intervención de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral).

En materia de extinción, sólo determinadas extinciones de contratos de trabajo que afectan a más de un trabajador, tendrán carácter colectivo. La legislación laboral distingue, a estos efectos, entre extinciones plurales y colectivas y, esta misma interpretación, puede trasladarse a la LC. El art. 51.1 ET califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, afecte al menos a 10 trabajadores en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas. Por tanto, el procedimiento del art. 64 LC únicamente se aplicará cuando las medidas extintivas sean colectivas según los parámetros que acaban de exponerse. Podría ocurrir, sin embargo, que se proyectaran extinciones contractuales en contexto concursal que afectaran a uno o más trabajadores pero a menos de los límites señalados. En este caso, estas extinciones individuales y plurales seguirían la tramitación del despido objetivo económico (art. 52-c] ET).

Junto a aquellas extinciones colectivas de contratos de trabajo fundadas en causas o razones económicas, otras extinciones revestirán carácter colectivo y habrán de seguir también el procedimiento del art. 64 LC. Se trataría de las ya analizadas extinciones basadas en la falta de pago o retrasos continuados del empresario en el abono del salario pactado (art. 50. 1.b] ET) y que para la LC son colectivas si rebasan umbrales numéricos referidos<sup>43</sup>.

#### **2.3.4. La solicitud de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas**

Las medidas modificativas, suspensivas y extintivas referidas no pueden ser aplicadas de oficio por el juez, sino que han de ser solicitadas por

pág. 36. En contra, RÍOS SALMERÓN («La Ley Concursal y los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 367), GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN («Aspectos laborales de la nueva Ley...», *op. cit.*, pág. 26), MOLINA NAVARRETE («Un nuevo desafío para los derechos...», *op. cit.*, pág. 126) y CRUZ VILLALÓN («Despidos y suspensiones del contrato...», *op. cit.*, pág. 117).

<sup>43</sup> 10 trabajadores en empresas con plantilla de hasta 100 trabajadores, el 10% de los trabajadores en empresas con plantilla de 100 a 300 trabajadores, el 25% de los trabajadores en empresas con plantilla de más de 300 trabajadores y la totalidad de la plantilla de la empresa.

persona legitimada. En este sentido, se establece que podrán solicitar al juez del concurso la adopción de las medidas colectivas de modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo «*la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa a través de sus representantes legales*» (art. 64.2). La solicitud de la administración concursal procederá, normalmente, en casos de sustitución del deudor en las facultades de administración y disposición de su patrimonio (supuestos de concurso necesario, salvo excepciones). No obstante, en casos de mera intervención (concurso voluntario)<sup>44</sup> también intervendría, aun cuando en estos casos, únicamente daría o no conformidad a la iniciativa del deudor. Por tanto, en caso de sustitución estará legitimada únicamente la administración concursal y en caso de intervención la legitimación corresponderá al propio deudor empresario con la autorización o conformidad de la administración concursal (arts. 40, 43 y 44 LC). Añade la Ley que podrán iniciar el expediente los propios trabajadores de la empresa, a través de sus representantes legales. Se trata de un supuesto que se acerca al previsto en el ET para casos en los que «*racionalmente se presumiera*» que la inacción del empresario (no iniciación de expediente de regulación de empleo) pudiera acarrear a los trabajadores perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 51.9 ET). La LC parte, sin embargo, de la consideración de que la situación de concurso ya es grave en sí misma y no es necesaria la alegación de aquellos perjuicios para poder iniciar el procedimiento de regulación de empleo del art. 64 de la Ley solicitando medidas modificativas, suspensivas y/o extintivas.

La lectura conjunta de los apartados 2 y 10 del art. 64 de la LC permite ampliar los supuestos de legitimación para solicitar la iniciación del procedimiento de regulación de empleo. Así, junto a la posible solicitud por parte de la representación unitaria o sindical cabría que un determinado número de trabajadores que superaran los umbrales establecidos en la Ley para considerar colectivas la extinciones individuales fundadas en falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, interpusieran demanda de resolución contractual con esta alegación para que por sí solos pusieran

<sup>44</sup> En principio, en caso de concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición de su patrimonio, quedando sometido en ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante autorización o conformidad y en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40. 1 y 2 LC). No obstante, esta regla general se flexibiliza en dos líneas: a) el juez del concurso podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario y b) a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento en cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40. 3 y 4 LC).

en marcha el procedimiento sin necesidad, en este caso, de intervención de la representación legal de los trabajadores<sup>45</sup>. Ello implicaría, lógicamente, el traslado de la resolución instada de la jurisdicción social a la jurisdicción mercantil<sup>46</sup>.

La solicitud en los tres supuestos referidos habrá de realizarse una vez emitido por la administración concursal el informe relativo al estado financiero del deudor. Este informe de la administración concursal tendrá que emitirse en el plazo de dos meses desde la aceptación de dos de ellos (art. 74.1 LC) y podría ser ampliado —por tiempo no superior a un mes—, previa solicitud de la administración concursal, por el juez del concurso ante circunstancias extraordinarias. Es oportuna la fijación de este momento procesal pues antes no sería posible conocer la situación económica real de la empresa y, con ella, sus posibilidades de viabilidad futura y de mantenimiento del empleo. No obstante, sería posible anticipar la solicitud de medidas colectivas de modificación, suspensión o extinción de contratos de trabajo en la empresa, si se estimara que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas podría comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, cabría solicitarlas en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso (art. 64. 3 LC). Podría pensarse, por ejemplo, en supuestos de empresas en situación económica crítica (con elevado número de trabajadores con altos salarios) en las que el mantenimiento del volumen de empleo en tales condiciones, pone en peligro las escasas posibilidades de continuación de la actividad empresarial. En estos casos, sería lógico pensar que la reordenación de los recursos humanos, que contribuiría a la viabilidad empresarial futura (modificaciones contractuales, suspensiones y, eventualmente, extinciones) habría de realizarse, cuanto antes, tras la solicitud de declaración de concurso. Tal circunstancia, además, habrá de quedar acreditada documentalmente (estado contable del deudor, realidad productiva de la empresa).

Las medidas colectivas proyectadas habrán de estar justificadas y fundadas, por tanto, en las causas anteriormente indicadas. A tales efectos, la Ley exige acompañar los documentos necesarios para su acreditación. En la normativa laboral, esta documentación acreditativa se concreta, a nivel

<sup>45</sup> En esta línea, CRUZ VILLALÓN, «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 122.

<sup>46</sup> Como expresa RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, a través de la acumulación de acciones y autos se podría deducir la dimensión colectiva del supuesto «...produciéndose una alteración sustancial de las demandas en cuanto que lo que empieza como acción individual no acumulable pasase a ser una acción colectiva acumulable tratada ficticiamente por la Ley Concursal como despido colectivo» («La Ley Concursal y el contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 11).

reglamentario (art. 6 del RPRE), para los supuestos de despido colectivo. Ante la falta de especificación en la LC, la documentación recogida en aquella previsión normativa reglamentaria, podría ser la base de la que se exige a la administración concursal o al deudor que soliciten al juez del concurso la adopción de medidas colectivas de reestructuración de empleo, sean modificativas, suspensivas o extintivas<sup>47</sup>. Estos documentos son la memoria explicativa de las causas o motivos de las medidas proyectadas y la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de la situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años. Junto a ello, habrá que acreditar documentalmente el número de trabajadores empleados durante el último año en la empresa, el número y categoría de los que vayan a verse afectados por las medidas propuestas, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados y el período a lo largo del cual está previsto adoptar las medidas modificativas, suspensivas y extintivas.

Pese a la aplicación del precepto reglamentario antedicho (art. 6 RPRE), si la administración concursal ya ha emitido el informe sobre el estado financiero del deudor (arts. 74 y 75 LC), parecería innecesario volver a remitir al juez la información financiera y patrimonial referida en el reglamento si ya obra en su poder. En tal caso, la obligación de información relativa al estado financiero y patrimonial del deudor podría verse suavizada (no así toda la información relativa a los trabajadores afectados, su categoría, volumen de empleo de la empresa, criterios de designación de los trabajadores afectados, previsión del tiempo de adopción de las medidas pretendidas). A tales efectos, sería suficiente con la memoria explicativa de las causas o motivos de las medidas proyectadas con indicación del estado patrimonial del deudor y remisión al informe de los administradores concursales. De igual forma, si el juez hubiera acordado el cese de la actividad empresarial (art. 44.4 LC) o, las medidas modificativas, suspensivas o extintivas se adoptaran previamente a la aprobación del plan de liquidación en el que se recoge el cese de la actividad empresarial y la desaparición de la empresa, sería suficiente —junto a la aportación de los datos relativos a trabajadores afectados, criterios de designación, tiempo de realización...— la indicación de estas causas en la memoria explicativa de las medidas pretendidas, la referencia a las decisiones de cese de la actividad y la remisión a la documentación sobre la situación financiera y patrimonial del deudor en poder del juez

<sup>47</sup> En contra, CRUZ VILLALÓN, que entiende que la referencia a los «documentos necesarios» no cumple otra función que la de otorgar libertad de criterio de lo que debe adjuntar el solicitante «...y, al propio tiempo, por vía del silencio excluir la exigencia del listado documental impuesto por el art. 6 RD 43/1996» («Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 125).

del concurso. La LC exige además acreditar, acompañando los documentos necesarios, los objetivos que se pretenden alcanzar con las medidas pretendidas para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.4). En este contexto, es lógico pensar que si el objetivo es la conservación de la empresa, las medidas modificativas, suspensivas y extintivas proyectadas deberán insertarse en un plan global de saneamiento empresarial y reorganización productiva (plan de viabilidad empresarial) y, a tales efectos, sería necesario aportar la documentación relativa al mismo.

Si el expediente fuera iniciado por los trabajadores, a través de sus representantes legales, entiendo que únicamente será necesario que se acompañe memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento y si ya se ha emitido el informe de la administración concursal, el juez podrá verificar la situación económica y patrimonial del deudor. Si el informe no hubiera sido emitido, sería el juez el que habría de solicitar la documentación e informes pertinentes si el deudor hubiera dificultado a los representantes de los trabajadores el acceso a los medios de prueba y documentos necesarios.

Cuando las medidas afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores, la referida solicitud (del deudor o de la administración concursal) debe acompañarse de un plan social. Este plan se exige por la legislación laboral (art. 51. 4 ET y art. 6.1. c) RPRE) en todos los supuestos de despidos colectivos en empresas de cincuenta o más trabajadores. El plan social en caso de concurso deberá contemplar la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. El tenor legal del precepto vincula medidas laborales-viabilidad futura de la empresa y del empleo, por ello, cabrían en el plan social fórmulas alternativas a la extinción de empleos que pasan por la modificación objetiva o suspensión de contratos de trabajo, la recualificación de los trabajadores (reciclaje profesional), o el reparto del empleo (redistribución de la jornada de trabajo, disminución o prohibición de horas extraordinarias, prohibición de externalización de actividades). Podría decirse que la LC revitaliza los planes sociales en empresas en situación de insolvencia y en contexto de continuación de actividad. La previsión y solicitud conjunta de diversas medidas contractuales que reordenarán los recursos humanos en la empresa (*ex art. 64*) quedará reflejada en el plan social, instrumentalizando la continuación de la actividad y la conservación de la empresa en crisis<sup>48</sup>. Por su parte, si el procedimiento concursal deriva en el cese de la actividad empresarial (sea como consecuencia —atípica— de la iniciación del procedimiento —art. 44. 4 LC—

<sup>48</sup> Sobre el plan social en la ordenación normativa laboral de las situaciones de insolvencia con anterioridad a la LC, *vid.*, ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, *op. cit.*, pág. 250 y ss.

o como consecuencia de las operaciones de liquidación) aquel plan social, podría revestir perfiles distintos. En este caso, sería frecuente que el plan social se centrara en las medidas monetarias tendentes a suavizar las consecuencias de la extinción colectiva de los contratos de trabajo (mejoras indemnizatorias, mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social).

Recibida la solicitud (y, el plan social, en su caso) de modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo (por aplicación del art. 51.3 ET y art. 6.2 RPRE) el juez del concurso comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación en el plazo de diez días, con la advertencia de que si no lo hicieren, se tendrá por desistida la petición, con archivo de actuaciones. En caso de subsanación de los defectos formales, copia de dicha subsanación habrá de remitirse a la representación legal de los trabajadores.

### 2.3.5. *El periodo de consultas*

Recibida por el juez la solicitud de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo, éste convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas de duración no superior a treinta o a quince días naturales (si la empresa cuenta con menos de 50 trabajadores). Es significativa la exclusión del deudor que sería lógica en supuestos de sustitución de las facultades de gestión y disposición de su patrimonio (concurso necesario, normalmente) pero que no tiene mucho sentido en el caso de intervención. En estos casos, el deudor empresario podría seguir gestionando su patrimonio aun cuando quedara sometido a la autorización o conformidad de su gestión por parte de la administración concursal. Por ello, hubiera sido más lógico excluir la participación del deudor empresario en el periodo de consultas sólo en caso de sustitución (concurso necesario). Otra particularidad del periodo de consultas de la LC es que en los casos en los que la iniciativa parta de los representantes de los trabajadores también se exige aquél. Por el contrario, en el expediente de regulación de empleo solicitado por los representantes de los trabajadores *ex art. 51.9 ET* se omite el periodo de consultas como trámite obligatorio.

Las consultas, pese al silencio de la LC, versarán sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, por aplicación del art. 51.4 ET. La unidad de procedimiento permite aceptar, en contexto concursal, solicitudes conjuntas modificativas, suspensivas y extintivas —colectivas— que sean objeto de



análisis en el periodo de consultas y que, en función de su resultado sean confirmadas, autorizadas o denegadas por el juez mercantil del concurso. El texto final de la LC, ha reforzado la capacidad de gestión del empleo de los representantes de los trabajadores y ha reconocido la vinculación del juez mercantil del concurso al acuerdo alcanzado de buena fe. La Ley reproduce (art. 64.6) las previsiones que sobre adopción de acuerdos en períodos de consultas recoge ET para los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslados, suspensiones y despidos de carácter colectivo. Es decir, el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos. La necesaria eficacia en el proceso de negociación (mayoría en la adopción del acuerdo) legitima la limitación de aquellos representantes que van a participar y cerrar el acuerdo del periodo de consultas. En el supuesto de que no existiera representación colectiva de los trabajadores en el centro de trabajo (por aplicación del art. 4 del RPRE) éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que el juez del concurso entenderá las sucesivas actuaciones.

### **2.3.6. *La decisión del juez del concurso: vinculación al acuerdo alcanzado***

En los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo regulados en la LC, la autoridad laboral ha perdido el papel dirimente que, a tenor de la legislación laboral, ostenta en las suspensiones y extinciones colectivas por causas económicas o empresariales (*ex* arts. 47 y 51 ET). Por el contrario, el juez del concurso ocupará una posición esencial resolviendo sobre las medidas contractuales propuestas<sup>49</sup>. La intervención de la autoridad laboral ha quedado reducida en la LC a un simple informe que recabará el juez del concurso a ésta sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. La emisión del informe se llevará a cabo en el plazo de quince días y la autoridad laboral podrá haber oído a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez o transcurrido el plazo, continuarán las actuaciones. No obstante, en todo caso, el informe presentado extemporáneamente podrá ser tomado en consideración por el juez del con-

<sup>49</sup> Mediante auto, en un plazo de 5 días (art. 64.7 LC). Este auto judicial habrá de ser cumplido en sus propios términos, como garantía del interés público inserto en el procedimiento.

curso en el momento de adoptar la correspondiente resolución (art. 64.6 LC). Aparte de este informe, es posible que el juez del concurso reciba directamente otros informes o alegaciones de parte que deriven de la voluntad de los sujetos interesados. Así, tanto el deudor como los administradores concursales pueden ser reconocidos como partes, sin necesidad de comparecencia en forma (art. 184.1 LC). Particularmente, esta posibilidad podría ser utilizada por el deudor, teniendo en cuenta que no ha tenido la oportunidad de participar en el período de consultas, y que la resolución judicial con seguridad va a tener una repercusión directa sobre su patrimonio y actividad empresarial<sup>50</sup>.

La normalidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas determinará la vinculación del juez del concurso a éste y, en tal supuesto, al igual que ocurre con carácter general con la posición de la autoridad laboral en suspensiones y despidos colectivos, el juez deberá homologarlo o convalidarlo. Se refuerza así la capacidad de negociación y la autonomía colectiva de las partes. Ahora bien, el acuerdo alcanzado en periodo de consultas vincula al juez del concurso siempre que en la conclusión de aquél no haya existido dolo, coacción, abuso de derecho o fraude. En caso contrario y en el supuesto de falta de acuerdo declara la Ley que el juez «*determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral*» (art. 64.7). La existencia de aquellos vicios del consentimiento obstruye la legalidad del acuerdo alcanzado y, en base a ello, habría que revisar el mismo. En supuestos ordinarios de despido colectivo cuando la autoridad laboral aprecia vicios en el consentimiento remite las actuaciones —con suspensión de plazo— al juez de lo social que podría declarar la nulidad del acuerdo por el cauce procesal del proceso de oficio (art. 146-b) LPL). Su actuación se iniciaría de oficio (cuando el carácter fraudulento se deduzca del propio acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores) o a instancia de parte (por ejemplo, trabajadores afectados). En caso de concurso, el propio juez ejercerá ese control de legalidad previo (y prejudicial) a la adopción de las medidas propuestas ante la existencia de vicios de consentimiento en la conclusión de acuerdo. Y ello porque si es claro que en un expediente de regulación de empleo ordinario es lógico que una apreciación relativa a esos vicios, se defiera a un juez, que es el social, en el concurso al actuar un verdadero juez, como lo es el mercantil, resultaría poco fundada la persistencia de esa remisión al juez social.

Junto a ello, aun cuando no exista fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, también la falta de acuerdo en el periodo de consultas determinará que el juez del concurso decida sobre las medidas contractuales propuestas

<sup>50</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 136.

(modificaciones, suspensiones, extinciones colectivas) en base a las causas y objetivos alegados. Al igual que ocurre con la intervención de la autoridad laboral en supuestos no concursales, la resolución del juez del concurso debe ser motivada y congruente (arts. 51.6 ET y 12 RPRE). Así, el juez deberá estimar o desestimar, en todo o en parte, la solicitud formulada (medidas modificativas, suspensivas y extintivas de carácter colectivo) y su solución deberá ser motivada. En este sentido, deberá autorizar las medidas propuestas cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas son necesarias para superar la situación económica negativa de la empresa y para contribuir a la viabilidad futura de la empresa y del empleo (juicio de razonabilidad de las medidas). Si ya hubiera cesado la actividad empresarial, las extinciones proyectadas serían una consecuencia de aquella situación crítica que implica la desaparición de la unidad productiva. Además, la resolución del juez del concurso habrá de ser congruente y ello impide que éste resuelva sobre cuestiones distintas de las planteadas o que establezca medidas alternativas a las propuestas. En esta línea, sería incongruente, que el auto judicial resolviera temas no cuestionados o que declarara la extinción de los contratos de trabajo cuando en el expediente se solicitara, únicamente, la autorización para proceder a la modificación o suspensión colectivas de contratos de trabajo. Si sería admisible, sin embargo, que solicitadas un determinado número de extinciones contractuales, el juez del concurso autorizara determinados despidos, no todos<sup>51</sup>.

El auto del juez del concurso es recurrible en suplicación, así como a través del resto de recursos previstos en la LPL. Todos estos recursos «*se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales*». (art. 64.8 LC). Ello supone atraer hacia el orden social la revisión de las decisiones judiciales en materia de regulación de empleo en contexto de concurso (modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas) cuando en el modelo estatutario (arts. 47 y 51 ET) las decisiones de la autoridad laboral relativas a suspensión y a extinción colectiva de contratos de trabajo son recurribles ante el orden contencioso-administrativo<sup>52</sup>. Por su parte, las acciones que los trabajadores pue-

<sup>51</sup> MERCADER UGUINA, J.R., ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Artículo 64. Contratos de trabajo, op. cit.*

<sup>52</sup> Así, como expresa CRUZ VILLALÓN, paradójicamente, lo que no se ha logrado materializar respecto del modelo estatutario por la vía de la LJCA de 1998, por vía de la reforma del art. 3.2 b) LPL, se ha logrado con relativa facilidad respecto de la LC, a través de la incorporación de este singular mecanismo de impugnación vía recurso de suplicación a través del orden social de la jurisdicción («Despido y suspensiones del contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 138).

dan ejercer contra el auto, «en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual», se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, siendo recurrible en suplicación la sentencia que en él recaiga (art. 64.8 LC). El incidente concursal es el incidente concursal laboral regulado en el art. 195 de la LC y las cuestiones referidas estrictamente a «la relación jurídica laboral» podrían ser las relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, su salario, antigüedad o categoría profesional<sup>53</sup>.

En caso de acordarse la suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el auto producirá las mismas consecuencias que la resolución de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. A tales efectos, la disposición final decimosexta de la LC establece dos nuevas situaciones legales de desempleo: la suspensión y la extinción del contrato de trabajo en virtud de resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal<sup>54</sup>.

#### 2.4. La vigencia de los convenios colectivos

La declaración judicial de apertura del concurso no afectará a la vigencia de los convenios colectivos que se mantendrán en vigor pese a la situación de insolvencia empresarial. No obstante, si se pretendieran modificar condiciones de trabajo fijadas en convenios colectivos del Título III ET sería preciso acuerdo con los representantes de los trabajadores y sólo sería posible tal modificación respecto de las materias que fija la legislación laboral *ex art. 41.2. párr. 3.º ET (art. 66 LC)*<sup>55</sup>. Tal acuerdo habría de adoptarse entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, quedando excluidos, de un lado, el juez del concurso<sup>56</sup> y, de otro, el empresario (sea concurso necesario o voluntario). Una lectura lógica y sistemáti-

<sup>53</sup> *Vid., infra*, 2.6.

<sup>54</sup> Se modifican por tanto, la letra a) del número 1 del apartado 1 y el número 2 del apartado 1 del art. 208 LGSS.

<sup>55</sup> Horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

<sup>56</sup> Con anterioridad a la incorporación de esta regla en el texto concursal, el ALC de 2001 establecía esta insostenible declaración: «Desde la declaración de concurso, el juez, a iniciativa del deudor o de la administración judicial y, en todo caso, a solicitud razonada de ésta, podrá acordar la suspensión, por tiempo determinado o por plazo referido a una fase del procedimiento concursal, de la eficacia de los convenios colectivos de trabajo en la parte relativa a las obligaciones de contenido económico a cargo del concursado empleador que no se hallaren consolidadas a la fecha de la resolución judicial».



ca de los arts. 64 y 66 LC permiten llegar a una conclusión en este sentido en la medida en que ambos preceptos regulan el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo especificando, el segundo de ellos, requisitos específicos cuando la condición a modificar se recoge en un convenio colectivo. En base a ello, también en este caso intervendrá el juez del concurso mediante la aprobación (convalidación) del acuerdo alcanzado (arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ) <sup>57</sup>.

## 2.5. La protección sustantiva de los créditos laborales

Desde los primeros textos de la reforma concursal (ALC de 2001, PLC de 2002) se insistió en la necesaria eliminación del privilegio de ejecución separada laboral para alcanzar los fines de eficacia, celeridad, garantía e igualdad de todos los acreedores en el procedimiento (*par condicio creditorum*). Se trataba de evitar, en definitiva, cualquier satisfacción crediticia *extra concurso* que pudiera mermar el patrimonio del concursado, garantía común de todos los acreedores. Este privilegio de ejecución separada que podría garantizar la satisfacción de créditos salariales e indemnizatorios a pesar de que la empresa se hallara incurso en un cuasi-interminable procedimiento concursal, también podría perjudicar a los trabajadores de la empresa pues, en el camino había la satisfacción crediticia, podría ser necesaria la realización de los elementos productivos, provocando el desmembramiento de la empresa y su desaparición <sup>58</sup>. Desde esta perspectiva quedaría, en cierta manera, justificada legalmente la eliminación del privilegio de ejecución separada, sin embargo, esta eliminación debería haberse completado con un diseño crediticio laboral (salarial e indemnizatorio) que, siguiendo los criterios de ordenación crediticia de la reforma, no minorara injustificadamente el marco preexistente y con un reforzamiento de los mecanismos de garantía pública ante el riesgo (contingencia) de insolvencia empresarial.

La LC, sin embargo, ha procedido a eliminar la ejecución separada laboral, ha bajado el nivel de protección del crédito salarial y no ha reforzado los mecanismos de garantía o protección pública frente a la insolvencia empresarial, con la excepción de la asunción de responsabilidades en caso de

<sup>57</sup> Vid., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J., «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos...», *op. cit.*, págs. 94.

<sup>58</sup> En esta línea, mantiene DESDENTADO BONETE, que la «*estampida de las ejecuciones separadas*» perjudican a los trabajadores que están en una posición más débil y, además, tiene una gran capacidad para destruir las posibilidades de recuperación de la empresa en crisis «...y su justificación es más que cuestionable» («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 46).

sucesión de empresas durante el concurso<sup>59</sup>. En esta línea, el art. 149.2 LC establece que cuando opere una sucesión de empresas en el contexto de las operaciones de liquidación, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Nada se dice, sin embargo, sobre una posible asunción de responsabilidades por el Fondo de Garantía Salarial cuando la transmisión opera en la fase de convenio y no se modifica ningún extremo del régimen de actuación y funcionamiento de aquel órgano público en aras a ganar en celeridad y eficacia. Se insiste en ello, por la necesaria contrapartida protectora ante la desaparición de la ejecución separada laboral. No obstante, el panorama era aun más desolador en los textos prelegislativos<sup>60</sup>.

La LC elimina, por tanto, la posibilidad de ejecuciones separadas laborales quedando reducido el marco crediticio protector de salarios e indemnizaciones al nivel sustantivo. En esta línea, los instrumentos que ha utilizado la Ley son las deudas de la masa (créditos contra la masa) y los privilegios, de carácter especial y general (créditos concursales). Declarado el concurso, únicamente será aplicable el diseño crediticio de la LC<sup>61</sup>, por tanto, el art. 32 ET mantiene su vigencia para situaciones de concurrencia crediticia no concursal, con la redacción dada por el disposición final decimocuarta LC y hasta que se apruebe una futura Ley sobre concurrencia y relación de créditos.

### 2.5.1. *Créditos laborales contra la masa*

El art. 84.2. LC enumera los créditos contra la masa. En la Ley este término desplaza a otro con mayor tradición doctrinal (deudas de la masa)<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Sobre el tema, *vid.*, DEL REY GUANTER, S., LUQUE PARRA, S., «La transmisión de empresas en situaciones concursales», *op. cit.*, págs. 143 y ss y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo», *RGDT y SS* (iustel), núm. 4, 2003.

<sup>60</sup> *Vid.*, RÍOS SALMERÓN, B., «El ALC y los trabajadores ¿Réquiem por el art. 32 de su Estatuto?, *op. cit.*, págs. 57 y ss., CAVAS MARTÍNEZ, F., «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *op. cit.*, págs. 10 y ss. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *op. cit.*, pág. 659 y ss.

<sup>61</sup> *Vid.*, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la ley concursal», en AA.VV., *Derecho Concursal (Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal)*, Ed. Dilex, Madrid, 2003, págs. 409 y ss.

<sup>62</sup> *Vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las deudas de la masa*, Ed. Real Colegio de España, Bolonia, 1986.



que, sin embargo, nunca se reflejó a nivel legislativo. Estos créditos contra la masa serán satisfechos conforme a las reglas del art. 154 LC, es decir, a) antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos para satisfacerlos (*prededucción*), b) cualquiera que sea su naturaleza serán satisfechos a sus respectivos vencimientos, y, además, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del art. 84.2.1.º LC (créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional) se pagarán de forma inmediata y c) las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial y en caso de resultar insuficiente lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos.

El art. 84.2 LC califica como créditos contra la masa varios tipos de créditos laborales. En el número 1 de la lista se sitúan los créditos por salarios de los últimos treinta días en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional y en el número 5 (quinto puesto) se sitúan los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, entre los que se incluyen algunos créditos laborales como son los correspondientes a la indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de contratos de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde su cese, apruebe el convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso<sup>63</sup>. Siguiendo la regla del art. 154 LC estos créditos generados con posterioridad a la declaración de concurso se pagarán a sus vencimientos pero los salarios por los treinta últimos días de trabajo anteriores al concurso se pagarán de forma inmediata. Tras una primera lectura conjunta de los arts. 154.2 y 84.2.1.º LC podría pensarse que el tradicional superprivilegio del art. 32.1 ET se mantiene, no obstante, hay algo que ha desaparecido en el texto concursal. En efecto, el superprivilegio del art. 32 ET prevalece sobre cualquier otro crédito, aun cuando esté garantizado por prenda o hipoteca, precisión que no se contie-

<sup>63</sup> La inclusión de los recargos de prestaciones entre los créditos contra la masa provoca una curiosa situación. Así, como expresa Ríos Salmerón, el recargo que puede afectar a cualesquiera prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional es deuda de la masa mientras que la prestación en sí misma no constituye ni deuda de la masa, ni privilegio general y ello supone que aquella quedará relegada a crédito ordinario y sometida, por tanto, a la ley de dividendo. Por ello, entiende el autor que ha quedado derogado el art. 121 LGSS que extendía a todas las prestaciones de la Seguridad Social, incluidos los recargos, los privilegios del art. 32 ET («Privilegios de los créditos laborales...», *op. cit.*, pág. 178).

ne en la LC porque el art. 154.3 indica que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (vgr. créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o prenda sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados...). Por ello, afirma Ríos Salmerón, que el superprivilegio salarial se pospone al hipotecario y ello equivale a una pérdida importante de derechos para el trabajador <sup>64</sup>.

### 2.5.2. *Créditos concursales laborales: créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general*

Declara el art. 84.1 LC que constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor que no tengan la consideración de créditos contra la masa y el art. 89.1 LC precisa que los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Por lo que se refiere a los créditos concursales laborales privilegiados hay que distinguir entre créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

En relación a los créditos con privilegio especial, el art. 90.1.3.º LC establece que tienen tal carácter los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los bienes elaborados por ellos, mientras sean de propiedad o estén en posesión del concursado. La Ley exonera a los créditos refaccionarios de los trabajadores de las garantías exigidas para la oponibilidad a terceros (al igual ocurre con la hipoteca legal tácita [art. 90. 2 LC]), es decir, no se requiere formalidad o asiento registral para que surtan efectos <sup>65</sup>. Pese a la aparente coordinación entre los arts. 32.2 ET y 90.1.3.º y 2 LC hay una referencia que no se recoge en la norma concursal que es la relativa a que la preferencia especial refaccionaria se impone «sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores», lo que implica una nueva degradación en la protección crediticia laboral.

Por su parte, en la enumeración de los créditos con privilegio general, se sitúan, en primer lugar, los créditos por salarios que no gocen de privilegio especial (art. 91.1.º LC). En estos casos la cuantía garantizada con el privilegio general es la resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. Asi-

<sup>64</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Ibid.*, pág. 172. En línea similar, MARTÍNEZ LUCAS («La posición jurídica de los trabajadores en la nueva Ley Concursal», *La Ley*, Año XXIV, Número 5884, 3 noviembre 2003, pág. 3).

<sup>65</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Ibid.*, pág. 179.

mismo, gozan de este privilegio general de primer rango las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Pese a estar situados los créditos laborales en primer lugar, no pueden perderse de vista las reglas de pago de los créditos laborales concursales con privilegio general. En esta línea, establece el art. 156 LC que deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en el art. 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Lógicamente, si en una empresa no existen muchos bienes desafectos al pago de créditos con privilegio especial, los trabajadores tendrán serias dificultades para hacer efectivos sus créditos salariales e indemnizatorios protegidos con privilegio general. Junto a ello, y por encima de las cuantías protegidas con privilegio general, la LC excluye otras garantías crediticias laborales y ya no será aplicable ninguna regla sobre clasificación de créditos, ejecuciones y apremios que no esté expresamente recogida en ella. Por tanto, en contexto concursal, quedan excluidos no sólo los privilegios crediticios de las normas laborales (art. 32 ET y 246.3 LPL) sino también las preferencias de créditos salariales establecidas en normas extralaborales (art. 1924.2-d] CC y art. 913.1 y 914.2 Ccom).

## 2.6. Tutela procesal del trabajador durante el concurso

La atracción hacia el juez mercantil del concurso de todas las acciones sociales con trascendencia patrimonial dirigidas contra el concursado que recogían el ALC de 2001 y el PLC de 2002, desaparece en la Ley. Las Leyes Concursales (LC y LORC que modifica la LOPJ) limitan las acciones sociales objeto de conocimiento por el juez del concurso y admiten la interposición de recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL contra el auto que autorice medidas colectivas de modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo. Ello implica un claro reforzamiento de la tutela procesal del trabajador durante el concurso en relación a las versiones iniciales, no obstante como se refirió previamente, otra institución garantista, el privilegio de ejecución separada laboral, desaparece del ordenamiento español.

### 2.6.1. *Acciones declarativas y ejecutivas laborales*

El juez del concurso conocerá de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión y extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando éstas supongan modificar las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable a estos contratos, se requiera acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 8. 2.º LC y art. 86 ter LOPJ). Además, conocerá el juez del concurso de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado cualquiera que fuera el órgano que la hubiera ordenado y toda medida cautelar que afecte al patrimonio de aquél (art. 8.3.º LC y art.86 ter LOPJ). Por tanto, el juez mercantil del concurso solo podrá conocer: a) respecto de los contratos de trabajo comunes, en fase declarativa, sobre modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo comunes en los términos vistos y en fase ejecutiva, se mantiene, desde los textos pre-legislativos (ALC 2001, PLC de 2002), el juez único que despacha ejecución conforme a las reglas propias de un procedimiento de ejecución universal y b) respecto de los contratos de alta dirección, en fase declarativa, sobre suspensiones y extinciones individuales y en ejecución, al igual que en los contratos de trabajo comunes<sup>66</sup>.

Esta es la competencia en materia declarativa y ejecutiva que ostenta el juez mercantil desde la declaración del concurso. Puede ocurrir, sin embargo, que existieran juicios declarativos sociales en los que el deudor fuera parte y que se encontraran en tramitación al momento de la declaración de concurso. En este caso se continuarán, por el propio órgano que los estaba conociendo, hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, establece el art. 51.1 LC, que se acumularán aquellos que siendo competencia del juez del concurso (es decir, modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos de trabajo comunes y suspensión y extinción de contratos especiales de alta dirección) se estén tramitando en primera instancia (por un juez de lo social o del orden contencioso-administrativo) y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. La competencia declarativa del juez mercantil del concurso sólo sobre determinadas acciones sociales reconduce a la jurisdicción social todas las pretensiones sociales que escapen de su jurisdicción exclusiva y excluyente. El juez de lo social seguiría, por ejemplo (y, a pesar del concurso) conociendo so-

<sup>66</sup> Vid., MERCADER UGUINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.T., «Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección», en AA.VV, *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit.



bre extinciones individuales o plurales o procesos de clasificación o movilidad funcional. No obstante, la naturaleza del procedimiento concursal que es un procedimiento de ejecución colectiva impone cierta coordinación y a ello responde la regla contenida en el art. 50 LC que establece que los jueces o tribunales del orden social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase. En materia de ejecución, declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares y las actuaciones que se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. Sin embargo, podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor (art. 55 LC).

En definitiva, como expresa Rodríguez-Piñero, la voluntad del legislador es circunscribir la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, en principio, a acciones laborales colectivas —con la salvedad hecha respecto a los contratos de alta dirección— y a las ejecutivas y compatibilizar la tramitación del procedimiento concursal con el conocimiento por el juez social de acciones declarativas de trabajadores afectados por este procedimiento<sup>67</sup>.

### 2.6.2. *Medios de impugnación*

Las limitaciones a la competencia judicial del juez del concurso en materia laboral se intensifican en materia de medios de impugnación en la medida en que se acepta la interposición del recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL. Así, contra el auto del juez mercantil del

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», *op. cit.*, pág. 12. DESDENTADO BONETE se manifiesta muy crítico con la extensión de la competencia del juez mercantil al conocimiento de las pretensiones declarativas sociales del art. 8.2.º LC en la medida en que ésta altera la normal distribución entre los órdenes jurisdiccionales y, en su opinión, no hubiera habido ningún problema en mantener, en fase declarativa, el conocimiento de acciones sociales siempre que no se pasara a la ejecución. Hubiera sido una solución más idónea dejar la decisión en manos del empresario o de la administración concursal y prever un proceso urgente de impugnación ante el orden social a partir del modelo del art. 138 LPL, quizá con un recurso del tipo del interés de ley para lograr la uniformidad de las resoluciones de instancia («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, págs. 47-48).

concurso que decida la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en el proceso concursal, cabrá la interposición de recurso de suplicación y del resto de los recursos de LPL (recurso de súplica, recurso de queja, recurso de casación y casación para unificación de doctrina, recurso de revisión) que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales (art. 64.8 LC). Por su parte, las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal (art. 195 LC)<sup>68</sup> ante el juez del concurso. No obstante, la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación (art. 64.8 LC) y también cabrán los demás recursos previstos en la LPL por aplicación del art. 197 LC, precepto que extiende el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LPL a todas las sentencias que resuelvan incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso. La LC reconduce, por tanto, a la jurisdicción social la revisión de los autos del juez de lo mercantil e introduce una novedosa dualidad de jurisdicciones. Así, tiene el juez mercantil del concurso determinadas competencias en materia laboral (modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo comunes<sup>69</sup>, suspensión y extinción de contratos de alta dirección) y si se recurre contra aquel auto la vía es la de los medios de impugnación de proceso laboral, aun cuando en el supuesto de interposición de acciones individuales contra el auto del juez de lo mercantil, previamente, sería preciso acudir al incidente concursal laboral.

<sup>68</sup> Establece el art. 195 LC que si se plantea el incidente concursal a que se refiere el art. 64.8. de la Ley la demanda se formulará de acuerdo con lo establecido en el art. 437 de la LEC. El juez advertirá, en su caso, a la parte, los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que se subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. Si la demanda fuera admitida, el juez señalará dentro de los diez días siguientes el día y la hora en que habrá de tener lugar el acto de juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio, que comenzará con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse ésta, se ratificará el actor en su demanda o la ampliará sin alterar sus pretensiones, contestando al demandado, y proponiendo las partes a continuación las pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones.

<sup>69</sup> En palabras de DESDENTADO BONETE, «...por un curioso efecto de carambola, el orden social ha pasado a ser competente en materia de regulación de empleo, al menos en vía de recurso» («La reforma concursal y el proceso social...», *op. cit.*, pág. 33).



Pese a que la Ley es más respetuosa con la tutela judicial efectiva que las versiones iniciales de la reforma<sup>70</sup> se plantearán, inevitablemente, distorsiones ante la dualidad de jurisdicciones y la diversidad de criterios y de interpretación normativa de órganos judiciales pertenecientes a órdenes jurisdiccionales distintos algo que generará, sin duda, amplios espacios de inseguridad jurídica aun cuando la propia LC insista en que el juez del concurso en su actuación y, sin perjuicio de la aplicación de las normas de la LC, deberá tener en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral (art. 8.2.º LC y art. 86 ter LOPJ). Es decir, la mercantilización de la relación de trabajo y su adecuación al proceso de concurso va de la mano de la laboralización del juez del concurso en el conocimiento de cuestiones sociales durante la tramitación de éste. Pese a ello, otra cuestión generará una mayor inseguridad jurídica y es la relativa a la falta de efecto suspensivo de los recursos interpuestos ante los órganos jurisdiccionales del orden social (arts. 64.8 y 197.7 LPL) que podría provocar, de hecho, el no cumplimiento de las resoluciones de éstos pues si el concurso sigue su tramitación como si no se hubieran planteado impugnaciones, podría ocurrir que la resolución, una vez revisada en el orden social, no pudiera ser ejecutada. Todas estas distorsiones se producen por la precipitación y la falta de reflexión profunda en la fase final de tramitación parlamentaria de la Ley sobre las implicaciones reales de esta dualidad de jurisdicciones. Quedan abiertos, por tanto, muchos márgenes para la (necesaria) interpretación de la jurisdicción ordinaria y constitucional a partir de la entrada en vigor de la Ley<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Vid., ALAMEDA CASTILLO, M.T., «La proyectada reforma concursal...», *op. cit.*, pág. 674-675.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ plantea, en este contexto, que se está afectando al derecho de los trabajadores implicados a que las resoluciones de los Tribunales del orden social se cumplan (en sus propios términos o por equivalente) y no constituyan «...meras victorias morales frente a la administración del concurso, o frente a nadie, llegado el caso». Estaría en juego, en definitiva, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, en la interpretación dada por el TC («Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 71-75).