

Grado Universitario en Relaciones Laborales y Recursos
Humanos

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso 2016/2017

**Aspectos laborales de los despidos colectivos en
concurso**

(Labor questions on collective dismissal in
bankruptcy)

Realizado por la alumna D. ^a Ana I. Pérez Morán

Tutorizado por el profesor D. Juan José Fernández Domínguez

Índice

RESUMEN/ABSTRACT	4
OBJETIVOS	5
METODOLOGÍA.....	7
I.- LA POSICIÓN DE LOS ACTORES COMO REFLEJO DEL NUEVO MODELO DEL DESPIDO COLECTIVO	8
II. DECLARACIÓN DEL CONCURSO	11
III. INICIO DE PROCEDIMIENTO.....	12
1.- Solicitud de concurso seguida de demanda ante la jurisdicción social que precede al auto declarando la situación de concurso.....	13
2.- Interposición de incidente concursal ante el auto del Juez de lo Mercantil acordando despido colectivo dentro del procedimiento concursal, cuando había tenido lugar fuera del mismo.....	14
3.- Comité de empresa solicitando la extinción colectiva de los contratos de trabajo ante el Juez del concurso una vez ha lugar el previo desistimiento de la acción por la administración concursal, cuando el Juez de lo Mercantil es el competente para entender de los despidos en una empresa en concurso.	14
4.- Competencia para resolver la impugnación de despidos individuales cuando la empresa posteriormente entra en concurso de acreedores.	15
IV. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR Y TRAMITAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTINCIÓN COLECTIVA	17
1.- Empresa que solicita la declaración como ajustada a derecho de la decisión extintiva adoptada, previa declaración de oficio de falta de legitimación activa de los trabajadores individuales miembros del comité de empresa.	17
2.- Despido de trabajador e inviabilidad de su incorporación ulterior al expediente concursal ante la invocación de litisconsorcio pasivo necesario por extinción de un grupo de empresas.	18
3.- Empresa compradora de otra en concurso con obligación de reintegrar a los trabajadores afectados por un expediente de regulación anterior.	18
V. EMISIÓN DEL INFORME POR LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES PARA EL COMIENZO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	19
1.- Carácter vinculante de la emisión del informe por los administradores concursales en orden a facilitar la negociación colectiva.....	20
2.- Anticipación a la medida colectiva, sin esperar al informe de la administración concursal.	21
VI. JUSTIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE LAS MEDIDAS COLECTIVAS	22
1.- Nulidad del despido por falta de aportación de la documentación económica necesaria para la efectiva negociación.	24

2.- Ausencia de mala fe o causas acreditadas que justifiquen la nulidad del despido colectivo.....	24
VII. EL PAPEL DEL EMPRESARIO EN EL PERIODO DE CONSULTAS	25
Acuerdo en el periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores ante la oposición del empresario.	26
VIII. CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS	27
1.- Falta de buena fe por parte de la empresa en la negociación colectiva, ante la negación de la existencia de grupos de empresa.....	29
2.- Admisión de acuerdo de extinción de los contratos de trabajo sin necesidad de celebrar el periodo de consultas.	30
3.- Nulidad de la extinción de los contratos de trabajo por posición inamovible de la empresa.	31
IX. RESOLUCIÓN DEL JUEZ MEDIANTE AUTO.....	31
1.- El Juez del concurso es el competente para valorar la extinción colectiva de los contratos de trabajo ante la falta de acuerdo en el periodo de negociación.	33
2.- El Juez de lo Mercantil, al no existir acuerdo en el periodo de consultas, adopta las medidas oportunas para asegurar la viabilidad futura de la empresa.....	34
3.- Falta de audiencia a las partes para alegaciones en caso de no concluir el periodo de consultas con acuerdo.	34
4.- Pacto viciado en el periodo de consultas por exceder posibilidades reales de la empresa.	35
X. MODIFICACIÓN, MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO A EXTINGUIR CON INDEMNIZACIÓN.....	36
XI. EXTINCIONES ARTÍCULO 50 ET DENTRO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.....	36
1.- Fecha de efectos de la extinción de los contratos de trabajo según sea un procedimiento concursal u ordinario.	39
2.- Procede, a partir de auto del Juez de lo Mercantil, la extinción colectiva de los contratos de trabajo y su indemnización ante extinciones por despido tácito interpuesta en el Juzgado de lo Social.....	40
3.- Consideración de extinciones colectivas dentro de un procedimiento concursal a pesar de no superar el umbral marcado en el art. 51.1.4º ET.	41
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFIA:	46

RESUMEN

El estudio aborda la situación de la relación laboral dentro del concurso. Dada su necesaria brevedad, únicamente profundiza en los aspectos relacionados con los despidos colectivos, prescindiendo de las suspensiones, traslados o modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo o su forma de impugnación; con todo, y lógicamente, sobre el escenario resultante siempre planeará su presencia como alternativa a sopesar de manera necesaria.

En su desarrollo habrá ocasión de visitar algunos de sus aspectos más salientes, como la delimitación del papel de las partes, los efectos de la declaración de concurso, la tramitación de los despidos con sus diversas fases, la resolución y la (im)posibilidad de actuar la extinción por vía del artículo 50 ET.

Palabras clave: Despido colectivo; Concurso de acreedores; Relación laboral.

ABSTRACT

This study addresses the situation of the relationship of the workforce within a bankruptcy process. In view of its brevity, the aspects which are only delved into in this study are the aspects related to collective dismissals – irrespective of decommissioning -transfers or substantial modifications on the amendments of the working conditions or in its contesting form. Yet, logically, this latter mentioned form always plans its presence as an essential alternative to weigh.

Some of the salient points could be visited in this exposition such as spelling out of the role of each party, the effects of the declaration of bankruptcy, the processing of the redundancies including its various phases, the resolution and the (im)possibility of the finalization by way of Article 50 ET.

Keywords: Collective dismissal; Bankruptcy; Labour relation.

OBJETIVOS

El estudio pretende analizar la nueva disciplina surgida del Derecho Concursal, así como mostrar su evolución a lo largo de los años para amoldar aspectos en su regulación claramente disfuncionales, los cuales conducían a no cumplir con los fines de la normativa especial. El primero de estos objetivos aparece situado en que los acreedores vean satisfechos sus créditos; el segundo queda situado en la conservación de la actividad profesional o empresarial, con el deseable mantenimiento del mayor número de empleados posible.

El trabajo estudiará el proceso de adaptación dirigido a evitar en la medida de lo posible los conflictos con la autoridad laboral y la jurisdicción social, así como a hacerlo más eficiente y lógico, poniendo fin a la inseguridad que supone para el trabajador; también las eventuales situaciones de discriminación derivadas de la elección de acciones distintas ante iguales situaciones, lo cual provoca resultados diferentes, favoreciendo a unos en detrimento de otros.

La Ley pretende que las empresas acudan al concurso antes de alcanzar una situación patrimonial irreversible; a la par, intenta conservar los puestos de trabajo y evitar despidos colectivos masivos. Intereses difíciles de conciliar, según muestran las estadísticas.

A partir de esta realidad surgen las claves, convertidas en objetivos, del análisis:

- Analizar el papel que desempeña cada uno de los actores intervinientes en el concurso de acreedores.
- Determinar cuándo, quién y cómo se tramitan los despidos colectivos dentro del concurso.
- Concretar los sujetos legitimados para solicitar y tramitar los procedimientos de extinción colectiva.
- Especificar la justificación de las medidas colectivas adoptadas.
- Mostrar el carácter colectivo de los despidos económicos cualquiera que fuera el número de afectados.
- Explicar la paralización de la extinción del contrato de trabajo por modificaciones sustanciales.

- Trazar el proceso de negociación en el periodo de consultas.
- Exponer la forma bajo la cual resuelve el Juez y el contenido de su auto.

La consecución de tales objetivos, para no ceñir la exposición a meras especulaciones teóricas, exige que cada afirmación quede avalada por el necesario contraste de su aplicación por los Tribunales.

De este modo, una última y fundamental meta vendría dada por el aprendizaje, que no solo consiste en conocer la ley, sino también su operatividad en casos reales.

METODOLOGÍA

En íntima conexión con el objetivo de conocer un sector del ordenamiento en su aplicación práctica, el método utilizado ha seguido cinco fases:

- 1º. Consulta de las normas reguladoras de la relación laboral en el camino paralelo que cabe trazar dentro y fuera del concurso, para gráficamente tener presentes los elementos comunes y diferenciales tanto de partes, como de trámites y efectos.
- 2º. Tras este esquema personal surgido de solo la lectura de la ley, contraste con la opinión de la doctrina científica para ratificar o rectificar sobre las primeras impresiones personales. Al efecto, obra la consulta de un extenso pero selecto elenco de obras proporcionadas por el tutor, u obtenido de inquietudes propias, reseñado en aquellas realmente útiles al final del estudio.
- 3º. El resultante fue sometido a un nuevo contraste, en esta ocasión el proveniente de la opinión de los Tribunales. De ello se obtuvo un material apto para su sistematización bajo la forma de índice; a la vez, una pauta para la exposición, la cual requería no solo una descripción del criterio aplicable, sino su demostración a través de ejemplos capaces de ilustrarlo.
- 4º. Con el bagaje anterior, y el necesario respeto al espacio concedido, se procedió, a renglón seguido a la redacción de cada uno de los epígrafes sometidos a la corrección por el tutor.
- 5º. La última de las etapas vino dada por la redacción de una única conclusión, bajo la cual ha querido aflorar la impresión personal de su autora sobre cuanto supone el devenir de la relación laboral en una empresa en concurso.

I.- LA POSICIÓN DE LOS ACTORES COMO REFLEJO DEL NUEVO MODELO DEL DESPIDO COLECTIVO

Una aproximación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, suspensión de contratos y despido colectivo cuando una empresa está sometida a concurso obliga a parar la atención, como primera referencia, en la previsión contenida en el art. 29 RD 1483/2012.

A su tenor, y cuando la empresa fuera declarada en situación de concurso antes de que la autoridad laboral haya recibido la comunicación de la decisión de proceder a un despido colectivo, suspensión de contrato o reducción de jornada, deberá archivar las actuaciones y dar traslado de las mismas al Juez del concurso (art. 29 RD 1483/2012). Este citará a los legitimados para exponer y justificar si procede continuar con la tramitación de las medidas colectivas, la cual tendrá lugar de conformidad con cuanto previene el art. 64.1.2º de la Ley 22/2003, de 9 de julio (LC).

Si el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de los arts. 47 o 51 RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), corresponderá la ejecución de tales medidas al administrador concursal (art. 64.1.3º LC), siempre con la supervisión del Juez de lo Mercantil (art. 35.4 LC), también llamado a conocer de todas las decisiones que aquel adopte. El administrador, por tanto y a la postre, habrá de rendir cuentas que justifiquen su actuación, las cuales serán aprobadas por el Juez Mercantil, pudiendo oponerse a las mismas si lo estima conveniente (art. 181.1 LC).

En una somera reflexión sobre tal previsión, llama la atención respecto el papel singular que pueden adoptar la autoridad laboral, el empresario y el Juez de lo Mercantil a lo largo de tales momentos y situaciones fundamentales. Sin perjuicio de su tratamiento con más detalle, sirva como presentación un breve esbozo sobre la estructura de la separación acaecida a partir de 2012 entre las situaciones intra-concurso y extra-concurso. Así:

1. La autoridad laboral fuera del concurso, antes de la entrada en vigor del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, asumía un papel con paralelismo evidente al del Juez Mercantil dentro del concurso, pero la reforma ha propiciado marcadas diferencias:

- Con anterioridad a la reforma laboral, era la encargada de comprobar que la solicitud de apertura del período de consultas dirigida por el empresario, o por los representantes de los trabajadores (sujetos legitimados para la misma *ex* arts. 5.1 y 10 RD 801/2011, de 10 de junio, siguiendo así el criterio previo adoptado por el art. 7 RD 43/1996), reunía los requisitos exigidos y, si no se cumplían, pedía que fueran subsanados, advirtiendo de que, si así no lo hicieren, se procedería al archivo de las actuaciones (arts. 5.2 RD 801/2011, de 10 de junio y 51.3 RD Ley 1/1995, de 24 marzo). Después de la reforma, el empresario, ahora único legitimado (arts. 2 RD 1483/2012 y 51.2.5° ET), también está obligado a comunicar el inicio del periodo de consultas, pero la autoridad laboral no puede suspender o archivar el procedimiento, sino tan solo estará en disposición de advertir sobre las irregularidades detectadas, fundamentalmente referidas a la falta de completud en la documentación aportada (art. 64.6.6° LC).
- Si durante el transcurso del proceso la autoridad laboral observaba alguna irregularidad en la actuación del empresario, podía recabar la inmediata paralización del proceso (arts. 9.3 RD 43/1996 y 51.3.3° RD Ley 1/1995 ET). Después de la reforma sigue estando presente en el procedimiento, pero sus funciones se limitan a emitir, en su caso, advertencias y recomendaciones, a llevar a cabo actuaciones de asistencia y/o mediación y dar a conocer su opinión en un informe final, sin ningún tipo de poder de gobierno sobre el íter procedimental (arts. 10 RD 1483/2012 y 51.2.11° ET).
- A la finalización de la fase de consultas, el empresario comunicaba a la autoridad laboral su resultado: si concluía con acuerdo, aquella procedía a dictar resolución, que obligatoriamente habría de respetar lo acordado, salvo si apreciaba, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en cuyo caso suspendía su ejecución a efectos de la posible declaración de nulidad por la autoridad judicial (arts. 14.2 RD 801/2011 y 51.5.2° RD Ley 1/1995, de 24 de marzo); si era sin acuerdo, dictaba resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial, es decir, autorizaba o no el despido. Tras la reforma, en ningún caso podrá propiciar la paralización ni la suspensión del procedimiento, ni

cuando haya acuerdo, ni cuando el empresario proceda de forma unilateral; y, por su puesto, desaparece cualquier atisbo de intervención bajo la forma de autorización (art. 10 RD 1483/2012).

2. El empresario, a partir de la reforma del 2012, recupera gran parte de su poder de dirección, al no precisar autorización administrativa alguna para ejecutar las modificaciones, suspensiones y despidos de carácter colectivo en la vía ordinaria, sin perjuicio del ulterior control judicial; eso sí, tendrá que estar y pasar por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores.

De comparar como queda la figura del empresario después de la reforma poniendo en contraste el procedimiento ordinario y el concursal, cabe observar su papel secundario en la dinámica del concurso, pues a pesar de la legitimación para iniciar el expediente concursal (art. 64.2 LC), no decide si puede participar en el periodo de consultas, al corresponder tal papel a la administración concursal; tampoco, obviamente, puede resolver sobre la modificación sustancial, traslado, suspensión o extinción colectiva, que queda en manos tanto de quien asume el cometido de administrador como del Juez Mercantil.

3. Al Juez de lo Mercantil le viene atribuido el papel recogido en el art. 8.º LC, completada por la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, modificada por la LO 7/2015, de 21 de julio (art. 86 ter. 1.2º), cuando establece que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora, ostentando competencia exclusiva y excluyente sobre las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los cuales el concursado sea empleador.

Por lo tanto, el Juez Mercantil en un proceso concursal realiza un papel similar al que realizaba la autoridad laboral en el proceso extraconcursal, al tener un evidente protagonismo de dirigir, decidir y cerrar el mismo, al autorizar mediante auto extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales.

II. DECLARACIÓN DEL CONCURSO

La empresa en concurso de acreedores, ante un procedimiento de regulación de empleo, parte del dato normativo de su insolvencia inminente o actual, concebido como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Ahí radica la gran diferencia con el procedimiento ordinario, donde su situación económica puede ser negativa, pero sin incumplimiento generalizado de pagos a los acreedores.

Por tanto, su objetivo no es otro que satisfacer en lo posible al conjunto de acreedores del concurso, aun cuando pocas veces lo consiga¹.

El proceso concursal puede ser voluntario, es decir, solicitado por el propio empresario ante la imposibilidad de hacer frente a sus pagos, o necesario, si solicitado por cualquier acreedor (Exposición de Motivos III. 1º LC); por tanto, los propios trabajadores a quienes les deba sus sueldos también estarían legitimados para instar su declaración.

Una vez declarado el concurso, las facultades patrimoniales del empresario son intervenidas o suspendidas y es sustituido por el administrador concursal nombrado por el Juez de lo Mercantil en el auto del concurso. La declaración del concurso no interrumpe por sí sola el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor y, por tanto, los contratos de trabajo mantienen plena vigencia, con la diferencia de que las facultades para dirigir su dinámica serán desempeñadas, normalmente, por la administración concursal².

El Juez de lo Mercantil goza de amplias facultades para acordar el cese o suspensión total o parcial de los contratos de trabajo previa audiencia del deudor y los representantes de los trabajadores (EM III 4º LC).

Por tanto, obra una sustitución de la figura del empresario, que en la dinámica extraconcursal será quien adopte las decisiones, y ahora pasa a manos del administrador

¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, Madrid (Tecnos), 2012, págs. 136 y 145.

² BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, págs. 497 y 498.

concurzal junto con el Juez de lo Mercantil, quienes por iniciativa propia o mediante auto solicitan o autorizan las extinciones, suspensiones o modificaciones sustanciales.

III. INICIO DE PROCEDIMIENTO

Las distintas reformas han ido clarificando varios aspectos sobre el inicio de la tramitación de los despidos, algunas de las cuales aportan novedades jurídicas, y otras más bien intentan evitar la inseguridad jurídica a la hora de interpretar los preceptos³.

La reforma RDL 3/2009, de 27 de marzo, concretó el momento, situándolo una vez declarado el concurso, en el cual le corresponde resolver al Juez de lo Mercantil los procedimientos de modificación sustancial, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo (art. 64.1 LC), que la versión original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, refería a la posibilidad de hacerlo en cualquier momento desde la presentación de la solicitud de la declaración del concurso. Con tal decisión quedaba un poco impreciso y planteaba dudas sobre la necesidad o no de que el Juez declarara el concurso, aun cuando, por otro lado, cabía deducir que este momento debía ser, con toda lógica, siempre posterior a la designación de los administradores concursales, pues de otra forma no podría tener lugar el periodo de negociación⁴.

La reforma del 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre) incluye los traslados colectivos e incorpora un párrafo tendente a esclarecer cómo quedan los expedientes de regulación de empleo en tramitación antes de la declaración del concurso. Al respecto indica que la autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del concurso, y éste citará a los legitimados para que expongan y justifiquen la procedencia o no de continuar con los trámites de las medidas colectivas. También precisa cómo las actuaciones practicadas en el procedimiento hasta la fecha de la declaración de concurso no pierden su eficacia. Permite apreciar, de este modo, la existencia de una concurrencia de intereses entre una vía y otra,

³ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., págs. 146 y 147.

⁴ COSTA REYES, A.: *Los trabajadores en el proceso concursal*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2007, pág. 84.

aun con una clara preferencia del procedimiento concursal, todo en aras del principio de unidad de regulación y disciplina⁵.

Por otro lado, de ya haber comunicado la decisión el empresario a la fecha de la declaración del concurso, la administración concursal limitará su cometido a ejecutar lo ya resuelto.

Para una mejor comprensión de los supuestos en conflicto, cabrá tener presentes los siguientes ejemplos:

1.- Solicitud de concurso seguida de demanda ante la jurisdicción social que precede al auto declarando la situación de concurso⁶.

El interés del pronunciamiento analizado radica en recoger un supuesto de hecho no infrecuente: que entre la solicitud de concurso y su declaración obre otra actuación procesal ante los órganos de lo social. En el caso concreto, habiendo presentado la empresa en una fecha dada solicitud de concurso, y antes de su aceptación por el Juez de lo Mercantil, la representación de los trabajadores formula demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia instando la nulidad de los despidos por falta de negociación en el periodo de consultas.

Planteada cuestión de competencia del orden jurisdiccional ante el Tribunal Supremo, éste entiende que corresponde al Orden Social, pues la comunicación de la finalización del periodo de consultas con los trabajadores tiene lugar antes de la fecha del auto declarando el concurso. La Sala de lo Social donde fue impugnado el despido colectivo habrá de resolver cuanto proceda respecto de la extinción de los contratos en vía extraconcursal, y a sus resultados habrá de atenerse el Juez de lo Mercantil.

⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., pág. 148.

⁶ STS 26 de enero de 2015 (Rec. 173/2014).

2.- Interposición de incidente concursal ante el auto del Juez de lo Mercantil acordando despido colectivo dentro del procedimiento concursal, cuando había tenido lugar fuera del mismo⁷.

De esta sentencia cabe deducir que, aun cuando un despido pueda acaecer dentro del procedimiento concursal, será preciso mostrar su carácter colectivo, y no traer causa al amparo del art. 50 ET y extra-concurso, para afirmar la competencia del Juez de lo Mercantil.

En este caso la actora interpone incidente concursal contra un auto acordado el despido colectivo de los trabajadores, habiendo sido incluida en el listado, cuando con anterioridad al auto ya había sido despedida mediante carta, no firmada por la administración concursal, cuya impugnación había sido resuelta por sentencia declarando improcedente el despido.

La administración concursal interpone recurso de suplicación contra esta sentencia pidiendo la inclusión de la trabajadora en el expediente de regulación de empleo planteado. El Juez de lo Mercantil inadmite la pretensión con fundamento en el art. 64.10 LC, negando su carácter colectivo y la incompetencia del Juzgado, pues el mismo contrato laboral no puede ser extinguido dos veces: por carta de despido y cuanto ahora ha sido solicitado.

Bajo el criterio del Juez, la administración concursal debería haberse allanado a la demanda, reincorporar a la trabajadora e incluirla en el expediente de regulación de empleo (salvo manifiesto fraude de ley) e, incluso, haber dejado sin efecto el despido por carta, el cual fue realizado sin su imprescindible autorización y con clara extralimitación de sus facultades (art. 40.7 LC).

3.- Comité de empresa solicitando la extinción colectiva de los contratos de trabajo ante el Juez del concurso una vez ha lugar el previo desistimiento de la acción por la administración concursal, cuando el Juez de lo Mercantil es el competente para entender de los despidos en una empresa en concurso⁸.

En el presente caso, la administración concursal solicita la extinción de los contratos de trabajo y, antes de dictar el auto, presenta su desistimiento, el cual fue admitido por el

⁷ AJM, núm. 1, Málaga, 1 de diciembre de 2014 (JUR\2015\77692).

⁸ STSJ Aragón 8 de noviembre de 2013 (Rec. 505/2013).

Juez del concurso. Contra el desistimiento, el comité de empresa interpone recurso de suplicación, el cual fue desestimado.

Con posterioridad, el comité de empresa solicita la apertura del expediente de extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo. El Juez de lo Mercantil dictó auto donde inadmite la solicitud, ante el cual interpuso denuncia el comité de empresa con fundamento en una infracción de los arts. 64 y 148.3 LC en relación con el art. 24.1 CE, introduciendo así una potencial infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal aprecia infracciones de la norma de la Ley Concursal. Argumenta cómo los trabajadores no pueden pretender su propio despido, pues no deja de ser una decisión unilateral del empresario; ahora bien, sí pueden pedir, conforme al art. 50 ET, la extinción de su contrato de trabajo cuando concurra cualquiera de sus causas. Afirma la competencia del Juez de lo Mercantil sobre este procedimiento al estar la empresa en concurso, y advierte sobre la peculiaridad ínsita a tal solicitud: convertir en extinciones colectivas aquellas individuales y equipararlas en la indemnización a las objetivas, con la consecuencia de una indemnización de 20 días por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades, frente a 33 días con un máximo de 24 mensualidades presente en el art. 50 ET.

A partir de lo expuesto, el Tribunal estima que el comité de empresa recurrente, como representante del interés de los trabajadores, está legitimado para solicitar al Juez del concurso la extinción colectiva de los contratos de trabajo, siendo este competente para conocer del asunto y le insta de admitir a trámite la solicitud de extinción colectiva.

4.- Competencia para resolver la impugnación de despidos individuales cuando la empresa posteriormente entra en concurso de acreedores⁹.

La empresa, debido a su situación económica, procede al despido individual (el 15/10/2010) de seis de sus once trabajadores, invocando causas objetivas ante la imposibilidad de continuar con la actividad, debido a su mala situación económica y financiera.

⁹ SJM, núm. 6, Madrid, 23 de enero de 2012 (Proc. 316/2011).

Con posterioridad solicita la declaración concursal voluntaria, la cual fue acordada por auto (el 22.2.2011).

Los seis trabajadores presentaron demanda sobre el despido (29.11.2010) ante el Juzgado de lo Social, el cual dictó sentencia (26.4.2011) declarando su nulidad y ordenando la readmisión de los trabajadores, quienes por readmisión irregular solicitan la extinción de las relaciones laborales (10.5.2011), dictando el Juzgado auto (2.6.2011) declarando extinguidas las relaciones laborales con efectos de dicha data.

La administración concursal, junto con la empresa, solicitan la extinción colectiva de las relaciones laborales (el 24.5.2011) y el cierre del establecimiento con cese de la actividad.

Abierto el periodo de consultas, la administración concursal comunica la inexistencia de acuerdo (27.10.2011), dando traslado a la autoridad laboral.

El análisis de esta sentencia, donde se ha incidido en el íter temporal, supone determinar la competencia objetiva o no del Juzgado de lo Mercantil para proceder a la extinción de los seis trabajadores, en relación con la extinción colectiva con fecha 12.5.2011 respecto a la totalidad de la plantilla, o la prevalencia de la solicitud de extinción dictada por el Juzgado de lo Social el 2.6.2011.

El Juez de lo Mercantil fundamenta su decisión en que el elemento temporal obliga a excluir del proceso colectivo a los seis trabajadores demandantes en atención a la fecha de la demanda de ejecución, pues el despacho de la ejecución acordada por el Juzgado de lo Social es anterior a la declaración del concurso. El Juez de lo Social sostiene que la demanda no solo se dirige contra la empresa concursada, sino también contra otra empresa y otros administradores, dando a entender la existencia de un grupo de empresas con responsabilidades solidarias, alguno de cuyos integrantes no están declarados en situación concursal; por tal motivo, la ampliación del proceso sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, lo contemplado en la LC y corresponde a los Juzgados y Tribunales de lo Social entender sobre este asunto.

La consecuencia final más importante, a la hora de integrar o no estos despidos en el proceso colectivo, será la indemnización: muy superior en vía laboral que en el ámbito concursal.

IV. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR Y TRAMITAR LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTINCIÓN COLECTIVA

Obra una pluralidad de sujetos legitimados para poder solicitar ante el Juez del concurso la modificación, extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo. Así, la facultad podrá quedar atribuida al empresario, al administrador concursal y a los representantes de los trabajadores. Respecto a estos últimos, tras la reforma de 2011 quedaron aclaradas cuantas dudas podía suscitar la anterior interpretación, en tanto identificaba el legislador a esta parte, en unas ocasiones como “representantes legales”, y en otras como “representantes”. Con la incorporación de un párrafo al artículo 64.2 LC donde remite a los sujetos indicados en el art. 41.4 ET, cierra cualquier literal capaz de llevar al desconcierto.

Un ejemplo de supuestos paradigmáticos capaces de ilustrar la real dimensión de esta amplia habilitación podría ser el siguiente:

1.- Empresa que solicita la declaración como ajustada a derecho de la decisión extintiva adoptada, previa declaración de oficio de falta de legitimación activa de los trabajadores individuales miembros del comité de empresa¹⁰.

La sentencia analiza el sentido de falta de legitimación activa por parte de dos trabajadores que forman parte de la comisión negociadora para la impugnación de un auto, ante la acción de despido colectivo ejercitada por la propia empresa, instando la declaración como ajustada a derecho del despido colectivo.

El procedimiento declara de oficio la falta de legitimación activa por parte de dos trabajadores pertenecientes a la comisión negociadora, al no representar a la mayoría de aquella, según obliga el art. 63.1 y 65 ET, considerando su actuación a título individual, como minoría discrepante. Permite, así, comprobar la legitimación del comité, en este caso negada solo por falta de la mayoría requerida para adoptar una decisión.

¹⁰ SAN 9 de julio de 2014 (Proc. 463/2013).

2.- Despido de trabajador e inviabilidad de su incorporación ulterior al expediente concursal ante la invocación de litisconsorcio pasivo necesario por extinción de un grupo de empresas¹¹.

Frecuente resulta intentar vincular una empresa con otras con las que conformaría un grupo o red para extender el ámbito de la responsabilidad, ya sea antes del concurso o en su seno. Como muestra de la dificultad para trasladar la legitimación pasiva más allá de la empresa, ante la impugnación del despido autorizado por auto del Juez de lo Mercantil, al apreciar su disconformidad a derecho por haber ignorado una situación bajo la cual la entidad formaba parte de un grupo más amplio, el Tribunal Supremo recuerda su propia doctrina acerca de este fenómeno: no basta con acreditar el vínculo societario, siendo precisos otros elementos, como la confusión de plantillas o de patrimonio sociales (unidad de actividades, trasvase de fondos, cesiones inmobiliarias, movilidad...). También recuerda cómo la prueba sobre la existencia del fenómeno corresponde al demandante y, si no lo hiciera convenientemente (en el supuesto en concreto la empresas estaban radicadas en Méjico, no inscritas en la TGSS, ni figuraban en el censo de actividades económicas de la Agencia Tributaria, careciendo de otros centros en España), no cabrá extender la responsabilidad a quien formalmente no aparece como empresario.

3.- Empresa compradora de otra en concurso con obligación de reintegrar a los trabajadores afectados por un expediente de regulación anterior¹².

El caso hace referencia a una empresa que, antes de entrar en concurso de acreedores, y antes de la reforma laboral de 2012, solicitó la autorización para un expediente de regulación de empleo de parte de su plantilla, el cual fue confirmado por la autoridad laboral a través de resolución administrativa; decisión impugnada por los representantes de los trabajadores.

Con posterioridad, la empresa fue declarada en concurso por auto, y solicitó la extinción de los restantes contratos de trabajo, alcanzando un acuerdo al efecto aprobado mediante auto.

Tras la aparición de una empresa interesada en comprar la unidad de negocio de la concursada, y varias negociaciones, obra auto de adquisición, con efectos de sucesión de

¹¹ SAN 20 de marzo de 2013 (Rec. 219/2012).

¹² STS 10 de febrero de 2016 (Rec. 328/2014).

empresa. La referencia única al respecto lo es a los 57 puestos de trabajo considerados en la oferta, pero no a las deudas pendiente con TGSS, AEAT, FOGASA, etc. Insiste el juzgador, en que la sucesión de empresa lo es a los únicos efectos laborales respecto de los trabajadores cuyo contrato de trabajo mantiene en este momento, y no del resto de deudas, adquiriendo el comprador libre de cargas y gravámenes.

La empresa compradora solicita aclaración de este auto y pide confirmación de la sucesión de empresas a efectos laborales únicamente respecto de los trabajadores en cuyo contrato de trabajo ha quedado subrogado el comprador, no así respecto a los trabajadores despedidos, ni respecto a las deudas existentes entre la concursada con la TGSS, AEAT, FOGASA, etc. Dicha aclaración fue denegada por el Juez, llamando la atención sobre el reiterado cuestionamiento de la circunstancia, cuando existe cosa juzgada sobre una venta de unidad productiva en sede concursal.

La cuestión aquí planteada por parte de la empresa compradora llevaría a plantear, entre otras, la siguiente cuestión: si, de haber lugar a la anulación de la resolución administrativa del despido colectivo realizado antes de que la empresa entrara en concurso, estaría la compradora obligada directamente a reintegrar a los trabajadores afectados en sus puestos de trabajo, como viene a decir la sentencia recurrida. Cuestión que efectivamente quiere evitar la adquirente.

V. EMISIÓN DEL INFORME POR LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES PARA EL COMIENZO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En su primer apartado, el art 64.3 LC alude a las medidas necesarias para poder proceder a la solicitud un de despido colectivo, suspensión de contrato o reducción de jornada, indicando de manera expresa que solo podrá tener lugar una vez emitido el informe por los administradores concursales referido en el Capítulo I del Título IV LC, siendo el plazo para presentarlo de dos meses (art. 74 LC). Ello podría dejar a la empresa en una situación de vulnerabilidad, pues al continuar vigentes los contratos, siguen generando salarios y, en consecuencia, ampliando su deuda. La situación es aún más grave de considerar que este plazo inicial puede incluso ser ampliado. Por tal motivo, el artículo establece una salvedad notable: “salvo” si la demora puede suponer un grave perjuicio, tanto a los trabajadores, como a la viabilidad de la empresa.

La petición de informe podrá ser actuada ante el Juez del concurso en cualquier momento procesal desde la declaración del concurso. En este punto, la norma también incorpora una mayor protección al empleo y a los derechos de los trabajadores, pues les permite actuar contra prácticas elusivas del empresario si no solicitara la suspensión o extinción de los contratos, con el consecuente perjuicio para quienes de ello viven, fundamentalmente la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo¹³.

En todo caso, la ley exige la debida acreditación de la circunstancia alegada, atribuyendo al Juez del concurso la valoración de la situación de gravedad, a la par de comprometer la viabilidad de la empresa, y decidiendo según su leal saber y entender si admite o no a trámite la solicitud de modificación sustancial de la condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo¹⁴.

Para una mejor comprensión de la influencia en la negociación colectiva del informe emitido por los administradores concursales, cabría mencionar algunos supuestos:

1.- Carácter vinculante de la emisión del informe por los administradores concursales en orden a facilitar la negociación colectiva¹⁵.

La empresa solicita, a la vez, la declaración de concurso voluntario y la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda su plantilla.

El Juzgado de lo Mercantil, mediante auto, no admite a trámite el expediente, debido a su presentación anterior a la emisión del informe por parte del administrador concursal, según establecen los arts. 74 y 75 LC.

Ante este auto, la empresa interpuso recurso, primero de reposición, el cual fue desestimado, para alzarse ulteriormente en suplicación.

El Tribunal entiende que está justificada esta medida de extinguir los contratos de trabajo. Por un lado, en atención al art. 64.1 LC, el cual establecía que, una vez presentada ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de declaración del concurso, sería el responsable de su

¹³ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., pág. 150.

¹⁴ ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149, 2011, pág. 121.

¹⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 19 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2008).

tramitación, dejando claro que a él corresponde este procedimiento. Por otro lado, y entrando en el asunto a tratar, para el art. 64.3 LC ciertas medidas, como la extinción de los contratos de trabajo, solo podrán tener lugar una vez emitido el informe por los administradores concursales; no obstante, como su nombramiento puede ser demorado hasta más de tres meses, también contempla una excepción a la regla general, permitiendo la extinción de los contratos de trabajo cuando no adoptar estas medidas pueda suponer un grave perjuicio y comprometer la viabilidad futura de la empresa.

Siendo en este caso inevitable el cierre de la empresa, esperar al informe de administración concursal puede suponer graves perjuicios para los trabajadores, sumidos en una situación de desprotección, pues, por un lado, no cobran sus salarios y, por otro, tampoco tienen derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo; pero también para la empresa, en tanto la acumulación de sueldos supone un incremento de la masa pasiva y un claro perjuicio para la masa activa.

El Tribunal actúa en consecuencia: estima el recurso de suplicación formulado por la empresa y revoca el auto del Juzgado de lo Mercantil.

2.- Anticipación a la medida colectiva, sin esperar al informe de la administración concursal¹⁶.

La empresa presenta solicitud de suspensión colectiva de varios contratos de trabajo, amparando su petición en la falta de resultado de las medidas adoptadas previamente, de reducción salarial y reajuste de turnos, las cuales no han servido para paliar los efectos de las ventas o el desplome del consumo.

La medida se pretende hacer efectiva con anterioridad a la emisión del informe de la administración concursal, actuando la excepción a su necesidad contemplada en el art. 64.3 LC. Aquí la concursada alega y justifica que la demora de tales medidas puede comprometer la viabilidad de la empresa y del empleo, y aduce a la suspensión de las relaciones laborales en aras de conseguir viabilidad futura de la empresa y el empleo. El Juez considera justificada la anticipación de las medidas colectivas.

¹⁶ AJM, núm. 1, Cádiz, de 22 julio de 2011 (Rec. 220/2011).

VI. JUSTIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE LAS MEDIDAS COLECTIVAS

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, y al menos en un primer momento, pareció perder sentido la necesidad de justificar las causas de las medidas de despido colectivas cuando los síndicos decidían el cese en la actividad empresarial, al considerar suficiente e implícita la justificación con la propia declaración judicial de quiebra.

Finalmente, la opción del legislador fue incluir en el precepto la necesaria acreditación de las medidas adoptadas, con su exposición y justificación para no perder de vista que bajo un mismo procedimiento concursal podían acontecer diversas situaciones: mera iliquidez, falta de patrimonio, etc.; por tanto, precede acreditar que la medida adoptada es necesaria de forma cierta y asaz¹⁷.

A la hora de solicitar el expediente de regulación de empleo concursal, según indica el art. 64.4 LC, es menester exponer y justificar las causas motivadoras de las medidas correctoras, así como los objetivos pretendidos con dichas medidas (entre otros la viabilidad futura de la empresa y el empleo), mediante la aportación de documentación suficiente.

Desde la reforma laboral del 2012, primero operada por el Real Decreto Ley 3/2012 y posteriormente confirmada por la Ley 3/2012, de 16 de julio, y continuada con la línea de la reforma del 2010 (Ley 35/2010, de 17 de septiembre), es constante la preocupación por clarificar las causas en virtud de las cuales han de quedar justificadas las extinciones o suspensiones de los contratos de trabajo, algo necesario para eliminar la complejidad del sistema anterior, muy ambiguo, subjetivo y portador de una gran inseguridad, aun cuando quizá ahora provoque un excesivo automatismo “al desvincular la causa del efecto”¹⁸.

Teniendo en cuenta la perspectiva del concurso, cabrá admitir la existencia como base de la causa económica, con independencia de si concurren o no las técnicas, organizativas o

¹⁷ COSTA REYES, A.: *Los trabajadores en el proceso concursal*, cit., págs. 87 y 88.

¹⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores* de José María Ríos Mestre”, *Justicia Laboral*, núm. 52, 2012, pág. 11.

productivas, por cuanto esta situación ha sido el origen y ha propiciado el proceso concursal en el cual la empresa está inmersa.

La situación de insolvencia puede ser inminente o actual, y en tal medida será necesario ponderar el factor a la hora de elaborar las iniciativas destinadas a hacer frente a las causas¹⁹.

En ningún caso, por tanto, la mera declaración de insolvencia puede operar de modo automático y suponer la causa para proceder a despidos, suspensiones o modificaciones de los contratos de trabajo²⁰. Preciso será de vincular la situación de la empresa con las medidas adoptadas y justificar -como ha sido mencionado anteriormente- que las propuestas elaboradas son necesarias para la viabilidad futura de la empresa, debiendo estar, en este sentido, a lo dispuesto en el art. 51 ET²¹.

La realidad es un menor uso y la tardanza en acudir al concurso de acreedores, conforme recoge el Preámbulo I. de la Ley 38/2011, lo cual impide en muchas ocasiones un posible saneamiento de la empresa. A sus resultas, la gran mayoría de los concursos terminan con la liquidación de la empresa²².

El artículo 64.4.2º LC alude a la colaboración del concursado en este punto cuando así lo estime necesario la administración concursal. La previsión no aporta nada nuevo a la luz del art. 42.1 LC, el cual obliga con carácter general al deudor, ante la administración concursal y el Juzgado de lo Mercantil, a comparecer, colaborar e informar en todo lo necesario y conveniente para el interés del concurso.

¹⁹ BLASCO PELLICER, A.: *Los expediente de regulación de empleo*, cit., pág. 513.

²⁰ Véase sentencia TSJ Galicia, 17 junio 2010 (nº Rec. 1065/2010), donde consta la anulación del auto emitido por el Juez de lo Mercantil, autorizando la extinción colectiva de los contratos de trabajo, por no quedar acreditada la concurrencia de la causa que justifique la decisión.

²¹ MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso”, en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO A.V., Eds. y Coords.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2011, pág. 759.

²² MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., pág. 154.

Para arrojar más luz sobre la importancia de justificar las causas de las medidas correctoras cabrá hacer mención a los siguientes ejemplos:

1.- Nulidad del despido por falta de aportación de la documentación económica necesaria para la efectiva negociación²³.

La sentencia pone de relieve la importancia, a la hora de negociar sobre una extinción de los contratos de trabajo, de la aportación por la empresa de la documentación para poder llegar a un acuerdo.

En este caso, el Juez considera que la documentación aportada fue insuficiente y existe un desfase entre los resultados económicos de las Cuentas Anuales Provisionales del 2016 y las finales, lo cual no solo revela una evidente mala fe, al presentar una documentación económico-contable no fiable, sino también la existencia de una negociación viciada por datos económicos inopinados y contrarios a la marcha contable y económica de la empresa hasta ese momento.

Vicio equiparable a la falta de entrega de la documentación prevista en la ley y, por tanto, a la falta misma del período de consultas, pues no cabe concluir un desarrollo en los términos debidos, sino una realidad negocial fundada en documentación falseada.

2.- Ausencia de mala fe o causas acreditadas que justifiquen la nulidad del despido colectivo²⁴.

El sindicato presenta demanda ante el Juzgado solicitando sea declarado nulo el despido colectivo comunicado por el empresario, alegando falta de buena fe, ausencia de documentación, inexistencia de la causalidad requerida o, entre más, vulneración del derecho a la libertad sindical.

El Tribunal entiende que la empresa comunicó de forma apropiada tanto a los representantes de la empresa como a la autoridad laboral el inicio del procedimiento del despido colectivo y aportó documentación y memoria de sus causas, donde quedaba suficientemente acreditada y justificada la medida debido a la situación financiera actual y expectativas de ventas, tratando de demostrar que la contratación laboral deviene

²³ STSJ País Vasco 24 de febrero de 2017 (Rec. 46/2016).

²⁴ STSJ País Vasco 23 de junio de 2015 (Proc. 6/2015).

innecesaria y ha perdido su objeto. Realidad finalmente confirmada por la declaración de concurso voluntario presentada por la empresa, con la consecuente decisión de cesar la actividad.

El periodo de consultas finalizó sin acuerdo. En ningún momento obra noticia de ausencia de reuniones, petición de documentación exigida por los representantes de los trabajadores no satisfecha (a mayores de la ya presentada en su momento por la empresa), ni tampoco ninguna corrección o subsanación pedida por la autoridad laboral que pudiera suponer la nulidad del despido. No existe motivo para pensar en la falta de existencia de buena fe negocial; tampoco se aprecia vulneración del derecho a la libertad sindical, a la vista de la presencia de asesores, lo cual viene reflejado en las referencias documentadas.

Por todo ello, el Tribunal desestima la demanda de impugnación de despido colectivo presentada por el sindicato y declara ajustado a derecho el despido colectivo.

VII. EL PAPEL DEL EMPRESARIO EN EL PERIODO DE CONSULTAS

El art. 64.5.1º LC establece que, una vez recibida la solicitud, procederá convocar al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal, a un período de consultas coincidente con el establecido en el art. 51.2.1º ET (treinta días o de quince para empresas de menos de cincuenta trabajadores), aun cuando los legitimados para la negociación serán la administración concursal y los representantes de los trabajadores (art. 64.6.1º LC). Desaparece aquí, por tanto, la figura del empresario como parte legitimada en la negociación, situándolo en un plano intermedio: puede solicitar el concurso, pero, en principio, queda separado del proceso de interlocución²⁵.

La decisión tendría sentido si el concurso fuera necesario y las facultades de administración y disposición estuvieran suspendidas, pues, conforme ya prevé el art. 44.3 LC, tal decisión conllevará la sustitución en sus funciones por la administración concursal; sin embargo, no lo tiene tanto si es voluntario. Quizá por ello la reforma del 2011 admite, si el Juez lo autoriza, algo ya aceptado en el foro²⁶: podrá “intervenir”. En

²⁵ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “El ere concursal y el RDL 3/2012”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, BIB 2012/773.

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., pág. 156.

verdad no queda claro el alcance de esa participación, pero parece adecuado otorgar presencia al deudor en un periodo tan importante como el de consultas, pudiendo ser provechosa bien de evidenciar y explicar las posibles propuestas que se establezcan²⁷.

La reforma del 2011 contempla, igualmente, la intervención de otras personas físicas o jurídicas, quienes puedan aportar documentación económica para valorar la realidad económica de la empresa, intentando así identificar relaciones jurídico-formales eventualmente existentes en una unidad de empresas entre la concursada y otras. Tarea ésta nada fácil de elucidar, dada la dificultad intrínseca a la comprobación de este tipo de relaciones, aun cuando cabrá recabar del Juez la cooperación necesaria para las comprobaciones pertinentes²⁸.

También en cualquier momento, a instancia de los representantes de los trabajadores o de la administración concursal, cabe la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje de aplicación en el ámbito de la empresa (art. 51.2.10º ET). Esta posibilidad, tras la reforma del 2011, viene recogida expresamente en el art. 64.5.6º LC; ahora bien, la sustitución será realizada a través de un tercero, pues para este procedimiento no es competente el Juez del concurso²⁹.

Para una mejor comprensión del papel del empresario en la negociación colectiva cabrá considerar el siguiente ejemplo:

Acuerdo en el periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores ante la oposición del empresario³⁰.

Este auto versa sobre la extinción de todos los contratos de trabajo de la empresa por motivos justificados de causas económicas demostradas. En él la administración concursal y representantes de los trabajadores llegan al acuerdo de poner fin a todos los

²⁷ ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, cit., pág. 127.

²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*”, cit., págs. 159 y 160.

²⁹ ORELLANA CANO, A.M.: *La problemática laboral en el concurso de acreedores*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017. Recuperada de <http://eprints.ucm.es/41091/1/T38340.pdf>, pág. 248. AJM, núm 1, Bilbao, 3 de septiembre de 2010 (Proc. 529/2009).

³⁰ AJM, núm. 1, Bilbao, 29 de enero de 2009 (Proc. 623/2008).

contratos de trabajo, con una indemnización de veinte días por años de servicio, y un límite de doce mensualidades, más una indemnización adicional de dos meses y medio de coste salarial total. El concursado muestra su opinión contraria al acuerdo, por entender inviable sobrepasar el límite de los veinte días por año trabajado con un tope de doce mensualidades, pues esto podría suponer un perjuicio para la masa activa. El Juez considera que no llegar a un acuerdo puede suponer, precisamente, un incremento de salarios que seguirían afectando a la masa del concurso, disminuyéndola con el evidente perjuicio a los acreedores concursales; por lo tanto, estima más conveniente una rápida solución.

También colige que no hay ningún argumento por el que no proceda cumplir lo establecido en el art. 64.7 LC, el cual obliga al Juez a aceptar el acuerdo de no apreciar vicios el consentimiento; y también queda claro que los protagonistas y legitimados para llegar al acuerdo en la negociación colectivos no son otros que la administración concursal y los representantes de los trabajadores, no el empresario, según refieren los arts. 64.5 y 64.6 LC.

VIII. CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS

Durante el periodo de consultas, tanto los representantes de los trabajadores como la administración concursal deberán negociar de buena fe. Obligación reiterada en el art. 51 ET para asegurar la existencia de una verdadera negociación colectiva donde medien propuestas concretas y reuniones tendentes a conseguir un acuerdo, y no a considerarlas como un mero trámite perceptivo³¹.

El art. 64.5.5º LC, con su referencia a “los documentos que en su caso se acompañen”, utiliza una expresión muy ambigua, dejando libertad a quien la solicita. En empresas de más de cincuenta trabajadores concreta algo más, al obligar a presentar a los representantes de los trabajadores, también, un plan de viabilidad futura de la empresa y del empleo, el cual recoja la incidencia de las medidas propuestas en el proceso concursal.

“La citada regla legal evidenciaría que los destinatarios de las exigencias documentales son los sujetos que intervienen en el periodo de consultas como negociadores

³¹ ORELLANA CANO, A.M.: *La problemática laboral en el concurso de acreedores*, cit., págs. 249 y 250.

colectivos”³², en especial a los trabajadores, quienes necesitan información precisa para poder alcanzar un buen acuerdo en garantía de sus intereses³³.

La Ley exceptúa expresamente a las empresas inmersas en un procedimiento concursal de la exigencia del art. 51.10 ET, el cual, tras la reforma laboral del 2012, obliga fuera del concurso (también cuando afecte a empresas de más de cincuenta trabajadores) a ofrecer a los trabajadores afectados por la medida un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación. Medida obediente a conseguir la reincorporación al mercado laboral de quienes han perdido su trabajo a causa de la medida adoptada en el periodo de consultas, conlleva proporcionar los conocimientos y las herramientas adecuadas para la búsqueda de un nuevo empleo actuando como intermediarios, con formación y orientación profesional y atención personalizada a cada trabajador (art. 9 RD 1483/2012).

El acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, según expresa el art. 64.6.2º LC, “requiere la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”.

La negociación, una vez declarado el concurso, será a cargo del órgano concursal, y cabrá la posibilidad de participación del empresario, pero será el administrador quien determine si la empresa puede continuar o si procede la extinción de todos o algunos de los contratos de trabajo. Todo ello con el propósito final de evitar agravar la situación económica de la unidad productiva y crear un daño mayor a partir de cargas económicas capaces de perjudicar al resto de acreedores de la empresa³⁴. En todo caso, siempre sopesando cómo en el concurso de acreedores prima una función solutoria destinada a lograr una satisfacción de los acreedores antes que la función de conservación de la empresa³⁵.

³² MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, cit., pág. 155.

³³ BLASCO PELLICER, A.: *Los expediente de regulación de empleo*, cit., pág. 525.

³⁴ COSTA REYES, A.: *Los trabajadores en el proceso concursal*, cit., pág. 85.

³⁵ DESDENTADO BONETE, A.: “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores* de José María Ríos Mestre”, cit., pág. 1.

La Ley Concursal sigue exponiendo cómo, una vez concluido el plazo indicado para la negociación, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del concurso su resultado. Una vez recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas, pudiendo esta oír a las partes. Con esta previsión ha lugar a la entrada en el procedimiento a la autoridad laboral, pero con un papel claramente residual, pues el informe que emitirá “tiene un carácter preceptivo, pero no vinculante para el Juez del concurso”³⁶.

Una vez recibido el informe, o transcurrido el plazo para su entrega, continúa el procedimiento.

La reforma operada en 2011 contempla la posibilidad de llegar a un acuerdo sin necesidad de abrir el proceso de negociación, el cual vendrá lógicamente de una negociación anterior, en el entendimiento de que, al existir avenencia, no necesita mayor negociación. Bastará, por tanto, con acompañar el acuerdo a la solicitud.

Con la intención de aclarar el sentido de la negociación colectiva, sirva de ejemplo las sentencias a continuación enumeradas:

1.- Falta de buena fe por parte de la empresa en la negociación colectiva, ante la negación de la existencia de grupos de empresa³⁷.

Los representantes de los trabajadores presentan recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia frente a un auto del Juzgado de lo Mercantil acordando la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, con fundamento en una negociación de mala fe y falta de aportación de documentación requerida, por sospechas de existencia de grupo de empresas patológico. Para demostrarlo, los representantes de los trabajadores aportan varias sentencias del Juzgado de lo Social donde condenan solidariamente a las empresas referidas, al constatar la existencia de grupo, todo ello al amparo de los siguientes datos: las dos empresas cuentan con los mismos administradores solidarios, los cuales, a su vez, son consejeros delegados solidarios y también apoderados; las dos empresas tienen los mismos socios; los

³⁶ MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, cit., pág. 772.

³⁷ STSJ País Vasco 1 de marzo de 2016 (Rec. 278/2016).

trabajadores de las dos empresas desarrollan su trabajo en las mismas dependencias; hay trabajadores que han pasado de trabajar en una empresa a la otra desarrollando el mismo trabajo.

La documentación requerida por los representantes de los trabajadores no fue facilitada en momento alguno, y era importante en tanto podía aportar información de la cual deducir la vinculación de las empresas en los balances anteriormente presentados. Por tanto, obró una ocultación de información económica, cuya solicitud era razonable instar para contar con todos los elementos necesarios en orden a poder efectuar una verdadera negociación colectiva con todas las garantías previstas en la Ley; más aún cuando esta solicitud encuentra apoyo normativo en el art. 64.5.3º LC, con expresa mención al derecho a poder pedir la documentación relativa a otras empresas para valorar la realidad económica del conjunto empresarial.

Existiendo cuestiones capaces de llevar a apreciar indicios de la existencia de un grupo patológico de empresas, y si la interesada quería realmente negociar de buena fe, debería haber proporcionado la documentación solicitada, en vez de negar frontalmente la solicitud.

Ante todo esto, el Juez estima el recurso presentado por los representantes de los trabajadores y declara la nulidad del despido colectivo.

2.- Admisión de acuerdo de extinción de los contratos de trabajo sin necesidad de celebrar el periodo de consultas³⁸.

El auto contempla refleja la admisión por el Juez de lo Mercantil de un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el administrador concursal sin necesidad de celebrar el periodo de consultas; y ello a pesar de lo reseñado en el art. 64.3 LC, el cual alude a la posibilidad de solicitar el expediente de regulación de empleo una vez la administración concursal hubiera emitido el informe referido en los arts. 74 y 75 LC. En este sentido, los Tribunales consideran tal situación como temporal, siendo a veces complicada, debido a la posible demora de la emisión del informe, pudiendo suponer un grave perjuicio tanto para la empresa como para los trabajadores. La inquietud es recibida por el legislador con

³⁸ AJM, núm. 4, Madrid, 14 de octubre de 2014 (Proc. 601/2014).

la nueva redacción operada en la reforma del RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, donde completa el precepto incluyendo explícitamente el “grave perjuicio a los trabajadores”.

Cuando es inevitable el cese de la actividad o el cierre de la empresa, y no se hace, la inactividad podrá causar graves perjuicios a los trabajadores, al no cobrar sus salarios y, al mismo tiempo, no poder percibir la prestación por desempleo, por no encontrarse en la situación legal indispensable. Por estos motivos, el Juez valora y admite poder solicitar la extinción de las relaciones laborales sin necesidad del informe de los administradores concursales, todo ello siempre y cuando no concurra fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, algo no advertido en este expediente, pues la medida adoptada de extinguir los contratos de trabajo y la indemnización acordada son perfectamente justificadas.

3.- Nulidad de la extinción de los contratos de trabajo por posición inamovible de la empresa³⁹.

Los representantes de los trabajadores denuncian falta de buena fe en la negociación de la empresa, al mantener una posición inamovible durante todo el periodo de consultas, instando la nulidad de los despidos. El Juez deduce que la empresa no ha tenido una posición invariable y ha ido cambiando su posición a lo largo de la negociación, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley, donde existe una obligación de negociar, no de llegar a un acuerdo. Considera que la mayoría de las propuestas formuladas por la representación de los trabajadores son de muy difícil, si no imposible, asunción por parte de la empresa; también valora que la prolongación de los plazos no fue excesiva y no generó perjuicio, en tanto su finalidad era la de alcanzar un posible acuerdo; en fin, no aprecia que la falta de documentación cuando no consta su denuncia en la reuniones celebradas.

IX. RESOLUCIÓN DEL JUEZ MEDIANTE AUTO

Finalizado el periodo de consultas, el Juez dispone de un plazo máximo de cinco días para resolver, mediante auto, sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado.

El legislador traslada al juzgador un mensaje destinado a limitar el alcance de sus facultades. Así, en caso de acuerdo, deberá aceptarlo, incluso con indemnizaciones por

³⁹ STS 24 de noviembre de 2015 (Rec. 86/2015).

encima de las establecidas por ley. Siempre salvo de advertir fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en cuyo caso declarará la nulidad del acuerdo *ex art. 148 b) LRJS*. En este último caso procede matizar que las indemnizaciones fijadas en un procedimiento concursal son calificadas como créditos contra la masa (art. 51.2.5º LC), lo cual les confiere un indudable privilegio; por tanto, unas indemnizaciones injustificadas y superiores a las indicadas por la norma podrían poner en peligro los intereses del concurso, y es función del Juez garantizar la conservación de la masa activa⁴⁰.

En el caso de no existir acuerdo, el Juez recupera la discrecionalidad y resolverá “conforme a la legislación laboral” (art. 64.7.1º LC). En todo caso, tal y como afirma el art. 64.11 LC, y recalca la Exposición de Motivos III LC, “conciliando todo ello con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral”.

Antes a la reforma de 2011 no existía previsión alguna para, en el caso de no llegar a acuerdo, permitir a los representantes de los trabajadores poder formular nuevas alegaciones o pruebas, aun cuando de alguna manera cabría entender (art. 188.2 LC) factible tal actividad, al permitir requerir la autorización del Juez presentando solicitud al efecto. Éste dará traslado a todas las partes para ser oídas⁴¹, pues obra un párrafo posterior donde permite la audiencia a los intervinientes en el período de consultas.

El auto resultante supondrá, en su caso, la suspensión o extinción de los contratos de trabajo, y surtirá efectos desde la fecha en la cual fue dictado, salvo cuando establezca de manera expresa otra fecha, llevando aparejadas las mismas consecuencias que las estipuladas en los arts. 51 o 47 ET.

Por tanto, el auto acuerda la extinción; además, relaciona a los trabajadores afectados e indica las indemnizaciones correspondientes. Tras la reforma de 2011 incluso cabe de forma expresa pactar indemnizaciones superiores a las establecidas legalmente para el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 64.6.4º LC). De esta manera, habilita una vía para gestiones empresariales culposas, y ayuda a resarcir de forma más justa a los trabajadores; aun cuando procede advertir sobre

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, cit., págs. 779 y 780.

⁴¹ ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, cit., pág. 106.

cómo algunos autores antes de la reforma ya consideraban esta situación lógica, argumentando que, de no querer esto posible, la Ley habría incluido un límite⁴².

En este sentido, también procederá reflexionar y considerar que el Juez debe tener en cuenta que el concurso resulta inconcebible sin el conjunto de todos los acreedores. Esto conlleva a valorar el contenido del art. 43 LC, el cual muestra una clara preferencia por la conservación de la masa activa y su administración del modo más conveniente, y siempre en interés del concurso en el caso de extinción de todos los contratos de trabajo. Tal previsión llevará al Juez a aplicar la indemnización estipulada en el art. 53.1.b) ET por extinción del contrato por causas objetivas; otra cosa sería si, como reseñan los arts. 44 y ss. LC, las medidas adoptadas fueran para la continuación de la empresa, donde la ley parece “dar un mayor margen de maniobra” a los administradores concursales y al Juez en aras de su conservación⁴³.

El auto, por lo demás, servirá a los trabajadores para acreditar su situación legal de desempleo (art. 64.7.3º LC).

Sirvan las siguientes sentencias para esclarecer cómo resuelve el Juez de lo Mercantil tras la negociación colectiva.

1.- El Juez del concurso es el competente para valorar la extinción colectiva de los contratos de trabajo ante la falta de acuerdo en el periodo de negociación⁴⁴.

Auto donde queda reflejada la falta de acuerdo en el periodo de negociación entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, siendo el Juez del concurso el competente para valorar la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

Incluye, al efecto, varias consideraciones: por una parte, establece la falta de posibilidad de fijar indemnizaciones no previstas en el art. 51 ET para el despido colectivo por causas económica, técnicas, organizativas o de producción, al no existir cobertura convencional para incrementar el mínimo legal; por otra parte, afirma que el sujeto legitimado para el proceso negociador no es el empresario, sino la administración concursal, motivo por el

⁴² ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 74.

⁴³ BLASCO PELLICER, A.: *Los expediente de regulación de empleo*, cit., págs. 535 y 536.

⁴⁴ AJM, núm. 1, Alicante, 27 de mayo de 2010 (Proc. 136/2010).

cual los posibles pactos alcanzados con los trabajadores no son eficaces, a consecuencia del estado concursal en el cual está sumida la empresa.

2.- El Juez de lo Mercantil, al no existir acuerdo en el periodo de consultas, adopta las medidas oportunas para asegurar la viabilidad futura de la empresa⁴⁵.

No alcanzado acuerdo en el periodo de consultas, será el Juez de lo Mercantil el encargado de pergeñar las medidas a adoptar para la viabilidad futura de la empresa, si está en condiciones de proseguir con la actividad. Por tal razón admite el comienzo de la negociación a pesar de no existir todavía el informe de la administración concursal, todo ello con el fin de no comprometer la virtualidad de la eficacia de las medidas colectivas pretendidas.

La empresa, con el fin de llevar a cabo la reestructuración y reordenación de la plantilla, propone una reducción de plantilla, el cual afectaría a 306 trabajadores, pero la autoridad laboral considera excesivo el número. La empresa rebaja su propuesta a 209 y, finalmente, el Juez del concurso considera el despido de 150 trabajadores, con una indemnización de treinta días por año de servicio con un límite de dieciocho mensualidades; superiores, por tanto, a la prevista para el despido objetivo en la Ley.

3.- Falta de audiencia a las partes para alegaciones en caso de no concluir el periodo de consultas con acuerdo⁴⁶.

La sentencia anula el auto emitido por el Juzgado de lo Mercantil en el cual acuerda una suspensión por un periodo de dos meses, sin derecho a indemnización, de todos los contratos de trabajo.

El comité de empresa presentó recurso de suplicación ante Tribunal Superior de Justicia solicitando la nulidad de auto, fundando su recurso en el defectuoso de proceder del Juez del concurso, quién no dio trámite de audiencia para que las partes hicieran alegaciones, según establece el art. 64.7.2º LC cuando el periodo de consultas concluye sin acuerdo. Esto supone una indefensión, afectando al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y ello aun cuando la medida de suspensión sea provisional, pues supone una

⁴⁵ AJM, núm. 1, Valencia, 28 de julio de 2005 (Proc. 141/2005).

⁴⁶ STSJ Asturias 21 de noviembre de 2014 (Rec. 2398/2014).

frustrar la finalidad del proceso al omitir el juzgador la vía a partir de la cual los interesados puedan formular alegaciones o aportar prueba documental.

Tampoco substituyó esta comparecencia por el trámite escrito de alegaciones [art. 193.b) LJS], previsto para revisar los hechos probados, no con fundamento en nuevas pruebas, sino de las practicadas en instancia. En consecuencia, el TSJ procede a declarar nulo el auto, retro trayendo las actuaciones al momento en el cual finalizó sin acuerdo el periodo de consultas, con el fin de proceder al cumplimiento del trámite establecido en el art. 64.7.2ª LC.

4.- Pacto viciado en el periodo de consultas por exceder posibilidades reales de la empresa⁴⁷.

El Juez del concurso admite parcialmente el pacto alcanzado en un periodo de consultas con varios vicios. Frente a su auto, en suplicación, el TSJ valora las siguientes circunstancias.

Los administradores concursales y los representantes de los trabajadores llegaron a acuerdo de extinción colectiva con una indemnización de cuarenta días por año trabajado y un tope de veinticuatro mensualidades; admitiendo, expresamente, la responsabilidad conjunta y solidaria de cualquier otra empresa del grupo para hacer efectivo su importe. El pacto fue impugnado por una empresa considerada de grupo por los representantes de los trabajadores.

Lo debatido en este juicio es si este acuerdo es ajustado a derecho o, por el contrario, está viciado por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

El Juez del concurso razonó que este pacto debía de ser rechazado por ser contrario a la Ley Concursal, al no poder admitir obligaciones capaces de exceder las posibilidades reales del concurso y no corresponder con el patrimonio de la concursada. En el caso, las partes pactaron sobre obligaciones de un tercero, en contra de sus derechos de audiencia, contradicción y defensa. Advierte el auto sobre cómo la cuantía de la indemnización con incidencia en el procedimiento concursal queda pendiente de concreción e impone una

⁴⁷ STSJ Cataluña 18 de julio de 2007 (Rec. 2168/2007).

cuantía indemnizatoria pactada en un acuerdo homologado judicialmente en otro procedimiento, el cual, seguramente, tendría la consideración de cosa juzgada.

X. MODIFICACIÓN, MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y SUSPENSIÓN DEL DERECHO A EXTINGUIR CON INDEMNIZACION

El art. 64.9 LC establece una suspensión del derecho del trabajador para rescindir su contrato de trabajo, tras una modificación sustancial o un traslado que suponga movilidad geográfica, si la decisión del empresario pudiera suponer un perjuicio para sus intereses. La previsión marca una diferencia de trato con el resto de acreedores, al no permitir rescindir de forma inmediata su contrato al trabajador bajo las circunstancias mentadas (art. 64.9.2º LC).

Paraliza, así, el derecho reconocido en los arts. 40.1.3º y 41.3.2º ET durante la tramitación del concurso, con el límite máximo de un año. La situación supone para el trabajador una demora tanto en el cobro de su indemnización como en su situación legal en orden a acceder al subsidio de desempleo, al no contemplar la ley esta situación de extinción del contrato de trabajo durante una suspensión por voluntad del trabajador al amparo del art. 64.9 LC. Así cabe apreciarlo en el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el cual solo incluye esta posibilidad cuando surge de la decisión del empresario, o en el seno de un procedimiento empresarial al amparo de los establecido en el art. 47 ET y art. 267.1.b) 1º LGSS.

La previsión resulta acorde con la finalidad pretendida en los concursos de acreedores referida a preservar la continuidad de la actividad empresarial; de no suspender el derecho a los trabajadores, las medidas no resultarían útiles, dado el perjuicio económico derivado de abonar las indemnizaciones causadas por la rescisión de sus contratos de trabajo.

XI. EXTINCIONES ARTÍCULO 50 ET DENTRO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El *ex* art. 64.10 LC, en la versión originaria del 2003 y ahora modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, planteaba muchas dudas. Intentando realizar un esquema sobre el tratamiento de la norma antes y después de la reforma del 2011, cabe exponer los problemas en el original de la norma y el estudio de la cuestión tras la reforma:

Versión original (2003) del art. 64.10 LC:

1. La fórmula para analizar el cómputo de las acciones resolutorias individuales consideradas colectivas no quedaba bien definido (10 trabajadores en empresas de menos de cien; 10 por ciento cuando la plantilla esté comprendida entre 100 y 300 y 25 por ciento si la plantilla es mayor de 300), al olvidar el caso de cese total de la actividad productiva y cierre de la empresa.
2. Surgía la duda, a la hora de concretar o precisar si debían ser acumuladas solo las extinciones individuales interpuestas al amparo del art. 50 ET, solicitadas tras la declaración del concurso, o también a las anteriores a las extinciones colectivas en proceso de tramitación en el seno del concurso.

Ante tal situación anterior a la reforma de 2011, ya había planteamientos, por parte de muchos autores, ordenados a “una interpretación literal y teleológica de la norma, que no es otro que dotar de un tratamiento unitario y homogéneo a todas las resoluciones”. Por tanto, la opinión mayoritaria iba encaminada a pensar que debería afectar tanto a las acciones resolutorias individuales anteriores, como a las posteriores al concurso, todo ello en aras del interés del concurso⁴⁸.

3.- Un último punto discutible era determinar la competencia del Juez de lo Mercantil, causada por la falta de precisión en el precepto⁴⁹.

En este sentido, la reforma de 2011 corrige una formulación confusa, compleja e ineficaz, intentando resolver estos puntos críticos relativos al *ex art.* 64.10 LC:

1. El primer elemento vendrá dado por la desaparición de los umbrales mínimos, al no ser exigidos ante las resoluciones individuales en concurso.
2. El segundo elemento sería el temporal, pues desaparece en los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso, cuando estén pendientes de

⁴⁸ GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo (II): El artículo 50.1.b) del ET y el nuevo régimen concursal” en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J.L., Dir.): *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada (Comares), 2006, pág. 310.

⁴⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores* de José María Ríos Mestre”, cit., pág. 6.

resolución social firme, quedando suspendidos hasta la firmeza del auto que pone fin al procedimiento de extinción colectiva, el cual producirá efectos de cosa juzgada. Sobre las demandas presentadas antes de la solicitud del concurso, el precepto no deja lugar a dudas, al hacer mención a este momento concreto, quedando fuera del alcance del procedimiento concursal⁵⁰.

3. El tercer elemento alude a la competencia a la hora de resolver este tipo de resoluciones de contratos de trabajo: el Juez de lo Social o el Juez de lo Mercantil. Deja claro, en este sentido, que será este último el encargado de tramitar las acciones individuales resolutorias una vez iniciado el expediente del concurso.

También ahora el art. 64.10 LC, deja de hacer referencia solo al art. 50.1.b) ET (“La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”) y amplía su tenor a todas las situaciones interpuestas al amparo del art. 50 ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado. Coordina, de esta manera, las tres causas que pueden acaecer, incluyendo la falta de ocupación efectiva, junto al incumplimiento grave empresarial; e iguala causas de despido muy diferentes: si la extinción voluntaria del trabajador fuera debida a la falta de cumplimiento grave del empresario, el despido sería considerado como improcedente en la vía ordinaria, con la consecuente diferencia de indemnización, teniendo derecho bajo tal situación a treinta y tres días de servicio por año trabajado, con un máximo de veinticuatro mensualidades, frente los veinte días por año de trabajo, con un máximo de doce mensualidades, en el caso de estar la empresa en concurso de acreedores.

Parece justo igualar esta indemnización a la correspondiente por despido colectivo obediente a causas objetivas, cuando la razón que lleva a esta extinción no es otra, sino la situación financiera de la empresa, la cual no le permite hacer frente al pago de los salarios o dar una ocupación efectiva al trabajador; en consecuencia, no puede existir una diferencia en la indemnización en función de ser considerada por despido improcedente o por causas objetivas: saldrían beneficiados unos trabajadores frente a otros por el único motivo del momento de presentar la demanda de despido, o por un aspecto numérico.

⁵⁰ RÍOS MESTRE, J.M.: “El art. 64.10 de la Ley Concursal: versión reformada 2011”, en AA.VV.: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2012, pág. 2.

A modo de ejemplo, para un mejor entendimiento sobre las extinciones de trabajo con fundamento en el art. 64.10 LC, cabe considerar las siguientes sentencias:

1.- Fecha de efectos de la extinción de los contratos de trabajo según sea un procedimiento concursal u ordinario⁵¹.

La totalidad de los trabajadores presentan demanda de conciliación solicitando la extinción de sus contratos de trabajo al amparo del art. 50.1.b), retrasos e impagos de salarios e inactividad laboral, en fecha 7.02.2006; la empresa se encuentra en situación de concurso por auto de fecha 21.2.2006. Celebrada la conciliación, los trabajadores presentan ante la Jurisdicción Social demanda de extinción con fecha 28.02.2006, la cual es remitida de oficio a la jurisdicción mercantil al considerarla competente para conocer de dicha acción.

La empresa solicita la extinción de las relaciones laborales por incumplimiento de las obligaciones contractuales colectivas.

El Juez de lo Mercantil convoca a los administradores concursales y al representante de los trabajadores a un periodo de consultas, en el cual alcanzan, el 15.05.2006, acuerdo donde queda estipulada una indemnización para los trabajadores de treinta días de salario por año de trabajo.

Los administradores concursales presentaron escrito ante el Juez de lo Mercantil solicitando el cierre de la totalidad de la explotación y actividad empresarial debido a la inexistencia de actividad. Por auto de 16.3.2006 fue acordado su cierre.

El Juzgado de lo Mercantil dictó auto autorizando la extinción de los contratos el 16.06.2006, fecha a partir de la cual tiene efectos la extinción de los contratos de trabajo. En este caso concurren dos situaciones diferentes: una en el seno de un procedimiento concursal [art. 267.1.a).1ª LGSS] y otra por resolución voluntaria [art. 50 ET]; en consecuencia, los trabajadores están en situación legal de desempleo a partir de la fecha del auto, debido a la declaración en concurso de la empresa con anterioridad a la resolución del Juez de lo Social, correspondiéndole la competencia al Juez del concurso.

⁵¹ STS 13 de abril de 2011 (Rec. 2149/2010).

El auto también hace referencia a la indemnización de veinte días por año trabajado (siendo este dato rectificado a una indemnización de treinta días por año trabajado por auto de fecha 22.10.2008).

El FOGASA procedió al abono de las indemnizaciones en función de veinte días de salario por año trabajado (con las limitaciones que marca la ley).

Los trabajadores denuncian al FOGASA ante el Juzgado de lo Social para que abone la indemnización de treinta días según acuerdo y conforme consta en el auto rectificado. El Juez de lo Social estima la demanda y condena al FOGASA a abonar la diferencia de las indemnizaciones.

El FOGASA presenta recurso de suplicación ante TSJ, el cual revoca la resolución del Juzgado de lo Social en atención a los rasgos diferenciales existentes entre una situación de concurso y una extraconcursal, resolviendo la disyuntiva al tener en cuenta la colectivización de la medida extintiva, siendo necesario suponer la aplicación del régimen de los despidos colectivos en todos los sentidos, lo cual implica también su extensión a las indemnizaciones. Por tal motivo procede aplicar el art. 53.1.b) ET, correspondiendo una indemnización de veinte días por año de servicios con un máximo de doce mensualidades, siendo la finalidad tratarlo como un problema colectivo, pues de hacerlo individualmente supondría un incremento sobre la masa del concurso. Todo esto teniendo en cuenta que el incumplimiento de la obligación del abono de los salarios está íntimamente ligada a la situación de la empresa.

Los trabajadores presentan recurso de casación para unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ y el TS desestima la demanda.

2.- Procede, a partir de auto del Juez de lo Mercantil, la extinción colectiva de los contratos de trabajo y su indemnización ante extinciones por despido tácito interpuesta en el Juzgado de lo Social⁵².

Un grupo de trabajadores interponen, el 27.05.2014, recurso de suplicación ante el TSJ contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil con fecha 16.05.2013, donde procedía la extinción colectiva de contratos de trabajo de una empresa en situación de concurso de acreedores, incluidos los de los trabajadores recurrentes, quienes habrían

⁵² STS 13 de abril de 2016 (Rec. 2874/2014).

formulando extinciones por despido tácito, declaradas despido nulo en fecha 19.06.2013 por el Juzgado de lo Social.

El Juez considera incuestionable que el auto de los despidos colectivos por el Juez de lo Mercantil fue anterior a la del Juez de lo Social, y por esa razón cronológica ha de valer la Ley Concursal; por tanto, el Juez del concurso actuó con plena jurisdicción y competencia para resolver la extinción. También tiene en cuenta cómo que la causa de las extinciones voluntarias viene dada por la negativa situación de la empresa, siendo la finalidad operada tras la reforma de 2011 del art. 64.10 LC que las acciones individuales interpuestas al amparo del art. 50 ET motivadas por causas económicas sean considerarán extinciones de carácter colectivo, todo ello en aras de la igualdad y de evitar el posible fraude causado por acciones distintas con resultados diferentes (como pueden ser: las indemnizaciones, la fecha de efecto en cuanto a la extinción, etc.) ante la misma situación.

3.- Consideración de extinciones colectivas dentro de un procedimiento concursal a pesar de no superar el umbral marcado en el art. 51.1.4º ET⁵³.

Los trabajadores, asistidos por un sindicato, solicitan por motivos de urgencia, al no percibir sus salarios ni poder acceder a otro puesto de trabajo, la extinción colectiva de los cinco contratos de trabajo; todo ello antes de ser emitido el informe de la administración concursal.

Mediante acuerdo, el Juzgado admite la extinción, al considerar la concurrencia de circunstancias suficientes para comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y apreciar la falta de existencia de contratos en la actualidad que permitan a la concursada ofrecer sus servicios, por lo cual no tiene sentido mantener la plantilla de trabajadores y otorga un periodo de quince días para la negociación. Esta finalización con acuerdo, siendo comunicado, tanto por la empresa como por la administración concursal.

Con posterioridad, entra en los Juzgados informe de la Delegación Territorial de Bizkaia del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, el cual establece la no consideración de despido colectivo al no alcanzarse el umbral mínimo exigido por el art. 51.1.4º ET de seis empleados. El Juez tiene en cuenta las reglas específicas que la LC, y

⁵³ AJM, núm. 1, Bilbao, 3 de marzo de 2005 (Auto núm. 67/2005).

más en concreto de su art. 64.10 LC, al considerar colectivas las acciones ejercidas por la empresa cuando afecten a la totalidad de la plantilla y, no exigir un número concreto. Obra, por tanto, fundamento suficiente para la tramitación del este expediente con carácter colectivo.

CONCLUSIONES

La Ley Concursal ha supuesto una auténtica revolución jurídica tanto de manera formal, por ser la primera vez que las relaciones laborales aparecen reguladas por una norma mercantil y procesal común, como en el ámbito material, pues su impronta ha venido a configurar un verdadero Derecho Especial del Trabajo para las empresas en situación actual o inminente de insolvencia.

Su contenido no ha supuesto, empero, grandes cambios en el Estatuto de los Trabajadores, salvo los más visibles relacionados en los arts. 32 y 33 ET, referidos a los privilegios de los créditos salariales y las prestaciones del FOGASA. Quizá las mayores novedades añadidas han sido la derogación del art. 51.10 ET, relativo a expedientes de regulación de empleo en el supuesto de declaración de quiebra, a cuyo tenor habrían de ser tramitados a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo, el cual ha quedado sin contenido; al tiempo, la aparición del nuevo artículo 57 ET, que deriva las situaciones de modificación, suspensión, extinción colectiva y sucesión de empresas a las especialidades previstas en la Ley Concursal.

Pero, a pesar de no ser de aplicación la normativa laboral, la verdad es que la Ley Concursal es un fiel reflejo de esta, en particular debido a que la nueva norma está obligada a respetar la regulación comunitaria, concretamente la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, así como porque ella misma se autolimita al establecer que, para su aplicación, procede tener en cuenta la interpretación y principios inspiradores de la regulación laboral (art. 8.2, completada esta por el art. 64.11 LC). En el envés, sus preceptos aparecen signados por una función solutoria, donde prima la satisfacción de los acreedores ante cualquier otra prioridad, lo cual lleva a una tensión evidente entre el despido colectivo ordinario y aquel acaecido dentro del concurso; a sus resultados, un trabajador puede salir mucho más beneficiado fuera del concurso, lo cual parece criticable de concebir un Derecho Laboral donde procedería considerar que los trabajadores no solo tienen un crédito pendiente de cobro, sino además pierden su trabajo.

Por razones de eficiencia, utilidad, práctica, agilidad del proceso y principio de unidad ha sido ampliado el mandato del Juez de lo Mercantil, pareciendo más lógico que sea el encargado de este tipo de cuestiones, pero sin ignorar el ordenamiento laboral, llamado a ser la guía para la solución de controversias.

La declaración de concurso no implica el cierre de la empresa. Procederá valorar cuáles son las mejores medidas para la continuidad de la misma, si hay viabilidad futura. La máxima de una empresa en concurso de acreedores es el interés del concurso en su conjunto, no perjudicando a los acreedores al aumentar los créditos contra la masa. Por ello, no será sencillo adoptar medidas tendentes al mantenimiento de puestos de trabajo, pues supondrá aumentar los créditos a partir de los salarios, lo cual claramente al orden laboral-social en beneficio de un orden jurídico-mercantil en el cual no siempre prevalece la continuidad de la empresa y, por tanto, de los empleos.

La ley, desde su creación, ha ido incorporando sucesivas reformas destinadas a aclarar y mejorar el texto primigenio o bien regular lagunas existentes. En concreto, y en referencia a las modificaciones del art 64 LC:

- La de 27 de marzo de 2009 determina de forma expresa el momento en el cual el Juez adquiere la competencia para conocer, en referencia a las extinciones de los contratos de trabajo o expedientes de regulación nuevos o aludiendo a “declaración del concurso” en contraposición a la expresión ambigua “solicitud de declaración” del texto anterior e introduce la mención específica a la viabilidad del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, lo cual redundará en una mayor preocupación por ámbito social.
- La de 3 de noviembre de 2009 introduce una modificación puramente competencial, al designar al Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia), en vez del Juez la competencia de recabar un informe de la autoridad laboral.
- La importante reforma de 10 de octubre de 2011 incluye la regulación de los traslados colectivos. Por otra parte, establece de forma precisa, remitiendo al art. 41.4 ET, la atribución de la representación de los trabajadores e incluye la posibilidad de: participación del concursado, solicitar la intervención de otras personas; viabilidad de acordar la sustitución del periodo de consultas por un procedimiento de mediación y arbitraje, o incluso de prescindir del periodo de consultas si hay acuerdo previo; especifica la necesaria inclusión de la identidad de los trabajadores e indemnización en el acuerdo; contempla un nuevo trámite de audiencia en el caso de no alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas; en fin,

amplía el carácter colectivo a todas las acciones resolutorias llevadas a cabo al amparo del art 50 ET, suspendiendo los procesos individuales tramitados en fecha posterior a la solicitud de concurso hasta la firmeza del expediente de extinción colectiva.

- Las sucesivas reformas de 2 de agosto de 2013, 28 de febrero de 2014 y 25 de mayo de 2015, o modifican reglas procedimentales, o limitan su quehacer a proporcionar una nueva redacción al texto para adaptarlo a la terminología actual.

El resultado de estas reformas es un texto legal más completo y preciso, si bien no aborda determinadas cuestiones como los derivados de las empresas patológicas, al no determinar con claridad la competencia del Juzgado de lo Mercantil o de lo Social en este tipo de “grupo de empresas”, donde una sociedad puede estar en concurso pero el resto no. Cuestiones siempre de difícil demostración, pues conlleva pruebas jurídico-mercantiles complejas, de las cuales podría resultar la falta de competencia del Juez del concurso si constata el vínculo societario múltiple.

Esta enumeración exhaustiva de los cambios, y el ejemplo seleccionado de una de las principales lagunas detectadas, sirven al propósito de una reflexión final: por mucho que la perfección técnica ayude de una solución más justa, a los problemas connaturales a una relación laboral, siempre cabrá añadir los adicionales derivados de su distorsionada finalidad en concurso, donde lo laboral está postergado. ¿Podría ser una solución justa la ejecución separada en una medida previamente determinada?

BIBLIOGRAFIA:

- ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La regulación judicial de empleo: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149, 2011.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.
- BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009.
- COSTA REYES, A.: *Los trabajadores en el proceso concursal*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2007.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro Despido Colectivo y Concurso de Acreedores de José María Ríos Mestre”, *Justicia Laboral*, núm. 52, 2012.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo (II): El artículo 50.1.b) del ET y el nuevo régimen concursal”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ J.L., Dir.): *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada (Comares), 2006.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso” en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO A.V., Eds. y Coords.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2011.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012*, Madrid (Tecnos), 2012.
- ORELLANA CANO, A.M.: *La Problemática laboral en el concurso de acreedores*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017. Recuperada de <http://eprints.ucm.es/41091/1/T38340.pdf>.
- RÍOS MESTRE, J.M.: “El art. 64.10 de la Ley Concursal: versión reformada 2011”, en AA.VV.: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Cizur Menor, (Civitas/Thomson), 2012.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI. E.: “El ere concursal y el RDL 3/2012”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, BIB 2012/773.