

EL ASPECTO SOCIAL DEL CONCURSO. PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

ISABEL OLMOS PARÉS

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

EXTRACTO: Análisis de los aspectos sociales de la Ley Concursal, y de su proyectada reforma. Problemas que plantea la aplicación de la norma actual, y soluciones propuestas por el proyecto de reforma legal.

Palabras Clave: Ley Concursal. Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Despido. Extinción del contrato de trabajo.

ABSTRACT: Analysis about the social aspects of the Bankruptcy Act, and its planned reform. Analysis about the problems arising from the implementation of the current act, and proposed solutions for the legal reform project.

KEY WORDS: Bankruptcy Act. Collective Labour Law. Individual Labour Law-D dismissal. Contract of employment termination.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIAS DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DEL JUEZ SOCIAL: 1. Medidas colectivas. 2. Altos cargos. 3. Convenios Colectivos estatutarios. III. EXPEDIENTE DEL ART. 64 1º LC: 1. Supuesto de previo ERE en la Autoridad Laboral. 2. La legitimación en el ERE concursal. Los representantes legales de los trabajadores. 3. Presupuesto objetivo. Grupo de empresas. 4. Momento de la solicitud. Regla general y excepción. 5. Apertura de períodos de consulta. Composición de las mesas de negociación. Ausencia de período de consultas. 6. Indemnización pactada. Cuantía. Elevación del mínimo de derecho necesario (20 días). 7. Mayoría requerida. 8. Contenido del Auto: Extintivo o autorizante. 9. Recursos contra el auto del juez del concurso. IV. MECANISMO PARA HACER VALER LA CONCURSALIDAD DE DETERMINADAS ACCIONES INDIVIDUALES DEL ART. 50 1º B) DEL E.T. AL AMPARO DEL ART. 64 10º DE LA LC.: 1. Problemas de competencia. 2. Solución del Proyecto de Reforma de la LC.

I. INTRODUCCIÓN

En el Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 1 de abril de 2011 se publica el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal de 31 de marzo de 2010. Esta reforma y lo que concierne a los aspectos laborales del concurso centrará ese trabajo.

II. COMPETENCIAS DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DEL JUEZ SOCIAL

1. Medidas colectivas

Es sabido que la delimitación de competencias entre el juez social y el juez mercantil es una de las cuestiones que más problemas planteó la Ley Concursal. La regla general es que la distinción se producirá distinguiendo si estamos ante una medida de carácter colectivo o no y para ello hay que acudir a la legislación laboral, y concretamente al Estatuto de los Trabajadores donde se distingue cuándo éstas medidas son colectivas. La anterior redacción del art. 64 1º de la LC hacía dudar de si también las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo debían ser colectivas para entrar dentro de la competencia del juez del concurso. Ahora, para disipar las dudas de la redacción vigente del art. 64 de la LC, el Proyecto ya indica que respecto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la competencia del juez del concurso será respecto a *"las de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos"*.

Las materias pues que se sustraen al conocimiento de los jueces de lo social son las referentes a modificaciones, suspensiones o extinciones de contratos de trabajo que sean legalmente consideradas como colectivas. Suspensiones y extinciones colectivas son aquéllas que afecten, en un periodo de noventa días, a diez trabajadores en las empresas que ocupen a menos de cien, al diez por ciento de los trabajadores de las empresas que ocupen entre

cient y trescientos, y a treinta trabajadores al menos en las empresas que ocupen trescientos o más (art. 51.1 ET). A su vez, son modificaciones colectivas de condiciones de trabajo las que afecten a condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los mismos en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos. Ahora bien, se considera que no tienen carácter colectivo las modificaciones funcionales y de horario que afecten, en un período de noventa días, a un conjunto de trabajadores que no alcancen los umbrales numéricos o porcentuales a que nos hemos referido (art. 41.2 ET).

2. Altos Cargos

También existen competencias del juez del concurso en relación a la extinción y suspensión de los **altos cargos** según se establece en el art. 65 LC. En la redacción actualmente vigente, la única competencia del juez del concurso es para moderar la indemnización. Los supuestos son dos:

1. La extinción (sin preaviso) y cuya indemnización (la pactada en el contrato) puede ser moderada por el juez del concurso hasta el límite mínimo de la indemnización prevista en la legislación laboral para el despido colectivo. En el R.D. 1382/1985 existe plazo de preaviso en caso de desistimiento (que es el de tres meses)
2. La suspensión (sin E.R.E.) de la relación laboral del alto cargo que no requiere de requisitos formales y que ampara que el alto cargo pueda extinguir el contrato de alta dirección (con preaviso de un mes-frente a los tres meses del R.D. 1382/1985).

En ambos casos, su tratamiento dentro del concurso será el de autorización judicial para el recorte o aplazamiento de la indemnización por el cauce de art. 188 LC. Hasta la fecha se ha venido diciendo que nunca será de aplicación el incidente concursal directo deducido por la administración concursal frente al directivo. Pero en el Proyecto de Reforma de 2011 (igual que el Anteproyecto) se modifica el art. 65 1º y se establece que *"La decisión de la administración concursal podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral y que "la sentencia que recaída será recurrible en suplicación"*.

Entiendo que de prosperar la reforma anunciada en el Proyecto de Ley para la reforma de la LC, la competencia antes discutible del juez mercantil para dilucidar sobre la procedencia de la medida de extinción o suspensión del contrato del alto cargo es clara al señalar el precepto que la decisión de la Administración concursal, esto es, la de suspensión o la de extinción, puede ser impugnada ante el juez del concurso.

En todo caso, sigue vigente la modificación que la ley concursal hizo del régimen jurídico de los altos cargos previsto en el R.D. 1382/1985 al establecer, por un lado, un plazo de preaviso para que el alto cargo anuncie su decisión de extinguir de 1 mes frente a los 3 meses de la normativa especial sin que nada diga sobre el plazo de preaviso que debe cumplir el deudor o la administración concursal en caso de desistimiento que el art. 10 1º del Real Decreto citado fija en tres meses.

La otra modificación fue que dicha indemnización puede moderarse por el juez del concurso, quedando sin efecto la que se hubiere pactado en contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido objetivo, que es la del art. 51 8º E.T. (20 días de salario por años de servicio). Lógicamente de no haber pactado indemnización será la legalmente establecida y de cuantía inferior a la de 20 días. Igualmente, puede la administración concursal solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación: ello por la posibilidad de que el alto cargo haya incurrido en responsabilidad.

3. Convenios Colectivos estatutarios

En la actualidad tras la reforma operada por la Ley 35/2010 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, es el art. 41 6º del E.T. el que regula la modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos estatutarios estableciendo que tanto sean de sector como empresariales podrán ser modificados en cualquier momento por acuerdo y conforme a lo previsto en el art. 41 4º ET (período de consultas). Véase como tras la reforma laboral, cualquier materia puede ser objeto de modificación, cuando antes el art. 41 2º 3º párrafo sólo permitía modificar condiciones previstas en Convenio Colectivo estatutario por acuerdo y en relación a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento (nunca la jornada de trabajo, o las funciones). Dicha modificación estatutaria se traslada ahora también al art. 66 de la LC que no es más que reiteración de la norma laboral citada.

III. EXPEDIENTE DEL ART. 64 1º LC

1. Supuesto de previo ERE en la Autoridad Laboral

Existe una alta probabilidad de que en el momento de solicitarse la declaración de concurso o en el momento de la declaración de concurso, se esté tramitando por la empresa un ERE ante la Autoridad Laboral. Tratándose el ERE de un expediente administrativo era fácil concluir que las actuaciones practicadas ante la Autoridad Laboral no podían conservar su validez y que desde la declaración del concurso (antes de la reforma de la Ley concursal de marzo 2009, desde la solicitud), la competencia pasaba a ser del juez del concurso y la Autoridad Laboral debía archivar el expediente. Habida cuenta que el ERE administrativo se asemeja al expediente judicial concursal, el proyecto de reforma de 2011 propone que:

“Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el Secretario Judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el Juzgado.

Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiere recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución".

La reforma aboga pues por la solución de que se remita sin más lo actuado al juez del concurso (en el Anteproyecto se barajaba otra alternativa, la de que siguiera conociendo la Autoridad Laboral). La solución del Proyecto permite que, en aquellos casos en que el expediente administrativo estuviere muy avanzado y a punto de resolverse, sea preciso iniciar de nuevo el expediente en virtud de solicitud de extinción colectiva de contratos al juez mercantil aprovechando todo lo actuado ante la Autoridad Laboral que por otra parte, como digo, guarda gran similitud con el ERE concursal.

2. La legitimación en el ERE concursal

Los representantes legales de los trabajadores. En caso de inexistencia de representación legal de los trabajadores, el Proyecto de ley para la reforma de la LC establece que *"En el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41 4º del E.T. (en el ANTEPROYECTO se decía que "podía" designar, si su número es igual o superior a diez, hasta un máximo de cinco representantes, salvo que el juez del concurso de oficio o a solicitud de la administración concursal acuerde, en su lugar, la intervención de los sindicatos más representativos)".*

Obsérvese que lo que pretendió el Anteproyecto era la incorporación a la LC de lo previsto en el art. 4 de1 Reglamento aprobado por R.D. 43/1996 que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos y al mismo tiempo, el sistema previsto en el actual art. 51 2º 4º párrafo y art. 41 4º, ambos del E.T. tras la reforma operada por la conocida Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010 de 17 de septiembre, que entre otras cosas otorga a los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa siempre que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo, la designación de una comisión formada por tres miembros para negociar el acuerdo de que se trate. Pero el art. 41 4º del ET prevé también (a raíz de la reforma) que esa comisión formada por tres miembros fuera designada por los propios trabajadores de la empresa de forma democrática. El proyecto de reforma opta pues por cualquiera de esos dos sistemas previstos en el art. 41 4º del E.T. y rechaza el previsto en el R.D. 43/1996.

3. Presupuesto objetivo

Grupo de empresas. Dice el art. 64 4º de la LC que *"La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación"*. Por otra parte, con arreglo al art. 64.11 LC, a fin de colmar los vacíos de normativa del expediente laboral colectivo concursal se aplicará la legislación laboral, lo que supone la

aplicación del régimen de las previsiones legales de arts. 40, 41, 47 y 51 ET, en los términos que actualmente se encuentran vigentes tras la reforma laboral de la Ley 35/2010.

Por consiguiente, las causas en concreto, dentro de la situación concursal, son las descritas en arts. 40.1, 41.1 y 51.1 y 12 ET, para cada medida, habida cuenta que sólo cuando en la legislación laboral tales son las invocadas procede conceptuar como colectivas las medidas, o por lo menos, tramitarse como tales, siempre además que concurren los criterios cuantitativos de trabajadores afectados por empresa, o en su caso, conforme al criterio del título o de los efectos colectivos.

Especial problemática se presenta, sin embargo, en caso de grupos de empresas. Tratándose el concurso de un procedimiento que hace referencia a una sola persona, física o jurídica (salvo que el concurso se declare de forma conjunta de varias empresas), la redacción vigente del art. 64 no tiene en cuenta el hecho de que la concursada forme o no parte de un grupo de empresas, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción social en la que se tiene en cuenta, en las extinciones por causas económicas, la situación económica de todo el grupo.

La reforma presentada por la propuesta de Anteproyecto de 2010 establecía al respecto en el art. 64 4º segundo párrafo (nuevo) que:

"Para la valoración de esas circunstancias se tendrá en cuenta las situaciones de unidad de empresa. La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación".

En la práctica, sólo en ocasiones se había tenido en cuenta la existencia de grupo por ejemplo frente al trabajador que impugna el auto de extinción por el llamado incidente concursal laboral¹.

Pero el Proyecto de Ley de reforma abandona dicha posibilidad de manera que a los efectos de justificar las causas motivadoras de las medidas colectivas nada dice en relación a la posible existencia de una unidad empresarial o grupo y es en el art. 64 5º LC, referido al período de consultas, en donde se prevé la posibilidad de que participen "otras personas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada".

Y se elimina también lo que contenía la propuesta de Anteproyecto de reforma concursal relativa a la existencia de grupo en el art. 64 5º cuando decía: "Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Igualmente, en los supuestos de unidad de empresa entre la concursada y otras empresas, las menciones del plan de viabilidad deberán considerar la totalidad de la unidad empresarial.

De esta forma, la solución del Proyecto es la misma que la actual, esto es, que la existencia de grupo empresarial no se va a tener en cuenta a la hora de determinar las causas

1 Ver sentencia de 25-5-2007 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao, autos nº 142/07, en pieza de impugnación del auto del art. 64 LC seguido dicho expediente con nº 108/07 que establece que no es disponible cuestiones tales como la antigüedad de los trabajadores afectados por las medidas y estima la mayor antigüedad del trabajador por apreciar la existencia de grupo de empresas habiendo prestado servicios el trabajador para varias de ellas, aplica la doctrina social del TS sobre grupo de empresas.

que motivan las medidas colectivas solicitadas y sólo será en la negociación prevista en el período de consultas donde se podrá autorizar por el juez del concurso que formen parte de la negociación, otras personas (empresas) que junto con la concursada conforme una unidad de empresa o grupo empresarial lo que ya ha sucedido en la práctica².

4. Momento de la solicitud. Regla general y excepción

La regla general sigue siendo la de que la solicitud de las medidas colectivas debe realizarse después del informe de la Administración y la excepción, antes de la emisión de dicho informe, pero *desde la declaración del concurso* (según la reforma operada ya por R.D. 3/2009) estableciendo el Art. 64 3º dicha posibilidad anticipada cuando: "la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o *causar grave perjuicio a los trabajadores*" (también tras la reforma operada por R.D.L 3/2009). Estas circunstancias que permiten la solicitud ya desde la declaración del concurso deberán ser acreditadas y el juez del concurso deberá admitir expresamente la existencia de las mismas mediante auto accediendo a la tramitación del expediente en cuestión antes del momento-regla general. La reforma operada en la LC por R.D. 3/2009 lo fue en consonancia con el art. 51 9º del E.T. en cuanto otorga la legitimación a los trabajadores a través de sus representantes para instar la incoación de un ERE en caso de perjuicios de imposible o difícil reparación lo que ya había sido aplicado por la jurisdicción mercantil en virtud de la remisión del art. 64 11º a la legislación laboral³.

5. Apertura de períodos de consulta

Composición de las mesas de negociación. Ausencia de período de consultas. La composición de las mesas de negociación no debe ser estricta, es decir, no debe limitarse a sólo la Administración concursal y la representación de los trabajadores sino ampliada añadiendo al deudor, a la Administración Laboral y a técnicos y auxiliares. Pero llama la atención en la redacción actual la exclusión del empresario (o del "deudor", según la cambiante expresión de la Ley Concursal) en las consultas, máxime cuando la solicitud de las medidas puede haberla formulado el mismo. Nos encontramos así ante el absurdo de que unas medidas pretendidas por el empresario, y documentadas y justificadas por él, incluido en su caso el plan de futuro al que se refiere el segundo párrafo del art. 64.5, pueden ser sólo discutidas por la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

El sinsentido llega a su máximo si lo que se pretende a través del procedimiento concursal es la recuperación de la solvencia de la empresa, su mantenimiento en manos del

2 Así en el caso Delphi (Juzgado mercantil nº 1 de Cádiz, autos 84/2007).

3 Sin embargo, en ocasiones se ha admitido la solicitud con anterioridad a la emisión del Informe aún cuando no se haya podido garantizar la continuidad de la actividad empresarial en el caso Delphi en cuyo auto (Auto mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007, autos 84/2007) se distingue entre la viabilidad del concurso y de la satisfacción de los acreedores alegado por la concursada que es quién solicitó la extinción de los contratos y la viabilidad de la empresa y se valora, en cambio, el hecho de que las Administraciones Públicas se impliquen en la recolocación de los afectados, las dificultades de liquidez para el pago de los salarios que podrían desembocar en reclamaciones por la vía del art. 50 1 b) del E.T. o la posibilidad de adoptar medidas complementarias a través de un plan social.

mismo empresario (sin venta judicial de la misma) y la conservación de la actividad y del empleo en ella⁴.

La propuesta de Anteproyecto de reforma de la LC de 2010 fue la de introducir en el art. 64 5º, la posibilidad de que el concursado entrara en la negociación señalando que "el juez citará al concursado, a..."; así como la introducción de un párrafo (2º) al art. 64 5º que dijese: "En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas". Y lo mismo se contiene en el Proyecto de Ley de reforma de la LC de 2011. En todo caso, parece excluir al concursado cuyas facultades de administración y disposición estén suspendidas en cuyo caso ya no será convocado al período de consultas.

Y como novedad ya apuntada anteriormente es la contenida en el art. 64 5. 3º párrafo, referido al período de consultas, en donde se prevé la posibilidad de que participen "otras personas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada", a instancia de los representantes de los trabajadores o de la administración concursal, lo que apunta a la posibilidad de que en caso de grupo de empresas, intervenga la empresa matriz o dominante o cualquiera de las empresas del grupo.

En otro orden de cosas y cuanto a la propia negociación, nada impide que se siga manteniendo una cierta dosis de flexibilidad; por ejemplo cuando las partes presentan a la consideración judicial un acuerdo sin que formalmente hubiera sido convocado por el mismo juez el preceptivo período de consultas⁵. O cuando no hay acuerdo en dicho período pero si aceptación extemporánea de una oferta por parte de los trabajadores⁶.

Así, la reforma propuesta por el Anteproyecto se hizo eco de la práctica forense y señalaba que "El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas". Y en el mismo sentido se propone en el Proyecto de Ley de Reforma Concursal en el art. 64 6º LC.

Especial consideración merece el *mecanismo de conciliación o mediación previsto en acuerdo interprofesional, o convenio colectivo* de los regulados en el art. 83 del E.T. En la actualidad, los arts. 40 2º último párrafo, art. 41 4. 5º párrafo, art. 51 4. 6º párrafo, todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma operada por la Ley 35/2010 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, ya prevén la posibilidad de que en cualquier momento se sustituya el período de consultas previsto en dichos preceptos por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa y que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

En relación a la aplicación de dichos procedimientos en sede del expediente concursal

4 Ver Auto mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007, autos 84/2007 sobre flexibilización de la composición de la mesa negociadora y auto juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao de 29 de enero de 2009 en autos 623/08 que establece que no es preciso la anuencia de la concursada respecto del acuerdo alcanzado por las partes en el que se eleva la indemnización mínima ni tampoco es preceptivo su participación .

5 Ver auto del juzgado de lo mercantil de Madrid de 8 de noviembre de 2006 (autos 674/2005).

6 Ver sentencia del juzgado de lo mercantil nº 1 de Valencia de 22 de marzo de 2006 en proc.11/2006.

del art. 64 LC, la doctrina, aún cuando con dudas, había dicho que no existe ninguna prohibición expresa de que pueda producirse una mediación, o incluso la sumisión a arbitraje en el caso del art. 64 LC. En mi opinión si se busca un acuerdo válido vinculante, éste puede consistir en el sometimiento a árbitros de designación institucionalizada en convenio colectivo.

La reforma propuesta por el Anteproyecto de 2010 nada decía al respecto pero si lo hace el Proyecto de Ley de 2011 al señalar en el art. 64 5. 6º párrafo que *"El juez, a instancia del concursado, de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación y arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período"*. De este modo, de prosperar la reforma, el mismo mecanismo de mediación y arbitraje utilizado extraconcursalmente, cuando la empresa pretenda adoptar una medida colectiva será utilizable también dentro del procedimiento concursal.

6. Indemnización pactada. Cuantía. Elevación del mínimo de derecho necesario (20 días)

En este punto es ya pacífico en la doctrina judicial mercantil la posibilidad de que, en virtud de pacto individual o colectivo, se pueda fijar una cuantía superior a la que prevé el art. 51.8 ET (20 días por año de servicio) y la posibilidad de que el juez concursal homologue un acuerdo de despido colectivo, cuando éste contemple indemnizaciones superiores aunque era discutible si debe vincularse ese pacto a la existencia de capacidad financiera en la concursada para hacer frente al pago. Pero no es discutible el hecho de que es posible superar el mínimo legal, que no es Derecho necesario absoluto⁷. Y por ello se concluye que puede resolverse un despido colectivo con pacto en el que se acuerde la concesión de indemnizaciones por encima de las previstas legalmente⁸.

7 Por todas SSTs (IV) de 21 de enero de 1997, o 10 de diciembre de 2002.

8 Ver STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2007 (recurso nº 2168/07) para un supuesto de concurso del empresario en el que se pacta en consultas una indemnización superior y el acuerdo se declara nulo parcialmente por condicionarse la percepción de dicha indemnización a la declaración de la responsabilidad solidaria de otra empresa en un proceso social independiente; Auto juzgado de lo mercantil de Álava, Vitoria de 19 de diciembre de 2005 (autos 99/2005) que aprueba acuerdo con 33 días confirmado por la STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 (recurso nº 1393/2006) que además de establecer el carácter de mínimo de derecho necesario de la indemnización del art. 51 8º del E.T. y el hecho de que ni esta norma ni la LC instauran expresamente topes indemnizatorios en este ámbito; Auto juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao de 29 de enero de 2009 (autos 623/08) que acepta la indemnización pactada antes de finalizar el período de consultas (veinte días por año trabajado con tope de doce mensualidades, más una indemnización adicional de 2,5 meses de coste salarial total, incluyendo Seguridad Social, que se repartirían linealmente todos los trabajadores) y a la que se opone la concursada que no participó en el acuerdo; Auto mercantil nº 3 de Barcelona de fecha 19-5-2008 (en expediente 95/2008 dimanante de concurso 700/07) que acuerda la extinción (sin acuerdo) con 45 días de indemnización por no apreciar causas objetivas extintivas (la insolvencia fue provocada por el socio y principal cliente de la concursada) frente a la opción más perjudicial para la masa de denegar la extinción de los contratos que solicitó la propia concursada; STSJ de Asturias Sala Social de 27-4-2007 que anula acuerdo alcanzado en período de consultas en el que el Fogasa no fue parte y en el que se pactan 30 días de salario en concepto de indemnización a repartir entre empresa concursada y Fogasa de modo que éste asume más de lo que por ley le corresponde y la empresa menos de los 20 días de mínimo legal, recurre FOGASA y se revoca auto mercantil.

En la propuesta de Anteproyecto para la reforma de la LC se dijo expresamente que: *"En el acuerdo se fijarán las indemnizaciones (en el Proyecto-que se ajustarán a lo previsto-) previstas en la legislación laboral, salvo que se pacten de forma expresa otras superiores"*. Ahora además en el Proyecto de Ley para la reforma concursal de 2011 se añade la expresión *"salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso..."*. De este modo se admite ya lo que en la práctica venía sucediendo, esto es, pactar indemnizaciones superiores a 20 días pero por otro lado, se permite que el juez del concurso no acepte este punto del acuerdo cuando ponderando los intereses afectados en el concurso que no son otros que los intereses de los acreedores se entienda que no es posible financiera o económicamente superar ese mínimo.

Es interesante sobre este extremo, las resoluciones judiciales que hasta la fecha han establecido indemnizaciones superiores a las legales en defecto o por nulidad del acuerdo colectivo cuando existe prueba en las actas del período de consultas de una oferta en firme de la administración concursal superior al mínimo, rehusada por la representación legal de los trabajadores, lo que, por el contrario, no ha habido sucedido en los ERE resueltos por la Autoridad Laboral ni en el proceso social⁹.

7. Mayoría requerida

La Ley Concursal exige que el acuerdo se adopte por la mayoría de los miembros de Comité o Comités o Delegados de personal o de las sindicales si las hubiere y ahora el Proyecto añade *"o la mayoría de la comisión de trabajadores"*, siempre que éstas en su conjunto representes la mayoría de aquellas. El acuerdo se documenta a medio de acta o actas con o sin acuerdo con la comunicación de que ha finalizado el período de consultas. En todo caso es exigible el Informe del Comité de empresa ex art. 64 1º E.T., que deberá acompañarse con la documentación a la que se ha hecho referencia anteriormente.

8. Contenido del Auto: Extintivo o autorizante.

A. Pronunciamiento abstracto o concreto de la extinción colectiva

Si bien no ha existido hasta la fecha existe unanimidad acerca de si el juez del concurso debe concretar los trabajadores afectados en el auto de extinción (o de otra medida colectiva), pues existen circunstancias en determinados concursos en el que la solución más práctica es dejar para un momento posterior la determinación de los trabajadores afectados por la medida¹⁰, en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal, se modifica el art. 64 6º que regula

9 Ver auto del juzgado de lo mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, aún cuando no hubo acuerdo, aceptó la última oferta de la empresa y de la administración concursal estableciendo una indemnización de 30 días de salario por año de servicio con el límite de 18 mensualidades y el Auto del juzgado de lo mercantil nº 2 de Bilbao de 1 de febrero de 2007 (en expediente 376/96 dimanante de concurso nº 334/06) donde se argumenta excepcionalmente el pronunciamiento de indemnización superior a la legal, ofrecido formalmente en el expediente a pesar de que ni siquiera hubo negociación entre administración y representación de los trabajadores.

10 Ver sentencia de 25-5-2007 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao, autos nº 142/07, en pieza de impugnación del auto del art. 64 LC seguido dicho expediente con nº 108/07 que establece que no es disponible cuestiones tales como la antigüedad de los trabajadores afectados por las medidas.

el acuerdo adoptado en el período de consultas señalando que *"en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados"*. Hasta ahora, en general la tendencia era que el juez del concurso adoptara una postura pasiva propiciada por la propia LC en el sentido de que aceptar los términos del acuerdo, y por ello, también, la concreción o no de los trabajadores afectados. Pero si prospera la reforma, parece que el auto del juez del concurso deberá también identificar a los trabajadores afectados al exigir que el acuerdo los identifique. Caso de no haber acuerdo, entonces seguirá siendo posible el mero auto autorizante.

B. Existencia de acuerdo y defectos del mismo

Dice la LC que, en el caso de que el juez aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado, deberá acordar la nulidad del acuerdo y resolver sobre las medidas solicitadas estimando las mismas en todo o en parte. Recordemos aquí que en el supuesto de expedientes de regulación de empleo en empresas que no están en situación de concurso, la Autoridad Laboral de apreciar en el acuerdo fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, presentaba de oficio demanda en virtud de lo que establece el art. 146 b) de la L.P.L. a fin de que el juez social se pronunciara sobre la existencia de dichos vicios y acordara en su caso la nulidad del acuerdo.

Sobre este punto, nada se modifica en el Proyecto de Reforma de la LC y por ello seguirá siendo el juez mercantil quién resolverá sobre dichas posibles causas de nulidad del acuerdo y al mismo tiempo sobre las medidas solicitadas.

Sobre el contenido del auto en aquellos supuestos, pocos, pero reales en los que el juez mercantil no aprecia la existencia de causas objetivas¹¹, y dado que el juez mercantil deberá resolver lo que proceda conforme a la legislación laboral ex art. 64 11º de la LC, debe señalarse que en la actualidad y tras la reforma laboral ya vigente (Ley 35/2010) será difícil encontrarnos ante tales supuestos pues hallándonos ante una extinción colectiva de los contratos de trabajo, el juez deberá valorar si dicha extinción está fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de conformidad al art. 51 1º del E.T. y aún cuando el art. 64 contiene su propia fórmula, que es la de que *"habrá que justificar que las medidas extintivas aseguran la viabilidad futura de la empresa y del empleo"*, la misma ya no se contiene en el art. 51 1º E.T. tras su reforma por la Ley 35/2010 donde ahora se establece, en relación a las causas técnicas, organizativas o de producción, que *"las medidas adoptadas contribuyan a prevenir una evolución negativa o a mejorar su situación"*. Cuando las causas sean económicas (una situación económica negativa), el art. 51 1º sólo exige que las medidas propuestas contribuyan a "preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado" (antes "superar una situación económica negativa"), lo que evidentemente no es tan exigente como lo que exige el art. 64 4º LC. Es razonable pensar, sin embargo, que por aplicación supletoria de la legislación laboral, el juez mercantil podrá apreciar también dicha finalidad.

11 Ver el Auto mercantil nº 3 de Barcelona de fecha 19-5-2008 (en expediente 95/2008 dimanante de concurso 700/07) que acuerda la extinción (sin acuerdo) con 45 días de indemnización por no apreciar causas objetivas extintivas (la insolvencia fue provocada por el socio y principal cliente de la concursada) frente a la opción más perjudicial para la masa de denegar la extinción de los contratos que solicitó la propia concursada.

En todo caso, la doctrina de los juzgados de lo mercantil ha apreciado justificada la extinción colectiva de contratos en casos de que "todos o parte de los trabajadores carezcan de ocupación efectiva"¹² o en el caso de que "el despido colectivo de una parte de la plantilla es un mal menor que evita el mal mayor que supondría la destrucción de la totalidad de los puestos de trabajo y la desaparición definitiva de la empresa"¹³.

9. Recursos contra el auto del juez del concurso

A. Recurso de suplicación.

El mismo procede en relación a las causas que motivaron la adopción de las medidas colectivas, su alcance, y el contenido del acuerdo. Nada indica el art. 64 8º sobre quién está legitimado para recurrir lo que sí lo hizo la reforma propuesta por el Anteproyecto del 2010 que señala: "*Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales*". En el mismo sentido se contiene en el Proyecto de Ley de reforma de la LC de marzo de 2011.

Vemos como en la reforma se reconoce expresamente la legitimación para recurrir del concursado y del FOGASA que es parte del expediente. También se regula el vacío existente en cuanto al plazo para que los trabajadores pudieran presentar demanda de incidente concursal como se verá. Otro punto a tratar será el del depósito y la consignación necesaria para recurrir. Así el art. 227 exige un depósito para recurrir en suplicación y el art. 228 señala que "*Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de créditos y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre del Juzgado o de la Sala de instancia, la cantidad objeto de la condena*". De dichos requisitos se libran los trabajadores o sus causahabientes al gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 2 letra d) de la Ley de Asistencia jurídica gratuita 1/1996 de 10 de enero), de tal manera que si el recurso de suplicación lo interponen los trabajadores no se les exigirá ni el depósito previo ni la consignación de las cantidades fijadas por el auto. En el caso de que quién recurra sea la administración concursal o el propio empresario si no se halla suspendido en sus facultades, entonces se les exigirá ambos requisitos, lo cual resulta paradójico en una empresa que se halla en situación de concurso. Pero como nada dice la reforma propuesta por el Proyecto de Ley que estamos analizando, la situación se mantiene inalterada.

Por último señalar que el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución

12 Ver auto juzgado de lo mercantil de Santa Cruz de Tenerife de 23 de enero de 2006 (Procedimiento 5/2005).

13 Ver auto juzgado mercantil de Madrid de fecha 27 de enero de 2005 (Procedimiento 43/2004).

administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

B. Incidente concursal laboral

La cuestión que se plantea muy habitualmente con la redacción actual es la siguiente: ¿Qué plazo tiene el trabajador para reaccionar contra el auto en lo que se refiere a la relación laboral individual?. Las respuestas podían ir desde el plazo de caducidad de veinte días del artículo 59 3º y 4º del ET al plazo del artículo 51 del ET para impugnar la resolución administrativa que autoriza despidos colectivos o incluso el plazo de prescripción de un año para las acciones derivadas del contrato de trabajo ex art. 59 1º del E.T.

La reforma propuesta por el Anteproyecto del 2010 y de la misma manera el Proyecto de Ley establecen que: "Las acciones que los trabajadores o *el Fondo de Garantía Salarial* puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. *El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso.* La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación".

Aunque parece, según la redacción de la norma incluso tras la reforma, que no procede tramitar por el incidente concursal laboral las pretensiones de trabajadores concretos que no han sido incluidos en la lista, pues para ello estaría el recurso de suplicación por la representación de los trabajadores, es lógico concluir que también puede ser utilizado dicho incidente laboral concursal en estos casos por razones no sólo de economía procesal sino de seguridad jurídica. Que dicho incidente lo regula el art. 195 de la LC que lo denomina expresamente incidente concursal en materia laboral¹⁴.

IV. MECANISMO PARA HACER VALER LA CONCURSALIDAD DE DETERMINADAS ACCIONES INDIVIDUALES DEL ART. 50 1 B) DEL E.T. AL AMPARO DEL ART. 64 10º DE LA LC

1. Problemas de competencia

Los mayores problemas que ha planteado el art. 64 10º de la LC han sido los problemas de competencia¹⁵. Y al problema de determinación de la competencia a uno u otro orden

14 Ver sentencia de 25-5-2007 del juzgado de lo mercantil nº 1 de Bilbao, autos nº 142/07, en pieza de impugnación del auto del art. 64 LC seguido dicho expediente con nº 108/07 que establece que no es disponible cuestiones tales como la antigüedad de los trabajadores afectados por las medidas y estima la mayor antigüedad del trabajador por apreciar la existencia de grupo de empresas habiendo prestado servicios el trabajador para varias de ellas y aplica la doctrina social del TS sobre grupo de empresas.

15 Ver por todas la STSJ de Galicia de 5-10-2005, recurso 3753/2005 seguida por otras de la misma Sala de lo Social de 23 de octubre de 2009 (Recurso nº 3460/2009) o la de 13 de abril de 2010 (Recurso nº 5587/2009) en las que se dice que para delimitar "...la competencia de la Jurisdicción Social frente a la Jurisdicción Mercantil...debemos atender al momento de presentación de la demanda rectora de actuaciones, porque la norma general en nuestro derecho procesal, de profunda raigambre histórica, es la llamada *perpetuatio iurisdictionis*, que, en los términos de

jurisdiccional se une la dificultad a la hora de interpretar el sistema de conversión en colectiva de una suma de acciones individuales previsto en el art. 64 10º de la LC. Hasta la fecha los problemas que se plantean y las soluciones que se han dado son las que se exponen a continuación.

El art. 64 10º de la LC tal y como está redactado en la actualidad establece que "*Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes*". Al margen de los umbrales numéricos que establece, muy similares a los del art. 51 1º del ET aunque no idénticos, cabe afirmar que respecto a las demandas interpuestas con anterioridad a la declaración del concurso ante el Juez de lo Social, éste no pierde su competencia desde la declaración del concurso a favor del Juez de lo Mercantil, pues tal consecuencia no se deriva de la literalidad del citado artículo donde la referencia a un momento concreto -la declaración del concurso- lo es a efectos del cómputo de los umbrales numéricos. Ni se deriva de la generalidad de redacción de los artículos 8.2 y 64.1 de la Ley Concursal, donde se alude literalmente a "acciones sociales", y no a acciones individuales que, atendiendo al artículo 64.10 de la Ley Concursal, se asimilan a colectivas, pero que no lo son más que a efectos de esa norma.

Otra cosa es que a los efectos de la superación de los umbrales numéricos del artículo 64.10 de la Ley Concursal, se deben considerar todas las acciones, incluso las anteriores a la solicitud de declaración del concurso, en cuanto que, literalmente entendido, el inciso "desde la declaración del concurso" se refiere, no a "las acciones individuales interpuestas", sino a "el número de trabajadores (afectados)", de modo que, aunque la demanda social se interpusiera con anterioridad a la solicitud de declaración del concurso, los trabajadores demandantes se computan a los efectos de considerar colectiva la extinción ex artículo 64 10º de la Ley Concursal de modo que las posteriores demandas interpuestas ante el juez social podrían ser inadmitidas por falta de competencia si sumados los trabajadores accionantes a los que demandados antes de la declaración de concurso se superan esos umbrales. Pero si esa demanda fue anterior a la fecha de la declaración de concurso y por ello fue admitida por el juez social, dicha competencia ya no puede ser modificada salvo que se solicite la acumulación al concurso al amparo de lo que dispone el art. 51 1º de la LC.

Y en todo caso, las demandas ex art. 50 1º b) del ET posteriores a la declaración del concurso antes de alcanzar el límite numérico no dejan de ser competencia del Juez de lo Social, puesto que la competencia se fija por litispendencia (art. 410 LEC)¹⁶.

los artículos 410 y 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supone que, para la determinación de la competencia, se atiende a "el momento inicial de la litispendencia", o sea, "la interposición de la demanda, si después es admitida". También hemos dicho que ninguna de las normas contenidas en la Ley Concursal establece una excepción al efecto de perpetuación de la jurisdicción que permitiese modificar la determinación competencial fijada al momento de presentación de la demanda".

16 Ver el criterio seguido aún a modo de *obiter dicta* contenido en la S.T.S. de 22-12-2008 (recurso nº 294/2008) en la que en un caso de retraso en el pago de salarios en una empresa en situación de concurso en el que no se so-

También puede ocurrir que ya se esté tramitando en el concurso un expediente de extinción colectiva a instancia del deudor o de la administración concursal en el que además se hayan podido incluir de forma concreta a parte de los trabajadores accionantes a su vez en el procedimiento de extinción ex art. 50 1º b) del ET ante el juez social. En cuyo caso ¿qué prevalece?. En realidad, lo que se acaba de exponer resuelve la pregunta, pues cada jurisdicción conservará su competencia pues son diferentes las acciones en liza y las consecuencias jurídicas de cada una de modo que incluso podría acontecer que el juez mercantil extinguiese al amparo del art. 64 de la LC y después el juez social acordase una mayor indemnización o la diferencia entre la otorgada por el juez mercantil y la prevista en la legislación laboral para el incumplimiento empresarial previsto en el art. 50 1º b) de ET (45 días de salario por año de servicio)¹⁷.

2. Solución del Proyecto de Reforma de la LC

Para evitar todas esas disfunciones, en la actualidad, la reforma propuesta por el Anteproyecto de reforma concursal establece que

“Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo.

Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso pendientes de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal, a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión.

El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.”

En los mismos o parecidos términos se pronuncia el Proyecto de Ley de reforma de la LC. Vemos como novedades más relevantes las siguientes:

- a) No se ciñe al apartado b) del art. 50 1º b) del ET sino simplemente al amparo del art. 50, esto es, cualquier incumplimiento grave y culpable imputado al

brepasaron los umbrales del art. 64 10º de la Ley Concursal se dijo que “Y en el supuesto del número 10 del citado precepto de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del artículo 50.1 b) ET, únicamente cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores de la empresa después de la declaración del concurso, tendrían la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad (a las que la Ley impropia denomina acciones individuales y a las que se atribuye la condición de extinciones de carácter colectivo). Pero si tales previsiones numéricas no se cumplen, las acciones de extinción del contrato de trabajo instadas al amparo del referido precepto estatutario no obtendrían la condición legal de colectivas y en consecuencia la indemnización sería la prevista en el propio artículo 50.2 ET”.

17 Ver SSTSJ de Galicia de 28 de marzo de 2008 (Recurso nº 685/2008) y de 18 de julio de 2008 (Recurso nº 2682/2008).

- empresario, por ejemplo la falta de ocupación efectiva, esto sí, motivado por la situación económica o insolvencia del empresario.
- b) El momento a partir del cual se consideran extinciones colectivas es desde el momento en que se inicie el expediente del art. 64 LC, lo que ofrece dudas de si hace referencia a la mera solicitud o a la admisión por el juez de la solicitud de inicio, lo que parece resolver el párrafo segundo cuando inicia su tenor literal como: *"Acordada la iniciación..."*
 - c) La conversión en colectivos afecta a todos los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso pendientes de resolución firme (entendiendo debería decir definitiva). De este modo, los procesos han podido ser admitidos, tramitados y antes de recaer sentencia en la instancia, si se inicia el ERE concursal quedan suspendidos esos procesos hasta que el auto del juez mercantil de extinción colectiva sea firme y el cual produce efectos de cosa juzgada sobre esos procesos individuales. Se ve clara la finalidad de la reforma, evitar la dualidad de procedimientos en sendos órdenes jurisdiccionales, sociales y mercantiles y sobre todo la dualidad o disparidad de indemnizaciones.

Y además, de prosperar la reforma prevista en el Proyecto se resolverá una cuestión añadida cuál era si la conversión en colectiva de las referidas acciones individuales lo era sólo de tipo procesal de modo que el juez mercantil debía otorgar la indemnización de 45 días prevista en el art. 50 del ET o era también una conversión material o susantiva de modo que la indemnización era la establecida en el art. 64 de la LC que son los 20 días previstos para los despidos colectivos. Si ahora, el proceso laboral queda suspendido por la iniciación del expediente del art. 64 LC, es claro que si el juez del concurso extingue los contratos de trabajo lo hará con la indemnización de 20 días salvo acuerdo expreso de una indemnización superior y sólo si desestima la solicitud de extinción podrán reanudarse los procedimientos laborales ante el juez social para que en su caso acuerde la extinción solicitada con la sanción de los 45 días previstos en el art. 50 del E.T.¹⁸

18 Ver en relación a la indemnización que corresponde por la conversión del art. 64 10º de la LC las STSJ de Galicia de 23 de enero de 2007 (Recurso nº 4800/2006) y de 7-2-2007 (Recurso 3834/06).