

Colaboracións

Aspectos laborales de la reforma concursal efectuada por Ley 38/2011, de 10 de octubre

FRANCISCO CANO MARCO

Maxistrado-Xuíz do Xulgado do Mercantil n.º 1 de Murcia

Profesor Asociado de Dereito Mercantil da Universidade de Murcia

La reciente reforma de la Ley Concursal (en adelante LC), efectuada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, introduce importantes novedades en el llamado Derecho Concursal Laboral, es decir, en aquella parte del Derecho Concursal que regula lo relativo a los trabajadores de la empresa en concurso. La propia Exposición de Motivos de la Ley dedica a la reforma del Derecho Concursal Laboral su apartado VI, que se inicia con la siguiente afirmación «Las consecuencias que sobre el empleo tienen los concursos exigen que esta reforma no olvide las cuestiones sociales latentes y opere una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados». Seguidamente, el mencionado apartado de la Exposición de Motivos resume las reformas en la materia en tres ámbitos fundamentales:

- Se introducen las modificaciones precisas en el procedimiento del artículo 64 LC para evitar, tanto conflictos con la jurisdicción social y la autoridad laboral, como incrementando el peso de la valoración que se ha de hacer en el concurso de su impacto sobre los trabajadores.
- Se resuelven las dudas jurídicas planteadas en torno a la calificación como créditos contra la masa de los créditos salariales e indemnizaciones en caso de despido o extinción de la relación laboral.
- Se incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

Analizaremos seguidamente las concretas reformas producidas en los siguientes apartados.

1. Identificación de los trabajadores y representantes legales en la solicitud de concurso

El artículo único dos de la reforma incluye un nuevo apartado en el artículo 6 LC, que regula la documentación que debe aportar el deudor a la solicitud de concurso, exigiendo en el nuevo apartado 5º un listado con la plantilla de trabajadores y la identidad del órgano de representación si lo hubiere. La falta de aportación de esta documentación será causa de necesaria subsanación de la misma por un plazo único que no podrá exceder de cinco días.

En el listado de trabajadores se deberá incluir a todos aquellos que mantengan una relación laboral con la empresa, lo que ocurre lógicamente, entre otros, en supuestos de incapacidad temporal, fijos discontinuos o trabajadores en situación de suspensión del contrato. La Ley no lo exige, pero a efectos prácticos para la posterior tramitación de expedientes de regulación de empleo, sería aconsejable incluir igualmente fecha de antigüedad y salario bruto del trabajador. En cuanto al órgano de representación de los trabajadores se refiere la Ley, tanto a la llamada representación unitaria (comité de empresa, delegados de personal), como a la representación sindical (secciones sindicales en la empresa). Todo ello del centro o centros de trabajo afectados.

2. Concepto de suspensión colectiva

El artículo único cuarto de la reforma incluye un nuevo párrafo en el artículo 8.2 de la Ley Concursal para definir la suspensión colectiva del contrato de trabajo. Así, se afirma: «Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo». Con este nuevo apartado se pretende dejar claro que en el expediente de regulación de empleo concursal cabe aplicar la medida de reducción de jornada y reducción de salario que introdujo la reforma laboral efectuada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

La citada reforma introduce en el artículo 47 una importante novedad, cual es la posibilidad de reducir la jornada de trabajo por causas técnicas, organizativas o de producción. Reducción que puede ser individual o colectiva, y que requerirá autorización a través del juez del concurso. El mencionado artículo 47 concreta cuantitativamente la medida cuando afirma: «se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual».

La novedad radica en que esta medida no era posible anteriormente, en especial, en relación a trabajadores a tiempo completo, ya que el artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores establecía que la conversión de un trabajo a tiempo completo en uno a tiempo parcial tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, y no se podrá imponer como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En la actualidad el artículo sigue indicado lo anterior, pero exceptúa que se puedan adoptar estas medidas por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir, permite que se pueda realizar a través de un expediente de regulación de empleo.

3. Comunicación de la declaración de concurso por parte del administrador a los representantes de los trabajadores

El artículo 21.4, tras la reforma, continúa indicando que «la administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley». La reforma añade la posibilidad de efectuar la comunicación por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor, e incluye la necesidad de que la comunicación se remita, además de a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

4. Representación legal de los trabajadores como administrador concursal

La reforma introduce importantes novedades en el régimen de la administración concursal, destacando el artículo único diecinueve, que modifica el artículo 27 LC para indicar que la administración concursal estará integrada por un único miembro que será abogado, economista, auditor o titulado mercantil o, en su caso, una persona jurídica que se integre, al menos, por ambos tipos de profesionales.

Lo anterior únicamente se exceptúa en concursos ordinarios de especial trascendencia, previstos en el artículo 27 bis LC, en los que además se nombrará a un administrador concursal acreedor, titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. Y en este punto introduce la Ley la posible actuación de la representación legal de los trabajadores como administrador concursal cuando afirma: «A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos señalados en el párrafo anterior estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal».

La participación de la representación legal de los trabajadores en la administración concursal presenta elementos a favor y en contra. El trabajador es un elemento esencial de la empresa, representado por personas que deben velar por la continuidad empresarial, finalidad última del concurso. La presencia de la representación de los trabajadores en la administración concursal debiera eliminar cualquier duda sobre el control económico por parte de los administradores concursales. Los trabajadores se verían implicados en la continuidad empresarial, facilitando las medidas laborales necesarias para la estabilidad de la empresa. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta cuestiones tales como la difícil posición del representante de los trabajadores a la hora de adoptar medidas como un expediente de regulación de empleo o cualquier otra medida laboral que pudiera su-

poner un conflicto de intereses que siempre subsiste entre la empresa y el trabajador. En cualquier caso, la medida me parece positiva y valiente, debiendo ser la experiencia la que nos demuestre su efectividad. Y todo ello teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 35 LC, en caso de disconformidad entre los dos administradores nombrados, que ejercen su función de forma mancomunada, el juez resolverá las diferencias, lo que podría solucionar el posible conflicto de intereses.

5. Inicio de expediente de extinción de las relaciones laborales en caso de cierre o cese de actividad

El artículo treinta y uno de la reforma da nueva redacción al último párrafo del artículo 44.4 LC, aclarando el modo de actuar en caso de cierre o cese de la actividad acordado por el juez a instancia de la administración concursal. El párrafo anterior a la reforma indicaba que cuando estas medidas, el cese o cierre de la actividad, supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 8 y en el artículo 64. El párrafo actual mejora la redacción, y da una clara pauta de actuación cuando afirma que en estos casos el juez simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64.

Con la redacción anterior se intuía que el expediente de regulación de empleo debía iniciarse. Con la redacción actual queda claro que debe iniciarse, y a los mencionados efectos se exige a la administración concursal que en su solicitud de cese o cierre «deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4», es decir, con la solicitud de cierre o cese 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.

Se entiende que las causas que motivan el cierre o cese, normalmente la paralización de la actividad que continúa generando gastos en detrimento del resto de acreedores, serán suficientes para motivar la extinción o suspensión de las relaciones laborales. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en estos casos, aun existiendo trabajadores, la iniciación de un expediente de regulación de empleo de los previstos en el artículo 64 no será necesario cuando la extinción o modificación de las condiciones de trabajo no supere los límites cuantitativos para considerar que nos encontramos ante una extinción o modificación de carácter colectivo en los términos previstos en el ET. Al contrario de lo que sucede con la suspensión de la relación laboral, que cualquiera que sea el número de trabajadores tendrá carácter colectivo. Así, en la extinción, si el número de trabajadores afectados es de cinco o inferior a cinco, aunque se trate de la extinción de toda la plantilla, no nos encontramos ante una extinción de carácter colectivo que motive el inicio de un expediente de regulación de empleo concursal, debiendo procederse, en su caso, a efectuar despidos objetivos individuales.

6. El expediente de regulación de empleo concursal

La mayor incidencia de la reforma que venimos analizando se produce en relación al expediente de regulación de empleo, regulado en el artículo 64 LC, tendente a la extinción,

suspensión o modificación colectiva de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa concursada. Se mantiene en síntesis el mismo procedimiento que venía establecido, pero se introducen ciertas aclaraciones que vienen a solucionar los muy variados problemas que había planteado la aplicación práctica del precepto, y ello teniendo en cuenta las soluciones que la doctrina judicial venía dando a las lagunas legales existentes. Analizaremos en el presente texto las modificaciones producidas en el artículo 64 LC en relación al expediente de regulación de empleo en los siguientes apartados:

6.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS PREVIOS (ARTÍCULO 64.1 LC)

En el ámbito de aplicación del expediente, junto con las extinciones, suspensiones o modificaciones colectivas de las relaciones laborales que deben dar lugar a su tramitación, se incluyen expresamente los traslados colectivos. Hasta ahora se venía entendiendo que aunque el precepto no se refería expresamente a traslados colectivos, y aún cuando el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) distingue con claridad entre movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, las referencias que en el apartado 9 del artículo 64 LC se efectuaban en relación a los traslados colectivos, permitían concluir que este último precepto incluye dentro de las modificaciones sustanciales la movilidad geográfica. La reforma aclara las dudas suscitadas, incluyendo expresamente dentro del expediente los traslados colectivos. De manera que si se estima necesario o conveniente para la continuidad empresarial, o incluso dentro de un convenio de continuidad o de una liquidación con traslado de la actividad, la realización de traslados colectivos, el marco para realizarlos será el procedimiento previsto en el artículo 64.

En este mismo apartado 1 la reforma incluye dos soluciones en relación a los expedientes de regulación de empleo que se estén tramitando o que hayan sido resueltos ante la autoridad laboral con anterioridad a la declaración de concurso. Así, se indica:

- «Si a la fecha de la declaración de concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. 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». Me parece muy acertada esta previsión, pues es habitual que en empresas que están próximas al concurso se inicie la tramitación de expedientes de regulación de empleo administrativos, que, declarado el concurso y a falta de previsión legal, perdían su sentido y quedaban sin efecto alguno. En estas situaciones los administradores societarios y los propios trabajadores pretendían que el camino ya recorrido en vía administrativa tuviese alguna utilidad, lo cual hasta ahora no era posible, ya que, declarado el concurso, era preciso seguir los trámites del artículo 64 LC. No obstante, se aprecia un defecto técnico en la reforma, ya que si bien se prevé una comparecencia para alegar lo que proceda por las partes sobre la continuación del expediente, no se establece el procedimiento a seguir en el caso de que

las partes discrepen sobre la continuación del procedimiento. Entiendo que, a falta de previsión, deberá resolver el juez mediante auto, teniendo en cuenta el superior interés del concurso.

- «Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal hacer uso de dicha autorización. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan». La necesidad de esta mención era menos evidente que la anterior, pues resulta lógico considerar que existiendo un expediente de regulación de empleo aprobado, el mismo puede ser ejecutado en la empresa concursada a pesar de la declaración de concurso. Si bien, ante las dudas que pudieran suscitarse en torno a la necesidad de la tramitación de un nuevo expediente ante el juez del concurso, es correcta la aclaración. Lo que no comparto de la reforma es la previsión de que sea la administración concursal la que deba hacer uso de la autorización, pues considero que la designación de los trabajadores afectados debería hacerse por la administración concursal en caso de suspensión de facultades y por la administración societaria en caso de mera intervención con la autorización o conformidad de los administradores, conforme al régimen general de facultades de los administradores tras la declaración de concurso. No obstante, el precepto es claro y, por tanto, en cualquier caso, lo relativo a la ejecución de lo acordado corresponderá a la administración concursal.

Las anteriores soluciones en relación al expediente de regulación de empleo administrativo previo deben analizarse actualmente a la vista de las modificaciones operadas en el ET por la reforma laboral llevada a cabo por Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero. Y lo anterior se afirma ya que la citada reforma laboral suprime la autorización administrativa en los expedientes de extinción o suspensión, remitiendo en caso de desacuerdo a la decisión unilateral del empresario, sin perjuicio de la posible impugnación posterior. Esta reforma no ha llevado consigo una reforma de la LC para actualizar los preceptos aquí analizados. No obstante, considero que deberían interpretarse en el siguiente sentido:

- En cuanto a la remisión del expediente en trámite al juez del concurso, aun desapareciendo la autorización administrativa, del tenor literal de la reforma laboral se desprende que seguirá existiendo un expediente administrativo que podrá ser remitido al juez del concurso, continuando el procedimiento ante el mismo por los trámites de la LC, teniendo validez el periodo de consultas que ya se hubiese iniciado, y resolviendo finalmente el juez del concurso en caso de acuerdo o desacuerdo conforme a lo dispuesto en el 64.7 LC, ya que la reforma no suprime la existencia de resolución del juez del concurso estimando o desestimando la medida. Por tanto, desaparece la autorización administrativa, pero no la autorización del juez del concurso.
- En cuanto al uso por el administrador concursal de la autorización administrativa previa, entiendo que ya no será posible, pues no existirá la misma. Cabría plantear la competencia de la administración concursal para decidir los trabajadores afectados en caso de que hubiera existido acuerdo en el periodo de consultas, pero no existiendo previsión legal expresa en este sentido, entiendo que esta última solución ofrece serias dudas.

6.2. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES (ARTÍCULO 64.2)

El apartado 2 del artículo 64 regula la legitimación para iniciar el expediente. Legitimación que sigue manteniendo la administración concursal, el deudor y los trabajadores a través de sus representantes legales.

El párrafo 2 del citado apartado, tras la reforma, resuelve un problema práctico en la tramitación de estos expedientes en los supuestos en que no exista representación legal de los trabajadores. Indica que «éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca».

El párrafo que analizamos está incluido en el apartado 2 del artículo 64, en sede de legitimación para instar el expediente, pero entiendo que debe ser aplicable igualmente a la representación de los trabajadores en el expediente instado por otro legitimado. Es fundamentalmente en este último caso cuando se produce el problema práctico indicado, ya que en los supuestos de ausencia de representación legal (Comité de Empresa, Delegados de Personal o Secciones Sindicales), el juzgado no tiene un concreto interlocutor a quien citar al periodo de consultas. Habitualmente se venía citando a todos los trabajadores o se pedía al administrador concursal que propiciase el nombramiento de representantes por los trabajadores para el concreto expediente. Con la reforma se establece un procedimiento para evitar el vacío existente:

- En primer lugar, los trabajadores podrán designar una comisión conforme al artículo 41.4 ET. Este artículo se refiere a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa. Entiendo que el artículo 64.2 se refiere a la primera de las comisiones, la designada democráticamente por los trabajadores.
- Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca. Es por ello que, finalmente, si los trabajadores no alcanzan un acuerdo para el nombramiento de representantes, la ausencia de representación se salva con la presencia de los sindicatos representativos mediante una comisión nombrada por el juez del concurso.

6.3. SOLICITUD (ARTÍCULO 64.4)

El apartado 4 trata de la solicitud que, en los mismos términos que ya se disponía antes de la reforma, «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». La reforma añade como novedad que la administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación. Se establece así una vía para que el administrador pueda conocer las concretas circunstancias concurrentes que le permitan valorar la oportunidad de las medidas. Si bien esta petición de colaboración podría entenderse incluida dentro del genérico deber de colaboración del artículo 42 LC, la previsión legal expresa hará que el juzgado deba facilitar el trabajo del administrador, dirigiendo los requerimientos al propio concursado u oficios a organismos públicos o privados.

6.4. PERIODO DE CONSULTAS (ARTÍCULO 64.5)

El apartado 5 del artículo 64 regula el periodo de consultas con tres importantes novedades tras la reforma:

- Se prevé la posible participación del concursado en dicho periodo, cuestión antes no regulada, y que había sido criticada por la doctrina por entender que no era razonable que el concursado, que en caso de aprobación de un convenio tendría que cumplir con el acuerdo, no tuviera voz en dichas consultas. Expresamente se indica que «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». Con base en ello, esta participación del concursado únicamente será posible en caso de intervención, y no en caso de suspensión de facultades, y mediante autorización expresa del juez del concurso. La participación será con voz, pero sin voto, ya que el apartado 6 sigue indicando que el acuerdo corresponde adoptarlo a los trabajadores y a la administración concursal. Entiendo que con base en esta previsión que analizamos debe interpretarse el párrafo primero del apartado 5 del que parece desprenderse la obligatoria citación al periodo de consultas del concursado y, por tanto, solamente en el supuesto de autorización judicial sobre su participación será necesario citar al concursado al periodo de consultas.
- Se establece que «los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas». Se introduce con este precepto la posibilidad de valorar en el expediente de regulación de empleo concursal las situaciones de unidad de empresa. Considero interesante esta novedad para evitar fraudes respecto de grupos solventes, en que se solicita el concurso de ciertas empresas del grupo que individualmente son insolventes. A estos efectos, tanto en el periodo de consultas, como, aunque no se dice expresamente, en la resolución judicial, se podrá tener en cuenta esta circunstancia para acordar o no la extinción, denegándola cuando concurra una situación de fraude. La posibilidad de fraude no se refiere a los meros grupos de empresas, que son perfectamente legales en nuestro ordenamiento, y en los que cabe que unas de las empresas del grupo sean

declaradas en concurso y otras no, sino que el precepto se refiere expresamente a los supuestos de unidad de empresa, en referencia, considero, a los supuestos de confusión de patrimonios, en los que existe una caja única en fraude de las obligaciones societarias en relación al capital social. Esta referencia a la confusión de patrimonios es utilizada por la LC en los nuevos artículos 25, 25 bis y 25 ter sobre acumulación de concursos. Recordemos que dichos artículos establecen la posibilidad de acumular concursos en supuestos de grupos de sociedades, si bien la consolidación de masas únicamente se contempla para el supuesto de confusión de patrimonios.

- Se prevé que el juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, pueda «acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período». Habrá que acudir al convenio colectivo para determinar si están previstas este tipo de soluciones, aunque siempre será facultativo que el juez acuda a las mismas. Podrá ser útil esta solución cuando la discrepancia no sea sobre la procedencia o no de la medida, sino sobre aspectos puntuales y concretos que por existir puedan evitar el propio acuerdo y que se podrán solucionar a través de la mediación o arbitraje.

6.5. ACUERDO E INFORME DE LA AUTORIDAD LABORAL (ARTÍCULO 64.6)

El apartado 6 regula esta materia en similares términos que la redacción anterior, pero con dos importantes novedades;

- Se establece 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 necesario el periodo de consultas». Es habitual que antes de la iniciación del expediente las partes comuniquen al juez del concurso que ya existe acuerdo sobre las medidas a adoptar. No obstante, en estos casos era necesario citar a las partes al periodo de consultas, con el consiguiente retraso y ello, a falta de una previsión como la actual, y teniendo en cuenta que el acuerdo debía adoptarse en el periodo de consultas, para evitar una posterior nulidad. Algunas resoluciones judiciales habían permitido en estos casos suprimir el periodo de consultas (entre otras AJ Mercantil n.º 1 Madrid 08.11.2006). Con la reforma ya existe cobertura legal para que se presente el acuerdo con la solicitud de iniciación, continuando por el traslado a la autoridad laboral y posterior dictado de resolución, acortando el plazo de resolución.
- Se establece que el acuerdo que presenten las partes ante el Juzgado «recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores». En relación a esta materia, ya se entendía, entre otros AJ Mercantil de Cádiz de 22.05.2007, que la resolución debía concretar los trabajadores afectados por las medidas, a diferencia del expediente de regulación de empleo administrativo, en el que se autorizan las medidas en relación a un número genérico de trabajadores, siendo posteriormente la empresa la que determina los concretos trabajadores afectados.

La expresa indicación de que «las indemnizaciones se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores», viene a consagrar la práctica habitual con la redacción anterior, que era entender aplicable la indemnización prevista en el artículo 51.8 ET, de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, si bien con la posibilidad de pactar, teniendo en cuenta los intereses del concurso, indemnizaciones superiores. Entiendo que con la redacción actual será exigible una expresa justificación en el acuerdo de la razón por la que se pactan indemnizaciones superiores a las legalmente previstas, razón que lógicamente estará relacionada con el ahorro de costes que supone para el concurso un rápido acuerdo.

6.6. AUTO RESOLVIENDO EL EXPEDIENTE (ARTÍCULO 64.7)

Sobre el auto que debe dictar el juez del concurso finalizado el periodo de consultas se contienen en la reforma dos novedades:

- «Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días». Me parece muy interesante este trámite de audiencia en el que las partes, conocida ya la situación tras el periodo de consultas, podrán realizar al juez alegaciones que permitan a éste tener un mayor conocimiento de las cuestiones planteadas. Con la regulación anterior, y al margen de lo que se detallara en el acta del periodo de consultas, no existía trámite alguno para que el juez pudiera conocer la posición de la parte que no instó el expediente. Frente al trámite escrito, la comparecencia de ambas partes podrá propiciar un conocimiento y contraste directo de los hechos, e incluso podrá facilitar un acuerdo de última hora, que considero se podrá homologar aunque haya finalizado el periodo de consultas en línea con algunas resoluciones como AJ Mercantil n.º1 de Santander 21.04.2005 o AJ Mercantil n.º1 de Valencia 28.07.2005.
- Se indica expresamente que «el auto surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior». Se permite, por tanto, posponer la extinción, modificación o suspensión a fecha posterior. Piénsese en supuestos habituales en que algún trabajador es necesario que continúe en la empresa por algún periodo para facilitar la propia tramitación del concurso. Si bien será necesario fijar una fecha concreta de finalización de su contrato, no pudiendo dejarse al arbitrio de la concursada o de la administración concursal.

6.7. RECURSOS FRENTE AL AUTO (ARTÍCULO 64.8)

El apartado 8 del artículo 64 continúa regulando el doble régimen anteriormente previsto, a saber, recurso directo de suplicación, cuando lo que se recurre es la decisión colectiva, o incidente concursal y posterior recurso de suplicación en caso de desestimación

del incidente, cuando lo que se recurre es algún aspecto de la relación jurídica individual de un trabajador, así por ejemplo antigüedad, salario, concretas condiciones de trabajo de las que disfrutaba.

El apartado incluye dos novedades que solucionan problemas en la práctica existentes, como son el establecimiento de la legitimación para recurrir en ambos casos del Fondo de Garantía Salarial y la fijación del plazo de un mes para interponer el incidente concursal por el trabajador.

7. Conflictos con los juzgados de lo social. Artículo 64.10 LC

El apartado 10 del artículo 64 LC establecía que las acciones de extinción de la relación laboral interpuestas por los trabajadores por falta de pago o retraso en el salario 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 que allí se preveían.

La reforma modifica ampliamente este apartado, tratando de evitar las situaciones que se vienen produciendo cuando todos o parte de los trabajadores deciden acudir a los Juzgados de lo Social, soslayando el expediente de regulación de empleo concursal, a sabiendas de que la indemnización fijada por estos Juzgados puede ser muy superior, en concreto, de cuarenta y cinco días por año de servicio, actualmente treinta y tres, a las de veinte días o superior que se pactan en el expediente concursal. Se trata de solucionar igualmente la posibilidad de que una misma cuestión, la extinción de la relación laboral de un trabajador, se sustancie separadamente ante el Juzgado de lo Social y el Juzgado de lo Mercantil. El nuevo régimen es el siguiente:

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, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente 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 vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales.

Las novedades se pueden resumir en los siguientes términos:

- Todas las acciones de extinción, la reforma dice resolutorias, que inicien los trabajadores con posterioridad a la solicitud de concurso deberán tramitarse a través del expediente de regulación de empleo concursal. Antes eran solo las acciones de extinción por falta de pago, ahora se incluyen todas las del artículo 50 ET, es decir, por

cualquier incumplimiento grave del empresario, lo que incluye falta de ocupación efectiva, o cualquier otra. No dice inicialmente el artículo que sean solo las posteriores a la declaración de concurso las que se tramitarán por este procedimiento, pero se infiere cuando dice posteriormente que se suspenden solo las posteriores a la solicitud de concurso.

- Estas causas de resolución deberán estar relacionadas con la situación económica o de insolvencia del concursado, por lo tanto, no otras que se inicien tras la solicitud de concurso por razones distintas, por ejemplo, acoso laboral.
- Los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso pendientes de resolución firme se suspenderán hasta la firmeza del auto, lo cual deberá plantearse ante el Juzgado de lo Social. El proyecto indicaba desde la declaración de concurso; la reforma indica más acertadamente desde la solicitud, para evitar que entre la solicitud y la declaración se intenten acciones individuales para soslayar el expediente.
- Esta suspensión se comunicará al administrador concursal para que califique el crédito como contingente.
- El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos. Por lo tanto, más que una suspensión, lo que ocurre es que el procedimiento individual pierde todo su sentido quedando sustituido por el concursal.

A pesar de la reforma todavía existirán problemas en esta materia ya que:

- Las peticiones de extinción interpuestas antes de la solicitud de concurso no se suspenden, y pueden seguir su propio camino ante el Juzgado de lo Social. Y es muy frecuente que antes de la solicitud de concurso y ante los problemas económicos existentes se interpongan estas solicitudes de extinción individual.
- El precepto solo incluye acciones resolutorias, no incluye los despidos tácitos que se producen cuando el trabajador ante el cierre de facto de la empresa se considera despedido e interpone acción por despido.

8. Contratos del personal de alta dirección

El artículo 65 LC, que regula esta materia, sigue estableciendo que en caso de concurso la administración concursal podrá extinguir o suspender los contratos de alta dirección, siendo que en caso de suspensión, el alto directivo podrá solicitar la extinción, y que en caso de extinción, el juez del concurso podrá moderar la indemnización, así como que el pago de esta indemnización podrá aplazarse hasta que sea firme la sentencia de calificación.

La reforma únicamente añade a este artículo una previsión de carácter procesal sobre el régimen impugnatorio de estos acuerdos, que anteriormente no contaba con previsión alguna, al establecer que las decisiones de la administración concursal podrán impugnarse ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral, siendo que la sentencia que se dicte será susceptible de recurso de suplicación, lo cual resulta coherente, pues al encontrarnos ante materia laboral es lógico que resuelva la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en lugar de la Audiencia Provincial, no especializada en materia laboral.

9. Créditos laborales

9.1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

9.1.1. Salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo:

El artículo 84.2.1º LC indicaba que «serán créditos contra la masa los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional».

Se había venido entendiendo que no deben ser necesariamente los salarios impagados del último mes anterior a la declaración de concurso, sino los salarios impagados de los últimos treinta días de trabajo efectivamente trabajados con anterioridad al auto de declaración de concurso. En este sentido se había manifestado, entre otras muchas, la SJ Mercantil n.º1 de Bilbao 14.07.2006. En contra se manifestó la SAP Valladolid 14.06.2007.

Es por ello que, conforme a la tesis mayoritaria, se consideraban incluidos en los citados treinta días de salarios:

- Aquellos supuestos en que el trabajador no presta servicios todos los días, por ejemplo, si se trata de un trabajador fijo-discontinuo, hasta completar los treinta últimos.
- Aquellos supuestos en que se ha producido una suspensión de la relación laboral como la incapacidad laboral e incluso la excedencia, hasta completar los últimos treinta días efectivos de trabajo cualquiera que sea su fecha y aunque sean discontinuos.
- En caso de extinción del contrato de trabajo con anterioridad a la declaración de concurso, serán créditos contra la masa los treinta últimos días no abonados anteriores a la fecha de extinción.
- Tratándose de contratos a tiempo parcial, y siendo que la unidad de cómputo son los días de trabajo y no las jornadas trabajadas, no se tendrán en cuenta las jornadas de trabajo sino los días efectivamente trabajados.

La reforma es conforme con esta interpretación al incluir expresamente el término *efectivo* tras el término *trabajo* que aparece en el precepto. Por lo tanto, tras la reforma se indica que «serán créditos contra la masa los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso».

9.1.2. Créditos laborales generados por la actividad empresarial o profesional tras la declaración de concurso:

El artículo 84.2.5º LC indicaba y sigue indicando tras la reforma, con alguna pequeña modificación a la que nos referiremos, que «serán créditos contra la masa los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso».

La parte del precepto que había generado más problemas es la de las indemnizaciones por despido o extinción. El resto de créditos laborales, es decir, todos aquellos que se generen a favor del trabajador tras la declaración de concurso, serán sin duda alguna créditos contra la masa.

Así, había venido entendiéndose que las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración. Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción, tiene su origen antes de la declaración del concurso, deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1 LC en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda. Esto será aplicable tanto al despido como a la extinción derivada de solicitud del trabajador por incumplimiento del empresario (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores), pues en cualquier caso, el primero parte de una sentencia que no es constitutiva de la situación, puesto que el despido tiene efectos constitutivos por sí mismo y, respecto de la extinción, puesto que aparece por causas anteriores a la declaración de concurso y por lo tanto, el crédito no nace por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, que es lo que exige el apartado quinto del artículo 84.2 LC.

La anterior tesis plasmada en SJ Mercantil n.º 1 de Málaga de 14.02.2006 había sido seguida por otras muchas resoluciones, como la SJ Mercantil n.º 5 de Madrid de 29.01.2007, SJ Mercantil n.º 1 de Oviedo de 28.01.2008 y SJ Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca de 06.01.2008. En contra de esta tesis se manifestaba la SAP Vizcaya de 24.06.2008, que sostiene que basta que las indemnizaciones por despido sean «debidas» después de la declaración de concurso para su consideración como créditos contra la masa.

La reforma parece estar de acuerdo con la primera interpretación, pues suprime el término *debidas* manteniendo en el texto «las indemnizaciones por despido o extinción». Considero, por tanto, que seguirá siendo aplicable la teoría según la cual habrá que estar a las causas u orígenes del despido o extinción para determinar si es anterior o posterior a la declaración de concurso y, por tanto, si se trata de créditos concursales o contra la masa.

Entiendo que la reforma debiera haber sido aún más explícita incorporando el hecho de cual sea la fecha de la causa u origen del despido o la extinción, en sintonía con la SJ Mercantil n.º 1 de Málaga 14.02.2006 y otras que le siguieron.

Con el precepto tal y como ha quedado redactado subsiste otro problema que no ha sido resuelto tras la reforma, ya que la tesis general sostenida en las mencionadas sentencias se puede complicar debido a ciertas peculiaridades del proceso laboral y, en concreto, en su aplicación a los supuestos de despido declarado improcedente, ya que de conformidad con el artículo 56 ET, la declaración de improcedencia del despido da lugar a que el empresario pueda optar por la readmisión o por la indemnización, y el mismo artículo en su apartado 3 establece que en caso de falta de opción se entiende que procede la readmisión. Por lo tanto, en todos los casos en que el despido se declare improcedente y, en consecuencia, en todos los casos en que surja una indemnización por despido, tendrá lugar con posterioridad una actuación o una omisión de la concursada que determinará la indemnización, bien mediante la mera opción por la indemnización, o bien mediante la opción por la readmisión o mediante el silencio que determina la readmisión, supuestos estos últimos que darán lugar a la indemnización por despido, de conformidad con el artículo 277 y ss de la Ley de Procedimiento Laboral, en el caso de que la readmisión finalmente no se produzca o sea irregular. Esta situación igual-

mente se producirá en supuestos de despido nulo, en el que procede necesariamente la readmisión, pues en este caso únicamente se generará una indemnización por despido si la readmisión no se produce y ello de conformidad con los citados trámites de la Ley de Procedimiento Laboral.

En todos los supuestos en que la necesaria actuación u omisión posterior indicada se produce con posterioridad a la declaración de concurso aunque el despido y la causa sean anteriores, se puede considerar, como sostiene la SAP de Madrid de 07.07.2009, que finalmente la indemnización tiene su origen en una actuación u omisión de la concursada una vez declarado el concurso y que, por tanto, se trata de un crédito contra la masa conforme a su propia naturaleza.

Esta última interpretación parece razonable, ya que efectivamente hay una actuación o una omisión posterior a la declaración de concurso que determina la extinción de la relación laboral y la consiguiente indemnización. Pero no comparto esta tesis por las siguientes razones:

- La correcta e igualitaria teoría, según la cual las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración, quebraría en muchos supuestos de indemnización por despido en los que la opción o ausencia de la misma es posterior a la declaración de concurso.
- En los supuestos en los que el Juzgado de lo Social, según es habitual, en la propia sentencia de despido acuerde, por economía procesal, la extinción y la consiguiente indemnización por encontrarse la empresa cerrada, no habría lugar a actuación posterior y, por tanto, el crédito se consideraría como concursal a pesar de concurrir una similar situación.
- La correcta e igualitaria teoría general que indicábamos impide que la calificación del crédito como concursal o contra la masa quede a expensas de la mayor o menor celeridad del Juzgado de lo Social en celebrar el juicio y en dictar la sentencia, o, incluso, en señalar incidente por readmisión irregular o dictar el posterior auto.
- En el supuesto de que el empresario haya utilizado la facultad de reconocer la improcedencia del despido, en los términos establecidos en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia fijará ya la cuantía indemnizatoria y no habrá actuación u omisión posterior, pudiendo por esta vía el empresario por su propia voluntad conseguir que el crédito no sea calificado contra la masa.
- La indemnización por extinción que finalmente se fije, aunque sea por no readmisión o por readmisión irregular, tiene su origen último en un despido anterior a la declaración de concurso por causas anteriores a la declaración de concurso, si no se hubiera producido aquel despido, nunca procedería la extinción de la relación laboral y la correspondiente indemnización, pues no entraría en juego la facultad de opción y la extinción final por falta de readmisión o por readmisión irregular.

Las anteriores razones se plasmaron en SJ Mercantil n.º1 de Murcia 21.06.2010 para considerar que, independientemente de que la indemnización se hubiera determinado por la falta de readmisión posterior a la declaración de concurso, el crédito indemnizatorio será considerado como concursal si el despido fue anterior a la declaración de concurso por causas u orígenes anteriores a dicha declaración.

9.2. CRÉDITOS CONCURSALES

9.2.1. *Privilegio especial*

El único crédito con privilegio especial que pudiera tener relación con los trabajadores es el crédito refaccionario previsto en el artículo 90.1 LC que los trabajadores pudieran tener sobre los objetos por ellos elaborados, y sobre el mismo no contiene modificación alguna la reforma. Es de destacar el escaso uso de este privilegio en la práctica concursal, siendo que su uso podría ser de gran utilidad para los trabajadores en el cobro de sus créditos. Se echa de menos en la reforma una concreción del momento en que los trabajadores pueden ser considerados titulares de dicho crédito, y ello para el supuesto de que entren en colisión con otros créditos que ostenten privilegio especial sobre los mismos bienes, ya que el artículo 155.3 LC establece para estos supuestos de colisión que los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que resulte del cumplimiento de las formalidades legales previstas, siendo que los créditos refaccionarios de los trabajadores están expresamente excluidos por el artículo 90.2 LC de su constitución con formalidad alguna.

9.2.2. *Privilegio general*

El privilegio general de los trabajadores contemplado en el apartado 1 del artículo 91 LC se mantiene sustancialmente igual. Y así gozarán de este privilegio como venía ocurriendo:

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.
- Las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con la aclaración contenida en la reforma de que se devenguen con anterioridad a la declaración de concurso, lo que es coherente con su consideración de créditos concursales.
- Los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.

El proyecto incluye un nuevo supuesto de privilegio en relación a «los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable directo el concursado». Debemos recordar que dicho crédito alude a aquellos supuestos en que el empleador resulta condenado a capitalizar e ingresar la prestación de Seguridad Social de la que resulte prestatario un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional sin estar en situación de alta en Seguridad Social. Se incluye este crédito entre los créditos de los trabajadores del artículo 91.1 LC, pero el realmente beneficiado será en la mayoría de los casos la Seguridad Social, que para el caso de falta de ingreso

del empresario resulta normalmente responsable subsidiaria de abonar la prestación al trabajador.

Para finalizar en relación a los créditos con privilegio general, y aunque no se refiera a los trabajadores propiamente dichos, es de destacar la modificación de los términos en que se contempla el privilegio general de los trabajadores no dependientes que se regula en el apartado 3 del artículo 91 LC. Recordemos que este precepto establecía un privilegio respecto de los créditos por trabajo personal no dependiente devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. La reforma aclara que deben ser créditos de personas naturales, tal y como había contemplado alguna resolución judicial. En este sentido excluía a las sociedades profesionales la SJ Mercantil n.º1 de Málaga 08.10.2007. Por tanto, tras la reforma, se deben entender expresamente incluidos en este apartado a autónomos, autónomos económicamente dependientes o cualquier otro tipo de persona natural, pero no las sociedades, ni a otro tipo de profesionales organizados en cualquier tipo de persona jurídica como pudiera ser una comunidad de bienes. Finalmente, y en relación a este último privilegio, se sigue exigiendo que se trate de créditos devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso, permitiendo, a mi juicio, que el crédito derive de una actuación puntual y concreta, sin excluir expresamente, como mantenía cierto sector doctrina y alguna resolución judicial como la SJ Mercantil n.º7 de Vitoria de 28 de noviembre de 2005, a quien no rinde servicios en una relación contractual prolongada.

9.2.3. *Créditos subordinados*

No se contienen novedades en la reforma en relación a los créditos subordinados previstos en el artículo 92 LC, de que pudieran ser titulares los trabajadores, siendo que dichos créditos pudieran tener esta clasificación en supuestos de comunicación tardía, intereses o por tratarse de créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

En relación a este último tipo de subordinación, se mantiene la duda, no aclarada por la reforma, de la posición en que se encuentra el personal de alta dirección que ostente poderes generales de la empresa y cuyos créditos, conforme al artículo 92.5 LC en relación con el artículo 93.2.2º LC, y en virtud de dichos poderes generales, pudieran ser calificados como subordinados. En este sentido cierto sector de la doctrina (ÁVILA DE LA TORRE) considera que la inclusión de apoderados generales junto a los administradores y liquidadores significa que para el legislador los apoderados generales ejercen de manera independiente el poder de decisión de la sociedad y, por tanto, no se incluiría dentro de los mismos al personal de alta dirección. ❀

Bibliografía

- ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, 2004
CARRILLO MÁRQUEZ, D.: *Aspectos laborales del Proceso Concursal*, El Derecho, 2010.
DE VIVERO DE PORRAS, M. C.: *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*, Tirant Lo Blanch, 2009.

ORELLANA CANO, N.: «Aspectos Laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo» y «Los créditos laborales y de la Seguridad Social» en AAVV, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, 2012.

RIOS SALMERON, B. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Editorial Laborum, 2004.