



Revista Latinoamericana de Derecho
Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes

TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA QUE AFECTAN AL
TRABAJADOR EN LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 17, julio-diciembre, 2013, pp. 109-144

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640272005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

TRATAMIENTO DE LAS SITUACIONES DE INSOLVENCIA QUE AFECTAN AL TRABAJADOR EN LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA*

TREATMENT OF INSOLVENCY AFFECTING WORKER
IN SPANISH BANKRUPTCY LAW

TRAITEMENT DES SITUATIONS D'INSOLVABILITÉ AFFECTANT
LE TRAVAILLEUR EN DROIT DE LA FAILLITE ESPAGNOL

Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA**

RESUMEN: Las situaciones de crisis e insolvencia empresarial, que desencadenan la apertura de un proceso concursal, no implican de por sí la interrupción de la actividad empresarial, ya que la regla general ha de ser conseguir el mantenimiento de la actividad productiva y de los puestos de trabajo. No obstante, qué duda cabe que los contratos de los trabajadores pueden sufrir alteraciones provocadas por la declaración de concurso del empleador, que podrán desembocar en un incidente concursal específico cuyo objeto sea la modificación, suspensión o extinción colectivas de dichos contratos. El análisis de las peculiaridades que presenta este incidente, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo, así como los efectos y medidas que cabe adoptar sobre las relaciones laborales en las crisis de empresa, será el hilo conductor en el planteamiento de este trabajo.

Palabras clave: Insolvencia, concurso, contratos de trabajo.

ABSTRACT: Crises and corporate insolvency, which trigger the opening of a bankruptcy proceeding, not in itself imply the interruption of business, as the general rule should be getting the maintenance of productive activity and jobs. However, without doubt that the contracts of the

* Recibido el 28 de septiembre de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de noviembre de 2012.

** Profesora en el Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla, España (msa@us.es).



employer, which may lead to a specific incident which seek to bankruptcy modification, suspension or termination of such collective contracts. The analysis of the peculiarities of this incident, both from the standpoint of procedural and substantive, and measures to be taken and effects on industrial relations crisis in the company will be the focus for the approach of this work.

Key Words: Insolvency, competition, labor contracts.

RÉSUMÉ: Les situations de crise et de l'insolvabilité des entreprises, ce qui déclenche l'ouverture d'une procédure de faillite, n'implique pas en soi l'interruption des affaires, donc que la règle générale devrait être d'obtenir le maintien de l'activité productive et l'emploi. Cependant, sans doute les contrats des travailleurs peuvent souffrir des altérations causées par l'insolvabilité de l'employeur, qui peut conduire à un incident spécifique impliquant la modification, la suspension ou la résiliation de ces contrats collectifs. L'analyse des particularités présentées par cet incident, tant du point de vue, de procédure et de fond, donc les effets et les mesures à prendre sur les relations de travail dans la crise d'entreprise est le fil conducteur de l'approche de ce document.

Mots-clés: Insolvabilité, la concurrence, les contrats de travail.

SUMARIO: I. *Incidencia de la apertura del proceso concursal español en los contratos de trabajo.* II. *La competencia del juez del concurso en materia laboral.* III. *Los efectos comunes del concurso con repercusión en el ámbito laboral.* IV. *Los expedientes de extinción, suspensión y modificación colectivas.* V. *Efectos del concurso sobre los contratos de alta dirección.* VI. *El concurso y los convenios colectivos.* VII. *Bibliografía.*

I. INCIDENCIA DE LA APERTURA DEL PROCESO CONCURSAL ESPAÑOL EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

La aprobación en el año 2003 de la Ley Concursal (en adelante, LC), Ley 22/2003, y de la LO 8/2003, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ambas del 9 de julio, supuso la regulación de un único procedimiento con el que se pretende dar solución a un conflicto jurídico provocado por una situación económica de insolvencia, ya sea de persona física o jurídica, que afecta a una multiplicidad

de acreedores. Ciertamente, cuando un deudor se ve imposibilitado para pagar sus deudas y para hacer frente a otras obligaciones cuando vencen los plazos, resulta evidente la necesidad de arbitrar un mecanismo legal eficiente que sirva para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes del mismo. Son muchos y muy diversos los intereses a los que ha de atender este mecanismo, amén de diversos los sectores del ordenamiento jurídico que, como el laboral, pueden verse afectados.

Las situaciones de crisis e insolvencia empresarial afectan muy directamente a los trabajadores, a sus créditos laborales y al mantenimiento de los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso en los que sea empleador el concursado.¹ Con todo, la Ley Concursal parte de la premisa de que la declaración del concurso no implica la interrupción de la actividad empresarial (artículo 44.1 LC), ya que la regla general ha de ser conseguir la salvación de la empresa y el mantenimiento de su actividad productiva y, en la medida de lo posible, de los puestos de trabajo.² No obstante, excepcionalmente el juez mercantil, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, podrá acordar el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial (artículo 44.4 LC), si bien, en este caso, las extinciones, modificaciones o suspensiones colectivas de los contratos de trabajo se tramitarán ante el juez del concurso (artículo 8.2 LC) y por el procedimiento que se prevé en el artículo 64 de la Ley. Por tanto, y aun cuando no pueda desconocerse que los contratos de trabajo pueden sufrir alteraciones producidas por la declaración de concurso del empleador, rige el principio de continuidad de las actividades empresariales, lo que implica, a su vez, la continuidad de los contratos y de las condiciones de trabajo pactadas. Subyace, de este modo, una tensión de intereses entre la necesidad, por un lado, de dar cumplimiento a la finalidad propia del concurso, cual es la satisfacción preferente del interés de los acreedores, y, por otro, la conservación de la empresa y el mantenimiento de los contratos de trabajo.³

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Ley Concursal y los trabajadores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 3111.

² Cfr. González Cano, I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 402; DURÁN LÓPEZ, F., “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *cit.*, p. 2684.

³ Monereo Pérez, J. *et al.*, *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada, Comares, 2006, p. 67.

Ahora bien, la crisis de la empresa puede dar lugar a dos regímenes legales distintos, en función de la apertura o no del proceso concursal. En el primer caso, acudiremos al procedimiento establecido en la legislación concursal, mientras que en el segundo, cuando la crisis no haya desembocado en un concurso, se seguirá el régimen del Estatuto de los Trabajadores⁴ (ET) y normas complementarias. Este último texto legal contempla la situación de insolvencia del empresario como causa económica que permite la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET), la suspensión del contrato (artículo 47 ET) o su extinción (artículo 51 ET), abriéndose, con ello, un procedimiento que posibilita la introducción de medidas laborales cuyo objeto es reestructurar y reorganizar la empresa, adaptando contrato y condiciones laborales a la situación de crisis económica empresarial, “con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas” (artículo 52.c ET).

Por su parte, la LC, en el capítulo III de su título III, regulador de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos, establece en su artículo 64 una normativa específica dedicada a la regulación de las relaciones laborales cuando el concursado ostente la condición de empleador. La tramitación de este procedimiento es muy similar al que se contiene en la normativa laboral aunque su contenido es más procesal que sustantivo,⁵ resultando incuestionable la influencia de la norma laboral al incorporarse la mayoría de las garantías que en ella se contienen y especificarse que en lo no previsto en el artículo 64 LC se aplicará la legislación laboral. Por su parte, el artículo 65 LC contiene un tratamiento singularizado de los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección, mientras que el artículo 66 LC prevé la modificación de las condiciones pactadas en los convenios colectivos.

Debido al deseo del legislador concursal de seguir un principio de unidad legal y de disciplina, las normas mercantiles reguladoras de la insolvencia empresarial contienen por vez primera preceptos relativos a los efectos que produce la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo, pero contemplando solamente determinadas cuestiones laborales; en concreto, las

⁴ Montoya Melgar, A., “Crisis de la empresa y contrato de trabajo (Panorama tras la Ley Concursal)”, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., p. 2977.

⁵ González Cano, I., *op. cit.*, p. 403.

relativas a la modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo “ordinarios”, así como de los contratos de alta dirección, del régimen de los créditos laborales y de la tutela procesal del trabajador.⁶ Sobre estas cuestiones se prevén tan sólo determinadas reglas particulares, habiéndose de acudir en lo no específicamente contemplado a la normativa laboral. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 8.2 LC cuando establece que para las relaciones laborales “sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral”. Nuestro objetivo en las líneas que siguen será el de analizar cómo afecta la declaración de apertura del proceso concursal a los trabajadores del deudor insolvente, centrándose nuestra aproximación en los aspectos procesales de la cuestión, sin olvidar por ello los sustantivos, concretamente las medidas que cabe adoptar sobre las relaciones laborales en las crisis de empresa y los efectos que ello produce, haciéndose, además, una especial referencia a las atribuciones del juzgado de lo mercantil en materia laboral.

II. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO EN MATERIA LABORAL

Tal como se desprende de la exposición de motivos de la Ley Concursal, en atención al principio de unidad de procedimiento, se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en un principio, serían de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que debido a la repercusión que puedan tener en el patrimonio del deudor concursado quedan bajo la atribución del juzgado de lo mercantil. La delimitación de la competencia del juez del concurso fue una de las cuestiones más controvertidas del debate parlamentario y supuso un cambio trascendental en relación con el anterior sistema concursal, en el que las competencias venían atribuidas al juzgado de lo social y a las autoridades administrativas laborales, quedando las relaciones entre trabajador y empresario deudor al margen del proceso concursal.⁷

⁶ Alameda Castillo, T., “La relación de trabajo en la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Temas Laborales*, núm. 73, 2004, p. 18.

⁷ Cfr. González Cano, I., *op. cit.*, p. 402; Durán López, F., *op. cit.*, p. 2687.

De este modo, se produce una atribución a favor de los juzgados de lo mercantil de competencias genuinas de la jurisdicción social y como tales conocidas antaño en la instancia por los juzgados de lo social, y otras atribuidas hasta ahora a la autoridad laboral y cuyas resoluciones eran controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Las opiniones que se han manifestado en contra de esta atribución esgrimen como argumento principal que el juez social da una respuesta más adecuada a los problemas laborales mediante unos órganos especializados y unos principios procesales adaptados a la naturaleza de las controversias laborales.⁸ Frente a esta opinión, estimo que ha de primar la unificación en un solo procedimiento y ante un único juzgado de todos los litigios tendentes a satisfacer pretensiones de los acreedores frente al patrimonio del deudor concursado, evitándose resoluciones que pudieran resultar contradictorias con el interés del concurso. En el enjuiciamiento de estas materias, el juez concursal tiene que revestirse y actuar como si fuera juez social,⁹ aplicando la legislación laboral a la luz de la legislación concursal y de sus principios inspiradores. El juego entre legislación concursal y laboral resulta, por tanto, bidireccional.¹⁰

Con independencia de que el empresario concursado esté intervenido o suspendido en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio empresarial (artículos 40 y 44 LC), la Ley Concursal establece como regla general, en su artículo 61, la continuidad de los contratos con obligaciones recíprocas, entre los que se encuentran los contratos de trabajo. No obstante, como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, el concurso puede acarrear alteraciones en los contratos de trabajo, que si son las del artículo 64 LC se tramitarán dentro del concurso y se atribuirán al juzgado de lo mercantil.

El criterio temporal a partir del cual puede atribuirse la competencia al juzgado de lo mercantil, lo establece el artículo 64.1 LC una vez que se ha declarado el concurso. La adopción de las medidas de modificación, extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo se podrán solicitar, según dispone el artículo 64.3 LC, una vez que la administración concursal emita el

⁸ Así se expresa la enmienda número 28 presentada por el grupo mixto en el Senado.

⁹ Ríos Salmerón, B., “La ley concursal y los trabajadores...”, *cit.*, pp. 364 y 375.

¹⁰ García Perrote, I., “Aspectos laborales de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 6, 2003, disponible en: www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n6/051gnacio.pdf.

informe al que se refieren los artículos 74 y 75 de la Ley, cuyo plazo es de dos meses que se cuentan desde la fecha en que se produzca la aceptación por dos de los administradores. No obstante, se podrá realizar la petición en cualquier momento procesal desde la declaración del concurso, aunque no haya recaído informe de la administración concursal, si se estima que la demora en la aplicación de estas medidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En lo que hace a la delimitación de la competencia, y de acuerdo con lo que se dispone en los artículos 86 ter de la LOPJ y 8.2 y 64 LC, se atribuirá al juzgado de lo mercantil el conocimiento de los expedientes de extinción, modificación o suspensión de los contratos de trabajo que tengan lugar en el seno del concurso y que sean legalmente consideradas como colectivas, así como las ejecuciones contra el empresario concursado, aunque se hayan decretado por un juzgado de lo social y las medidas cautelares que afecten al patrimonio del mismo.

Además, se hace necesario recordar que respecto a las acciones declarativas, el artículo 50.1 LC establece que los jueces del orden social no pueden conocer de nuevas demandas una vez que se ha abierto el concurso, debiendo abstenerse y previniendo a las partes que ejerciten su derecho ante el juez mercantil. Asimismo, con respecto a juicios declarativos pendientes en los que sea parte el deudor concursado, éstos han de continuar hasta su resolución por sentencia firme, sin perjuicio de que el juez concursal acumule aquellos que se estén tramitando en primera instancia, si su resolución tiene trascendencia para la formación del inventario y lista de acreedores. En lo que hace a las ejecuciones, una vez que se declara el concurso no se podrán iniciar ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor, con la salvedad a que se hará alusión más adelante.

Para otorgar estas competencias al juzgado de lo mercantil se modificó la LPL por la Disposición Final 15 de la LC, atribuyendo —en sus apartados 1 y 2— al juez del concurso determinadas cuestiones que antes se hallaban residenciadas en los juzgados del orden social. Concretamente, se modifica el artículo 2o., inciso a, de la LPL, y así las cuestiones litigiosas entre empresario y trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, en caso de que se declare el concurso, pasan a atribuirse a los juzgados de lo mercantil, exceptuando de su conocimiento a los juzgados del orden social. Además,

se adiciona el inciso d al artículo 3.1 de la LPL, excluyendo del ámbito de la competencia del orden social todas aquellas pretensiones cuyo conocimiento y decisión se reserve por la LC a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. De este modo, las cuestiones que antes estaban residenciadas en el orden social y que hoy son competencia del juez mercantil, si existe declaración de concurso, son las acciones sociales de extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado; las acciones individuales extintivas del contrato de trabajo, al amparo del artículo 50.1, inciso b, del ET; las acciones para la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, y toda ejecución sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado. Por otra parte, se da una nueva redacción al artículo 4o. de la LPL, limitando a los órganos del orden social el conocimiento de las cuestiones prejudiciales concursales, que entran en el ámbito de la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil. En estos casos, resultará procedente la suspensión del juicio social en espera de que el juez mercantil resuelva la cuestión prejudicial. No obstante, y a *sensu contrario*, el artículo 9o. LC dispone que el Juzgado Mercantil podrá conocer de las cuestiones prejudiciales laborales que se planteen en el concurso.

La competencia objetiva del juez del concurso puede suscitar algunas dudas en orden a la delimitación del ámbito de su aplicación. Así, en lo que se refiere a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cabe plantearse si la competencia se extiende sólo a las de carácter colectivo o si también incluiría a las de carácter individual. Con independencia de ciertas disquisiciones doctrinales que apuntan a que la utilización del término colectiva en singular,¹¹ podría inducir a pensar que se conocería de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto colectivas como individuales, lo cierto es que tanto el artículo 8.2 LC como el artículo 86 ter 1.2 de la LOPJ utilizan el término “colectivas” en plural, por lo que la hermenéutica gramatical de estos dos preceptos refuerza la tesis de que el juez del concurso sólo será competente para conocer de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.¹² Por consiguiente, la competencia objetiva

¹¹ Conviene recordar que el artículo 64.1 LC se refiere a “los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales”.

¹² Véase Orellana Cano, Ana M., “Cuestiones laborales y de seguridad social en la nor-

del juez mercantil se circunscribirá a las medidas de naturaleza colectiva que afecten a las relaciones laborales en las que sea empleador el concursado.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en los artículos 47 y 51 del ET las suspensiones y extinciones colectivas de los contratos de trabajo han de autorizarse por la autoridad laboral, mientras que en los supuestos de modificación sustancial, el ET impone un proceso de consulta y negociación entre representantes legales de los trabajadores y del empresario, atribuyéndose a este último la decisión final respecto a las medidas pretendidas. La LC mantiene en su artículo 64 la exigencia de arribar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, produciéndose una atribución de competencias al juez concursal, que en los casos de suspensiones o extinciones colectivas de contratos de trabajo se traducen en una sustitución de la autoridad laboral, mientras que en los casos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo el juez mercantil sustituye al empresario, esto es, adopta decisiones que directamente corresponderían al mismo. De igual modo, una vez que se declara el concurso el juzgado de lo social pierde competencias en materia de ejecución, al haberse suprimido el privilegio de la ejecución separada tras la modificación del artículo 32.5 del ET. En este sentido, el artículo 235.5 de la LPL nos remite en el supuesto de concurso a lo que se disponga en la LC, contemplándose esta misma remisión en el artículo 246.3 LC, referido a las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de salarios adeudados. Paralelamente, los artículos 8.3 de la LC y 86 ter.1.3 de la LOPJ asignan al juez del concurso competencia para conocer de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. No obstante, el artículo 55.1.2 LC permite la continuación de las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que dichos bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Esta atribución competencial al juez concursal está en consonancia con la intención del legislador de dar un claro sentido unificador al procedimiento, evitándose que decisiones trascendentales para la empresa se adopten por ór-

mativa concursal”, en San Juan Muñoz, E. (coord.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 1238.

ganos distintos del juez mercantil. Además, con este traslado de competencias se trata de evitar que los jueces del orden social conozcan de determinados asuntos laborales con incidencia en el proceso concursal, frenando la “huida” de los trabajadores y de los créditos laborales hacia el “refugio” del juez laboral.¹³

Por tanto, la competencia del juez mercantil y la consiguiente aplicación del artículo 64 LC responden a la concurrencia de dos presupuestos fundamentales, cuales son, en primer lugar, que los expedientes de modificación, suspensión y extinción colectivas se planteen una vez se haya solicitado la declaración del concurso, desde ese momento el órgano social deberá abstenerse de conocer y habrá de remitir a las partes al juez del concurso. Respecto a los expedientes en tramitación cuando se haya solicitado el concurso nada dice el artículo 64 LC, si bien estimamos que éstos habrán de seguir sus cauces conforme a la normativa laboral, sin perjuicio de una posible acumulación al concurso.¹⁴ El segundo presupuesto nos habla de la necesidad de que los expedientes sean de naturaleza colectiva y no individual. Por consiguiente, el artículo 64 LC no se aplicará en los supuestos de modificación o extinción individual instada tras la declaración del concurso, que siguen la normativa laboral y serán competencia la autoridad social correspondiente. En este último supuesto, si se han de adoptar medidas que correspondan al empresario, y dependiendo de si está intervenido o suspendido en sus funciones, se requerirá autorización de la administración concursal o atribución directa a la misma.

III. LOS EFECTOS COMUNES DEL CONCURSO CON REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

El título III de la LC contiene la regulación de los efectos desplegados por el concurso, distinguiendo entre los que se producen sobre el deudor, los acreedores, los contratos y los actos realizados por el concursado en perjuicio de la masa. Todos estos efectos, que se encuadran en el marco de una regulación común, pueden tener repercusión en el ámbito laboral y se distinguen de

¹³ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Ley Concursal y los trabajadores”, *op. cit.*, p. 3118; *cf.*, igualmente, sobre esta huida, Ríos Salmerón, B., “La Ley Concursal y los trabajadores...”, *op. cit.*

¹⁴ Esta opinión se manifiesta por González Cano, I., *op. cit.*, p. 406.

aquellos otros que tienen una regulación específica en atención precisamente a su carácter laboral.¹⁵

La declaración del concurso despliega su eficacia, en primer lugar, sobre la persona del deudor en la medida en que implica una limitación a la capacidad de obrar del mismo. Así, en el ámbito laboral, las facultades patrimoniales del deudor empresario pueden quedar sometidas a intervención o suspensión por parte de la administración concursal, limitación ésta de la capacidad que aparece recogida en el artículo 40 LC y que responde a la desconfianza hacia la gestión del deudor derivada de la propia declaración de concurso.¹⁶ De acuerdo con lo que se establece en este último artículo, se pueden adoptar dos tipos de medidas, bien la intervención de los administradores concursales, conservando el deudor concursado las facultades de administración y disposición sobre su propio patrimonio, pero necesitando para su ejercicio la autorización o conformidad de la administración concursal, o bien la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración o disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales en el ejercicio de tales facultades. En un principio, la intervención se aplica en el concurso voluntario y la suspensión en el necesario, pero el juez mercantil puede variar esta regla general acordando la suspensión en el concurso voluntario y la intervención en el necesario mediante resolución motivada. Trasladando estas limitaciones al ámbito laboral, y si lo que se ha acordado es la suspensión en las facultades de administración y disposición, el empresario concursado no podrá celebrar contratos de trabajo ni adoptar decisiones fundamentales, tales como modificaciones, suspensiones o extinciones contractuales con evidente contenido patrimonial, así como tampoco abonar salarios, ya que estas actuaciones correspondería realizarlas a la administración concursal. La infracción de alguna de estas limitaciones por el empresario concursado determina la nulidad de los actos de disposición y administración a instancia de la administración concursal, por los cauces del incidente concursal (artículo 44.7 LC). Durante el tiempo que transcurra entre la declaración del concurso y la aceptación del cargo por los administradores concursales, el deudor que está sometido, bien al régimen de intervención, bien de suspensión, sobre su

¹⁵ A esta distinción hace referencia Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 139.

¹⁶ *Ibidem*, p. 140.

patrimonio, podrá realizar actos propios de su giro o tráfico que resulten imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial y que se ajusten a las condiciones de mercado. Los actos realizados durante este periodo de tiempo pueden ser convalidados por la administración concursal cuando pase a desempeñar sus funciones, o en el supuesto de que el deudor concursal se haya extralimitado en sus actuaciones, la administración estará legitimada para ejercitar la acción de anulación de tales actos. Si el deudor tiene la condición de persona jurídica, las consecuencias del concurso se regulan en el artículo 48 LC. Así, y salvo que se aperture la fase de liquidación con la consiguiente disolución de la persona jurídica, la declaración y posterior tramitación del concurso produce una intervención o suspensión en las facultades de administración y disposición de los órganos de la persona jurídica, que seguirán manteniéndose.

En lo que hace a la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, ya ha quedado apuntado con anterioridad que la declaración del concurso no interrumpe la citada actividad (artículo 44.1 LC), si bien la continuidad de la misma requiere del establecimiento de un conjunto de normas específicas. Así, en caso de que el deudor esté sometido a intervención, se prevé que la administración concursal pueda determinar los actos propios de la actividad empresarial del mismo para los que quede autorizado con carácter general, pudiendo, en estos supuestos, seguir encargándose de la gestión técnica de su actividad. Ello significa que la administración puede autorizar al empresario concursado a realizar determinadas actuaciones en el marco del contrato de trabajo, tales como contratación en las condiciones pactadas, pago de salarios, sanciones, etcétera.¹⁷ Si, por contra, el juez mercantil ha adoptado la decisión de suspender las facultades de administración y disposición del deudor, será la administración concursal la que adopte las medidas necesarias para continuar la actividad empresarial, si bien el deudor podrá seguir desarrollando funciones que no entren en el ámbito de estas facultades. Además, la continuidad de la actividad empresarial o profesional implica en el ámbito laboral el mantenimiento de los contratos de trabajo que haya celebrado el deudor antes de la declaración del concurso, realizándose con cargo a la masa, y teniendo la consideración de créditos contra la masa (artículo

¹⁷ *Ibidem*, p. 144.

84.1.5 LC), el pago de las prestaciones que corresponden al concursado como consecuencia de la vigencia de estos contratos.

Consecuencia directa del mantenimiento de esta actividad es que, en un principio, el contrato de trabajo sólo cesará si concurre alguna causa extintiva. Si esta causa se halla comprendida en los supuestos de los artículos 64 y 65 LC, se seguirán las prescripciones contenidas en dichos preceptos. Si, por contra, la causa de extinción, modificación o suspensión no es colectiva se sigue el procedimiento del artículo 44.4 LC, remitiéndose a la normativa laboral procedente. Los contratos de trabajo, por consiguiente, continuarán vigentes, si bien cabe la posibilidad de que se pida la extinción de los mismos. En estos casos, no resultará aplicable el régimen que prevén los artículos 61.2 y 62 LC, que, en caso de discrepancia, se remite a los trámites del incidente concursal, sino el régimen laboral común, salvo que resulte aplicable el procedimiento del artículo 64 o las previsiones del artículo 65 LC, en cuyo caso estaríamos ante extinciones colectivas.

Los efectos del concurso también se extienden a los actos realizados en perjuicio de la masa, frente a los que se prevé el ejercicio de las acciones de reintegración con objeto de rescindir las actuaciones perjudiciales realizadas durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. Ciertamente, este sistema pueda aplicarse a los actos en materia laboral que se hayan realizado en perjuicio de la masa. La legitimación corresponde a la administración concursal y a los acreedores que deberán dirigir la demanda de rescisión contra el deudor y los que hayan sido parte del acto impugnado, pudiendo ampliarse a terceras personas si el bien ha sido objeto de transmisión cuando se pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o la protección que deriva de la publicidad registral (artículo 72.2 LC). El ejercicio de estas acciones rescisorias se tramita por el cauce del incidente concursal, y si la sentencia estima la acción rescisoria se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél (artículo 73 LC).

La declaración del concurso del deudor empresario incide, igualmente, en el posible ejercicio de las acciones individuales que vayan a entablar o hayan entablado los trabajadores, tanto en el proceso declarativo como en el ejecutivo. Dentro del proceso de declaración, los artículos 50 y 51.1 LC otorgan un tratamiento jurídico diferenciado a las acciones ejercitadas después de la declaración del concurso, respecto de aquellas que están pendientes una vez que

se produce esta declaración. De acuerdo con el artículo 50.1 LC, una vez que se ha declarado el proceso concursal todas aquellas materias que puedan tener trascendencia en el patrimonio del deudor concursado frente a las que se ha interpuesto demanda pasarán a conocerse por el juez del concurso, habiendo de abstenerse la jurisdicción social, que tendrá que prevenir a las partes de que usen su derecho ante éste. Para las acciones declarativas pendientes a la fecha de declaración del concurso, el artículo 51.1.1 LC señala como regla general su continuación ante los órganos del orden jurisdiccional social hasta la firmeza de la sentencia. En lo que hace al proceso de ejecución, la regla general es la de prohibición de ejecuciones separadas frente al concursado (artículo 55.1 LC), por lo que no se podrá solicitar ante la jurisdicción social ninguna ejecución laboral singular frente a él como ejecutado. Concretamente, la Ley de Procedimiento Laboral, en sus artículos 235.5 y 246.3, remite en caso de concurso a lo establecido en la Ley Concursal. Se atribuye, de este modo, al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para el conocimiento de toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, con independencia del órgano que la hubiera ordenado. Por su parte, las ejecuciones laborales que se estuvieran tramitando una vez declarado el concurso se suspenderán desde esa fecha, con las excepciones anteriormente apuntadas, que se contienen en los artículos 55.1 y 56.2 LC. Pero ha de quedar claro que la ejecución laboral se suspende, no se sobresee, lo cual implica que si concluido el proceso no se han satisfecho los créditos laborales se puede reanudar la ejecución ante la jurisdicción social, siempre, naturalmente, que quedara remanente con qué satisfacerlo. A esta conclusión llegamos, ante la falta de regulación en la LPL, de la lectura del artículo 568 de la LEC, que establece la suspensión de la ejecución, en el estado en que se encuentre, cuando el ejecutado se encontrase en situación de concurso.

IV. LOS EXPEDIENTES DE EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN Y MODIFICACIÓN COLECTIVAS

1. *Observaciones preliminares*

La situación de insolvencia en que puede verse envuelta una empresa no resulta, en modo alguno, ajena a los trabajadores y deja sentir sus efectos

sobre los contratos de trabajo que pueden verse modificados, suspendidos o extinguidos. Las medidas que, en este sentido, han de adoptarse cuando se declara el concurso han de estar fundadas en causas económicas, cuyo objetivo ha de ser superar una situación financiera negativa, o técnicas, con las que se pretende garantizar la viabilidad de la empresa. La adopción de estas medidas trae como consecuencia una laboralización de las competencias del juzgado de lo mercantil, al verse afectados aspectos sociales tras la apertura del proceso concursal.

Con la aparición de la Ley Concursal se produce una duplicidad de procedimientos en el tratamiento laboral de las situaciones de insolvencia empresarial que dependen de si se ha abierto o no concurso. De este modo, las normas del ET sobre despido colectivo (artículo 51 ET), movilidad geográfica (artículo 40 ET), o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET) que han de fundamentarse en causas económicas, técnicas o de producción, se aplicarán si no se ha aperturado concurso, debiendo, en caso contrario, acudir al procedimiento del artículo 64 LC, que se regirá, en lo no dispuesto en ella, por las normas de naturaleza laboral, con la consiguiente interdependencia funcional de ambos procedimientos, el laboral y el concursal. La aplicación de las especialidades que se prevén en la LC se contempla en el artículo 57 bis ET,¹⁸ que establece una remisión específica a lo que se dispone en esta Ley. Ciertamente, el régimen especial que en ella se prevé tiene fuentes laborales y guarda *significativos paralelismos*¹⁹ con el procedimiento de regulación de empleo de los despidos colectivos (artículo 51 ET). Nos encontramos ante un derecho laboral del concurso o, como lo ha calificado algún autor,²⁰ un *microsistema normativo laboral* integrado en la Ley Concursal.

No resulta común que leyes ajenas al derecho del trabajo intervengan regulando aspectos cruciales de la relación laboral,²¹ que es, precisamente, lo que ha sucedido en nuestro país en relación con los derechos de los trabajadores una vez que la empresa entra en concurso. Hasta la aparición de la LC todo lo referente a los aspectos laborales de las crisis empresariales venía siendo regu-

¹⁸ Introducido por la Disposición Final 14 de la LC.

¹⁹ Alameda Castillo, T., *op. cit.*, p. 24.

²⁰ Monereo Pérez, J. *et al.*, *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada, Comares, 2006, p. 69.

²¹ Ríos Salmerón, B. y Limón Luque, M., “Insolvencia y derechos de los trabajadores. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 2006, p. 67.

lado por la propia legislación laboral,²² y es precisamente con la aparición de esta Ley cuando por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico se regula el *impacto* de las crisis de empresa en las relaciones laborales a través de una norma de carácter eminentemente mercantil y procesal.²³ Aun cuando ambos sectores jurídicos contemplan un mismo panorama socioeconómico, que es la situación de crisis empresarial, el derecho concursal intervendrá cuando la crisis esté en un estado muy avanzado, esto es, cuando la empresa no pueda o no vaya a poder cumplir sus obligaciones regularmente, mientras que el derecho del trabajo actuará en un momento anterior cuando el empresario busca adoptar una serie de medidas puntuales según la gravedad de la situación. Además, lo cierto es que por la propia dinámica del concurso, los trabajadores pueden manifestar su inquietud en tres direcciones distintas:²⁴ bien porque la declaración del concurso no influya en sus contratos, bien porque sus créditos se abonen en primer lugar, o bien por la huida de su juez natural, conociendo de sus asuntos un juzgado de lo mercantil.

Cuando las medidas de cierre de la totalidad de la empresa o de parte de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, así como el cese o suspensión total o parcial de éstas implique modificaciones, suspensiones o extinciones colectivas de los contratos de trabajo, se seguirá lo preceptuado por el artículo 64 LC que fue, conviene decirlo, uno de los preceptos más debatidos en sede parlamentaria y que confirma la competencia para conocer de estas materias por el juzgado de lo mercantil, que actuará sometido a los principios de la LPL, permitiéndose la participación de la autoridad laboral por medio de la emisión de un informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. Contiene el artículo 64 LC una regulación materialmente laboral y formalmente concursal de la operatividad de los instrumentos laborales en el concurso, que alberga la regulación de tres aspectos diferentes: así, en primer lugar, los expedientes de regulación de empleo; en segundo lugar, la acción del trabajador por la medida adoptada por el juez mercantil, que puede dar origen a un incidente concursal, y, en tercer lugar, las acciones de resolución

²² Recuérdese que la Disposición Derogatoria única, apartado 12, de la LC deroga el artículo 51.10 ET.

²³ Cruz Villalón, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, 2003, p. 510.

²⁴ Ríos Salmerón, B. y Limón Luque, M., *op. cit.*, p. 68.

del contrato por trabajadores ante el juez de lo social, que si exceden pasan a convertirse en extinciones colectivas. Puede iniciarse, de este modo, un procedimiento de modificación contractual que se desarrolla dentro del seno del concurso y que implica especialidades con respecto a la normativa laboral referida, como por ejemplo, en materia de sujetos intervinientes, al darse entrada a la administración concursal, o de tramitación del expediente que pasa a revestir naturaleza judicial y quedando en manos del juez del concurso —y no del empresario— la modificación sustancial de las condiciones laborales.

El procedimiento de modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, se incardina en un incidente concursal específico regulado en los apartados 1 a 7 del artículo 64, que se puede estructurar en tres fases fundamentales. La primera consistente en la solicitud de adopción de las medidas; la segunda, que la identificamos con la apertura de un periodo de consultas e informe de la autoridad laboral, y la tercera y última fase relativa a la posibilidad de recurrir el auto dictado por el juez del concurso, con remisión a la normativa laboral. Junto a este proceso incidental, el párrafo 8 de este mismo artículo se remite a los trámites del incidente concursal laboral, regulado en el artículo 195 LC, para la sustanciación de las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto que decida el expediente colectivo, en cuestiones que se refieren estrictamente a la relación jurídica laboral. También se remite a los trámites de este incidente las acciones rescisorias del artículo 64.9, las acciones para la extinción o suspensión de contratos de alta dirección (artículo 65) y las de modificación de condiciones del convenio colectivo (artículo 66).²⁵

2. Legitimación para solicitar medidas modificativas, suspensivas y extintivas al juez del concurso

El incidente colectivo que regula el artículo 64.1 al 7 LC comienza por solicitud escrita de adopción de medidas modificativas, extintivas o suspensivas colectivas de los contratos de trabajo. Estas medidas no pueden ser aplicadas de oficio por el juez, sino que han de accionarse por persona legitimada,

²⁵ Sobre la diferenciación de estos dos tipos de incidentes véase González Cano, I., *op. cit.*, p. 409.

legitimación que la ley reconoce a la administración concursal, al deudor o a los trabajadores de la empresa a través de sus representantes legales (artículo 64.2 LC). La solicitud por parte de la administración concursal procederá en todos aquellos supuestos en que el juez haya ordenado la sustitución de las facultades patrimoniales del empresario concursado, mientras que si estas facultades de disposición y administración están tan sólo intervenidas, se limitará a dar o no la conformidad a la iniciativa del deudor, de tal manera que en caso de sustitución estará legitimada exclusivamente la administración concursal; mientras que en caso de intervención, la legitimación se le atribuye al deudor empresario, necesitándose la conformidad de la administración concursal. Nos encontremos con un concurso voluntario o con uno necesario, la administración concursal está expresamente legitimada para solicitar al juez del concurso la suspensión o extinción de los contratos de trabajo, si bien es cierto que en la práctica la iniciativa de la administración concursal se producirá casi siempre cuando nos encontremos con un concurso necesario.

El segundo de los sujetos legitimados para instar el procedimiento es el propio empresario concursado. Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, lo más normal es que el deudor inste estas medidas en el concurso voluntario sin que la Ley contemple prohibición alguna al respecto cuando nos encontramos con uno necesario, aun cuando al ver suspendidas sus facultades de administración (artículo 40.2 LC) pasará a desempeñar estas funciones la administración concursal. Pero la actuación del deudor en el procedimiento de regulación de empleo se ciñe al momento de la solicitud, ya que a partir de este instante la representación de la empresa recae exclusivamente sobre la administración concursal y no sobre el empresario, a diferencia de lo que sucede en los expedientes de regulación de empleo que se tramitan conforme al ET.

De igual modo, la Ley reconoce legitimación a los mismos trabajadores de la empresa, a través de sus representantes legales, colocándose en posición de paridad con respecto a la administración concursal. Este supuesto es similar al que se prevé en el artículo 51.9 ET, previsto para los casos en que *racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación*. No obstante, en el supuesto de concurso la situación es ya de por sí suficientemente grave como para considerar no necesaria la alegación de aquellos perjuicios de cara a iniciar

el procedimiento de regulación de empleo del artículo 64,²⁶ de ahí que nada se establezca, en este sentido, al respecto. Además, y a diferencia de la regulación estatutaria ordinaria, la LC otorga la iniciativa a los representantes de los trabajadores no sólo para el supuesto de despidos colectivos, sino que también se amplía a las suspensiones o modificaciones de contratos de trabajo. En otro orden de cosas, nada dice la LC sobre quiénes han de ser los representantes de los trabajadores, por lo que ha de entenderse que por tales representantes se han de incluir tanto a la representación unitaria (comités de empresa y delegados de personal) como a la representación sindical (seccionales y delegados sindicales).²⁷

Junto a la legitimación reconocida a los representantes de los trabajadores para incoar el procedimiento de regulación de empleo, el artículo 64.10 LC reconoce tal posibilidad a un determinado número de trabajadores que soliciten por demandas individuales la extinción del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, siempre que se superen los límites fijados por ley,²⁸ pasando a tener la consideración de extinciones de carácter colectivo. Todo ello implica un traslado de la resolución instada ante la jurisdicción social a la jurisdicción mercantil,²⁹ y la puesta en marcha del procedimiento sin necesidad de la intervención de los representantes legales de los trabajadores.³⁰ Esta posibilidad ha llevado a algún autor³¹ a afirmar que nos encontramos ante un cuarto sujeto legitimado: los trabajadores directamente. Ante la diversidad de sujetos legitimados para incoar el proceso nos podemos encontrar con el supuesto de que puedan converger varias solitu-

²⁶ Así se manifiesta Alameda Castillo, T., *op. cit.*, p. 32.

²⁷ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 532.

²⁸ Estos límites son los siguientes: a) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta cien trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. b) Para las empresas que cuenten con una plantilla de cien a trescientos, el 10 por 100 de los trabajadores. c) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de trescientos, el 25 por 100 de los trabajadores.

²⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2003, p. 3, apunta que se produce “una alteración sustancial de las demandas en cuanto que lo que empieza como acción individual no acumulable pasase a ser una acción colectiva acumulable tratada ficticiamente por la Ley Concursal como despido colectivo”.

³⁰ Así se manifiesta Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 99.

³¹ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 533.

des, lo que puede plantear la duda de cuál de ellas se tramita. Estimamos que aquí no ha de aplicarse el criterio de prioridad temporal, ya que puede darse el caso de que la solicitud presentada por los representantes sindicales esté peor documentada que la posteriormente instada por la administración concursal. Ciertamente, lo más razonable será que se acumulen todas las solicitudes con las alegaciones correspondientes.³²

Como regla general, el artículo 64.3 LC establece que la adopción de estas medidas colectivas tan sólo puede instarse una vez que la administración concursal ha emitido el informe relativo al estado financiero del deudor, regulado en los artículos 74 y 75 LC. Este informe ha de emitirse en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que se produzca la aceptación de su cargo por, al menos, dos de los administradores, o de un mes, en caso de concurso abreviado y administrador único. Excepcionalmente, se contempla la posibilidad de que se presente la solicitud, sin necesidad de esperar a la emisión del citado informe, en cualquier momento procesal tras la declaración del concurso, si se puede constatar que el retraso en la aplicación de las medidas propuestas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Esta posibilidad que abre el legislador es una manifestación más de la especial preocupación de la LC por garantizar la continuidad de la actividad empresarial, si bien ha de exigirse una acreditación efectiva de ese riesgo por parte de los solicitantes que haga temer, si no se adoptan esas medidas con la suficiente rapidez, el malogro de dicha finalidad. El problema que se puede plantear si se solicita el expediente tras la declaración del concurso, es que al no estar nombrados todavía los administradores, se han de evacuar las consultas directamente con el propio empresario concursado, ya que éste puede realizar los actos propios de su giro o tráfico que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad (artículo 44.2 LC) hasta la aceptación de su nombramiento por los administradores concursales.

En relación con el contenido de la solicitud de modificación, extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, se deberá hacer mención, en primer lugar, de las causas que motivan la necesidad de adopción de estas medidas. En segundo lugar, los documentos necesarios para acreditar estas causas, que si son de índole económica, habrá de adjuntarse la documentación debidamente auditada respecto al estado y evolución económica, financiera y

³² Durán López, F., *op. cit.*, p. 2691.

patrimonial de la empresa, si no se ha aportado ya al concurso. Si las causas hacen referencia a cuestiones técnicas, de producción u organizativas, habrá que incorporar los planes, proyectos e informes respectivos. En tercer lugar, se expondrán los objetivos que se pretenden con estas medidas, de cara a la consecución de la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Especial mención debe hacerse a la obligación recogida en la LC sobre la exigencia de elaboración de un plan que refleje la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo, siempre y cuando vayan a verse afectadas empresas de más de cincuenta trabajadores. Este plan social se exige también por la legislación laboral (artículo 51.4 ET) en todos los supuestos de despidos colectivos en empresas de cincuenta o más trabajadores. El objetivo de este plan que, como hemos visto, en la legislación laboral se refiere sólo a los supuestos de despidos colectivos, mientras que el legislador concursal lo amplía también a los supuestos de modificaciones y extinciones colectivas, es el de acompañar un conjunto de medidas de carácter social dirigidas a minimizar los efectos de las modificaciones o extinciones proyectadas. Además, este plan forma parte de la solicitud y se constituye en obligación previa a la adopción por el juez del concurso de las medidas de modificación o extinciones colectivas. En consonancia con el objetivo del legislador concursal de garantizar la continuidad de las empresas en crisis, el plan social prevé *fórmulas alternativas*³³ a la extinción de los empleos que pasan por la recualificación o reciclaje profesional de los trabajadores, la redistribución de las jornadas de trabajo o la prohibición de horas extras, entre otras. Por consiguiente, la reordenación de los recursos humanos en la empresa quedará reflejada en el plan social, pero si el procedimiento concursal finaliza con la liquidación de la actividad empresarial, el plan social se centrará en atenuar las consecuencias de la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

3. Periodo de consultas e informe de la autoridad laboral

La segunda fase de los expedientes de modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales en el seno del concurso consiste en la apertura de un periodo de consultas por parte del juez, que convocará a tal fin a los representantes de los trabajadores y a la administración concur-

³³ Alameda Castillo, T., *op. cit.*, p. 35.

sal (artículo 64.5 LC), y cuya duración no podrá ser superior a treinta días naturales o a quince en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores. La regulación concursal generaliza el periodo de consultas sin importar cuál sea la iniciativa de regulación de empleo que se proponga, constituyéndolo como trámite obligatorio quien quiera que sea el sujeto legitimado que haya accionado el proceso, a diferencia de la norma común estatutaria, que omite este trámite en los supuestos que la propuesta provenga de los representantes de los trabajadores (artículo 51.9 ET). Conviene precisar que se excluye la presencia del deudor en este periodo, exclusión que resulta indiscutiblemente lógica en los supuestos de sustitución de las facultades de gestión y disposición de su patrimonio, pero que no lo es en el caso de intervención. Nos encontramos con el absurdo de que el empresario concursado se encuentra legitimado para la solicitud de estas medidas, que han de venir documentadas y justificadas por él mismo, pero se le excluye de la negociación, que pasa a manos de la administración y los representantes de los trabajadores; este absurdo es aún mayor en todos aquellos supuestos en que lo que se pretende con el procedimiento concursal es el mantenimiento de la empresa en manos del mismo empresario y la recuperación de la solvencia de la misma. No obstante, la administración concursal no se encuentra condicionada por la propuesta que ha podido efectuar el empresario, ya que su actuación ha de basarse en buscar un equilibrio entre los distintos intereses en juego: empresario-deudor, acreedores y trabajadores de la empresa. No nos encontramos con un interlocutor que actúa en nombre del empresario,³⁴ sino con un órgano unipersonal o colegiado designado judicialmente que ha de defender unos intereses y perseguir unos objetivos que pasan por buscar el difícil equilibrio entre la satisfacción de los créditos de los acreedores y el salvamento de la empresa. Por consiguiente, puede darse el caso de que se consideren innecesarias las medidas propuestas por el empresario, o bien puede entenderse que las medidas a adoptar han de ser de distinta naturaleza o, inclusive, que pueden ser de superior intensidad a las propuestas.

El papel del juez se limita a la convocatoria de las partes, sin intervención alguna, ni siquiera como mediador, por lo que las consultas serán bilaterales entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, que habrán de negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. A pesar

³⁴ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 539.

de que la LC no se pronuncia al respecto, éste sí se delimita en el ET, que actúa como norma supletoria, por lo que el contenido de esta consulta habrá de versar sobre las causas motivadoras del expediente, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (artículo 51.4 ET). Las partes realizan un intercambio de opiniones y posiciones cuya finalidad es lograr un acuerdo entre las mismas. Precisamente, para lograr la consecución de este objetivo hay que analizar la posibilidad de plantear quitas o esperas sobre los créditos salariales adeudados. Consideramos que ha de resultar perfectamente factible la posibilidad de acordar aplazamientos sobre los créditos salariales adeudados, resultando más problemática la posibilidad de pactar quitas sobre estos créditos. A este respecto, si se logra el acuerdo de quita en el periodo de consultas, el juez habrá de refrendarlo pero siempre referido a salarios futuros y nunca a los ya devengados.

Los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución del acuerdo que exigirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal o, en su caso, de las representaciones sindicales, y que contribuye a la *implicación colectiva*³⁵ de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones empresariales, lo cual nos lleva a plantearnos la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos. Ciertamente, al introducirse nuevas y diferentes condiciones de trabajo se altera lo pactado en convenio colectivo, por lo que este acuerdo viene a significar una limitación a la eficacia normativa y general del convenio.³⁶ El acuerdo, así adoptado, presenta un evidente paralelismo con el artículo 41 ET, regulador de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y se configura como una manifestación del diálogo social, como una expresión de la negociación colectiva, pero a diferencia de lo que se prevé en la norma estatutaria, la legitimación no recae en el empresario sino en la administración concursal, lo cual no deja de resultarnos cuanto menos llamativo. Llegados a este punto lanzamos la siguiente interrogante: ¿está legitimada la administración concursal para modificar un convenio colectivo?

³⁵ Así se pronuncia Monereo Pérez, J. *et al.*, *Comentario sistemático al tratamiento...*, cit., p. 86.

³⁶ Gorelli Hernández, J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999, p. 130.

De la lectura del artículo 64.6 LC se desprende que sí, pero ¿resulta acertado en términos sustantivos? Esta pregunta hay que hilarla con lo apuntado anteriormente de cómo el legislador, sin razón alguna en nuestra opinión, otorga legitimación al empresario para solicitar la modificación, suspensión o extinción colectiva, pero no se la concede durante el periodo de consultas. Así las cosas, el acuerdo de modificación del convenio colectivo se realiza sin intervención alguna del empresario, introduciéndose nuevas condiciones de trabajo, así como distintos derechos y obligaciones para trabajadores y empresarios, sin contar con la opinión de este último. Sabido es que en el proceso de negociación colectiva participan activamente empresarios y trabajadores en la toma de decisiones por las que se regulan relaciones jurídicas de sujetos con intereses diversos e inclusive contradictorios.³⁷ Desde este punto de vista, el acuerdo que va a sustituir a una parte de lo pactado en el convenio colectivo con base en razones económicas, facilitando la adaptación del mismo a unas determinadas circunstancias por las que atraviesa la empresa, debía contar con la participación de las partes con derecho a la negociación colectiva, con independencia de que la administración concursal supervisara o ratificara el acuerdo de modificación entre trabajadores y empresarios.

Una vez alcanzado el acuerdo, cabe preguntarse hasta qué punto quedan vinculados por el mismo los trabajadores afectados por el expediente. Pues bien, lo cierto es que la LC no contiene ninguna referencia a la eficacia jurídica de estos acuerdos. No obstante, dicho acuerdo ha de resultar vinculante tanto para las partes que lo firman como para los sujetos que los representan,³⁸ imperando un principio de solidaridad, de manera tal que predomine el interés conjunto sobre el individual de cada trabajador y ello tanto en el supuesto de que se adopten medidas de reestructuración, como cuando la medida pasa por la liquidación de la propia empresa. Por consiguiente, salvo que el trabajador consiga demostrar que el acuerdo incurre en fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, deberá someterse a lo que se dispone en el mismo. Otro principio que ha de imperar a la hora de adoptar la decisión que corresponda es el de proporcionalidad,³⁹ ya que en función de la intensidad de la insolven-

³⁷ *Ibidem*, p. 24.

³⁸ Hernández Martí, J. y Altés Tárrega, J., “Efectos de la declaración del concurso...”, *Concurso e insolvencia punible...*, cit., p. 287.

³⁹ Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 529.

cia y las expectativas de salvamento de la empresa habrán de adoptarse las medidas pertinentes.

Finalizado el periodo de consultas, la administración concursal y los representantes de los trabajadores deberán comunicar al juez el resultado de dichas negociaciones. A continuación, el secretario judicial solicitará a la autoridad laboral un informe preceptivo pero no vinculante sobre el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en un plazo de quince días, pero que podrá ser tenido en cuenta por el juez incluso si se presenta fuera de plazo. Se trata de un informe similar a los que expide la Inspección de Trabajo, sobre el acuerdo al que hayan llegado la administración concursal y los representantes de los trabajadores, o en caso de que no haya acuerdo, sobre las medidas que se puedan adoptar. La norma concursal no precisa quién en concreto ha de ser la autoridad laboral competente, pero ésta ha de venir determinada por la competencia territorial del juez del concurso. Así, el informe le corresponderá a la administración laboral autonómica en cuyo territorio radique el juez mercantil competente para conocer del concurso. En el supuesto de que el expediente afecte a trabajadores destinados en centros de trabajo situados en varias comunidades autónomas, se puede entender que la competencia ejecutiva la conserva residualmente el Ministerio de Trabajo.⁴⁰

4. *La decisión del juez mercantil y su impugnación*

Una vez que se recibe el informe de la administración laboral o transcurrido el plazo de quince días, el juez mercantil resolverá sobre las medidas propuestas por medio de auto en un plazo de cinco días. El artículo 64.7 LC diferencia entre el supuesto que se haya logrado o no un acuerdo. Si en el periodo de consultas se ha logrado un acuerdo, el auto aprobará las medidas propuestas, salvo que se aprecie *fraude, dolo, coacción o abuso de derecho*. En este último supuesto, el juez declarará la nulidad del acto, no limitándose su actuación a un plano estrictamente formal, ya que entrará en el fondo del asunto resolviendo lo que estime procedente en cuanto a la propuesta de regulación de empleo. A diferencia del régimen estatutario, que en el supuesto de vicios del consentimiento se produce una remisión de la administración laboral a la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 544.

autoridad judicial, en situación de concurso será el mismo juez el que resuelva acerca de la nulidad o no del acuerdo alcanzado. Con esta salvedad, la función del juez será meramente registral del acuerdo alcanzado, encontrándose vinculado al mismo y debiendo proceder a aceptar lo que se haya pactado por las partes.

Cuando el periodo de consultas haya concluido sin acuerdo, el juez ha de decidir con poderes propios sobre las medidas contractuales propuestas de manera motivada y congruente. Esta obligación de congruencia impide que el juez resuelva sobre cuestiones distintas a las que se hayan planteado o que se conceda más de lo solicitado por la administración concursal, o menos de lo que se haya admitido por los representantes de los trabajadores.⁴¹ Las consecuencias del acuerdo así adoptado son las que se prevén en la legislación laboral, de tal forma que si el auto dispone la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, ello producirá los mismos efectos que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, de cara al acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo. Este auto produce sus efectos de forma inmediata y automática sin necesidad de intervención de la administración concursal, debiendo contener la relación nominativa de los trabajadores que se vayan a ver afectados por la medida. En lo que hace a las indemnizaciones a percibir en estos casos, nada establece la LC al respecto, por lo que habrá de aplicarse el régimen general, esto es, improcedencia del derecho a percibir indemnizaciones en el caso de suspensión de la relación laboral (artículo 47.1 ET), y derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de antigüedad con un máximo de doce mensualidades (artículo 51.8 ET) para el caso de despidos colectivos.

Nos encontramos aquí con el problema del monto de las indemnizaciones: ¿han de ser las legales, y exclusivamente en el importe establecido sin posibilidad de mejora o, por contra, se pueden acordar indemnizaciones superiores a las establecidas en la norma laboral de referencia? Esta cuestión se nos antoja ciertamente compleja y sobre la misma no existen criterios doctrinales uniformes, ni tampoco en la práctica de los distintos juzgados mercantiles.⁴² Sirva

⁴¹ Sobre esta obligación de congruencia *cf.*, entre otros, Alameda Castillo, T., *op. cit.*, p. 39; Cruz Villalón, J., *op. cit.*, p. 544.

⁴² Fernández Villarino, R., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, disponible en: *www.Diariojuridico.com*, del 5 de diciembre de 2010.

de ejemplo, entre otros,⁴³ el auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, del 19 de diciembre de 2005, que fija la indemnización aceptada de treinta y tres días de salario por año de servicio, o el auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Cádiz, del 2 de febrero de 2006, que acuerda la extinción de los contratos y fija la indemnización acordada de treinta días de salario por año de servicio, por estimar que el acuerdo se ajusta a derecho “sin que se aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, y señala “que el importe de la indemnización, aun siendo superior a la legalmente establecida para el despido objetivo, no perjudica los intereses de la masa”.⁴⁴ A falta de acuerdo, el importe de la indemnización reconocida a favor de los trabajadores habrá de ser el estipulado legalmente de acuerdo con los parámetros de los artículos 64 LC y 51 ET. No obstante, en estos casos el juez, a la hora de tomar su decisión, podrá tener en consideración las pretensiones que se hayan mantenido por las partes durante el periodo de consultas y ello, sobre todo, en el supuesto de que la empresa hubiera ofertado un importe indemnizatorio superior al establecido en el ET para el despido colectivo.

En estos casos, el juez se encontrará con la disyuntiva de velar por los principios básicos del procedimiento negociador y la situación en que la medida puede dejar a la masa activa del concurso. Teniendo en cuenta que las indemnizaciones pasan a tener la consideración en el seno del concurso de créditos contra la masa (artículo 84.2.5 LC), recibiendo un tratamiento privilegiado y satisfaciéndose con anterioridad al resto de los créditos concursales, una solución, en caso de que se pactaran indemnizaciones superiores a las legales, podría pasar por mantener ese tratamiento privilegiado hasta el límite legal y que el exceso no se beneficiara de este privilegio.

En el supuesto de que lo previsto por el auto sean modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de movilidad geográfica de carácter colectivo, la LC introduce en su artículo 64.9 algunas especialidades en el régi-

⁴³ En el mismo sentido, auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, del 28 de julio de 2005, que acepta, aun sin acuerdo, la última oferta de la administración concursal y establece una indemnización de treinta días de salario por año de servicio con un límite de 18 mensualidades, o el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, del 27 de enero de 2005, que autoriza la extinción y declara ajustado a derecho el acuerdo por el que se pactan indemnizaciones superiores y con una peculiar forma de pago.

⁴⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, del 21 de septiembre de 2010, que establece como compensación por la extinción de los contratos una indemnización pactada de treinta y dos días de salario por año de servicio con un tope máximo de treinta mensualidades.

men jurídico sustantivo que se prevé en el ET. Conforme a lo que se dispone en este artículo, en caso de que se acuerden modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el derecho que se le reconoce a los trabajadores perjudicados por la modificación de rescindir el contrato percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, con un máximo de nueve meses, quedará en suspenso durante un año, a contar desde que se haya dictado el auto judicial que autoriza la modificación. Esta misma regla se aplica, con un tope de doce meses, para el caso de traslados colectivos de trabajadores que impliquen movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el de origen, y a menos de sesenta kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, al lugar de trabajo supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo. Transcurrido el plazo de un año, la acción de rescisión sería ejercitable ante el juez mercantil si el concurso no ha finalizado, o en caso contrario, ante el juzgado de lo social. En el supuesto de que el cambio de movilidad geográfica implicara salir de la comunidad autónoma, se podrá ejercitar la acción rescisoria con indemnización, sin estar sujeto al plazo de suspensión de un año. Esto mismo puede aplicarse al supuesto de traslado provincial pero superando el desplazamiento del 25% de la jornada laboral completa. Hay que añadir que este artículo se refiere exclusivamente a modificaciones y traslados colectivos, por lo que si nos encontramos con modificaciones y traslados individuales, el derecho a la resolución indemnizada del contrato de trabajo subsiste.

Contra el auto dictado sobre adopción de estas medidas colectivas, el artículo 64.8 LC abre un doble régimen de recursos dependiendo, en primer lugar, de si el objeto de la impugnación es lo resuelto con carácter general por el juez sobre el expediente o, en segundo lugar, si lo que se impugna son los efectos individuales que el auto produce sobre los trabajadores.

Así, en primer lugar, el artículo 64.8, párrafo 1, dispone que contra el auto que decida los expedientes de modificación, suspensión o extinción colectivas de contratos laborales, cabrá recurso de suplicación, así como el resto de recursos que se prevén en la LPL, que se tramitarán y resolverán por los órganos jurisdiccionales del orden social, sin producir efecto suspensivo sobre la tramitación del concurso o los incidentes concursales. Ello supone atraer al orden social de la jurisdicción la competencia perdida en la instancia, por

lo que puede hablarse de *un camino de ida y vuelta* al derecho del trabajo o de una *interdependencia competencial* entre ambos ordenamientos,⁴⁵ atribuyéndose al orden social la revisión de las decisiones judiciales en materia de regulación de empleo en el seno del concurso, frente al modelo estatutario en el que las decisiones de la autoridad laboral relativas a suspensiones y extinciones colectivas de contratos de trabajo son recurribles ante el orden contencioso (artículos 47 y 51 ET). Parte de la doctrina justifica esta atribución de competencia en la consideración de que la jurisdicción social ha de tener la oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones propiamente laborales decididas en el seno del concurso, si bien ha de entenderse que esta intervención queda estrictamente circunscrita a la impugnación del auto dictado por el juez concursal en temas de modificación, suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo.

Acorde a la remisión que hace la propia LC (artículos 64.11 y 197.1), la tramitación del recurso de suplicación será la que se prevé en la LPL. La fase de anuncio y formalización del recurso tendrá lugar ante el juez mercantil, que es el juez *a quo* competente para comprobar si concurren los requisitos y formalidades previstas en la LPL, elevándose posteriormente los autos a la Sala de lo Social de los TSJ para su conocimiento y decisión. Si este Tribunal aprecia en suplicación la infracción de normas y garantías procesales, que hayan provocado indefensión, de acuerdo a lo que se establece en los artículos 191, inciso a, y 200 de la LPL, se revocará el auto reponiendo las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, por tanto ante el juez mercantil. La legitimación para la interposición del recurso corresponderá a los que hayan sido parte en la fase de instancia, esto es, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, si bien no se puede descartar la personación de otros sujetos que representen intereses colectivos como representantes de acreedores o el propio FOGASA. Además de la suplicación, la mención que hace el legislador al resto de recursos laborales implica la posibilidad de acudir al recurso de casación para unificación de doctrina o el recurso de revisión ante la Sala IV del Tribunal Supremo (artículo 234 LPL).

El segundo régimen de recursos hace referencia a las acciones que los trabajadores pueden ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran es-

⁴⁵ Meléndez Morillo-Velarde, L. y Pérez Campos, A., “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”, en Ríos Salmerón, B. (coord.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Murcia, Laborum, 2004, p. 375.

trictamente a su relación jurídica individual. Esta posibilidad de impugnación se sustanciará por el cauce del incidente concursal en materia laboral, cuya ordenación se contiene en el artículo 195 LC, ante el juzgado de lo mercantil, siendo la sentencia que se dicte recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social de los TSJ. La clave de la distinción entre estas dos vías impugnatorias hemos de encontrarla en que, a diferencia del primer supuesto, la pretensión impugnativa no se encuentra en la anulación o rectificación del auto para todos los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sino en cuestiones referidas exclusivamente a la relación individual del trabajador, o lo que es lo mismo, a los efectos que la medida colectiva ha producido en la concreta relación laboral, como pueden ser la elección de los empleados afectados por la medida o la cuantía de las indemnizaciones que correspondan.

Esta modalidad incidental es diversa a la que se prevé con carácter general en los artículos 192 y siguientes de la LC, reguladores del incidente concursal común. Así, si se plantea el incidente concursal a que hace referencia el artículo 64.8 LC, se formulará demanda de acuerdo a lo que se establece en el artículo 437 LEC, por lo que hay que remitirse a las previsiones del juicio verbal, frente al incidente ordinario que se ajusta a lo prescrito en el juicio ordinario. Si el secretario judicial advirtiera defectos o imprecisiones en el acto de la demanda, dará un plazo de cuatro días para subsanación con apercibimiento de archivo. En caso de que no se procediera a la subsanación se dictará auto de inadmisión de demanda que no será susceptible de recurso, a diferencia de lo que ocurre con el incidente concursal común, en donde no se prevé trámite de subsanación, pero el auto de inadmisión de demanda incidental es recurrible en apelación.

Una vez que se admite la demanda incidental laboral, el secretario judicial señalará día y hora para la celebración del acto de juicio que habrá de tener lugar en un plazo de diez días, citándose a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, y debiendo mediar al menos entre la citación y la celebración del juicio cuatro días (artículo 95.2 LC). Al no hacer referencia el artículo al trámite de contestación a la demanda debemos entender que la misma tiene lugar en el acto de la vista oral que, al igual que en el incidente ordinario, se regirá por las prescripciones del juicio verbal. Concretamente, se prevé al inicio de la misma un trámite de conciliación o avenencia sobre la cuestión incidental y, en caso de que no se logre este obje-

tivo, la vista continuará con la ratificación de la demanda o su ampliación, sin posibilidad de alterar el contenido de las pretensiones, contestando oralmente el demandado, y procediéndose a la proposición y práctica de la prueba. A partir de ese momento procesal se seguirán los trámites del juicio verbal, si bien se establece la posibilidad que se concede a las partes tras la práctica de la prueba de formular conclusiones.

V. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN

Como un supuesto particular, la LC, en su artículo 65, contempla la posibilidad de que durante la tramitación del concurso la administración concursal suspenda o extinga los contratos con el personal de alta dirección, por iniciativa propia o a instancia del deudor. Estas medidas, que son de carácter estrictamente individual y no colectivo, como las vistas con anterioridad, resultan perfectamente congruentes con la situación de crisis empresarial, ya que de la misma forma que se pueden modificar o extinguir contratos de trabajo comunes, se puede tomar idéntica medida respecto al alto directivo. La figura del alto directivo aparece regulada como relación laboral de carácter especial en el artículo 2o. del ET y desarrollada reglamentariamente por el RD 1382/1985, del 1o. de agosto, que identifican esta figura con la de un trabajador que ejerce poderes *inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad*.⁴⁶ Llama la atención que la facultad extintiva corresponda no al juez, sino a la administración concursal, lo que entra en contradicción con el artículo 8.2 LC, que atribuye la competencia al juez del concurso para conocer de *las acciones sociales que tengan por objeto la suspensión o extinción de contratos de alta dirección*.⁴⁷ Ciertamente, resulta criticable que se atribuya a la administración concursal la decisión de suspender o extinguir esta relación laboral especial, ya que el sustraer el conocimiento de estas decisiones al juez supone una disminución

⁴⁶ Artículo 1o. del Real Decreto 1382/1985, del 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

⁴⁷ Esta falta de coherencia interna se ha puesto de manifiesto por Viguera Rubio, J., “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, cit., p. 3369.

de garantías frente a los contratos de trabajo comunes. No obstante, el juez concursal tiene participación en los casos de extinción contractual, donde podrá moderar la indemnización por finalización de la relación laboral especial.

Las razones que justifican la especialidad del tratamiento de los altos directivos en el seno del concurso obedecen fundamentalmente a la necesidad de moderar las elevadas indemnizaciones que suelen fijarse en este tipo de contratos individuales, a calibrar las posibles responsabilidades en las funciones de gestión del alto directivo, o a que, en determinados casos, pueda resultar innecesario el trabajo de este alto directivo debido a la asunción de funciones por parte de la administración concursal.⁴⁸

En el supuesto de suspensión, el personal de alta dirección podrá optar por extinguir libremente su contrato con preaviso de un mes, manteniendo el derecho de indemnización, aunque con los límites que a la misma pueda fijar el juez. Por tanto, corresponde a éste minorar las indemnizaciones de estos trabajadores, dejando sin efecto las llamadas cláusulas blindaje que pudieran tener pactadas en sus contratos de trabajo. No obstante, esta indemnización no podrá en ningún caso ser menor a la que se establece para los despidos colectivos, esto es, no puede situarse por debajo de los veinte días de salario por año trabajado, con el límite de una anualidad. El juez habrá de decidir a la vista de las circunstancias presentes en la tramitación del proceso concursal y dentro de los límites legales previstos. La moderación de la indemnización se producirá por sentencia en un procedimiento de reclamación de cantidad o, en su caso, de impugnación de la decisión extintiva decidida por la administración concursal.⁴⁹ En caso de que en el contrato no se hubiera pactado indemnización de ningún tipo, debe aplicarse la regla que regula la normativa para este tipo de personal: siete días de salario por año, con el límite de seis mensualidades.

La facultad que se le atribuye a la administración concursal de suspender el contrato resulta excesiva en todos aquellos supuestos en que el deudor empresario estuviera no suspendido sino intervenido en sus facultades; en estos casos la decisión debería ser adoptada por el propio deudor con intervención de la administración concursal conforme establece el artículo 40.1 LC. Para

⁴⁸ Sobre estas razones se pronuncian Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, N., *op. cit.*, p. 177; Meléndez Morillo-Velarde, L. y Pérez Campos, A., *op. cit.*, p. 377.

⁴⁹ García Blasco, J., *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2005, p. 324.

adoptar la decisión de suspensión no resulta necesario alegar ningún tipo de causa ni de justificación alguna, bastando que la misma tenga lugar a lo largo de la tramitación del concurso y no pudiendo durar un tiempo superior a éste cuando se adopte como consecuencia de la existencia misma del concurso.

En caso de extinción, la decisión corre a cargo igualmente de la administración concursal, debiendo el juez pronunciarse sobre ella a los solos efectos de moderar la indemnización y en los límites vistos con anterioridad. La tramitación de la extinción se llevará a cabo por el cauce del incidente concursal general y no el incidental en materia laboral, si bien procederá recurso de suplicación en todo caso.

Por último, el apartado cuarto del artículo 65 LC alude a la posibilidad de aplazamiento del pago de este crédito concursal por decisión del juez mercantil, a petición de la administración concursal, hasta la firmeza de la sentencia que se pueda llegar a dictar en la sección sexta de calificación. Esta previsión que establece el legislador se puede considerar lógica, máxime si tenemos en cuenta que estos altos directivos tienen amplias facultades gestoras y pueden haber incurrido en responsabilidad que podría derivar en la calificación del concurso como culpable, con la consiguiente declaración de complicidad contra los mismos (artículo 172 LC). En estos casos, la indemnización aplazada funcionaría como garantía de la efectividad de dicha resolución, perdiendo el alto directivo cualquier derecho como acreedor concursal o de la masa (artículo 172.2 LC).⁵⁰ Finalmente, conviene recordar que, a diferencia de la indemnización de los trabajadores comunes, que se conceptúa como crédito contra la masa, esta indemnización tiene la consideración de crédito concursal.

VI. EL CONCURSO Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS

De igual forma que la apertura de un proceso concursal implica, en un principio, el mantenimiento de los contratos y las condiciones de trabajo, presupone también la continuidad de la vigencia del convenio colectivo que resulte aplicable, que se mantendrá pese a la situación de insolvencia empre-

⁵⁰ González Cano, I., *op. cit.*, pp. 417 y 418; Meléndez Morillo-Velarde, L. y Pérez Campos, A., *op. cit.*, p. 379.

sarial. No obstante, resulta claro que el concurso puede producir una serie de efectos sobre el convenio colectivo aplicable a la empresa, y es a estos efectos a que hace referencia el artículo 66 LC.

El referido artículo prevé que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del ET tan sólo podrá afectar a las materias en las que resulte admisible con arreglo a la legislación laboral, esto es, a las que están previstas en el artículo 41.6 ET, a saber: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo, rendimiento y funciones. Además, y a pesar de las reservas que hemos puesto de manifiesto en líneas anteriores, este acuerdo habrá de adoptarse entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, quedando excluidos tanto el juez del concurso como el empresario concursado. Ahora bien, de la lectura conjunta de los artículos 64 y 66 LC, reguladores ambos del procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo, especificándose, en el segundo de ellos, los requisitos cuando la condición a modificar se recoge en el convenio colectivo, se puede llegar a la conclusión de que en este supuesto el juez intervendrá mediante la convalidación del acuerdo alcanzado.

Otra cuestión que puede suscitarse es si es factible negociar y aprobar un convenio colectivo durante la tramitación del concurso. En este sentido, se hace necesario distinguir entre convenios de ámbito supraempresarial y los de ámbito empresarial o inferior.⁵¹ En el primer supuesto, el convenio se negociará y se aprobará, y si se plantea algún problema para su aplicación en relación con las empresas declaradas en concurso, éstas habrán de recurrir a los mecanismos necesarios para aplicar el convenio a su situación. Si la unidad de negociación es la empresa o algún ámbito inferior, el contenido de la negociación quedará afectado por el concurso en la medida en que se tendrán que aceptar las limitaciones que el artículo 44 LC⁵² impone a la gestión patrimonial.

Un segundo tipo de acuerdo de modificación de lo dispuesto en el convenio colectivo⁵³ es el descuelgue salarial, regulado en el artículo 82.3 ET, por el

⁵¹ Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, N., *op. cit.*, p. 184.

⁵² Recordemos que este artículo dispone que habrá de atenderse a la conservación de la masa activa del modo más conveniente a los intereses del concurso.

⁵³ Gorelli Hernández, J., *op. cit.*, p. 139.

que las partes acuerdan la desvinculación del régimen salarial que se establece en el convenio y se fijan nuevas condiciones salariales adaptadas a la realidad de la empresa en crisis. El ámbito de actuación de los acuerdos sobre descuelgue salarial no es coincidente con el convenio que modifica, sino que se limita a una cuestión o aspecto concreto, el régimen salarial. A través de este acuerdo, y a raíz de las necesidades económicas por las que atraviesa la empresa, se dispone una regulación salarial diversa a la establecida en el convenio. En el supuesto de que se alterara lo pactado en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, la nueva regulación resultará aplicable a la empresa en concurso, de manera que la reglamentación del convenio se sustituye por el acuerdo, resultando plenamente vigente la pactada al resto de las empresas. Ciertamente, este tipo de acuerdos será relativamente frecuente en una empresa en crisis, y al ser un dato que puede constatararse de manera ciertamente objetiva, resulta plenamente factible el descuelgue, siendo una de las soluciones más idóneas para garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA CASTILLO, T., “La relación de trabajo en la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio”, *Temas Laborales*, núm. 73, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, 2003.
- DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, disponible en: www.Diariojuridico.com, del 5 de diciembre de 2010.
- GARCÍA PERROTE, I., “Aspectos laborales de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez*, núm. 6, 2003, disponible en: www.uria.com/esp/actualidadjuridica/n6/05Ignacio.pdf.
- GONZÁLEZ CANO, I., *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Civitas, 1999.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A., “Novaciones modificativas y extintivas del contrato de trabajo”, en RÍOS SALMERÓN, B. (coord.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Murcia, Laborum, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J. et al., *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada, Comares, 2006.
- ORELLANA CANO, Ana M., “Cuestiones laborales y de seguridad social en la normativa concursal”, en SAN JUAN MUÑOZ, E. (coord.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil. Competencias en materia concursal y competencias añadidas mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores. Nota de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de Diputados en Sesión Plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2003.
- y LIMÓN LUQUE, M., “Insolvencia y derechos de los trabajadores. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2003.
- , “La Ley Concursal y los trabajadores”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- VIGUERA RUBIO, J., “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004. 