

ASPECTOS LABORALES DE LA NUEVA LEY CONCURSAL

 IGNACIO GARCÍA-PERROTE

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha y Abogado **

1. LOS ASPECTOS LABORALES Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, CUESTIÓN DETERMINANTE EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY CONCURSAL

Como era de esperar, los aspectos laborales y los derechos de los trabajadores han sido determinantes y han condicionado de forma notable la tramitación parlamentaria de la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, «LC»), publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2003. Incluso con anterioridad a que se conociera el texto del proyecto aprobado y enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, ya el anteproyecto de LC había encontrado el rechazo, entre otros, de dos importantes y caracterizados colectivos: los Jueces de lo Social y los Sindicatos de trabajadores.

De forma sustancialmente coincidente, los primeros rechazaban su absoluta pérdida de competencias y el radical y poco matizado trasvase de las mis-

mas en favor del Juez del concurso, no sólo en la fase de ejecución sino también en la fase declarativa.

La queja sindical, por su parte, hacía especial hincapié en la pérdida o retroceso en los derechos y garantías de los trabajadores. Ambas quejas o lamentos eran compartidos y se reflejaban en un conjunto de trabajos doctrinales, algunos de los cuales tuvieron una notable influencia en el devenir de la tramitación posterior de la LC¹.

También los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social realizaron algunas significadas e influyentes observaciones críticas, de mayor o menor intensidad, sobre estos aspectos. Así las cosas, el posterior discurrir de la tramitación de la LC, comenzando ya por el propio proyecto de Ley enviado al Congreso de los Diputados, ha consistido, en cierta y buena medida, y por así decirlo, en una recuperación de supuestas o reales «posiciones per-

* Del Departamento de Derecho Laboral de Uría & Menéndez.

¹ Véase, por todos, B. Ríos Salmerón, «El anteproyecto de Ley concursal y los trabajadores ¿*requiem* por el artículo 32 de su Estatuto», *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001 págs. 57 y ss.; L.R. Martínez Garrido, «El anteproyecto de Ley Concursal: señal de alarma ante una reforma legal indispensable», *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2001 págs. 755 y ss.; F.J. Gualda Alcalá y E. Lillo Pérez: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2001 págs. 119 y ss.; F. Cavas Martínez: «Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal», *Aranzadi Social*, núm. 18, 2002 págs. 10 y ss.; M.^a T. Alameda Castillo: «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 32, 2002, págs. 659 y ss.; de la misma autora, *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Pamplona, 2002, especialmente págs. 43 y ss.

didas» por los Jueces de lo Social y por las garantías y derechos de los trabajadores. Se ha hablado, en este sentido, de «laboralización» de la LC². Quizás el texto final de la LC haya perdido algo de coherencia desde su originaria concepción unitaria y no disgregadora (singularmente por lo que se refiere a las competencias del Juez del concurso), pero sólo así se ha conseguido que fuera aprobada por unanimidad e incluso, al cabo, satisfacer la ampliamente sentida y desde hace tanto tiempo inaplazable exigencia de contar con una nueva LC. Puede entenderse, así, que es un «precio» del consenso y, quizás, la única forma de que fuera aprobada la LC.

2. JURISDICCIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DE LOS JUECES DEL ORDEN SOCIAL: EL JUEZ DEL CONCURSO COMO «JUEZ LABORAL»

2.1. La fase declarativa

Tal como ha quedado finalmente la LC, tras la declaración del concurso, los Jueces de lo Social siguen teniendo jurisdicción, en la fase declarativa, sobre todas las acciones sociales con la única excepción de las que tengan por objeto «la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores» (artículo 8.2.º LC; obviamente en el mismo sentido, el artículo 86 ter.1.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ—, añadido por el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ —en adelante, «LORC»—)³.

Como se sabe, la solicitud de declaración de concurso la puede presentar un acreedor, y por tanto los trabajadores, fundándola en «el incumplimiento generalizado» de, entre otras, las obligaciones de «pago de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades» (artículo 2.4.4.º LC).

Es verdad que los términos recién expuestos de la jurisdicción del Juez del concurso ya se recogían en el proyecto de LC remitido al Congreso de los Diputados. Pero, como es bien sabido, no ocurría así en el anteproyecto de LC, en el que se preveía que la jurisdicción del Juez del concurso fuera exclusiva y excluyente sobre «todas las acciones ... sociales con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado». Como puede advertirse, esta previsión del anteproyecto de LC fue una de las primeras correcciones que se hicieron, ya en el proyecto de Ley y sin esperar a su tramitación parlamentaria, recuperando así los Jueces de lo Social muchas de las competencias que iban a perder.

Sea como fuere, los Jueces de lo Social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante este último Juez; de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez

² E. Beltrán Sánchez, «El nuevo derecho concursal español», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 22 de mayo de 2003. E. Beltrán habla de que la LC se ha convertido en gran medida en una Ley de Procedimiento Laboral y afirma que quizás se haya equivocado el medio para conseguir el fin (la protección de los trabajadores), fin «por supuesto digno y acertado», pero que según el autor se podía haber realizado preferentemente a través del Fondo de Garantía Salarial.

³ Como ha observado B. Ríos Salmerón, la mención a «acciones sociales que tengan por objeto la extinción, ... o suspensión colectivas de los contratos de trabajo» (arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ) es desafortunada, toda vez que no hay acciones sociales en estas materias a deducir ante el orden jurisdiccional social, sino que se trata de resoluciones administrativas fiscalizables jurisdiccionalmente ante el orden contencioso-administrativo. Más correcto es, en este sentido, el art. 64.1 LC, que se refiere a las competencias del Juez del concurso en «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales»; el defecto —menor— del art. 64.1 LC radica en el uso del singular («colectiva»). Estos defectos, especialmente los de los arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ, se producen porque cuando se reforma y perfecciona la redacción de un precepto —en nuestro caso, la del art. 64.1 LC—, no siempre se repara en que por coherencia debiera hacerse lo mismo con los preceptos relacionados —los arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ—. Véase sobre todo ello B. Ríos Salmerón: «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2003 págs. 364 (nota 19), 366 y 373 (nota 25).

las actuaciones que se hayan practicado (artículo 50.1 LC). Los Jueces de lo Social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones «que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase» (artículo 50.2 LC).

Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso *ex* artículo 8 LC, se estén tramitando en primera instancia y «respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores» (artículo 51.1 LC).

El Juez del concurso, en el enjuiciamiento de las materias sobre las que tiene jurisdicción (la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; artículo 8.2.º LC), sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la LC, debe tener en cuenta «los principios inspiradores de la ordenación estatutaria y del proceso laboral». Cabe decir, así, que, en el enjuiciamiento de estas materias, el Juez del concurso tiene que revestirse y actuar como si fuera un Juez de lo Social⁴. La quizás confusa referencia a la ordenación estatutaria debe entenderse hecha al Estatuto de los Trabajadores. Para los principios inspiradores del proceso laboral son especialmente relevantes los artículos 74 y 75 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, «LPL»).

La Disposición final decimoquinta de la LC da nueva redacción a diversos preceptos de la LPL, haciéndose eco y reflejando la reordenación de competencias entre el Juez del concurso y los órganos jurisdiccionales del orden social. Se modifican, en este sentido, los artículos 2.a), 4.1 y 6 LPL y se añaden a la LPL una letra d) al artículo 3.1 y una nueva Disposición adicional octava.

2.2. La fase de ejecución

Al contrario de lo que ha acabado ocurriendo en la fase declarativa, la LC mantiene el criterio de reservar de forma exclusiva y excluyente al Juez del concurso la jurisdicción sobre «toda ejecución» frente al concursado, si bien el texto final de LC ciñe aquella exclusiva y excluyente jurisdicción a «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado» (artículo 8.3.º; cursivas obviamente más), por lo que las ejecuciones sin ese alcance patrimonial seguirán en manos de los Jueces de lo Social. Con esta importante y última matización y precisión, la LC se mantiene aquí fiel a su inicial solución de eliminar las ejecuciones separadas laborales, criterio que reitera la nueva redacción del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, «ET»), concretamente en el segundo inciso de su apartado 5. Es terminante, en este sentido, el artículo 55.1 LC, al establecer que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales ..., contra el patrimonio del deudor», si bien podrán continuarse «las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado» con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, «siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor» (artículo 55.1 LC). Las actuaciones que se hallaren en tramitación quedan en suspenso desde la fecha de declaración del concurso (artículo 55.2 LC), siendo nulas de pleno derecho las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 (artículo 55.3 LC).

Es cierto que se exceptúa de lo anterior lo establecido en la LC para los acreedores con garantía real (artículo 55.4 LC). Pero también lo es que «los acreedores con garantía real sobre *bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad*, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra

⁴ Como expresivamente se ha hecho notar, al Juez del concurso «casi se le transmuta en juez de trabajo a estos efectos, pues en su proceder ha de someterse a criterios, sustantivos y procesales, del derecho laboral», pasando a convertirse, «funcionalmente, en un auténtico Juez social»; B. Ríos Salmerón, «La Ley Concursal y los trabajadores ...», cit., págs. 364 y 375; en el mismo sentido, pág. 365.

un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación» (artículo 56.1 LC).

En definitiva, aun a riesgo de incurrir en cierta simplificación, cabe decir que la LC elimina la ejecución separada laboral y mantiene la ejecución separada de las garantías reales, si bien esta última ejecución se paraliza hasta que transcurra un año (o se apruebe un convenio en los términos mencionados).

Del predominio de la LC y del Juez del concurso en materia de ejecución se hacen eco el nuevo artículo 235.5 LPL y la nueva redacción del artículo 246.3 LPL introducidos por la Disposición final decimoquinta de la LC.

2.3. La fase de recurso: la recuperación de competencias del orden social de la jurisdicción

Se ha anticipado ya que el Juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección (artículo 8.2.º LC). Sin embargo, los recursos contra las resoluciones del Juez del concurso en estas materias no van a ser los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil sino, por el contrario, los recursos propiamente laborales regulados en la LPL y singularmente el recurso de suplicación. En otros términos, aquellos recursos no serán resueltos por las Secciones especializadas de las *Audiencias Provinciales* (artículo 82.4 LOPJ, en la redacción dada por el artículo 2.4 LORC), sino por las *Salas de lo Social* de los Tribunales Superiores de Justicia. Se advierte, así, que, en vía de recurso, el orden social de la jurisdicción recupera la jurisdicción perdida en la instancia en favor del Juez del concurso.

Esta importante novedad se introdujo en el debate sobre la LC en el Congreso de los Diputados. Podría pensarse en que no se quiere fragmentar, dispersar o dualizar la doctrina sobre la materia en dos órdenes jurisdiccionales distintos, a fin de evitar criterios discrepantes entre ambos. Pero, sin perjuicio y con independencia de lo anterior, probablemente se haya querido sobre todo asegurar que sea el orden social de la jurisdicción (concretamente las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

—TSJ— y, en última instancia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —TS—) y no el orden civil el que tenga la última palabra y sienta jurisprudencia sobre materias que son propiamente laborales. Y, así, será en última instancia el orden social de la jurisdicción el que sienta jurisprudencia, por ejemplo, sobre las razones o causas que, en caso de procedimiento concursal y de desacuerdo entre la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores, permiten al Juez del concurso acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sin que tales razones o causas tengan que ser necesariamente coincidentes con las causas del artículo 51.1 ET. Lo paradójico de la situación resultante de la LC es que sólo en situaciones de concurso las Salas de lo Social de los TSJ tendrán competencias sobre lo anterior, pues, como se sabe, en el derecho vigente, en situaciones de no concurso, la suspensión y extinción colectivas no competen al orden jurisdiccional social, sino, tras la correspondiente resolución administrativa, al orden contencioso-administrativo.

Los artículos 64.8 y 197.7 LC son exponentes de la recuperación de competencias, vía recurso, por parte del orden social de la jurisdicción. Es de interés, asimismo, el artículo 196.3 LC. Y todavía más expresivos son la nueva redacción del artículo 188.1 LPL y el nuevo apartado 5 del artículo 189 LPL que incorpora la Disposición final decimoquinta de la LC, que se corresponden, a su vez, con la nueva redacción dada al artículo 75.2.º LOPJ por el artículo 2.2 LORC.

Tras la LC, el artículo 188.1 LPL establece que «las Salas de lo Social de los TSJ conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo social de su circunscripción, *así como contra los autos y sentencias que puedan dictar los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral*». Por su parte, el nuevo artículo 189.5 LPL establece que son recurribles en suplicación «los autos y sentencias que se dicten por los juzgados de lo mercantil en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral».

De conformidad con el artículo 64.8 LC, el Auto del Juez del Concurso respecto de la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo es recurrible en suplicación y por cualquier otro recurso previsto en la LPL. Estos

recursos «se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales». Algo muy similar establece el artículo 197.7 LC respecto de la sentencia que resuelva incidentes concursales.

En el curso de la tramitación de la LC en el Senado se introdujo un nuevo artículo 195 denominado «*incidente concursal en materia laboral*». Este incidente será analizado en el apartado 3.5 de este trabajo.

2.4. La representación y defensa procesales de los trabajadores y la citación como parte del Fondo de Garantía Salarial

Con carácter general, en el procedimiento concursal se actúa siempre representado por Procurador y asistido de Letrado (artículo 184 LC, en sus apartados 2, 3, 4).

Sin embargo, se exime de esta exigencia a los trabajadores, quienes conservan, aun en el seno del procedimiento concursal, las «ventajas» previstas en la LPL. Ello significa, en la práctica, que en el procedimiento concursal los trabajadores podrán actuar por sí mismos o conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o a cualquier otra persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 18.1 LPL) y que no tendrán que estar asistidos de letrado (artículo 21.1 LPL). También podrán los trabajadores otorgar la representación a letrado (artículo 18.2 LPL). La LC (Disposición final cuarta) ha modificado, por lo demás, el apartado *d*) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, concediendo este derecho en el orden jurisdiccional social a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, «tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales».

Es, entre otros, a los preceptos de LPL citados en el párrafo anterior a los que implícitamente remite el artículo 184.6 LC, el cual en su texto final ha considerado preciso mencionar que en el procedimiento concursal se aplican las previsiones de la LPL sobre representación y defensa de los trabajadores, «incluidas las facultades atribuidas a los Graduados Sociales y a los Sindicatos». Se trata, en el caso de los Sindicatos, del artículo 20 LPL.

El Fondo de Garantía Salarial («FGS») debe ser citado como parte en el procedimiento concursal «cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores» (artículo 184.1 LC).

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS. PROPUESTA DE CONVENIO Y ARTÍCULO 44 ET

3.1. El principio de la continuidad de la actividad empresarial y su excepción

Con carácter general, la declaración del concurso no interrumpe la actividad empresarial (o profesional) que viniera ejerciendo el deudor (artículo 44.1 LC), teniendo los créditos así generados, por cierto, la consideración de créditos contra la masa (artículo 84.2.5.º LC), por lo que serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC.

Como excepción a lo anterior, el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor «y de los representantes de los trabajadores», podrá acordar mediante auto «el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta»; «cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el Juez actuará conforme a lo establecido en los artículos 8.2.º y 64 LC» (artículo 44.4 LC). Seguidamente se analiza el largo artículo 64 LC.

3.2. Los contratos de trabajo: concurso, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo: características generales

El artículo 64 LC regula los posibles efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y concretamente en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo y suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo.

Como se va a ver de inmediato, probablemente lo más llamativo de la regulación es que, en caso de concurso, será el Juez del concurso (y no la autoridad laboral) quien autorice o acuerde la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y será asimismo el Juez del concurso (y no el empresario tras el período de consultas) quien acuerde la modifi-

cación sustancial de las condiciones de trabajo. Como se sabe, en ausencia de concurso es la autoridad laboral quien autoriza la suspensión y extinción colectivas (artículos 47 y 51, especialmente apartados 5 y 6, ET). Pero en caso de concurso, la autoridad laboral se limita a elaborar el informe que le recaba el Juez del concurso (artículo 64.6 LC). Por lo demás, este informe de la autoridad laboral se introdujo en el debate parlamentario, sin que estuviera previsto en el diseño inicial de lo que hoy es la LC.

Y, como asimismo se sabe, en ausencia de concurso, es el empresario quien, al cabo, y tras el período de consultas, decide la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41.4, párrafo cuarto, ET).

El nuevo artículo 57 bis ET («Procedimiento concursal»), introducido por la Disposición final decimocuarta.2 LC, establece, precisamente, que «en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC».

Ahora bien, de forma coincidente con ideas ya expresadas, a lo largo del complejo debate parlamentario del artículo 64 LC se ha asistido a un progresivo y cada vez mayor acercamiento al artículo 51 y concordantes ET, hasta el punto de que en no pocos de sus pasajes el artículo 64 LC reproduce literalmente el artículo 51 ET y, sea como fuere, «en todo lo no previsto (en el artículo 64 LC) se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma» (artículo 64.11 LC). Reiteradamente expresa la LC su voluntad de que los representantes de los trabajadores no pierdan las competencias que les reconoce la legislación laboral. La aplicación supletoria de la legislación laboral establecida por el artículo 64.11 LC subsana la no reproducción en el artículo 64 LC de pasajes del artículo 41 ET, al contrario de lo que ocurre con el artículo 51 ET.

3.3. Legitimación y requisitos de la solicitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo

Una vez presentada ante el Juez del concurso la solicitud de declaración de concurso, los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de traba-

jo y de suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo se tramitarán ante aquel Juez por las reglas establecidas en el artículo 64 LC (artículo 64.1 LC).

Los legitimados para solicitar del Juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo son: «la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales» (artículo 64.2 LC).

En principio, la adopción de las anteriores medidas sólo puede solicitarse del Juez del concurso una vez que se haya emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el Capítulo I del Título IV de la LC (artículos 74 y 75 LC). Ahora bien, en caso de estimarse que la «demora» en la aplicación de las «medidas colectivas» pueda «comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa», y siempre que se acredite «esta circunstancia», la petición podrá realizarse al Juez del concurso «en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso» (artículo 64.3 LC).

La solicitud debe «exponer y justificar» 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» (artículo 64.4 LC). Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, la solicitud debe ir acompañada de un «plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo» (artículo 64.5, párrafo segundo, LC).

3.4. El período de consultas y el informe de la autoridad laboral

Una vez recibida la solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el Juez del concurso convoca a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un «período de consultas», cuya duración «no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales» en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (artículo 64.5,

párrafo primero, LC). Es visible aquí el eco del artículo 51.4, párrafo primero, ET, pero con la importante diferencia de que en la LC se convierte en un período máximo lo que en el ET es un período mínimo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario (deudor) o por la administración concursal, la comunicación a los trabajadores del inicio del período de consultas debe incluir «copia de la solicitud» prevista en el artículo 64.4 LC y de «los documentos que en su caso se acompañen» (artículo 64.5, último párrafo, LC).

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deben «negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo». Dicho acuerdo requerirá «la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los Delegados de Personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos» (artículo 64.6, párrafo primero, LC). El precepto reproduce prácticamente en su literalidad los dos penúltimos párrafos del artículo 51.4 ET.

Al finalizar el plazo señalado «o en el momento en que se consiga un acuerdo», «la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del concurso el resultado del período de consultas» (artículo 64.6, párrafo segundo, LC). A resaltar que la comunicación la deben hacer ambos y no sólo una parte, como es el caso del empresario en el artículo 51.4, último párrafo, ET.

Una vez que ha recibido la comunicación anterior, el Juez del concurso recaba «un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado». El informe debe ser emitido en el plazo de quince días y antes de su emisión, la autoridad laboral puede «oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores». Una vez recibido el informe por el Juez del concurso o una vez «transcurrido el plazo de emisión», sigue el curso de las actuaciones. Ahora bien, aunque el informe se emita fuera de plazo, puede no obstante ser «tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución» (artículo 64.6, párrafo segundo, LC).

Es reseñable la separación o diferencia de que hace gala el artículo 64.6 LC al regular el informe de la autoridad laboral respecto de la regulación del informe de la Inspección de Trabajo en el artículo 51.3, párrafo segundo, ET. En efecto, al contrario de lo que sucede con este último, el primer informe se recaba una vez finalizado el plazo del período de consultas. Además, la autoridad laboral tiene quince días para elaborar su informe, frente a los diez que tiene la Inspección de Trabajo. Y, en fin, aunque el informe de la autoridad laboral se emita fuera de plazo, puede ser tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución (artículo 64.6, último inciso, LC).

3.5. El Auto del Juez y su recurso; las acciones de los trabajadores relacionadas con su relación individual y el nuevo incidente concursal laboral

Cumplidos todos los trámites anteriores, el Juez del concurso resuelve en un «plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho» (artículo 64.7, párrafo primero, LC). Las medidas propuestas y en caso aceptadas por el Juez del concurso son las que se examinan en los siguientes apartados de este trabajo (especialmente epígrafe 3.6, pero también, en lo que sea competente el Juez del Concurso, en los epígrafes 3.7 y 3.8). El artículo 64.7, párrafo primero, LC trata de recoger, así, el artículo 51.5 ET, pero de forma escueta y con vacíos de regulación que teóricamente se debieran colmar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.11 LC, con la aplicación del artículo 51 ET y singularmente, en los que ahora nos ocupa, con su apartado 5, lo que llevaría a interpretar que si el Juez del concurso no dicta su auto en el plazo de cinco días, el acuerdo alcanzado habría de entenderse aceptado. Sin embargo, la aplicación del silencio administrativo positivo a las resoluciones judiciales probablemente no sea, como se ha dicho expresivamente, «ni siquiera imaginable»⁵.

En todo caso, y con la excepción apuntada, de existir acuerdo, el Juez debe aceptarlo, lo que permite, por cierto, en caso de que se trate de extinciones colectivas, acordar indemnizaciones superiores a las del artículo 51.8 ET.

⁵ B. Ríos Salmerón, «La Ley Concursal y los trabajadores...», cit., pág. 368.

En el supuesto de que no exista acuerdo, así como en el supuesto de que apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado, el Juez del concurso «determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral» (artículo 64.7, párrafo primero, LC), lo que podría conducir a aplicar, en el caso del artículo 51 ET, sus apartados 1, párrafo segundo y 6. Sin embargo, la conclusión no es segura, porque probablemente el Juez del concurso no tenga que atenerse estrictamente a las causas que en el artículo 51.1 ET permiten recurrir al despido colectivo⁶. Cabe decir, en este sentido, que, si bien es cierto que el Juez del concurso tiene que aplicar supletoriamente la legislación laboral (artículo 64.11 LC), también lo es que el Juez del concurso aplicará la legislación laboral a la luz de la legislación concursal y de sus principios inspiradores. El juego entre la legislación concursal y la laboral es, cabe decir, bidireccional.

El auto del Juez del concurso es recurrible en suplicación, así como a través del resto de recursos previstos en la LPL. Todos estos recursos «se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales» (artículo 64.8, párrafo primero, LC, en conexión con los ya citados artículos 188.1 y 189.5 LPL, en la redacción dada a los mismos por la Disposición final decimoquinta.5 y 6 LC).

Al ser recurrible en suplicación el auto del Juez del concurso será probablemente necesario que dicho auto contenga una relación de hechos probados y, probablemente, será asimismo el Juez del concurso ante quien se hagan los trámites del recurso de suplicación que, en situación no concursal, se hacen ante los Juzgados de lo Social⁷.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, «en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual», se sustancian por el procedimiento del «incidente concursal», siendo recurrible en suplicación la sentencia que recaiga (artículo 64.8, párrafo segundo, LC). El incidente concursal es el incidente concursal «laboral»

regulado en el artículo 195 LC. Las cuestiones referidas estrictamente a «la relación jurídica laboral» serán probablemente las relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, su salario, antigüedad, categoría profesional, etc.

De conformidad con el artículo 195 LC, si se plantea el incidente concursal a que se refiere el artículo 64.8 LC, la demanda se formulará de acuerdo con lo establecido con el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»). El Juez advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que lo subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. Es clara la influencia del artículo 81.1 LPL, reproducido, en suma, en el artículo 195 LC, el cual, por cierto, no establece plazo alguno para plantear el incidente concursal laboral.

Si la demanda es admitida, el Juez señalará dentro de los diez días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el acto del juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio (artículo 195.2 LC). El juicio —prosigue el artículo 195.2 LC— comienza con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse avenencia, el actor se ratificará en su demanda (o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones) y el demandado contesta oralmente. Seguidamente las partes proponen pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones (artículo 195.2 LC).

En el artículo 195.2 LC son claras, en mayor o menor medida, las huellas de los artículos 82.1 y 2, 85.1 y 2 y 87.4 LPL. Se trata de una muestra, por lo demás, de cómo se quiere que el Juez del concurso sea y actúe como un Juez de lo Social.

⁶ Véase, en este sentido, si bien respecto de redacciones o versiones anteriores del actual artículo 64 LC, el trabajo de M.^a L. Segoviano Astaburuaga, «Incidencia del proyecto de Ley concursal en la normativa laboral», *Información Laboral Jurisprudencia*, 2002, núm. 9, pág. 22.

⁷ Véase, en este sentido, B. Ríos Salmerón, «La Ley concursal y los trabajadores...», cit., págs. 370-371.

3.6. Las medidas propuestas y, en su caso, aceptadas por el Juez del concurso: modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y los particulares supuestos de traslados colectivos con movilidad geográfica y de acciones individuales ex artículo 50.1.b) ET

Las medidas propuestas y que, en su caso, serán aceptadas por el Juez del concurso si se ha alcanzado acuerdo sobre ellas, determinando en caso contrario dicho Juez «lo que proceda conforme a la legislación laboral», son las siguientes: la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo. Singulares previsiones existen, como se verá, para los supuestos de traslados colectivos con movilidad geográfica y de las acciones individuales ex artículo 50.1.b) ET, las cuales, si se cumplen determinados requisitos, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo.

Una primera medida que se puede proponer y, en su caso, aceptar por el Juez del concurso es la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 ET. A los «expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva» hace referencia el artículo 64.1 LC. La expresión «*expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo*» se incluyó por vez primera en el debate de la LC en el Senado. Hasta entonces el texto del precepto hablaba simplemente de «*expedientes de modificación*». Por su parte, el artículo 8.2 LC habla de «*extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo*», al igual que lo hacen el artículo 86 ter.1.2.º LOPJ, añadido por el artículo 2.7 LORC, y el artículo 57 bis ET añadido por la Disposición final decimocuarta.2 LC, y al igual que lo hacían las primeras redacciones de lo que hoy es el artículo 64.1 LC.

La expresión finalmente utilizada por el artículo 64.1 LC, «expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo», diferenciándola de los expedientes «de suspensión o extinción colectiva», podría permitir plantear si el artículo 64 LC posibilita proponer al Juez del concurso y que éste acuerde modificaciones individuales (artículo 41.2 y 3 ET). Todo indica, sin embargo, que ello no es así, pues no sólo, como ha quedado dicho, el artículo 8.2.º

LC y el artículo 86 ter LOPJ (y el nuevo artículo 57 bis ET) siguen hablando de «la extinción, modificación o suspensión colectivas», sino que el propio texto del artículo 64 LC utiliza reiteradamente la expresión de «medidas colectivas» (así ocurre en los apartados 3, 4) y menciona la «modificación sustancial de carácter colectivo» (apartado 9), sin que en el contexto del precepto parezca posible interpretar que la suspensión del derecho de rescisión del contrato con indemnización se quiera extender a la modificación individual. Más bien ocurre, como se ha anticipado, que el Juez del concurso sólo puede adoptar modificaciones colectivas y no individuales. La posible duda interpretativa se ha planteado porque, como no pocas veces ocurre, se modifican los términos utilizados en un precepto (en el caso que ahora interesa, el artículo 64.1 LC) sin hacerse coherentemente lo mismo en los demás preceptos en donde antes se utilizaban los mismos términos (artículo 8.2.º LC y artículo 86 ter LOPJ).

Otra cuestión que permite plantear la redacción del artículo 64 LC respecto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo es si se requiere en todos los casos que dicha modificación sea aceptada por el Juez del concurso. La respuesta es indudablemente afirmativa. Como se sabe, tras la eliminación en 1994 de la autorización administrativa, el empresario puede acordar unilateralmente la modificación sustancial aunque no haya habido acuerdo en el período de consultas y sin perjuicio —claro es— de que la decisión empresarial pueda ser impugnada ante los Tribunales laborales. Pero en caso de concurso, el Juez de lo mercantil tiene que autorizar en todos los casos la modificación sustancial. Ciertamente, como ya se ha visto, si hay acuerdo en el período de consultas, el Juez del concurso aceptará el acuerdo alcanzado, salvo los supuestos ya mencionados de apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Y si no se ha alcanzado acuerdo (o si se aprecian aquellas circunstancias), el Juez del concurso «determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral», esto es, conforme al artículo 41 ET. Al «auto judicial que autoriz(a)» la modificación sustancial hacen referencia los párrafos primero y tercero del artículo 64.9 LC.

En el supuesto de acordarse una modificación sustancial —«de carácter colectivo», precisa el precepto— de las previstas en el artículo 41 ET, «el

derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación» (artículo 64.9, párrafo primero, LC). El citado derecho de rescisión del contrato con indemnización se reconoce, como se sabe, en el artículo 41.3, párrafo segundo, ET, al que remiten los dos últimos párrafos del artículo 41.4 ET.

La suspensión del derecho del rescisión del contrato con indemnización «también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo» (artículo 64.9, párrafo segundo, LC). Abandonando anteriores textos que limitaban la movilidad geográfica al ámbito de la Comunidad Autónoma, el texto definitivo del precepto se inspira en parte en el párrafo tercero del artículo 231.3 de la Ley General de Seguridad Social («LGSS»), añadido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

Tanto en este caso como en «los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación» (artículo 64.9, último párrafo, LC).

Por lo que se refiere a la suspensión «colectiva» de los contratos de trabajo (artículo 64.1 LC), hay que recordar que, de conformidad con criterio doctrinal mayoritario y desde luego con la práctica administrativa, toda suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivada de fuerza mayor prevista en el artículo 47 ET, con independencia de los trabajadores afectados, debe ser autorizada por la autoridad laboral⁸.

En coherencia con lo anterior, parece, por tanto, que, aunque literalmente se habla de suspensiones colectivas, toda suspensión por estas causas debiera ser autorizada por el Juez del concurso, con independencia del número de trabajadores afectados⁹.

En todo caso, el auto del Juez del concurso que acuerda la suspensión de los contratos de trabajo, produce las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, «a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo» (artículo 64.7, párrafo segundo, LC). La nueva redacción del artículo 208.1.2) LGSS, introducida por la Disposición final decimosesta.4 LC, establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores «cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursab». Este último inciso confirma, por lo demás, que sólo si hay resolución judicial se produce la situación legal de desempleo.

Por lo que se refiere a las extinciones colectivas, sí hay que precisar que se trata del despido colectivo *ex* artículo 51 ET y no del despido objetivo *ex* artículo 52.c) ET. Este último despido no tiene que ser autorizado por el Juez del concurso. Como se viene diciendo, en caso de concurso, el Juez de lo mercantil autoriza y hace las veces de la autoridad laboral. En consecuencia, el Juez del concurso tendrá que autorizar lo que en ausencia de concurso tendría que autorizar la autoridad laboral (despido colectivo y suspensión *ex* artículo 47 ET, en este último supuesto con independencia del número de trabajadores afectados), pero no lo que la autoridad laboral no tiene que autorizar en ese supuesto (despido objetivo *ex* artículo 52.c) ET).

En todo caso, y al igual que sucedía con la suspensión de los contratos de trabajo, el auto del Juez del concurso que acuerda la extinción colectiva de los contratos de trabajo produce las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, «a efectos del acceso de los trabajadores

⁸ Remito, por todos, a la monografía de X. Solà Monells, *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, Madrid, 2002, págs. 225 y ss.

⁹ En este sentido, con gran claridad, B. Ríos Salmerón, «La Ley Concursal y los trabajadores...», cit., pág. 367.

a la situación legal de desempleo» (artículo 64.7, párrafo segundo, LC). La nueva redacción del artículo 208.1.1).a) LGSS, introducida por la Disposición final decimosexta.³ LC, establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extinga su relación laboral «en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal».

La Disposición derogatoria única.3.12.º LC deroga el apartado 10 del artículo 51 ET.

Finalmente, el artículo 64.10 LC atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones «individuales» interpuestas —¿ya interpuestas ante el Juez de lo Social?— al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) ET («la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado»). Estas acciones individuales tendrán la consideración de «extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación por el Juez del concurso por el procedimiento previsto en (el) artículo 64 (LC), cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

- (i) 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;
- (ii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de cien a trescientos, el diez por ciento de los trabajadores;
- (iii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de trescientos, el veinticinco por ciento de los trabajadores».

Aunque existen significativas diferencias, es visible la influencia en estos umbrales de plantilla de los artículos 41.2, párrafo cuarto, y 51.1, párrafo primero, ET.

Como ya se ha dicho, el nuevo artículo 57 bis ET, introducido por la Disposición final decimocuarta.² LC, establece que «en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal».

3.7. Los contratos de trabajo del personal de alta dirección

Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, «por propia iniciativa o a instancia del deudor», puede «extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección» (artículo 65.1 LC). A destacar que se trata, en su caso, de una decisión de la administración concursal y no del Juez del concurso.

En caso de suspensión del contrato de trabajo, el alto directivo puede decidir extinguirlo, con preaviso de un mes, «conservando el derecho a la indemnización en los términos» del artículo 65.3 LC (artículo 65.2 LC).

En caso de extinción del contrato de trabajo, el Juez del concurso puede «moderar» la indemnización que corresponda al alto directivo, «quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo» (artículo 65.3 LC). Esta indemnización es, como se sabe, de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades (artículo 51.8 ET). A destacar que, así como es la administración concursal quien decide la extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección, y en el caso del artículo 65.2 LC el propio alto directivo, es el Juez del concurso quien puede moderar la indemnización de este último con el límite indicado.

Finalmente, la administración concursal puede solicitar del Juez del concurso que el pago del crédito correspondiente a la indemnización del alto directivo «se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación» (artículo 65.4 LC).

3.8. Los convenios colectivos

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET «sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores» (artículo 66 LC). La mención a la legislación laboral hace referencia al artículo 41 ET y, singularmente, al segundo inciso del tercer párrafo del apartado segundo de este último precepto.

La competencia para conocer de las acciones correspondientes a lo anterior es del Juez del concurso, según establecen el artículo 86 ter LOPJ y el artículo 8.2.º LC. Ahora bien estos dos últimos preceptos exhiben lo que podría ser una significativa diferencia con el artículo 66 LC. Así como este último se refiere únicamente a los convenios colectivos del Título III ET, los dos primeros preceptos parecen exigir el «acuerdo de los representantes de los trabajadores» para toda modificación de «las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable» a las correspondientes relaciones laborales. De este amplio tenor literal podría tratar de deducirse que se exige el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores para cualquier modificación de lo establecido en el convenio colectivo aplicable, aunque no se trate de un convenio colectivo regulado en el Título III ET, lo que no es coincidente ni se exige por el artículo 41 ET. La curiosa consecuencia sería que las modificaciones *unilaterales* del convenio colectivo serán imposibles en caso de concurso, lo que no sería el caso en ausencia de concurso, o, por decirlo de otra forma, los representantes de los trabajadores tendrían siempre poder de codecisión, y por tanto de veto, en situaciones de concurso, lo que no ocurre en situaciones de ausencia de procedimiento concursal.

Sin embargo, el razonamiento anterior es difícilmente compartible. Todo parece indicar que, una vez más, la compleja LC (y en este caso, además, la LORC) no termina de guardar coherencia, en el sentido de que cuando se modifica en la tramitación parlamentaria un precepto (en nuestro caso lo que es hoy el artículo 66 LC), no se cae en la cuenta ni advierte que hay que modificar en el mismo sentido el artículo 8.2 LC y el artículo 86 ter LORC. Pero personalmente me parece que la voluntad de la ley está más claramente expresada en el más específico artículo 66 LC que en los más genéricos artículos 8.2 LC y 86 ter LORC, de manera que estos últimos preceptos han de verse a la luz del primero. La finalidad de los artículos 8.2 LC y 86 ter LORC es la de determinar la jurisdicción del Juez del concurso, precisando, en lo que ahora nos ocupa, que, aunque aquel Juez sea competente, en caso de modificación

de las condiciones establecidas en convenio colectivo se requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Pero es el artículo 66 LC el que establece respecto de qué convenios colectivos (los regulados en el Título III ET) se exige el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Por lo demás, no puede olvidarse que ha sido la particular naturaleza y eficacia de estos últimos convenios colectivos lo que se trata de proteger y que los convenios colectivos no regulados en el Título III ET, sin descender ahora a detalles aquí innecesarios, no tienen exactamente aquellas naturaleza y eficacia.

3.9. Propuesta de convenio y artículo 44 ET

Como se verá con algún mayor detalle en el último apartado de este trabajo, la LC permite, siquiera sea muy tímida o moderadamente, que en las operaciones de liquidación no se aplique en su integridad la normativa sobre sucesión o transmisión de empresa establecida en el artículo 44 ET¹⁰.

Por lo que se refiere a la propuesta de convenio, el artículo 100.2 LC, párrafo segundo, permite incluir en aquella «proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada». Ahora bien, las proposiciones han de incluir «necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio». En estos supuestos —concluye el precepto— deben «ser oídos los representantes legales de los trabajadores».

Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta debe ir acompañada, además, de un «plan de viabilidad» en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (artículo 100.5, párrafo primero, LC). Los cré-

¹⁰ Sobre la relación entre la sucesión de empresa y los procedimientos concursales, especialmente en el derecho comunitario, se remite con carácter general a J.L. Monereo Pérez, *Transmisión de empresas en crisis y derecho concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Granada, 1999.

ditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán «en los términos fijados en el convenio» (artículo 100.5, párrafo segundo, LC). Se ha eliminado, así, la previsión del proyecto de LC en el sentido de que estos créditos sólo podían satisfacerse «una vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios», lo que, ciertamente, como hizo notar la doctrina, además de no contar con precedentes en la legislación extranjera, podía dificultar las ayudas de terceros encaminadas a «reflotar» la empresa¹¹.

4. LOS CRÉDITOS DE LOS TRABAJADORES

4.1. Créditos contra la masa: salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y los créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso

Tienen la consideración de créditos contra la masa¹², y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC, «los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (artículo 84.2.1.º LC). Frente a lo que sucedía con los primeros textos conocidos, la LC, dentro de los créditos contra la masa (artículo 84.2 LC) y no en otros lugares (como ocurría con el proyecto de LC), ha optado finalmente por reconocer el tradicionalmente conocido como *superprivilegio* del artículo 32.1 ET. Tras la LC (Disposición final decimocuarta.1), el artículo 32 ET sólo se aplica en ausencia de concurso.

Ahora bien, los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo (anteriores a la declaración de concurso, en caso de que éste sea el caso) en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, no tienen exactamente la misma protección y preferencias en caso de concurso que en el supuesto de ausencia de concurso. Y no la tienen, porque así como en ausencia de concurso aquellos créditos gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, «aunque esté se encuentre garantizado por prenda e hipoteca» (artículo 32.1 ET), en

el supuesto de concurso las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se hacen con cargo a los bienes y derechos «no afectos al pago de créditos con privilegio especial» (artículo 154.3 LC) y resulta que los créditos garantizados por prenda e hipoteca son créditos con privilegio especial (artículo 90.1.1.º LC).

Sin perjuicio de lo anterior, los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (artículo 84.2.1.º LC) se han de pagar «de forma inmediata» (artículo 154.2 LC).

Tienen asimismo la consideración de «créditos contra la masa», por lo que igualmente serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC, los «créditos laborales» generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo en aquellos créditos «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 (del concurso) acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso» (artículo 84.2.5.º, párrafo primero, LC). No precisa la redacción final de este precepto, como sí lo hacían anteriores versiones, que la extinción ha de haberse acordado por el Juez del concurso.

En todo caso, los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo «ordenados» por el Juez del concurso se entienden «comunicados y reconocidos por la propia resolución que los pruebe, sea cual sea el momento» (artículo 84.2.5.º, párrafo segundo, LC).

Como se sabe, la singularidad de los créditos contra la masa radica en que son prededucibles. Como dispone el artículo 154.1 LC, «antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta».

¹¹ B. Ríos Salmerón, «La Ley Concursal y los trabajadores...», cit., pág. 361.

¹² Sobre tales créditos es obligado citar a E. Beltrán Sánchez, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.

Según previene el artículo 154.2 LC, los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, han de satisfacerse «a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso». Ya se ha dicho que «los créditos del artículo 84.1.2.º se pagarán de forma inmediata». Las acciones relativas a «la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal», si bien «no podrán iniciarse ejecuciones hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos» (artículo 154.2 LC).

Se ha anticipado, asimismo, que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se hacen con cargo a «los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial». En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá «entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos» (artículo 154.3 LC).

4.2. Créditos refaccionarios con privilegio especial: los créditos sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario

La LC establece que son créditos con «privilegio especial» los créditos refaccionarios, sobre «los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (artículo 90.1.3.º LC).

Para que los créditos refaccionarios de trabajadores sean clasificados con privilegio especial no se les exige cumplir lo establecido en el artículo 90.2 LC.

El pago de los créditos con privilegio especial se hace «con cargo a los bienes y derechos afectos»

(artículo 155.1 LC). El resto de los apartados de este precepto regula y detalla el pago de estos créditos.

No resulta sencillo determinar con precisión qué ha de entenderse por objetos elaborados por los trabajadores, debatiéndose tradicionalmente si resultan incluidos tanto bienes muebles como inmuebles. En todo caso, la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de noviembre de 1997 ha rechazado que el privilegio refaccionario se pueda extender al inmueble lugar de trabajo; otra cosa podría ser si al inmueble se hubiera incorporado el trabajo¹³. También ha sido «tormentosa» (Olivencia) la cuestión del significado de la expresión «mientras sean propiedad o estén en posesión» del concursado, especialmente en el caso de que ocurra esto último y no lo primero¹⁴. Por lo demás, no parece que estemos ante un crédito que en la práctica se haga valer de forma abundante o significativa por los trabajadores.

4.3. Créditos con privilegio general: créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo y las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Referencia a los créditos ordinarios y subordinados y al reconocimiento de créditos

Son créditos con privilegio general: (i) «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 pendientes de pago»; (ii) «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

¹³ La STS de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8314) se dictó en unificación de doctrina. Como se dice en el texto, ha sido tradicionalmente polémico si el objeto puede ser mueble o inmueble, debiendo entenderse probablemente, con Ríos Salmerón, que puede ser tanto una cosa como la otra. El caso es que la Sala de lo Civil del TS llegó a tener un planteamiento quizás exageradamente extensivo de esta cuestión, toda vez que entendió que la garantía llegaba a los inmuebles donde los trabajadores desarrollan su actividad, como declararon las sentencias de aquella Sala de lo Civil del TS de 27 de octubre de 1983 (RJ 1983\5345) y de 18 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8839).

¹⁴ Véase al respecto B. Ríos Salmerón, «Las garantías salariales (en torno al artículo 32)», en *El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después* (M. Alonso Olea, dir.), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (monográfico), 2000, t. I, págs. 607-608, y J. Cruz Villalón, en colaboración con P. Rodríguez-Ramos Velasco y R. Gómez Gordillo, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Madrid, 2003, págs. 398-399. Monográficamente, por todos, D. Lantarón Barquín, «El privilegio salarial refaccionario del artículo 32. 2 L.E.T.: notas para un estudio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (MTSS), núm. 14, 1994 págs. 71 y ss.

mínimo interprofesional»; (iii) «las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional»; y (iv) «los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso» (artículo 91.1.º, LC).

Respecto a los créditos por salarios mencionados más arriba [apartado (i)], ya el proyecto de LC eliminó la limitación de seis meses que contenía el anteproyecto de LC¹⁵.

El pago de los créditos con privilegio general se realiza una vez que se han deducido de la masa activa «los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa» y se hace «con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos»; el pago se realiza por «el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número» (artículo 156 LC).

Dentro de los créditos con privilegio general, además de los ya vistos y por concurrir en la práctica con los mismos, son de interés los contemplados en los números 2.º y 4.ª del artículo 91 LC. También lo son, por distintas razones, los mencionados en los números 3.º y 6.º del artículo 91 LC.

Son créditos ordinarios los no calificados por la LC como privilegiados ni como subordinados (artículo 89.3 LC). De entre los créditos subordinados (artículo 92 LC) son aquí de interés los mencionados en los números 3.º (créditos por intereses) y 4.º (créditos por multas y demás sanciones pecuniarias). Los artículos 157 y 158 LC regulan el pago de los créditos ordinarios y de los subordinados, respectivamente.

Se han de incluir necesariamente en la lista de acreedores «los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso» (artículo 86.2 LC).

4.4. La reforma del artículo 32 ET

La Disposición final decimocuarta.1 LC ha dado nueva redacción al artículo 32 ET.

A los efectos que aquí importan, el cambio más importante entre el viejo y el nuevo artículo 32 ET

radica en que las preferencias reconocidas en el precepto se aplicarán ahora únicamente en los supuestos en los que el empresario no se halla «declarado en concurso» y los correspondientes créditos concurrirán con otro u otros créditos sobre bienes del empresario, toda vez que «en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la LC relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios» (artículo 32.5 ET).

La anterior previsión cambia por completo el significado que tradicionalmente ha tenido el artículo 32 ET. Se trata ahora de un precepto que sólo rige y se aplica en caso de ausencia de concurso.

Un segundo e importante cambio entre el antiguo y el nuevo artículo 32 ET, íntimamente relacionado con el anterior, consiste en que se elimina la posibilidad de las ejecuciones laborales separadas (antes reconocidas en el apartado 5), siguiendo y guardando la coherencia con lo que es un principio general de la LC, manifestado de forma sobresaliente en el artículo 8.3 y concordantes LC. En correspondencia con lo anterior, la LC (Disposición final decimoquinta.8) da nueva redacción al artículo 246.3 LPL disponiendo que «en caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a la LC».

El vigente artículo 32 ET conserva su redacción anterior en sus apartados 1, 2, 3 y 4 (en este último caso, antes era el apartado 6). Pero ha de insistirse en que el artículo 32 ET cambia por completo de sentido, significado y función, toda vez que sólo se aplica en situaciones de ausencia de concurso.

5. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

5.1. El plan de liquidación, informe de los representantes de los trabajadores y modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo

El plan de liquidación se ha de someter a «informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación» (artículo 148.3 LC), observaciones o propuestas de modificación que también pueden ser

¹⁵ Véase J.L. Fernández Ruiz, «Los créditos salariales», en Registro de Economistas Forenses, *Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español*, 7 a 11 de octubre de 2002, 2002, documento núm. 5, págs. 140-141.

formuladas por el deudor y los acreedores concursales. De no formularse observaciones o propuestas, «el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa» (artículo 148.2, al que remite el artículo 148.3, LC). Por el contrario, de existir observaciones o propuestas, la administración concursal informa a su vez sobre las mismas y el Juez del concurso, «según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él las modificaciones en función de aquéllas (observaciones o propuestas) o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias»; este auto es recurrible en apelación (artículo 148.2, al que remite el artículo 148.3, LC).

En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan «la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 (LC)» (artículo 148.4 LC). Es cierto que este último precepto no precisa que las extinción o suspensión deben ser colectivas. Pero la llamada expresa al artículo 64 LC hace difícil extraer de lo anterior toda consecuencia relevante, al menos en materia de extinción del contrato y de modificación de las condiciones de trabajo.

5.2. Las reglas legales supletorias de las operaciones de liquidación: la enajenación preferentemente como un todo, la audiencia de los representantes de los trabajadores, la preferencia por las ofertas de compra que garanticen la continuidad de los puestos de trabajo, la posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial y los posibles acuerdos de modificación de condiciones colectivas de trabajo

De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiera previsto el aprobado, «las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas» (artículo 149.1 LC):

1.^a El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor

«se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el Juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos». La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante «subasta» y si ésta quedase desierta «el Juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa».

Las resoluciones que el Juez dicte en estos casos deben dictarse, «previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 148 LC» (el ya citado informe de observaciones o propuestas de modificación de los representantes de los trabajadores). Estas resoluciones judiciales han de revestir la forma de auto y contra ellas «no cabe recurso alguno».

2.^a En el caso de que las operaciones de liquidación supongan «la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto lo dispuesto en el artículo 64 (LC)».

3.^a En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fija un plazo para la presentación de «ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores»; en todo caso, han de ser oídos por el Juez del concurso los representantes de los trabajadores.

Si como consecuencia de la enajenación a que se refiere el artículo 149.1.1.^a LC, «una entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa» (artículo 149.2 LC). Son bien visibles aquí las huellas del artículo 44.2 ET, que se reproduce literalmente.

Pues bien, en tal caso, «el Juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuan-

tía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 ET» (artículo 149.2 LC).

Igualmente, «para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo» (artículo 149.2 LC). A destacar que no se mencionan las modificaciones de carácter individual.

La LC ha aprovechado y recogido finalmente, así, las posibilidades que a los Estados reconoce la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo 2001, del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos

de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Hubiera sido, en verdad, llamativo que la LC no aprovechara estas posibilidades. Era ciertamente lo que ocurría inicialmente con el proyecto, pero la omisión se superó en el debate del Congreso de los Diputados. Ahora bien, hay que reconocer que lo anterior se ha hecho muy tímidamente, toda vez que en caso de procedimiento concursal la Directiva permite introducir excepciones mayores a la aplicación del artículo 44 ET¹⁶.

Sea como fuere, y en todo caso, en caso de concurso, a los supuestos de «sucesión de empresa» *ex* artículo 44 ET «se aplicarán las especialidades previstas en la LC» (artículo 57 bis ET, añadido por la Disposición final decimocuarta.2 LC).

¹⁶ Me permito remitir sobre este tema a I. García-Perrote y J.R. Mercader, «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», en *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002. La Ley 12/2001 y el ANC 2002* (I. García-Perrote, coord.), Valladolid, 2002, págs. 259 y ss.