

La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal

Antonio V. SEMPERE NAVARRO

Director de la Revista

1.- Introducción	1
2.- Solicitud de concurso por el deudor	4
3.- Comunicación a TGSS y trabajadores.....	4
4.- Concursos de especial trascendencia	6
5.- Afectación de la actividad empresarial	6
6.- Competencial integral del Juez Mercantil	7
7.- Dudas competenciales	9
8.- Altos directivos.....	10
9.- Salarios de los últimos 30 días.....	11
10.- Decisiones laborales colectivas.....	11
A) Inclusión de los traslados colectivos y de las reducciones de jornada	12
B) ERES en tramitación	12
C) ERES resueltos.....	14
11.- Cierre total o parcial de la empresa	15
12.- Período de consultas/negociación	17
A) Empresas sin representantes	17
B) Participación del concursado.....	17
C) Desbloqueo de las negociaciones.....	18
D) Eliminación de la "doble negociación"	19
13.- Colaboración del concursado y plan de recolocación	20
14.- Impugnación/recursos	21
15.- Extinciones del contrato por voluntad del trabajador	21

Palabras clave: Empresas concursadas. Aspectos laborales en la Ley Concursal.

1.- Introducción

Conforme a su Disposición Final Tercera, el pasado 1 de enero de 2012 entró en vigor la **Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de**

julio, Concursal, norma relevante y de notable complejidad desde el prisma de las relaciones laborales pues son muchos los aspectos que directamente se modifican o que indirectamente se retocan, todo lo cual incide en la toma de decisiones estratégicas de las empresas ligadas tanto a la llamada flexibilidad “interna” (modificaciones de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, suspensiones de contratos) como a la “externa” o de salida (despidos)¹.

Por otro lado, el 8 de julio de 2012 comenzó a desplegar sus efectos la **Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**, procedente del homónimo Real Decreto-Ley 3/2012, y que afecta los bloques cruciales de todo el proceso reformista: intermediación en contratación laboral, flexibilidad interna, despidos, convenios colectivos, aspectos jurisdiccionales conexos; como se sabe, las diferencias con la norma de urgencia son notables y han sido objeto de estudio en anteriores números de esta misma publicación². Lo más llamativo (indemnización por despido improcedente de 33 días, supresión de la autorización administrativa en los EREs) resulta casi anecdótico si se repara en el régimen jurídico resultante de la Ley³.

En fin, el 15 de julio entró en vigor el **Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad**, que también mereció una detenida exposición en el precedente número de la Revista; de esta norma interesan especialmente las medidas que afectan al sector público y al campo de las relaciones laborales en materias tales como negociación colectiva, bases de cotización, desempleo, Fondo de Garantía Salarial o bonificaciones a la contratación⁴.

* * *

La vorágine normativa en que se halla inmerso el ordenamiento sociolaboral desde mayo de 2010 hace pensar que ya tiene utilidad recordar las innovaciones introducidas por la Ley 38/2011 en el seno del procedimiento concursal, ahora con una específica finalidad: comprobar en qué medida se hallan afectadas por las importantes y posteriores variaciones de las Leyes laborales. En esta materia tengo la impresión de que estamos asistiendo a una sucesión de desencuentros: cuando la norma especial

¹ Sobre esta norma, realicé una inicial exposición: “Retoques laborales en el procedimiento concursal (Notas sobre la Ley 38/2011, de 10 octubre)”, *Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2011*.

² Cabe recordar, no obstante, el mayor sometimiento de las ETT a la normativa de las agencias privadas de colocación cuando asumen el doble rol; retoques en el polémico contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el contrato para la formación y el aprendizaje; ajustes en las bonificaciones e incentivos por transformaciones contractuales; clarificación de la regla sobre suspensión temporal del encadenamiento de contratos temporales (art. 15.5 ET); flexibilización del permiso para la formación; potenciación de la conciliación entre vida familiar y laboral; incremento del porcentaje de jornada irregular en defecto de pacto.

Acotación de la ultraactividad; incondicionalidad de la supremacía del convenio de empresa; matizaciones al procedimiento de descuelgue; racionalización de la responsabilidad del FOGASA; potenciación del papel de la Autoridad Laboral en los despidos colectivos; reformulación de las causas de despido objetivo y colectivo; regulación de la fiscalidad en indemnizaciones por despido; previsión de diversos derechos para las víctimas de violencia terrorista...

³ Una exposición detallada de la norma en R. Martín Jiménez y Antonio V. Sempere Navarro, *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio de la Ley 20/2012, de 13 de julio y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2012.

⁴ Su exposición la hice en “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RDL 20/2012, de 13 de julio)”, *Aranzadi Social n° 5*, 2012.

(concurzal-laboral) quiere ponerse a la altura de la común (laboral ordinaria) la segunda varía su contenido y se vuelve a las disfunciones originarias; de este modo, respecto de algunos temas da la impresión de que resulta más sencillo introducir la innovación necesitada por la empresa cuando la misma se halla sometida a las reglas comunes que cuando se encuentra bajo la férula protectora de la regulación concursal.

Yendo por delante la conclusión de la mera exposición temática (que, por más que resulte tedioso, la actual discordancia va a requerir una nueva modificación de la regulación concursal en sus aspectos laborales), y obviando, como suele hacerse en esta Tribuna, las tomas de posición de signo político o ideológico, no queda sino repasar los cambios que la Ley 38/2011 introdujo y comprobar su concordancia con la legislación laboral común, en especial cuando ha sido alterada por las dos normas más arriba citadas.

* * *

Retornemos, pues, a la modificación de la Ley Concursal y a su contenido. Por lo pronto, parece cuestionable que estemos ante una reforma de "baja intensidad", como parece apuntar la Exposición de Motivos (apartado VI), equivaliendo a una puesta al día respecto de los cambios laborales precedentes. Fruto de la aprobación meses atrás de la Ley 35/2010, se adaptan los preceptos "laborales" de la Ley a las novedades introducidas en los preceptos concordantes del ET por la citada Ley 35/2010, que no son sino ajustes en materias muy concretas (suspensión del contrato y reducciones de jornada, negociación en empresas sin representantes...). En todo caso, esa confesión⁵ ya sirve para desvelar lo que ha acaecido después: los ulteriores cambios introducidos en ET, LRJS y normas concordantes frustran la operación de referencia.

El texto normativo confirma que el Juez de lo Mercantil se convierte en el máximo órgano de control del patrimonio del concursado, lo cual implica que las decisiones ejecutivas dirigidas contra los bienes y derechos que integran la masa han de ser ordenadas en exclusiva por él. No se trata tanto de centralizar las decisiones (abstractamente consideradas) que puedan afectar al patrimonio del concursado, sino de evitar que otros órganos –administrativos o jurisdiccionales– con una potencial competencia ejecutiva detraigan sin control una parte de los bienes obviando las reglas –que se estiman preferentes– del concurso. De este modo, se evitan ejecuciones al margen del procedimiento concursal, poniéndose fin –parece que definitivamente– al tradicional privilegio de ejecución separada de los créditos laborales.

Lo cierto es que se introducen importantes novedades en cuanto a la toma de decisiones colectivas que afectan a los trabajadores: modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, traslados, suspensiones y reducciones de jornada y, en fin, despidos colectivos. En este sentido, se reforma intensamente el régimen del art. 64 de la LC, precisamente respecto de un elenco de materias situadas en el centro de la Reforma Laboral de 2012...

⁵ En ella se identifican como núcleo principales de la reforma la adecuación de las previsiones "laborales" de la LC a la reforma de septiembre de 2010 (Ley 35/2010), "en especial en relación con los expedientes de suspensión y reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo"; se pretende igualmente "evitar (...) conflictos con la jurisdicción social y la Autoridad laboral", resolver "las dudas jurídicas planteadas en torno a la calificación como créditos contra la masa de los créditos salariales e indemnizaciones en caso de despido o extinción de la relación laboral", regular expresamente la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario. Por último, se incluye alguna "enigmática" intención como la de incrementar "el peso de la valoración que se ha de hacer en el concurso de su impacto sobre los trabajadores".

Junto a algunas novedades de detalle –desarrollo de previsiones ya existentes– como las que afectan a la extinción de los contratos del personal de alta dirección, se refuerza el protagonismo del Fondo de Garantía Salarial a fin de facilitar la defensa de sus intereses de cara a las futuras reclamaciones que puedan entablar los trabajadores.

2.- Solicitud de concurso por el deudor

Se moderniza y amplía el art. 6.2 LC (sobre documentación que quien solicita el escrito de declaración del concurso ha de aportar) en dos sentidos:

- La genérica “identidad” de los acreedores se completa con la indicación del domicilio y la dirección electrónica de cada uno de ellos (apartado 4).
- Hay que indicar “la plantilla de trabajadores”, si los hubiera en el momento de la solicitud, y “la identidad del órgano de representación de los mismos” si lo hubiere igualmente en el momento de la solicitud (nuevo apartado 5). Son datos relevantes que podrán ser de utilidad si, en un momento posterior, se adoptan medidas colectivas de reorganización de la empresa (modificaciones sustanciales, traslados, despidos).

Tanto la Ley 3/2012 (ocho veces) cuanto el RDL 20/2012 (una) aluden con naturalidad a este concepto de plantilla, sin preocuparse de clarificar su exacto alcance y dándolo por descontado, por lo que sería injusto realizar observación negativa alguna respecto de la norma en estudio. Adicionalmente, la norma específica que contempla una realidad “de trabajadores”, lo que lleva a pensar que han de incluirse todas las personas con relaciones laborales de cualquier tipo (temporales o fijas, comunes o especiales, a tiempo completo o parcial) y en cualquier situación (activa, suspendida, interrumpida).

Del mismo modo, la referencia a la “representación legal” (siete veces acogida por la Ley 3/2012) quiere comprender la alusión a los comités de empresa o delegados de personal; la figura de los delegados sindicales queda al margen (representan a los afiliados, no a la totalidad) en una interpretación literal, aunque sus competencias están equiparadas (art. 10.3 LOLS).

3.- Comunicación a TGSS y trabajadores

Tras el auto de declaración de concurso⁶, se detalla ahora a quién y cómo ha de hacerse la comunicación individualizada a cada uno de los acreedores. Según la nueva versión del art. 21.4 LC, la administración concursal realizará sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de

⁶ Conforme al art. 14 LC, cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos que acrediten la insolvencia alegada.

Del mismo modo, conforme al art. 15 LC, cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley. En concreto:

- Se efectuará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor.
- Se dirigirá por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras⁷.

Al margen de su mayor o menor éxito práctico, a este respecto interesa recordar que el RDL 20/2012 ha querido avanzar en la simplificación y mejora de la gestión, modificando el régimen de recargos en los supuestos de impago de cotizaciones, con la idea de favorecer el aplazamiento del pago de cuotas y minorar los incumplimientos (generadores de aquellos recargos). Eso se consigue abandonando el recargo escalonado que contenía el artículo 27.1.1 LGSS para los ingresos tardíos⁸ y cambiándolo por una solución única: un recargo del 20 por 100 de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas tras el vencimiento del plazo reglamentario⁹.

- Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

La Ley 3/2012 ha dado por buena la innovadora solución que se introdujera en 2010 para posibilitar la negociación entre empleador que desea introducir determinadas medidas (inaplicación del convenio, modificación sustancial, movilidad geográfica, despido colectivo, etc.) y sus trabajadores: cuando no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa. La LC también la acoge, pero para los supuestos novatorios a los que alude el ET; la pregunta es obligada ¿no debiera haberse extendido la previsión respecto de cualquier tema cuando se trata de una empresa que va a atravesar por importantes novaciones, como es la declarada en concurso?

⁷ Son inevitables las reflexiones que esta medida suscita desde una perspectiva laboral acerca de si se presume que existen deudas con la TGSS en todo concursado.

⁸ Conforme al mismo, si se presentasen los documentos de cotización en el momento oportuno, el abono retrasado de las cuotas devenga un interés del 3 por cien de la deuda (pego dentro del primer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario), del cinco por cien (en el segundo), del diez (en el tercero) o del veinte (posteriormente).

⁹ Llevado el cambio a nuestro terreno: cuando la TGSS recibe la comunicación de la administración concursal, lo que espera el ordenamiento es que tal organismo ya esté al tanto de eventuales problemas en el pago de las cotizaciones, especialmente porque haya tenido que pronunciarse sobre eventuales solicitudes de aplazamiento.

4.- Concursos de especial trascendencia

* El nuevo art. 27 *bis*LC prevé, entre otros supuestos, que si la cifra de negocio anual del concursado ha sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso o si la empresa tiene más de 100 trabajadores o los ha tenido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso, el Juez, motivadamente, podrá declarar el concurso como “de especial trascendencia”.

La referencia al número de trabajadores que posea la empresa constituye un recurso muy frecuente para las normas laborales; la Ley 3/2012 lo utiliza en una veintena de ocasiones. Sin embargo, no siempre están claros los criterios a seguir para su cómputo¹⁰.

* Cuando se produzca tal declaración de “concursos de especial trascendencia”, el juez nombrará, además del administrador concursal, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. “Cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores (...) estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal” (art. 27.2.3º LC)¹¹.

5.- Afectación de la actividad empresarial

Como excepción a la regla que permite continuar con el ejercicio de la actividad empresarial, el Juez del Concurso puede “a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa”, 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 ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta” (art. 44.4.I LC).

En este sentido, se modifica el párrafo 2º del citado art. 44.4 LC para desarrollar y perfeccionar la previsión antigua de tal modo que ahora “cuando las medidas supongan

¹⁰La DF 4ª de la Ley 3/2012 (“Medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad”) opta por contabilizar los empleados “que se encuentren en alta” en determinado momento “con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial”, pero es claro que caben otras opciones, especialmente cuando se habla de un volumen de empleo durante el ejercicio anual. En este punto nada impide soluciones como la del art.72 ET sobre cómputo a efectos de órganos representativos, por poner un ejemplo.

¹¹ Aquí está el primer ejemplo de las consecuencias que posee el que no se haya previsto la designación de un mecanismo representativo de los trabajadores que actúa cuando no existe el órgano habitual.

la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2^o¹² y simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64”, debiendo la administración concursal solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación (nuevo párrafo 2º del artículo 64.4 LC). Sin perjuicio de reiterar alguna observación más adelante, puede adelantarse lo siguiente:

- La suspensión total o parcial de las actividades empresariales que la LC reserva al Juez del concurso, no requiere autorización (administrativa o judicial) en el campo de las empresas no sometidas al mismo.
- La afectación de lo previsto en convenio colectivo que el art. 8.2 LC supedita a la existencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores es posible también mediante una decisión externa a la empresa (Comisión Paritaria del Convenio, Comisiones Consultivas), inclusive un laudo arbitral, tras la modificación del art. 82.3 ET.
- La modificación sustancial o movilidad geográfica, tras las modificaciones de Ley 3/2012, puede llegar a ser unilateralmente decidida por el empleador si considera que existen motivos para ello, pese a no haberse llegado a un acuerdo con la representación de los trabajadores.
- Los despidos colectivos ya no requieren de previa autorización administrativa, sino de un proceso de consultas, información y negociación, idealmente finalizado con acuerdo; pero también puede el empleador imponer su unilateral decisión si considera que está fundada y han fracasado las negociaciones.
- En suma: la administración concursal y el propio sujeto concursado poseen menos facultades laborales que las atribuidas al empresario que opera al margen de la LC pues la Reforma Laboral de 2012 se ha caracterizado por eliminar trabas administrativas, controles previos de oportunidad o exigencia de acuerdos colectivos. A cambio, si se admite la simplificación argumental, puede decirse que en el caso de la empresa concursada se gana en seguridad porque las decisiones son adoptadas judicialmente y es resumible que su revocación resulte más excepcional.

6.- Competencial integral del Juez Mercantil

Si el viejo art. 9 LC ya establecía que “La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal”, ahora se completa el nuevo art. 9.1 LC con las cuestiones prejudiciales “civiles” y se añade una cláusula general de cierre (art. 9.2) que garantiza que las

¹² El precepto remitido concede competencia exclusiva y excluyente al Juez del concurso respecto “Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los 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. En el enjuiciamiento de estas materias, y 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”.

decisiones que puedan afectar al concurso (a la "materia concursal" que, en última instancia, se amplía) sólo pueden adoptarse en su seno, pero en tan exclusivo ámbito es donde producen efectos: "La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca". Con ello se cierra la posibilidad de ejercicio de acciones laborales independientes, cuya ejecución separada pueda hacer minorar el patrimonio del concursado.

La nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), publicada en el BOE de 11 de octubre¹³, asumió perfectamente este planteamiento:

- El art. 2 a) LRJS atribuye a la Jurisdicción Social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".
- El art. 3 h) LRJS excluye del conocimiento del orden social "las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso".
- El art. 4.1 LRJS extiende la competencia del orden social "al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto (...) en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".
- Los Juzgados de lo Social conocen "de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, con excepción de los asignados expresamente (...) en la Ley Concursal" (art. 6.1 LRJS).
- El art. 23.2 LRJS establece la obligatoriedad de citar como parte al Fondo de Garantía Salarial "en supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas".
- El novedoso proceso monitorio (art. 101 LRJS) solo cabe en "reclamaciones frente a empresarios que no se encuentren en situación de concurso". En la letra d) de ese mismo art. 101 LRJS se advierte que "en caso de insolvencia o concurso posteriores, el auto de despacho de la ejecución servirá de título bastante, a los fines de la garantía salarial que proceda según la naturaleza originaria de la deuda; si bien no tendrá eficacia de cosa juzgada, aunque excluirá litigio ulterior entre empresario y trabajador con idéntico objeto y sin perjuicio de la determinación de la naturaleza salarial o indemnizatoria de la deuda y demás requisitos en el expediente administrativo oportuno frente a la institución de garantía, en su caso".
- La nulidad de la extinción colectiva de los contratos se prevé, entre otros supuestos, para el caso de que "no se hubiese (...) obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista" (art. 124.11 LRJS).
- En la ejecución de sentencias se indica con carácter general (art. 237.5 LRJS) que "en caso de concurso, se estará a lo establecido en la Ley Concursal" y, específicamente, para la concurrencia de embargos que "en caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro

¹³ La entrada en vigor se produjo, con carácter general, a los dos meses de su publicación en el BOE (Disposición final séptima.1 LRJS).

de los salarios e indemnizaciones por despido que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal" (art. 248.3 LRJS).

- En fin, a tenor de la Disposición Adicional Tercera LRJS "las disposiciones de la presente Ley no resultarán de aplicación en las cuestiones litigiosas sociales que se planteen en caso de concurso y cuya resolución corresponda al juez del concurso conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con las excepciones expresas que se contienen en dicha Ley".

Si bien en estas materias puede decirse que no hay influencia de las reformas laborales de 2012, también da la impresión de que el Juez del concurso ha acabado por asumir competencias que van más allá de las que corresponden a la Administración Laboral (privada de sus facultades autorizantes o paralizadoras de la decisión patronal), a la representación de los trabajadores (cuyo acuerdo no es imprescindible para que la empresa adopte determinadas decisiones) o al propio Juez de lo Social (cuyos jicios de oportunidad desea obviar la Ley 3/2012).

7.- Dudas competenciales

Las extinciones de los contratos que pueden acordarse, con carácter individual, después de la declaración del concurso, al margen de cuál sea su causa (expiración del tiempo convenido, despido disciplinario, por causas objetiva, jubilación, etc.) plantean inmediatamente la cuestión del orden competente para su resolución en el sentido de que si bien es cierto que la competencia del orden social no se ve alterada por la declaración del concurso y que éste no tiene más trascendencia procesal que la prevista en el art. 50.2 de la LC –emplazar a la administración concursal y a tenerla como parte en defensa de la masa, si se personase- el art. 86ter.1.3º de la LOPJ atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente, entre otras materias, para "toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado".

Del mismo modo, el art. 55 de la LC señala que "declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos tributarios contra el patrimonio del deudor" y añade que "**hasta la aprobación del plan de liquidación** (esa es la novedad), podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

Los problemas se plantean no tanto en relación con la afectación patrimonial sino con la noción misma de ejecución o, para ser más exactos, de procesos ejecutivos. Así, se ha debatido si el proceso seguido para hacer efectiva la entrega al recurrente de la cantidad consignada en su día por la empresa para recurrir contra un despido declarado improcedente ha de considerarse o no ejecución de sentencia a efectos de la Ley Concursal o, a los mismos efectos de decidir sobre la competencia jurisdiccional, si lo es el incidente de readmisión regulado en los arts. 278 y ss. LRJS (arts. 276 y ss. LPL). Sin ánimo de agotar el elenco de materias dudosas, tampoco se ha afrontado la cuestión competencial desde el punto de vista temporal de la causa que da lugar a la extinción del

contrato en relación con la fecha de declaración del concurso, lo cual es especialmente importante en las extinciones de contratos instadas por el propio trabajador.

8.- Altos directivos

Se modifica el artículo 65.1 LC en el sentido de que la decisión de la administración concursal de suspender o extinguir los contratos de alta dirección no podrá impugnarse de forma autónoma ante la Jurisdicción social, sino "ante el Juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral", siendo la sentencia que recaiga susceptible de ser recurrida en suplicación. El Juez del concurso adquiere, así, mayor poder fiscalizador de las decisiones que afectan directamente a la actividad y buena marcha de la empresa.

La Ley 3/2012, en cierto modo, se ha inspirado en el esquema de la LC para minorar las condiciones pactadas respecto de alto directivos en empresas con dificultades:

- Se modifica el régimen específico aplicable a los administradores y directivos de entidades de crédito en lo relativo a limitaciones en las indemnizaciones a percibir por terminación de sus contratos en aquellas entidades de crédito participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).
- Asimismo, se establecen determinadas normas respecto a la extinción/suspensión del contrato de administradores o directivos de entidades de crédito por razón de imposición de sanciones o de suspensión y determinados supuestos de sustitución provisional, respectivamente, complementando lo dispuesto en el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero de saneamiento del sector financiero respecto a las remuneraciones en las entidades de crédito que reciban apoyo financiero público para su saneamiento y reestructuración.
- La Disposición Adicional Octava de la Ley 3/2012 ha establecido criterios novedosos en materia de retribuciones y extinciones de los contratos mercantiles o de alta dirección en el sector público estatal. Además el apartado 5, párrafo 1º de la citada Disposición Adicional, impuso la obligación de adaptar en el plazo de dos meses los contratos celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012¹⁴.

¹⁴Por su parte, la Disposición Adicional Segunda (párrafo 2º) del RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, añadió que la adaptación de los contratos no podría producir ningún incremento retributivo para los máximos responsables o directivos en relación a su situación anterior. Por último, la Instrucción 1/2012, de 28 de marzo, de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, contiene criterios dirigidos a los Abogados del Estado que intervengan en materia de contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal.

9.- Salarios de los últimos 30 días

Se modifica el art. 84.2.1º LC para matizar que los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso lo son de trabajo **efectivo**. La efectividad del trabajo hace referencia a su ejecución material. Por tanto, el salario crediticio ni es necesariamente el último devengado ni tampoco el último que debió percibirse. La ecuación salario y trabajo efectivo garantiza al trabajador el percibo del salario no de los 30 días inmediatamente anteriores a la declaración del concurso, sino de los últimos 30 días en que trabajó antes de tal declaración. Con esta medida se trata de satisfacer íntegramente el crédito salarial del último mes trabajado y no abonado, evitando situaciones de impago salarial (total o parcial) derivado de situaciones no dependientes de la voluntad del trabajador como pudieran ser las de suspensión del contrato por causas económicas, técnicas organizativas o productivas. Por descontado, el crédito es salarial, por lo que no alcanza a percepciones de naturaleza diversa tales como indemnizaciones, gastos suplidos o dietas por desplazamiento.

La Ley 38/2011 confiere la condición de crédito contra la masa a los créditos de los referidos salarios pero con un límite adicional: "en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional". Premonitoriamente, ese tope ha actuado como referente para una de las modificaciones introducidas por el RDL 20/2012¹⁵: conforme al art. 33.1 ET, el importe máximo de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario que asume el Fondo dejar de ser de 150 días (pasa a 120). Igualmente, el tope cuantitativo ya no equivale a la cantidad resultante de multiplicar el triple del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, sino que vuelve al módulo del doble de tal cifra.

10.- Decisiones laborales colectivas

Como complemento y desarrollo de lo dispuesto en los arts. 8.2 y 9 LC, que se modifican, la Ley 38/2011 dio nueva redacción al art. 64.1 LC con la finalidad de coordinar más eficazmente las tareas de la Administración laboral y del Juez del concurso. Los desajustes con las normas laborales remitidas o presupuestas son continuos, como ya se avanzó.

¹⁵Se articulan medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del FOGASA. Sobre su pertinencia o acierto se reproduce la dualidad de enfoques que impregna todos estos cambios: cuando más se recrudece la crisis económica y mayor es la necesidad de protección para los débiles, menores son las posibilidades de mantener elevados niveles si es que los ingresos permanecen constantes. Resumidamente, puede decirse que ahora se recupera la regulación anterior a 2010 en determinados parámetros delimitadores de la acción protectora.

A) Inclusión de los traslados colectivos y de las reducciones de jornada

Se clarifican las dudas interpretativas que se habían suscitado en relación con la adopción de ciertas medidas de flexibilidad interna no expresamente contempladas en la precedente redacción del art. 64.1 LC, en concreto, con los **traslados colectivos** y, especialmente a raíz de la Ley 35/2010, las **reducciones de jornada**. Ahora se tramitan ante el Juez del concurso, después de que éste se declare, los expedientes colectivos de modificación sustancial (art. 41 ET), traslados (art. 40 ET), suspensión (art. 47 ET) o extinción (art. 51 ET) del contrato, con inclusión, como subespecie de la suspensión, de la reducción de jornada¹⁶.

La tramitación acaba con un auto respecto del cual se dispone que, en caso de acordar la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, “producirá 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” (art. 64.7 *in fine*), lo que implica una remisión a figura inexistente ahora mismo. La Reforma Laboral de 2012 acabó con la intervención administrativa autorizante de tales decisiones empresariales, por lo que no quedaría más remedio que realizar una interpretación histórica del precepto, posibilitando el acceso al desempleo de estos trabajadores a partir del título.

Para evitar cualquier tipo de duda, la Ley 3/2012 ha modificado expresamente el artículo 208 LGSS, especificando que están en situación legal de desempleo los trabajadores cuyo contrato termine por despido colectivo adoptado por decisión del empresario o mediante “resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”; del mismo modo, sucede con los trabajadores a quienes se les suspende el contrato de trabajo por decisión del empresario “o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”; en fin también se abren las puertas a quienes vean reducida temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario “o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”¹⁷.

B) ERES en tramitación

* Según el nuevo art. 64.1.II, una vez declarado el concurso, la Autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del concurso en el supuesto de tramitación de un expediente de regulación de empleo¹⁸. La referencia al expediente de regulación de empleo

¹⁶ En este sentido, se añade un nuevo párrafo 2º al art. 8.2: “Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo”.

¹⁷ Sin embargo, la nueva DA 63ª que se introduce en la LGSS no contempla de forma expresa el modo de acreditar la situación legal de desempleo en esto supuestos concursales, centrándose solo en los ordinarios.

¹⁸ Según el tenor literal del precepto, “Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el Secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas,

marginaba la aplicación de esta previsión a otras medidas también colectivas (traslados, modificaciones sustanciales) pero distintas de un procedimiento administrativo de suspensión (ahora también de reducción de jornada) o extinción de los contratos.

La previsión sorprendía porque, pese a que su finalidad es loable (evitar la lentitud típica de los procedimientos administrativos de autorización y los subsiguientes judiciales) establece una suerte de retroactividad de segundo grado porque hechos acaecidos fuera del ámbito aplicativo de la LC se regirán por lo dispuesto en el citado art. 64.1.2º. Dicho en términos prácticos, el hecho de que se haya iniciado un ERE no es garantía de que el procedimiento a seguir vaya a seguir siendo el "natural", es decir el que regía en el momento en que se inició el procedimiento de regulación de empleo, sino que el Juez del concurso deberá resolver el ERE a partir de la documentación obrante en el expediente administrativo.

El párrafo 2º del art. 64.1 LC indica, a efectos de la tramitación, que "dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo". Sin embargo, el precepto no ofrece mayores especificaciones en cuanto a la tramitación o sustanciación de este trasvase de expedientes, pero hay que entender que la Autoridad laboral elevará la documentación al Juez de lo mercantil a petición de éste, previa la terminación del procedimiento por esta causa. Pese a la "validez" de las actuaciones practicadas por la Autoridad laboral, quedan aún flecos sin resolver. Pensemos por ejemplo en que se solicita la remisión del expediente durante la fase de negociación sin haber concluido ésta o que se está investigando por la Autoridad laboral la constatación de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho por parte de la empresa. La celeridad que se persigue, sin duda loable, no permite despejar algunas incógnitas tan importantes como si la Autoridad laboral debe inmediatamente elevar las actuaciones o si, por el contrario, es posible finalizar la tramitación de la parte del procedimiento en curso antes de elevar las actuaciones. En todo caso, con esta previsión se fortalece la posición estratégica de la empresa toda vez que una vez elevada la documentación el Secretario judicial tratará con los legitimados la exposición y justificación de la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas. La intervención del Secretario judicial en los términos previstos transmite cierta sensación de ligereza en la medida en que las negociaciones en este tipo de expedientes son fundamentales, al igual que el examen de la documentación. Parece claro, por otra parte, que el Secretario judicial es un mero asistente de las partes en el proceso y que carece de competencia para abortar, en su caso, la negociación en curso o para inducir a o forzar la adopción "consensuada" de la medida en cuestión.

La advertencia de que "las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado" supone el respeto por el Juez del Concurso de lo actuado por la Administración laboral.

*Todas esas previsiones, con las expuestas dudas interpretativas, tenían sentido cuando la Autoridad Laboral (encargada de remitir "lo actuado") disponía de facultades

conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado."

autorizantes y ordenaba la totalidad de las actuaciones *oficiales* que tenían lugar, mientras que ahora resultan algo disfuncionales. Pero, por ejemplificar:

- No es posible que la Administración Laboral remita un expediente de movilidad geográfica colectivacuando el papel que se le asigna en el mismo es el de recibir notificación sobre la "apertura y las posiciones de las partes" (actual art. 41.2. IV ET).
- Con mayor motivo puede plantearse la cuestión respecto de las modificaciones sustanciales de trabajo, donde no hay previsto papel alguno para la Administración Laboral.
- En materia de suspensión del contrato o reducción de jornada, el actual art. 47 ET sí dispone que el procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente (y apertura de consultas con los representantes legales de los trabajadores), la cual dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁹; pero las actuaciones intraempresariales le son ajenas.
- En despidos colectivos, pese a haber desaparecido la preceptiva autorización, la autoridad laboral sigue desempeñando un papel muy relevante tras la Ley 3/2012. La comunicación inicial de su propósito ha de dirigirla el empleador a la Autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo. Por otro lado, se reconoce a la Autoridad laboral la posibilidad de "realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo". Asimismo, y con la misma finalidad, "podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa".

En suma: la LC parte de la idea de que se paraliza un expediente administrativo en curso y se remiten las actuaciones al Juez. Sin embargo, la realidad es otra: no puede hablarse, en propiedad, de expedientes administrativos, sino de actuaciones empresariales tuteladas por la Administración; no existe propiamente un expediente en poder de la Administración que albergue toda la información y actuaciones desarrolladas. Lo que sucede, al cabo, es que cuando la empresa accede a concurso debe cesar las actuaciones que haya puesto en marcha de cara a alterar cualquiera de las magnitudes contractuales expuestas y someterlas a las reglas de la LC.

C) ERES resueltos

El art. 64.1.IIIº establece que "si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la *solicitud*, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan". Con

¹⁹Además, el empresario debe notificar a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo y puede impugnar la decisión empresarial en ciertos casos.

esta nueva norma se quería reforzar la posición del Juez del concurso y evitar que una autoridad distinta, ya sea administrativa o judicial ejecute su decisión directamente contra el patrimonio del concursado.

Como se desprende de todo lo expuesto, la previsión de la LC en este punto es inaplicable en su literalidad: ya no hay ni solicitudes ni autorizaciones administrativas en orden a la implantación de las medidas. Lo que puede suceder cuando se declare el concurso es, más bien, que la empresa haya comunicado la decisión de suspender, modificar o extinguir los contratos; en tales casos, la administración concursal será la responsable de ejecutar esos acuerdos empresariales, pudiendo darse múltiples hipótesis (por ejemplo despido colectivo decidido y planificado como escalonado, pero sin notificar todavía a los trabajadores).

11.- Cierre total o parcial de la empresa

Con el fin de facilitar la labor del Juez del concurso, se prevé que la solicitud de la administración concursal encaminada a acordar el cierre total o parcial de las instalaciones del deudor, no puede ser pura y simple sino que “debe exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación” (art. 64.4.1º LC). Además, como se indicó, “la administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación” (art. 64.4.2º LC).

A este respecto puede apuntarse lo siguiente. ¿Cómo podrá justificar la administración concursal su solicitud? A la vista de la supletoriedad de la legislación laboral²⁰ lo más lógico es pensar en el acudimiento a las exigencias documentales de los despidos colectivos que pueden poner en práctica las empresas no concursadas²¹.

- Los apartados 1 y 2 del art. 6 del RD 801/2011 identifican en el caso de los EREs basados en causa económica una documentación precisa²²: “memoria explicativa de las causas (...) que acredite (...) los resultados de la empresa de los que se desprendan una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la

²⁰Conforme al art. 64.11 LC, “en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral”.

²¹La curiosa Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, en relación con los artículos 47 y 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada a los mismos por los artículos 13 y 18.tres del citado real decreto-ley, entendió vigentes los artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, que relacionaba

²² La citada Orden ESS/487/2012 entendió vigente el artículo 6, sobre documentación en los despidos colectivos por causas económicas, se entiende vigente, en lo que no se oponga a la definición de las causas económicas, prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado” (art. 6.1) y “las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante” (art. 6.2).

- Si el ERE se fundamenta en causas técnicas, organizativas o productivas, la documentación a presentar por la empresa “incluira una memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción, que den lugar a su solicitud, que acredite (...) la concurrencia de alguna de las causas señaladas y que justifique que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (art. 7.1)²³.

El desencuentro entre los bloques normativos surge cuando se atiende a las causas económicas del despido, con toda probabilidad las más probables en el caso de empresas concursadas. El artículo 64 LC pide a quienes solicitan del Juez concursal las medidas de ajuste (la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales) que precisen “los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo”. La Reforma Laboral de 2012 ha redefinido la causa económica²⁴ y, respecto de la redacción vigente en el momento de promulgarse la Ley 38/2011 añade la disminución persistente del nivel de ventas, dando más amplitud a las causas, y eliminando importantes (y discutidas) exigencias: la afección a la viabilidad o a la

²³Además, deberán aportarse “los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (art. 7.2). La citada Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, consideró vigente el artículo 7, sobre documentación en los despidos por causas organizativas, técnicas o de producción, se entiende vigente en lo que no se oponga a la definición de las causas organizativas, técnicas o de producción, prevista en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

²⁴Se entiende que concurre “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”.

capacidad de mantener el volumen de empleo; la acreditación de los resultados alegados; o la justificación que de los resultados se deduce la razonabilidad para preservar o favorecer posición competitiva.

12.- Período de consultas/negociación

A) Empresas sin representantes

La Ley 35/2010 reformó intensamente el art. 41.4 y concordantes (40, 47 y 51) del ET, dando una solución única –y poniendo fin así a las realidades surgidas de esta exigencia negocial- a los supuestos en que la empresa quiere despedir a un número considerable de trabajadores y es necesaria, por tanto, la negociación pero, sin embargo, se carece de interlocutor formal al no existir representantes de los trabajadores; esta solución es aplicable también a los supuestos de flexibilidad interna (modificaciones sustanciales, traslados, suspensiones y reducciones de jornada), sin ningún tipo de matización.

Tal solución ha sido mantenida por la Ley 3/2012: los trabajadores han de designar en el plazo de 5 días a contar desde el inicio del período de consultas (art. 41.4.V ET) una comisión *ad hoc* integrada por un número máximo de tres miembros, que son los encargados de negociar directamente con la empresa la pertinencia de la medida que pretenda adoptarse, pudiendo alternativamente los trabajadores decidir que sean representantes de los sindicatos más representativos quienes negocien por ellos.

En consonancia con esta reforma del art. 41.4 y concordantes del ET, se añade al art. 64.2 LC un nuevo párrafo en el que se indica que de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada directamente por los trabajadores e integrada por un máximo de tres miembros o bien designada por los sindicatos más representativos a instancia de los trabajadores. A tal efecto, se prevé que el juez del concurso de oficio o a solicitud de la administración concursal pueda acordar la intervención de los sindicatos más representativos en esta negociación obligada una vez “transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes” (art. 64.2 LC).

Con esta modificación de la LC se trasladan a este terreno las mismas dudas que se plantean de ordinario en el campo laboral: la comisión, ¿ha de estar integrada en todo caso por tres miembros?; ¿uno o dos trabajadores podrían formar una “comisión”? ¿Son aplicables las garantías del art. 68 del ET a estos representantes *ad hoc*?; en caso afirmativo, la garantía de permanencia de un año con posterioridad a la finalización del mandato, ¿podría aplicarse en proporción a la duración de éste?.

B) Participación del concursado

La Ley 38/2011 modificó el art. 64.5 LC en un doble sentido. Por un lado, se permite al Juez autorizar la participación del concursado en el período de consultas en caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor. Esta decisión judicial será discrecional (“el Juez podrá autorizar”) y será necesario en todo

caso que el deudor no goce de la libre disposición de sus bienes sino tenga intervenidas sus facultades de administración y disposición. Con esta previsión se resuelve la inseguridad generada por resoluciones judiciales que en unos casos negaban y en otros permitían la participación del deudor en el proceso de negociación. Parece lógico que se conceda al deudor intervenido el derecho a ser oído a los efectos de conformar el acuerdo, pero no es necesario (también es lógico) contar con su conformidad.

De otra parte, los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al Juez la participación en el período de consultas de otras personas que indiciariamente puedan constituir una **unidad de empresa** con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del Juzgado que se estime necesario para su comprobación. La previsión es novedosa pues inequívocamente el precepto se refiere a un grupo laboral de empresas.

Por su lado, la Ley 3/2012 no alude directamente al grupo de empresas a la hora de precisar la concurrencia de las causas de despido colectivo, pero su DF Cuarta sí que tiene en cuenta esa técnica organizativa a la hora de determinar las eventuales aportaciones al Tesoro Público de las empresas que realicen despidos colectivos incluyendo a trabajadores de cincuenta o más años de edad.

C) Desbloqueo de las negociaciones

* De acuerdo con el art. 82 y concordantes del ET, en la redacción procedente de la Ley 35/2010, los convenios colectivos habían de incorporar sistemas para solventar de manera eficaz las controversias surgidas en los períodos de consultas cuando las mismas sean necesarias para adoptar una decisión empresarial de carácter colectivo. La finalidad de esta reforma fue evitar situaciones de bloqueo en la negociación que dificultaran o impidieran la adopción de decisiones empresariales necesarias para la normal continuidad de la actividad empresarial.

* Esa construcción fue adaptada por la Ley 38/2011 a través de la inclusión de un nuevo párrafo en el art. 64.5 en la LC según el cual el Juez, a instancia del concursado, de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período. Se trata, en suma, de acelerar el procedimiento de negociación y de alcanzar en todo caso una solución, ya sea autónoma o heterónoma.

* Por su lado, la Ley 3/2012 prescribe que el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa cuando se trata de movilidad geográfica colectiva (art. 40.2 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (art. 41.4 ET), suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas,

organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47.1 ET) o despido colectivo (art. 51.2 ET).

*En esta cuestión, por tanto, la armonía entre las dos construcciones es grande; las diferencias no derivan de los cambios introducidos por las reformas de 2012 sino de la opción que asume la LC confiriendo al Juez facultades propias de la Administración Laboral ya desaparecidas, como se evidenció más arriba.

El art. 64.7 LC viene disponiendo que el Juez del concurso debe resolver sobre las medidas colectivas propuesta; en particular, cuando no haya habido acuerdo en el trámite de negociaciones “el juez determinará *lo que proceda conforme a la legislación laboral*”. Es claro que una interpretación literal llevaría a punto muerto el trámite en desarrollo pues si consideramos al Juez como subrogado en el viejo papel autorizante de la Administración ya no podría adoptar decisión alguna, lo mismo si se entiende que actúa como Juez de lo Social. Lo sensato y usual, desde luego, consiste en entender que no hay una remisión incondicionada al bloque normativo laboral.

D) Eliminación de la “doble negociación”

Dado que la administración concursal y los representantes de los trabajadores pueden negociar informalmente con vistas a alcanzar un acuerdo, la Ley 38/2011 modificó el art. 64.6 LC en el sentido de que no sea necesaria la apertura del período de consultas cuando la solicitud del concurso venga acompañada del acuerdo ya suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores (párrafo III²⁵).

Conforme a la referida norma concursal, “en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados”. Por su lado, en la redacción resultante de la Ley 3/2012, el art. 51.2 ET reclama que en la documentación que pone en marcha el despido colectivo la empresa indique el “número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido” así como los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”, pero sin llegar a exigir la especificación de su identidad, lo mismo que sucede con el eventual acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

Mayor perplejidad suscita la redacción del pasaje conforme al cual en el eventual acuerdo entre administración concursal y representantes de los trabajadores “se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores” (art. 64.6.IV LC). La regulación invocada conduce a una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades²⁶, pero con un carácter mínimo que permite su elevación, por lo que pactar un importe superior no supone una

²⁵ La norma es algo confusa, básicamente por sus elipsis: “El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas”.

²⁶Establecida, de modo incomprensible, solo a propósito del despido objetivo en el artículo 53.1.b) ET.

relegación de la normativa laboral sino una aplicación de posibilidad albergada en ella misma²⁷.

13.- Colaboración del concursado y plan de recolocación

*Como se ha explicado, la solicitud para que se acuerden las medidas laborales ha de exponer y justificar las causas motivadoras y los objetivos propuestos para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. A esto se añade (nuevo artículo 64.4.II LC) que la administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado con el fin de comprobar los extremos alegados. Con ello se incorpora al procedimiento una importante cautela dirigida a comprobar la realidad de las causas invocadas por el concursado, implicando a éste muy especialmente (pues podrá exigírsele información y documentación complementaria, no aportada inicialmente), pero también a los órganos jurisdiccionales.

En este punto no hay modificaciones posteriores a la Ley 38/2011 pues el actual art. 51 ET deja bien claro que la comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo, correspondiendo a la empresa la carga de su aportación.

*Por otro lado, el nuevo art. 51.10 ET dispone que la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa gestionado "a través de empresas de recolocación autorizadas". El plan ha de diseñarse para un período mínimo de 6 meses y debe incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. La empresa asumirá el coste de la elaboración e implantación del plan, el cual "no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores". El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores y, en su caso, a la imposición de una sanción muy grave (art. 8.14 LISOS).

Sin embargo, se exceptúan de esta exigencia las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal, sin precisar el lapso de tiempo transcurrido que activa la excepción. Por su lado, la LC está más en sintonía con la pretérita exigencia común de un plan de acompañamiento social, prescribiendo que "si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo".

²⁷Sin perjuicio de que operen los límites de la exención fiscal contemplados en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, también redactada en este punto por la Ley 3/2012.

14.- Impugnación/recursos

El auto por el que se acuerdan las medidas podrá ser impugnado o recurrido en suplicación (art. 64.8 LC) por la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial. Se elimina la referencia a los trabajadores (antiguo párrafo 2º del art. 64.8 LC), por lo que éstos no podrán recurrir en suplicación el referido auto, lo cual reconduce sus posibilidades de impugnación hacia el pleito individual: las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral (art, 64.8 LC).

El contraste con los cambios introducidos mediante la Reforma Laboral de 2012 es difícil, porque en el concurso la decisión de despido colectivo se instrumenta a través de un auto judicial, mientras que para el resto de empresas hay que hablar de una decisión empresarial o de un acuerdo. Una de las innovaciones más espectaculares de la Ley 3/2012 consiste en que la empresa puede accionar cuando su decisión extintiva no se haya impugnado por representantes de los trabajadores o por la Autoridad Laboral (procedimiento de oficio), estando legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores. ¿Cabría admitir que la administración concursal interpusiera recurso de suplicación frente al auto judicial que acuerda el despido colectivo, postulando que se declare ajustada a Derecho su decisión de fondo?

15.- Extinciones del contrato por voluntad del trabajador

Con anterioridad solo las extinciones fundadas en el impago o los retrasos en el abono del salario debido tenían la consideración de extinciones de carácter colectivo según la LC. La Ley 38/2011 amplía los supuestos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a todos los contemplados en el art. 50 ET, con la única condición de que estén "motivados por la situación económica" o la "insolvencia del concursado". Así, quedan comprendidos (con acierto) los supuestos en que el trabajador alega un motivo de extinción distinto del formalmente comprendido en el apartado b) del art. 50 ET (impago o retrasos en el abono del salario) pero que, en el fondo, guarda relación directa con la insolvencia de la empresa.

Desaparecen los umbrales numéricos del art. 64.10 LC y ahora cualquier extinción por esta causa tiene la consideración de colectiva, en el ánimo de que la decisión colectiva incluya también estas extinciones. En coherencia con esta idea, se prevé que, una vez iniciado este expediente, se suspendan "la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso pendientes de resolución firme (...) hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva", el cual tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procesos laborales individuales que quedaron suspendidos como consecuencia de la tramitación de este expediente.