

JUDICIALIA 2010

San Fernando, 18 de marzo de 2010

EL DESPIDO COLECTIVO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

*Nuria Auxiliadora Orellana Cano
Magistrada Especialista de Mercantil
Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz*

I. LA ATRIBUCION AL JUEZ DEL CONCURSO DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

La atribución de competencias laborales al Juez del concurso ha sido uno de los aspectos más novedosos y cuestionados de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Junto a la competencia de la Autoridad Laboral para conocer de los expedientes de regulación de empleo, la Ley Concursal, para las empresas en concurso, atribuye competencia al juez que lo declara para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el empresario, que se tramitarán por el procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal, similar a los expedientes tramitados ante la Autoridad Laboral previstos en el artículo 51 del ET, limitándose en las situaciones concursales la Autoridad Laboral a emitir un informe que no resulta vinculante. La parca regulación legal y la judicialización de un expediente administrativo están planteando una variada problemática en la práctica de los juzgados de lo mercantil

El artículo 8.2 de la Ley Concursal atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de 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 de la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. A estas competencias hay que añadir la competencia del juez del concurso para conocer de la ejecuciones contra el patrimonio del concursado, de las medidas cautelares y de las cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del proceso concursal (artículo 9 de la Ley Concursal). Nos vamos a centrar en este estudio en la primera de las competencias, es decir, en el expediente judicial de regulación de empleo.

Esta atribución de competencias sociales al juez del concurso, supone una judicialización y una laboralización, ya que, de una parte, en su mayoría, no eran competencias que hayan sido sustraídas a los jueces de lo social, y de otra, supone la atribución, por vía de recurso, a la jurisdicción social, de competencias atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de los expedientes de suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, se le atribuyen al juez del concurso, competencias que fuera del concurso no corresponden a órganos judiciales, sino administrativos (judicialización), y en concreto a la Autoridad Laboral (salvo en los casos excepcionales en los que ésta aprecia dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, en cuyo caso conoce el Juez de lo social), y en el caso de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al empresario; y de otra parte se le atribuye la competencia funcional para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas en estos expedientes a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que en situaciones extraconcursoales, del recurso contra la resolución de la Autoridad Laboral sobre la causa apreciada, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa (laboralización), y además se dice que se “laboraliza” el concurso en la medida en que un proceso civil recoge y adapta garantías de un proceso social (reglas sobre representación y defensa, justicia gratuita, incidente concursal laboral y recurso de suplicación).

El artículo 64 de la Ley Concursal regula el procedimiento para la tramitación ante el juez del concurso de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado, que supone la inserción del procedimiento administrativo de regulación de empleo en el seno de un proceso judicial. Ni el artículo 8 ni el 64 de la Ley Concursal prevén de forma específica este trámite para los traslados colectivos, aunque como veremos, casi de forma unánime, la doctrina considera que han de entenderse comprendidos en dichos preceptos. Asimismo, el artículo 64.10 atribuye competencia al juez del concurso, a efectos de su tramitación por el procedimiento regulado en dicho artículo, para conocer de las acciones resolutorias individuales del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (por falta de pago o retrasos en el abono de salarios), que se considerarán colectivas a estos efectos cuando superen los umbrales numéricos previstos en el citado precepto, en función de la plantilla de la empresa.

Para analizar estas competencias del juez del concurso es necesario integrar la regulación de los artículos 8 y 64 de la Ley Concursal con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre traslados colectivos (artículo 40), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41), suspensiones (artículo 47), acciones resolutorias (artículo 50) y despidos colectivos (artículo 51), y demás legislación laboral, dada su aplicación supletoria, conforme al artículo 64.11 de la Ley Concursal.

Resulta doctrinalmente pacífico que la competencia del juez del concurso se extiende a los expedientes de extinción colectiva de los contratos de trabajo, quedando fuera de dicha competencia los supuestos de extinción individual o plural, a los que habrá que aplicar la tramitación del despido objetivo económico (artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores).

El Estatuto de los Trabajadores califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas de producción, cuando en un periodo de noventa días afecte al menos a 10 trabajadores, en empresas de hasta 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea

superior a 5 y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas.

Por tanto, para la aplicación del artículo 64 de la Ley Concursal a la solicitud de medida extintiva, ésta ha de ser colectiva, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Este es el criterio aplicado en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 3 de enero de 2006, en el que, al no superarse los límites del citado precepto, se acordó la inadmisión de la solicitud. No es este el criterio seguido en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005, en el que se estimó procedente la aplicación del artículo 64 de la Ley Concursal, aun cuando no se superaron los anteriores límites cuantitativos, estimando competente al juez del concurso en los casos en los que la medida extintiva afecte a la totalidad de la plantilla, aunque ésta sea inferior a 5, aplicando analógicamente el artículo 64.10 de la Ley Concursal, que no establece límite mínimo de trabajadores para el conocimiento por el Juez del concurso de las acciones resolutorias del artículo 50.1b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa concursada.

Estimo que en el caso de que no se alcancen los límites numéricos reseñados en el artículo 51.1 párrafos primero y tercero del Estatuto de los Trabajadores, la extinción no tendrá el carácter de colectiva, pudiendo ser individual o con un solo trabajador afectado o, plural, si afecta a varios trabajadores pero no en el número suficiente para merecer la consideración de extinción colectiva. Las extinciones individuales o plurales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se ajustarán a lo previsto en los artículos 52 c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 2005, declaró que la tramitación de un procedimiento individual de extinción del contrato de trabajo ante el Juez de lo social, no se suspende por la solicitud de declaración de concurso del empresario, ya que la competencia del Juez del concurso sólo se extiende a las extinciones de carácter colectivo.

Ha de indicarse, teniendo en cuenta lo anterior, que no será competente el Juez del concurso, para conocer de la extinción del contrato por causas objetivas del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, - es decir, cuando exista la necesidad, objetivamente acreditada, de amortizar puestos de trabajo, fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -, precisamente, porque el precepto estatutario exige como requisito que no se alcance el número de afectados del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, la extinción no tendrá carácter colectivo.

II. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO COMO MOMENTO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER DE LAS EXTINCIONES COLECTIVAS

El apartado 1º del artículo 64 de la Ley Concursal delimita la competencia al juez del concurso para conocer de las medidas modificativas, suspensivas y extintivas, atribuyéndosela a partir de la declaración de concurso. Este apartado ha sido modificado por el número 1 del artículo 12 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y será de aplicación a las solicitudes de expedientes de

modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado, que se presenten con posterioridad al 1 de abril de 2009, fecha de su entrada en vigor, aunque el concurso estuviera ya declarado. A las solicitudes presentadas antes de dicha fecha, les será aplicable el apartado 1º del artículo 64 en su redacción originaria, que atribuía la competencia al juez del concurso a partir de la solicitud de concurso. Ello había provocado disfunciones competenciales en caso de solicitudes de expedientes de regulación de empleo presentadas antes de la declaración de concurso, incluso el mismo día de la solicitud, ya que, aunque la competencia del juez del concurso se iniciara desde la solicitud de concurso, hasta su declaración no podía ser tramitada, ya que el procedimiento comprende la apertura de un periodo de consultas entre representación de los trabajadores y administración concursal, y éstos son nombrados en el auto de declaración de concurso.

De este modo, con la reforma se soluciona el problema de los expedientes presentados de forma simultánea a la solicitud de concurso, y se evita que la tramitación haya de demorarse hasta la declaración. Sin embargo, no se solucionan todos los problemas planteados en la práctica, respecto de los efectos de la declaración de concurso en los expedientes de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral. Este problema se planteaba con la redacción originaria del precepto en cuanto a los eres en trámite en el momento de la solicitud, y el mismo problema se plantea con el texto reformado, respecto de los eres en trámite en el momento de la declaración. Considero que una vez declarado el concurso, aun cuando se estuviere tramitando un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral, ésta debería abstenerse de conocer y remitir a las partes al Juez del concurso, ya que, tras la declaración, sólo el Juez tiene competencia para extinguir los contratos. Si se admitiera que la Autoridad Laboral puede continuar la tramitación, podría darse el caso de que la Autoridad Laboral autorizara las extinciones, y en ese supuesto, conforme a la normativa laboral, debería extinguir el empresario, en caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, o la administración concursal, en caso de suspensión, y ello es incompatible con el artículo 64.1 de la Ley Concursal, siendo el Juez del Concurso el único competente para acordar dichas extinciones, ya que no se produce el desdoblamiento propio de la regulación de empleo extraconcursal. La redacción actual continúa planteando estas dudas interpretativas, y si lo que se pretendía era solucionar la incidencia sobre los expedientes de regulación de empleo en trámite, debió decirse expresamente que podrían continuar los iniciados con anterioridad, sin que quepa una aplicación analógica del artículo 51 de la Ley Concursal, previsto para procesos judiciales declarativos. En cualquier caso, lo que sí resulta claro, es que, con la redacción actual, una vez declarado el concurso (y con la anterior, una vez presentada la solicitud), no pueden presentarse expedientes de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral.

En un supuesto similar, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008 (vigente la redacción originaria del precepto), en un supuesto en el que, tras ser tramitado y resuelto un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral, presentado con posterioridad a la solicitud de concurso necesario (y por tanto, en dicha fecha, competencia del juez del concurso), y presentado un nuevo expediente ante el Juzgado de lo Mercantil conjuntamente por los trabajadores y la administración concursal, al que se acompañó el acuerdo adoptado en aquel expediente, se tuvo por cumplidos los trámites de periodo de consultas y de informe de la Autoridad Laboral, al constar en su resolución, aportada igualmente al expediente, que no apreciaba dolo,

coacción, fraude o abuso del derecho. Con ello se evitaron mayores dilaciones en la adopción de las medidas colectivas.

III. LA COLECTIVIZACION DE ACCIONES RESOLUTORIAS INDIVIDUALES POR FALTA DE PAGO O RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO POR LA DECLARACION DE CONCURSO

El artículo 64.10 de la Ley Concursal colectiviza las acciones resolutorias individuales del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, que pueden ejercitar los trabajadores en los supuestos de empresa concursada, cuando se superen determinados umbrales numéricos en función de la plantilla de la empresa. El artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores considera justa causa para que el trabajador pueda pedir la extinción del contrato, la falta de pago o retrasos injustificados en el abono del salario pactado. El legislador concursal (probablemente influenciado por la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001 LA LEY 6582/2001, que permite el ejercicio de acciones resolutorias durante la tramitación de un expediente de regulación de empleo), ha pretendido dar solución al posible ejercicio por los trabajadores de estas acciones resolutorias individuales después de la declaración de concurso, atribuyendo la competencia al Juez del concurso para tramitarlas, a través del procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal. El apartado 10º de dicho precepto, las “considera colectivas” a efectos de su tramitación por el procedimiento del artículo 64, cuando afecte a un número de trabajadores que fija en función de la plantilla de la empresa. En concreto, la extinción ha de afectar a un número de trabajadores que supere, desde la declaración de concurso, los siguientes límites (artículo 64.10): (i) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 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 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores; (iii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

La primera cuestión que se plantea es el cómputo de las acciones. La expresión “afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración de concurso”, indica que sólo han de computarse las acciones ejercitadas tras la declaración de concurso. Sin embargo, esta cuestión no ha sido pacífica. Y así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Galicia de 5 de octubre de 2005 LA LEY 193298/2005 consideró que la referencia a trabajadores afectados permitía computar incluso las acciones anteriores a la solicitud de declaración del concurso. Posteriormente la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia rectifica el anterior criterio y en la Sentencia de 23 de enero de 2007, señalando que todas aquellas demandas instando la resolución indemnizada del contrato de trabajo por la vía del art. 50.1 b) que hayan sido formuladas con anterioridad a la declaración del concurso, son competencia (con independencia del número de trabajadores afectados) del orden social de la jurisdicción. La cuestión ha sido resuelta definitivamente por la Sala del Tribunal Supremo del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los conflictos entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo y varios Juzgados de lo Social de Gijón, en Autos de 21 y 22 de junio y 29 y 30 de noviembre de 2007, que señalan que las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social, tienen como causa el impago y retraso en el pago del salario, y por ello constituyen acciones individuales de extinción

del contrato interpuestas al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, a las que hace referencia el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las cuales para su conversión en "extinción colectiva", han de sobrepasar "a partir de la declaración del concurso", los umbrales numéricos establecidos en el propio precepto. En su consecuencia, las acciones de extinción que se hayan planteado antes del concurso no pueden computarse a los efectos de superación de los citados umbrales, y sí todas las que se hayan ejercitado después de la declaración del concurso.

Determinada la competencia del juez del concurso, por superarse los umbrales numéricos del artículo 64.10, la siguiente cuestión que se plantea es la relativa a la asunción de esa competencia por el juez del concurso. Estimo que los Juzgados de lo Social, una vez constatado que se han alcanzado los límites del precepto, no han de proceder a remitir los expedientes, por aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal, y por la diferente tramitación de las acciones, según que conozcan los jueces de lo social (acción individual) o el juez del concurso (acción colectiva). Conforme al citado artículo 50 de la Ley Concursal, el juez de lo social ante el que se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso, se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Por tanto, el juez de lo social que esté conociendo de una acción resolutoria del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, tan pronto tenga conocimiento de que se han alcanzado los límites numéricos del artículo 64.10 de la Ley Concursal, debe abstenerse de conocer y remitir a los trabajadores para que ejerciten la acción ante el juez de lo mercantil que conozca del concurso. Si ante el juez del concurso se está tramitando un expediente de extinción de los contratos, dichos trabajadores podrán ser incluidos si no lo estaban ya, pero el problema práctico se plantea si el juez del concurso no tiene un expediente iniciado, ya que como hemos visto, para la solicitud del expediente del artículo 64, ostentan legitimación la empresa concursada, la administración concursal y los trabajadores a través de sus representantes, lo que hace cuestionarnos si esos trabajadores que han accionado individualmente han de solicitar el expediente a través de la representación legal. Sería conveniente en estos casos, que la administración concursal instara el expediente. La solución de remitir los jueces de lo social procedimientos al juez del concurso, además de parecer contraria al artículo 50 de la Ley Concursal, tiene escaso sentido porque el juez del concurso conoce de una acción que ha pasado a ser colectiva.

En cuanto a las acciones resolutorias ejercitadas antes de la declaración de concurso, son competencia de la jurisdicción social. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005, no procede la suspensión por los Juzgados de lo Social, de las acciones del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores que se encontraren en tramitación en el momento de la declaración de concurso, debiendo continuar los procedimientos hasta sentencia, conforme al artículo 51.1 de la Ley Concursal.

Resulta discutible la aplicación en estos casos de la acumulación prevista en el artículo 51.1 de los procesos declarativos que se encontraren en primera instancia, ya que se requiere que sean competencia del Juez del concurso, y habiéndose ejercitado con anterioridad, no pueden ser consideradas colectivas, y por tanto, estimo que en ningún caso, podrían acumularse al proceso concursal.

Sobre el artículo 64.10 de la Ley Concursal, resulta interesante el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 27 de mayo de 2005 LA LEY 313641/2005, en el que

se acuerda que no procede la solicitud de la administración concursal de acumulación al proceso concursal de acciones individuales por parte de trabajadores, ya que en ningún caso cabría integrar en un hipotético expediente de regulación de empleo los procedimientos en que se hayan ejercitado acciones individuales de resolución de contratos laborales, al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y que hayan finalizado por sentencia dictada por el Juzgado de lo social. Asimismo argumenta que la Ley Concursal atribuye al juez del concurso la competencia para conocer los expedientes de extinción colectiva de contratos de trabajo, pero no de todas las acciones individuales ejercitadas al amparo de lo previsto en el art. 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, con anterioridad a la declaración de concurso.

Por último, la colectivización de las acciones resolutorias para su tramitación ante el juez del concurso, plantea la cuestión de la indemnización procedente. El artículo 64.11 de la Ley Concursal establece la aplicación supletoria de la legislación laboral. El artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores prevé para las acciones de su apartado 1º (y por tanto para las acciones resolutorias del artículo 50.1.b), la indemnización del despido improcedente de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. A los supuestos de extinción colectiva (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores), la indemnización del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores es de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (salvo que se pacte una superior en el periodo de consultas). La doctrina se encuentra dividida. El problema se suscita por la referencia del legislador concursal en el artículo 64.10, a la tramitación por el cauce previsto para el expediente judicial de regulación de empleo, que hace que por algún sector doctrinal y jurisprudencial se entienda que la remisión es sólo procedimental y no sustantiva, y que ha de aplicarse la indemnización del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, y no la del artículo 51.8 del mismo texto legal, mientras que otro sector considera que han de equipararse las indemnizaciones.

Puede entenderse que el importe de la indemnización es el mismo en caso de aplicación del artículo 64.10 de la Ley Concursal, que en los casos de despidos colectivos competencia del juez del concurso, por dos razones. De un lado, porque el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, incluye un periodo de consultas, en el que puede acordarse una indemnización en cuantía diferente a la prevista legalmente. Y, por otro lado, porque carece de justificación objetiva y razonable, que resulte de mejor derecho el trabajador que solicita la resolución de su contrato por retrasos o falta de pago de los salarios que aquel al que se le extingue su contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Pero por otra parte, como se ha señalado, la interpretación literal del precepto lleva a la solución contraria, ya que el artículo 64.10 reseñado dispone que las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo *“a los efectos de su tramitación ante el Juez del Concurso por el procedimiento previsto”* en este artículo 64. Quienes defienden esta segunda tesis argumentan que se trata de una norma procesal, en tanto en cuanto delimita la competencia del Juez del concurso para el conocimiento de estas acciones y el procedimiento para su tramitación.

La Sentencia (Sala de lo Social) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de febrero de 2007 LA LEY 56288/2007, desestima el recurso de suplicación interpuesto frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Coruña de 15 de mayo de 2006, que reconoció a los trabajadores por la resolución de sus contratos por falta de pago de los

salarios, la indemnización del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 45 días por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades. El argumento que le sirve de sustento a la Sala de lo Social, se centra en la naturaleza individual de la acción de resolución del contrato por retrasos o falta de pago de los salarios, que sólo merece la consideración colectiva a los efectos procedimentales.

Me inclino por la primera de las posturas, ya que carece de sentido la apertura de un periodo de consultas si partimos de la indemnización por despido improcedente, y no estaría justificada la competencia del juez del concurso, ya que lo que estimo que ha pretendido el legislador, precisamente es, evitar las diferencias indemnizatorias de los trabajadores que se incluyen en el expediente de extinción de sus contratos seguido ante el juez del concurso y los que accionan de forma individual. Debe tenerse presente que dada la situación de insolvencia, la causa de la falta de pago va a ser económica. En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 22 de diciembre de 2008 LA LEY 244094/2008 (ponente Excmo. Sr. D. Jesús Gullón), que señala en su fundamento jurídico quinto, aunque de forma *obiter dicta*, que las acciones del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, únicamente cuando se superen los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, después de la declaración de concurso, tendrán la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad. Resulta interesante el voto particular (Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado), que hubiera servido para disipar las dudas interpretativas del artículo 64.10 de la Ley Concursal, y que propone como solución la analogía, superando la laguna mediante la aplicación a la falta de pago y al retraso continuado en el abono de los salarios que se producen como consecuencia de una situación negativa de la empresa (supuesto no previsto) lo establecido para un supuesto semejante (resoluciones menores de los artículos 40.3.2º y 41.14), lo que permitiría establecer la indemnización de 20 días. Según Desdentado, esta conclusión se confirma con la Ley Concursal, ya que la remisión del artículo 64.10 de la Ley Concursal, no es solo a efectos procedimentales, ya que se trata de evitar las resoluciones estratégicas de los trabajadores que, ante las irregularidades en el abono de salarios que suelen acompañar a la falta de liquidez de la empresa, instan la resolución como vía para salir del expediente de regulación de empleo y obtener la indemnización de 45 días del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Se concluye en el voto particular que esta solución debiera aplicarse también a las resoluciones individuales que se producen fuera del ámbito del expediente judicial o administrativo de regulación de empleo, cuando se constate que el incumplimiento -impago o retraso en el abono de salarios- en que se funde la pretensión resolutoria tiene su causa en la situación económica negativa de la empresa.

Otra solución pasa por modificar la Ley Concursal y prohibir el ejercicio de estas acciones resolutorias del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tras la declaración de concurso. De esta forma se conseguiría de manera más sencilla el mismo resultado que se ha pretendido con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, evitando desigualdades entre los trabajadores.

IV. EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACION DE EMPLEO EN EL SENO DEL CONCURSO

4.1. Momento para solicitar la tramitación del expediente

La solicitud puede ser presentada hasta en cuatro momentos distintos:

1º Como regla general, debe presentarse con posterioridad a la presentación del informe de la administración concursal (artículo 64.3 y 4 de la Ley Concursal).

2º Con carácter excepcional, puede presentarse con anterioridad a la emisión de dicho informe (artículo 64.3 de la Ley Concursal), cuando la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, o del empleo, o causar grave perjuicio a los trabajadores.

3º En los casos de cierre de la empresa o suspensión total o parcial de la actividad (artículo 44.4 de la Ley Concursal).

4º En los casos en que la liquidación suponga la adopción de alguna de dichas medidas, deberá tramitarse el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, antes del auto aprobando el plan de liquidación (artículo 148.4º), o cuando las operaciones liquidatorias previstas como reglas supletorias (artículo 149 de la Ley Concursal), supongan la extinción o suspensión de las condiciones de trabajo o la modificación de las condiciones de trabajo (art. 149.2ª).

El supuesto más problemático es la aplicación de la excepción del artículo 64.3 que permite anticipar la solicitud, presentándola aunque la administración concursal no haya emitido el informe previsto en los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal.

Como regla general, conforme al apartado 3º del artículo 64 de la Ley Concursal, la solicitud ha de ser presentada una vez emitido el informe de la administración concursal al que se refiere el artículo 75 de dicha Ley, que ha de ser presentado en el plazo de dos meses desde la aceptación de dos de los administradores concursales, en caso de procedimiento ordinario, o de un mes desde la aceptación del administrador único, en caso de procedimiento abreviado, aunque puede prorrogarse por un mes o quince días, respectivamente (artículo 74 de la Ley Concursal). El apartado 3º del artículo 64 de la Ley Concursal, contiene una excepción a esta regla general, de forma tal que se permite iniciar el expediente con anterioridad a la emisión de dicho informe (una vez declarado el concurso, en aplicación del artículo 64.1), cuando la demora en la adopción de las medidas propuestas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa o del empleo o causar un grave perjuicio a los trabajadores. La redacción de este apartado 3º ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009, que ha añadido a la justificación para la aplicación de la excepción, la referencia a la viabilidad futura del empleo y al grave perjuicio a los trabajadores. La reforma ha pretendido facilitar la aplicación de la excepción, ya que con la redacción anterior, en la práctica judicial se estaban inadmitiendo o desestimando las solicitudes anteriores a la emisión del informe cuando se trataba de una medida extintiva que afectara a la totalidad de la plantilla, pues en dichos casos, la empresa ya no es viable. La interpretación rigorista se había intentado salvar aplicando los criterios jurisprudenciales contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996 La Ley 7804/1996, o entendiendo que la viabilidad futura de la empresa también comprende el perjuicio para la masa activa que se produce por la continuación del devengo de salarios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 19 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de suplicación 130/2008). En la doctrina se ha entendido que los efectos negativos a los que se refiere el precepto no son sólo los que comprometan la viabilidad de la empresa, sino los que sean susceptibles de causar daño a la masa activa y a los propios trabajadores, así como los que perjudiquen el logro de los objetivos del concurso (Desdentado y Orellana, 2007: 158 y 159)

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 6 de junio de 2008 inadmitió la solicitud de extinción de contratos de trabajo planteada antes del informe de la administración concursal porque se solicitaba que la efectividad de la medida se aplazara en el tiempo. En la resolución se considera que en ese caso, no procede la aplicación de la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal, y que hay que esperar a la emisión del informe de la administración concursal. Según la resolución, cualquiera que sea la interpretación de la expresión “comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”, lo que resulta claro es que la aplicación de la excepción deriva de la necesidad de anticipar la medida, no pudiendo esperarse a la presentación del informe de la administración concursal. El término demora presupone una situación de urgencia. Y en el caso concreto, se considera que los propios términos de la solicitud chocan con la aplicación de la excepción, ya que se solicita que el Auto autorice a la Empresa para que proceda a la ejecución de dichas extinciones, actuación que se desarrollaría en un periodo de tiempo no superior a noventa días a contar desde la notificación del Auto, ya que ello significa que no concurre el peligro de demora que permita aplicar la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal.

La aplicación del artículo 44.4 de la Ley Concursal plantea también la cuestión del momento en que el juez acuerda la iniciación del expediente en los casos en que la administración concursal interesara el cierre de empresa o la suspensión o cese de la actividad empresarial. Caben dos soluciones. La primera, en la misma resolución que acuerde dar audiencia a la concursada y a los representantes de los trabajadores sobre la solicitud de cierre o suspensión de la actividad, puede acordar que se inicie el expediente del artículo 64, dado que la tramitación de éste ha de durar más que el dictado del auto acordando el cierre. La otra solución consiste en esperar al dictado de la resolución acordando el cierre o suspensión, y en caso de estimar la solicitud, acordar la iniciación del expediente. La primera tiene la ventaja de evitar una dilación superior en la decisión, pero tiene el inconveniente de que si no se accede a la solicitud de cierre o cese, hay que dejar sin efecto la tramitación del expediente.

En la práctica judicial, encontramos ambos tipos de tramitación. En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 26 de febrero de 2007, se acuerda el cierre de la totalidad de las oficinas, establecimientos y explotaciones de la deudora (Air Madrid Líneas Aéreas, S.A.) y se acuerda en el mismo Auto, la extinción colectiva de las relaciones laborales. En el Auto de dicho Juzgado de admisión de la solicitud de 7 de febrero de 2007, se acuerda admitir la solicitud de cierre de las oficinas, establecimientos y explotaciones, y a su vez, se abre el periodo de consultas, convocando al mismo a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. En la parte dispositiva del Auto se acuerda que, una vez finalizado el periodo de consultas, se oiga al deudor sobre el cierre solicitado, a los efectos del artículo 44.4 de la Ley Concursal. Es decir, se hace de forma inversa, ya que la medida colectiva es consecuencia del cierre y no viceversa. En otras resoluciones se opta por tramitar el cierre, registrar el expediente judicial de regulación de empleo, y se espera a la resolución del primero para convocar a periodo de consultas. El primero presenta, como se ha expuesto, la ventaja de evitar mayor dilación en la tramitación del expediente, pero resulta innecesario si se deniega la solicitud de cierre.

Ahora bien, la decisión en una misma resolución del cierre y/o cese, y de la medida colectiva, determina que el recurso procedente sea el de suplicación (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 26 de febrero de 2007, autos 411/06), mientras que de

resolverse de forma independiente la solicitud de cierre, resultará de aplicación el artículo 197.2 de la Ley Concursal, y contra dicha resolución cabrá recurso de reposición, y apelación diferida (artículo 197.3 de la Ley Concursal).

Resulta frecuente que en supuestos de cese de la actividad, la concursada opte por la solicitud de extinción (o suspensión) colectiva de los contratos de trabajo antes del informe de la administración concursal. En dichos casos, lo correcto sería que la administración concursal interesara el cierre y cese de la actividad, y suponiendo esa medida la extinción y/o suspensión de los contratos de trabajo, habría de seguirse el trámite del artículo 64. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 19 de julio de 2006, autos 156/06.

4.2. Legitimación para solicitar el expediente

La legitimación la ostentan la administración concursal, el deudor, y los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales (artículo 64.2 de la Ley Concursal). Se ha planteado la cuestión de si la legitimación del deudor y de la administración concursal depende del régimen de intervención o suspensión, respectivamente, ostentándola el concursado en el primer caso, y la administración concursal, en el segundo. Estimamos que tanto el deudor como la administración concursal ostentan legitimación para la solicitud con independencia del régimen de limitación de las facultades de administración o disposición. En este sentido, Ríos Salmerón y De la Puebla (2004).

4.3. Contenido de la solicitud

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con las medidas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. A la solicitud se han de acompañar los documentos necesarios para su acreditación, y si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa, vg. TS 4ª 17-3-99 RJ 1999/3002 y 28-9-99 RJ 1999/7758 y TS Sala 3ª de 22-5-2002 RJ 2002/9427 y 12-2-2003 RJ 2003/2084), en el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (Ríos Salmerón/De la Puebla, 2007 y Desdentado/Orellana, 2007:115).

Sobre la justificación de las medidas, en el caso de que la solicitada sea de extinción colectiva de contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, fundamenta el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008 (autos 186/08), que cuando las mismas consistan en la supresión con carácter

permanente de la condición traslativa de empresa al concursado, esto es, que desaparezcan todas las condiciones de trabajo de la plantilla, no puede más que exigirse un requisito causal de situación económica y/o productiva irreversible, sin ningún sentido otro de “conexión funcional”, que no se conectaría con ninguna superación de dicha situación, ni con un salvamento parcial de empleo. Una vez que en el despido colectivo, los trabajadores afectados superen el umbral de afectación, el Juzgado de lo Mercantil, cuando no exista acuerdo, y no se trate de que desaparezca la empresa totalmente, habrá de examinar la conexión funcional de la medida, esto es, si la adopción de tales contribuye a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos –en buena medida la causa económica nunca se excluye, en estos casos, por las técnicas, organizativas o de producción- (artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores). Ello porque las causas en sí mismas, según se razona en el Auto, vienen embebidas en la situación de insolvencia, la cual ya está acrisolada en el procedimiento, y documentada, por regla general, en el Informe de la administración concursal. Cuando se trata de la desaparición de la empresa, el asunto pasa al “plan de acompañamiento social”, esto es, a la compensación por la pérdida definitiva del empleo, ya que la causa económica no puede negarse, y la conexión funcional carece de utilidad. Cuando media acuerdo, procede exclusivamente atacar la existencia de coacción, dolo, fraude por abuso de derecho.

La Ley Concursal, en su artículo 64.4 utiliza la expresión “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, como objetivo y justificación de la solicitud de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y de extinción y suspensión colectivas de las relaciones laborales. La doctrina considera que en las situaciones concursales, las medidas obedecen a causas económicas, pues están fundadas en las dificultades económicas de la empresa que producen efectos en el empleo (no debe olvidarse que nos encontramos con empresas en estado de insolvencia). El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2007 (autos 151/07) entiende que la expresión ha de interpretarse de forma flexible, porque en muchas ocasiones las empresas que acuden al procedimiento concursal se encuentran en una crisis económica y patrimonial irreversible.

Y la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2008, Recurso 730/2007, sobre las causas económicas en un despido objetivo, se plantea la cuestión de si el empresario para justificar su decisión, debe probar, además de la existencia de pérdidas económicas, que la amortización del puesto de trabajo constituye una medida suficiente y adecuada para superar la crisis, lo que, normalmente requerirá la adopción de otras medidas, o si le bastará, como regla general, con probar la existencia de pérdidas económicas. Los argumentos de la citada sentencia son aplicables a las medidas del artículo 64 de la Ley Concursal, cuando se basa en causas económicas, que será lo habitual, dada la situación de insolvencia. En la citada resolución, en línea con la jurisprudencia sentada en Sentencias de 14 de junio de 1996, 21 de enero de 1998, 30 de septiembre de 2002 y 15 de octubre de 2003, a las que cita, se considera que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas.

4.4. El periodo de consultas

El artículo 64 de la Ley Concursal viene a establecer un expediente judicial similar o paralelo al que se plantea en situaciones extraconcursoales ante la Autoridad Laboral, para proceder a regular empleo en el caso de extinciones colectivas o suspensiones, es decir los llamados expedientes de regulación de empleo (ERE). Por eso se dice acertadamente que en esta competencia, el Juez del Concurso no viene a sustituir al Juez de lo Social, sino que se le atribuyen funciones propias de la Autoridad Laboral. No obstante hay que señalar una diferencia sustancial que se produce entre el expediente tramitado ante el Juez del concurso y el seguido ante la Autoridad Laboral. Mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la suspensión o extinción colectiva, el juez del concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, Desdentado/Orellana:2004:164, y en la práctica judicial, STSJ de Cataluña de 27-9-2005 AS 2005/2699).

En todo lo no previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma (artículo 64.11), y por tanto, dicha regulación ha de ser integrada con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 43/1996, de 19 de enero, de expedientes de regulación de empleo.

El juez, al admitir la solicitud, convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal, a un período de consultas, cuya duración no será superior a: (i) treinta días naturales, en empresas con cincuenta o más trabajadores; (ii) quince días en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud y documentación acompañada.

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El 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 aquéllos.

Al finalizar el periodo de consultas, o una vez alcanzado el acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores, comunicarán al juez el resultado del periodo de consultas.

El periodo de consultas se desarrolla, por lo tanto, regido por el principio de la buena fe, entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, convocados al mismo por el Juez del Concurso. No interviene, consiguientemente, el empresario en esta fase de consultas. Sin embargo, con carácter excepcional, se ha permitido la intervención en el periodo de consultas de terceros. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 (autos 151/07, concursos de

Delphi), de admisión del expediente judicial de regulación de empleo, permitió la intervención de la concursada y las Administraciones Públicas, al tener en cuenta la trascendencia social del expediente, el número de trabajadores afectados (1.540), y la necesidad de adoptar medidas paliativas y mejoras para los mismos dentro del Plan Social. Por ello, atendiendo a los principios propios de la legislación laboral, que han de presidir la actuación también del Juez del concurso en los expedientes del artículo 64 de la Ley Concursal (respetando asimismo la finalidad de satisfacción de los acreedores), se estimó procedente dotar al periodo de consultas de cierta flexibilidad, a fin de que pudieran intervenir no sólo la administración concursal y los representantes de los trabajadores, sino también otros agentes sociales y Administraciones Públicas, para que pudieran asumir compromisos de modo similar a los previsto para los convenios en el artículo 99 de la Ley Concursal, sin perjuicio de que el acuerdo exija las mayorías previstas en el artículo 64.6 de la Ley Concursal.

Ciertamente, la trascendencia de algunos expedientes justifica que puedan tener entrada otros intervinientes, como las Administraciones Públicas, a fin de que colaboren en la consecución de un acuerdo. Por otra parte, también puede resultar conveniente la intervención de la concursada, por ejemplo, en orden a la fijación de las indemnizaciones, y sobre todo, en los casos de intervención de las facultades de administración y disposición, ya que, ni siquiera en dicho caso, la Ley Concursal ha previsto su intervención en el periodo de consultas, quedando limitado a la administración concursal y los representantes de los trabajadores. En la misma línea, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 5 de agosto de 2008, que permitió la intervención de la Administración, y que asumiera un compromiso de pago de una parte de las indemnizaciones.

La representación unitaria entrará en su integridad, bien con la presencia de todos sus miembros o con una delegación. La representación sindical tiene que cumplir las reglas de la representatividad, pues debe contar con una composición que garantice que reúne una mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, sin lo cual, el acuerdo no podría afectar a la totalidad de los trabajadores (Desdentado/Orellana, 2007:156).

Constituye una solución disfuncional permitir la presencia cumulativa en el expediente de ambas representaciones, pudiendo determinarse la prioridad por el acuerdo de ambas, o en su defecto, acudirse a criterios como la prioridad temporal, la decisión de la asamblea de trabajadores o la preferencia de la representación unitaria (Desdentado/Orellana, 2007: 157).

Puede cuestionarse la legitimación para intervenir en el expediente de los acreedores, cuya resolución fijando indemnizaciones les puede afectar evidentemente. Carecen de legitimación para intervenir en el periodo de consultas, aunque podrá admitirse su personación a efectos de tomar conocimiento de las resoluciones que se dicten. De la misma forma, el FOGASA no puede intervenir en el periodo de consultas, aunque sí puede personarse en el expediente.

Cuando con la solicitud se aporta un acuerdo, algunas resoluciones entienden cumplido el trámite del periodo de consultas, criterio que compartimos, en aras al interés de los trabajadores de dar celeridad a la tramitación del expediente. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008, autos 443/08, que

señala que siendo la finalidad del periodo de consultas llegar a un acuerdo entre la administración concursal y los trabajadores para la extinción de sus contratos, resulta innecesario en dicho caso el trámite del periodo de consultas, al haberse aportado un acuerdo con la solicitud. El mismo criterio ya había seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz en Auto de 6 de junio de 2008, que admitía un expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo, y en el que se entendió cumplido el trámite de periodo de consultas. El mismo criterio ha sido seguido en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 12 de agosto de 2008 (asunto Martinsa-Fadesa). Y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 8 de enero de 2006, AC 2007/450, en un caso en que los solicitantes de la extinción colectiva de relaciones laborales por «falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1 letra b) del Estatuto de los Trabajadores, aportaron a los autos un acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la Administración concursal, sin que tal período de consultas haya sido convocado, se entendió cumplido el trámite, y se recabó el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado.

4.5. El acuerdo

El 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 aquéllos.

Un primer problema se plantea en el caso de que concurren la representación unitaria y sindical en la concursada. Las soluciones doctrinales propuestas son diversas: optar por la representación legal, someterlo a asamblea de trabajadores, prioridad temporal, etc. La Ley Concursal menciona expresamente a ambos tipos de representaciones para la suscripción del acuerdo, pero sin embargo, respecto de la convocatoria a periodo de consultas se refiere con carácter general a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, teniendo en cuenta que ambas representaciones pueden suscribir el acuerdo, hay que entender que el juez puede convocar a ambas. En el expediente de DELPHI (autos nº 151/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz), se admitió la intervención del Comité de Empresa y de las secciones sindicales, estando personados asimismo los trabajadores, habiendo suscrito ambas representaciones el acuerdo. El problema se planteará en los casos de disconformidad entre ambas representaciones.

Otra cuestión se plantea en los supuestos en que la empresa concursada carece de representación. Habrá que aplicar analógicamente el artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación administrativa en materia de Traslados Colectivos, que establece, que estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, la empresa y los trabajadores a través de sus representantes. En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes. Así se ha pronunciado el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 16 de mayo de 2008, autos 222/08. Hay algunos expedientes en los que han intervenido todos los trabajadores, sin designar representantes. En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 29 de enero de 2007, autos 441/2006, se señala que la Ley no ha previsto la eventualidad de que, en ausencia de representación legal o sindical de los trabajadores afectados, la negociación sea protagonizada directamente por los

trabajadores afectados, por lo que no es exactamente aplicable el apartado 6 del artículo 64 de la Ley Concursal. No obstante, en dicho supuesto, habiendo mostrado conformidad con la indemnización 19 de los 20 trabajadores asalariados de la cooperativa en concurso, y siendo además la indemnización prevista para el despido colectivo, se estima su procedencia.

Asimismo, se ha cuestionado, en relación con el periodo de consultas, la posibilidad de pactar, en los expedientes de extinción colectiva de relaciones de trabajo, indemnizaciones superiores al mínimo legal de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores), como se admite en los expedientes ante la Autoridad Laboral, dada la situación de insolvencia e incluso cuando la empresa concursada no tenga liquidez.

Por la práctica judicial de los Juzgados de lo Mercantil se viene admitiendo que pueda pactarse en el periodo de consultas una indemnización superior, fruto de la negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, siempre que ello no suponga dolo, coacción, abuso o fraude. El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz de 19 de diciembre de 2005 (ponente Edorta Herrera) acordó la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de la empresa concursada, aceptando el acuerdo adoptado en la fase de consultas, en relación con el importe de la indemnización que por despido colectivo debía abonar la empresa, que ascendía a 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de veintisiete mensualidades. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo segundo, las indemnizaciones constituyen créditos contra la masa y se entiende comunicados y reconocidos por la propia resolución que acuerde el expediente judicial de regulación de empleo. Se argumenta en la resolución citada que no se aprecia fraude en el pacto, dentro del periodo de consultas, de una indemnización superior a la del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, respecto del resto de los acreedores, pues al haberse alcanzado un acuerdo, aunque la indemnización pactada sea superior, también se está evitando el devengo de salarios de los trabajadores y de las cotizaciones a la Seguridad Social y, no ha de olvidarse que los salarios devengados por la continuación de la actividad laboral son créditos contra la masa, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo primero de la Ley Concursal y, a tenor del artículo 154.2 del mismo texto legal, como se abonan a sus respectivos vencimientos, se pagarían por mensualidades vencidas, todos los meses como créditos contra la masa, lo que podría causar, en su caso, un perjuicio mayor a los restantes acreedores, que el haberse pactado una indemnización superior. Por otro lado, se justifica la posibilidad del pacto de una indemnización superior a la legal, aun cuando la empresa carezca de liquidez, en el Auto que se examina, en la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras en el periodo de consultas, debiendo distinguirse entre el reconocimiento de la indemnización y el pago de la misma. El Auto fue confirmado por la Sala de lo Social del País Vasco en Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Recurso 1393/2006.

Y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao (siendo igualmente ponente Edorta Herrera) de 19 de junio de 2008, autos 186/08, se plantea la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores, y se argumenta que el principio de la par conditio creditorum no es operativo para los créditos contra la masa. No obstante, en el Auto del mismo Juzgado de 19 de mayo de 2008 (118/08), se puntualiza que no pueden pactarse indemnizaciones superiores al mínimo legal cuando la empresa carece de toda liquidez y el patrimonio de las concursadas se ha consumido hace tiempo para atender créditos

contra la masa, entre los que esencialmente se hallaban los créditos salariales, y argumenta que no puede ponerse en la responsabilidad de la administración concursal una mejora dineraria del mínimo legal.

En esta línea, cabe mencionar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005 JUR 2005/122390 (ponente Mar Hernández), que argumenta que si bien es cierto que la indemnización acordada supera los umbrales legalmente establecidos, ha de tenerse en cuenta que el artículo 64 no limita los posibles ámbitos de negociación, es decir, que no otorga facultad para negociar únicamente con relación a la extinción o no de las relaciones laborales y el número de trabajadores afectados, sino que establece la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionamiento a la aprobación judicial diferente a la constatación de la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Sobre los casos de acuerdo alcanzado con posterioridad al periodo de consultas, y antes del dictado de la resolución, se han pronunciado algunos Juzgados de lo Mercantil, otorgándoles eficacia. En este sentido, cabe citar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005 JUR 2005/122390 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005 AC 2005/1302.

4.6. El informe de la Autoridad Laboral (artículo 64.7 de la Ley Concursal)

Finalizado el periodo de consultas, o alcanzado un acuerdo, el juez del concurso recabará informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el Juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

El Juez del concurso debe solicitar el informe del Delegado Provincial de Empleo. No obstante, en concursos con centros de trabajo en más de una provincia o en más de una Comunidad Autónoma, como suele ocurrir con las constructoras, habrá que aplicar el artículo 2 del RD 43/1996, y solicitar el informe, respectivamente, del órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, o de la Dirección General de Trabajo.

Sobre la información a la Autoridad Laboral para la emisión del informe, se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2005, ya que la Autoridad laboral apreciaba impedimentos en su informe, exponiendo la falta de conocimiento del Auto en el que se declara el concurso de la empresa y del informe de la administración concursal, lo que le impedía conocer la situación patrimonial del deudor y otras circunstancias que pudieran ser relevantes. El Juez rechaza dichas alegaciones dada la publicidad que se le ha dado al Auto de declaración de concurso conforme a los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal, preceptos que no obligan a notificar a la Autoridad Laboral el Auto, que puede examinar al menos su parte dispositiva a través de las citadas publicaciones, y el artículo 64.6 de la Ley Concursal tampoco establece lo que haya de remitirse. Se rechazan en la resolución las denunciadas omisiones de la Autoridad laboral por cuanto pudo haber reclamado la remisión de copia del Auto o de cualquier otra documentación o resolución judicial que

considerara pertinente, y además pudo oír a la administración concursal y los representantes de los trabajadores, lo que en el caso se había hecho sólo con éstos últimos.

En la práctica, dada la redacción del artículo 64.6 de la Ley Concursal, lo habitual es dar traslado mediante copia de todo el expediente a la Autoridad laboral, que puede contener o no el Auto de declaración de concurso (depende de la documentación acompañada con la solicitud), pero en cualquier caso, como se señala en el Auto, la Autoridad laboral podrá completar la información si fuera necesario, bien con la audiencia prevista a la administración concursal y representantes de los trabajadores, bien solicitándola del Juez, pero lo que no debe, en mi opinión, es eximirse de informar, so pretexto de falta de información. No obstante, resulta conveniente que el Juez proporcione la información suficiente, acompañando con la documentación obrante en el expediente, el Auto de declaración de concurso y el informe de la administración concursal, si hubiere sido emitido.

En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008, se estimó innecesario el informe de la Autoridad laboral, al constar copia de la Resolución dictada por el delegado de Empleo, en expediente tramitado paralelamente a la solicitud de concurso, por la que se autorizaba la extinción colectiva.

4.7 El Auto dictado en el expediente judicial de regulación de empleo

El juez dictará Auto en un plazo máximo de cinco días, resolviendo 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. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (artículo 64.7 de la Ley Concursal).

No resuelve el precepto la cuestión de a quién ha de notificarse el Auto. En principio, puede entenderse que a la administración concursal, a los trabajadores (a través de sus representantes, o si no los hubiera, individualmente), a la concursada, a la Autoridad Laboral, al FOGASA y a las partes personadas.

Como contra la resolución cabe recurso de suplicación (artículo 64.8 de la Ley Concursal), de conformidad con la normativa de procedimiento laboral, y dados los motivos de este recurso (artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral), el Auto que el Juez del concurso dicte en el expediente de regulación de empleo debe contener una relación de hechos probados. Sobre el contenido de esta relación, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 2005 AS 2005/2699, en el sentido de que no basta con indicar que la Autoridad Laboral ha informado favorablemente, sino que es necesario detallar cuál es la situación económica real en que se encontraba la empresa en el momento de acordarse la extinción, y cuál es el salario de los trabajadores afectados por la medida extintiva y la antigüedad; por ser elementos de hecho necesarios, no sólo para examinar si concurre una situación económica negativa, sino para juzgar la razonabilidad de la medida acordada y los efectos que ésta pueda tener para contribuir a superar una situación económica negativa. La inclusión del salario y antigüedad de cada trabajador es imprescindible para conocer la corrección del cálculo indemnizatorio reflejado en la parte dispositiva de la resolución. Añade que hay que reflejar en los hechos probados

aquellos elementos de hecho que permitan que el Tribunal pueda valorar en el recurso de suplicación si la extinción colectiva de contratos de trabajo, acordada por el Juez de lo mercantil, cuando la empresa se halla en situación de concurso, se acomoda o no a las exigencias legales para que pueda considerarse procedente. Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2007 Rec. 136/2007, señala que en los hechos probados se ha de hacer constar *“si la concursada formaba parte de un grupo empresarial al que derivar responsabilidades por darse alguno de los elementos adicionales indicados por la jurisprudencia, como funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo, creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”*.

Precisamente por la similitud con los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la Autoridad Laboral, se ha planteado doctrinalmente y en la práctica judicial (no existiendo unanimidad entre los Jueces de lo Mercantil), la cuestión de si el Juez del concurso sólo autoriza, o si declara la modificación, suspensión o extinción. La redacción de la Ley Concursal no contribuye a clarificarla, pues utiliza indistintamente ambos términos. Así, el artículo 64.7 de la Ley Concursal, se refiere a que el Juez acuerda la suspensión o extinción colectiva, y el artículo 64.9 de la Ley Concursal utiliza tanto los términos acordar la modificación como autorizar la misma. A pesar de la imprecisión terminológica, se estima que el Auto del Juez del concurso ha de declarar la modificación, suspensión o extinción, sin que sea precisa una decisión posterior del empresario o de la administración concursal. Es decir no se produce el desdoblamiento entre la autorización administrativa y la decisión extintiva empresarial característica del procedimiento regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Considero que mientras la Autoridad Laboral se limita a autorizar la suspensión o extinción colectiva, el Juez del concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, Desdentado/Orellana, y en la práctica judicial, la Sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Superior de Cataluña de 27 de septiembre de 2005 AS 2005/2699, aunque esta resolución parece que deja abierta la puerta también a autorizaciones).

En este sentido, hay que señalar determinadas diferencias que se producen entre el expediente tramitado ante el Juez del concurso y el seguido ante la Autoridad Laboral, expuestas en Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 autos 151/07, de 7 de noviembre de 2007 autos 562/07, de 16 de mayo de 2008 autos 222/08, de 28 de mayo de 2008 autos 566/07, y de 6 de junio de 2008. Así, frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa, vg. Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª de 17 de marzo de 1999 RJ 1999/3002 y 28 de septiembre de 1999 RJ 1999/7758 y Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª de 22 de mayo de 2002 RJ 2002/9427 y 12 de febrero de 2003 RJ 2003/2084), en el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía

de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (Ríos Salmerón/De la Puebla, 2004 y Desdentado/Orellana, 2007:115).

En la práctica judicial, como se ha expuesto, no todas las resoluciones acuerdan la suspensión o la extinción, limitándose a la autorización, si bien dudamos que posteriormente se haga uso concreto por la administración concursal o concursado de la autorización, por lo que ha de entenderse que equivale a un pronunciamiento declarativo de la medida. El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 31 de enero de 2007 autos 621/07, acuerda autorizar las medidas de extinción y suspensión solicitadas, y declara que los efectos se producirán una vez acordadas, de donde parece colegirse que difiere la efectividad de la medida hasta que sea acordada. Por el contrario, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 20 de marzo de 2007 autos 376/06, que expresamente se pronuncia sobre esta cuestión, razona que el Auto acuerda extinguir las relaciones laborales, aunque señala que en algunas resoluciones, cuyo criterio no comparte el juzgador, se autoriza a la empresa a extinguir los contratos del excedente fijado en la resolución habilitadora, con lo que en esa praxis, perfectamente la empresa, intervenida por la administración concursal, pudiera haber decidido no ejercer la autorización para el despido individualizado.

Pueden existir casos excepcionales en los que la resolución del Juez se asimile a la autorización de la Autoridad Laboral, cuando la decisión extintiva o suspensiva haya de diferirse en el tiempo, por ejemplo porque haya trabajadores que continúen tareas pendientes o las necesarias para el cierre de la empresa. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2007, autos 151/07(asunto Delphi), el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 21 de enero de 2008, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 3 de octubre de 2008 (asunto Martinsa-Fadesa).

Si hay acuerdo, el juez aprobará el mismo, salvo dolo, coacción o abuso de derecho. Si no hay acuerdo, resolverá conforme a la legislación laboral. Por tanto, en principio, en los expedientes extintivos, a falta de acuerdo, resultará de aplicación la indemnización del despido objetivo del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Admitida la posibilidad de acordar en los expedientes de extinción colectivas, indemnizaciones superiores en el periodo de consultas, se plantea igualmente si el juez, pese a que no haya habido acuerdo, puede acordar una indemnización superior, cuando la administración concursal estuvo dispuesta a pactarla en el periodo de consultas.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008, autos 186/08, se plantea igualmente la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores a la del despido objetivo aunque no haya acuerdo o éste sea nulo. Se aduce que podría acordarse cuando exista prueba en las actas del periodo de consultas de una oferta en firme de la administración concursal superior al mínimo legal, aunque no se ha producido ni en los expedientes de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral ni en el proceso social. En dicha resolución, se argumenta que fuera de la idea de grupo, y sin que la administración concursal haya podido ofrecer más del mínimo legal por carecer de numerario la concursada, se carece de vía para reconocer crédito contra la masa superior. En Auto de este mismo Juzgado nº 2 de Bilbao de 1 de febrero de 2007 se acuerda una indemnización superior, ofrecida formalmente en el expediente por la administración concursal aunque no se llegó a acuerdo, si bien, constaba una oferta en

firme de la administración concursal. El Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, acordó una indemnización superior al mínimo legal pese a la falta de acuerdo, en un caso en que la administración concursal había ofrecido una indemnización superior a la mínima que no había sido aceptada por los trabajadores.

Aun cuando se comparte la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal en aquellos casos en los que consta fehacientemente que la administración concursal estaba dispuesta a ofrecer una indemnización superior que no fue aceptada por los trabajadores (lo que podrá constatarse por las actas o mejora del plan de acompañamiento social), lo que resulta discutible es la solución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona en Auto de 19 de mayo de 2008, que concede la indemnización de 45 días, como si de despido improcedente se tratara, pese a no haberse alcanzado acuerdo en el expediente, por la pertenencia de la concursada a un grupo de sociedades, estimando el juez que la conducta de la sociedad dominante había generado la situación económica que justificaba la extinción de relaciones laborales.

4.8. Efectos de la resolución judicial

En cuanto a los efectos, la legislación concursal distingue según la naturaleza de las medidas acordadas.

- En caso de suspensión o extinción colectiva, el Auto, 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 (artículo 64.7 de la Ley Concursal, y artículos 208.1.1 a y 208.1.2 de la Ley General de Seguridad Social redactado por la disposición final 16ª de la Ley Concursal).

- En caso de modificación sustancial de carácter colectivo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal (veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses), 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 acordó dicha modificación. Esta suspensión 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 trabajo de origen y a menos de 60 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 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 adoptó dicha modificación (artículo 64.9 de la Ley Concursal).

V. IMPUGNACION DE LA RESOLUCION DEL JUEZ DEL CONCURSO: EL RECURSO DE SUPPLICACION Y EL INCIDENTE CONCURSAL LABORAL

Contra el Auto del Juez del concurso dictado en el expediente de regulación de empleo, cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones individuales que los trabajadores puedan ejercer contra el Auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación (artículo 64.8 de la Ley Concursal y 197.7 de la Ley de Procedimiento Laboral).

5.1. El recurso de suplicación

De acuerdo con el artículo 64.8 párrafo primero de la Ley Concursal, el recurso de suplicación y demás previstos en la legislación laboral, no tendrán efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni en los incidentes concursales.

El recurso de suplicación se tramitará conforme a las normas de la Ley de Procedimiento Laboral, contenidas en los artículos 188 y siguientes.

Cuando se trate de impugnar la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, el recurso procedente es el de suplicación, y considero que la legitimación la ostentan la administración concursal, el concursado y los trabajadores a través de sus representantes. Si hay representación unitaria o sindical, se excluye la legitimación de los trabajadores a título individual, que sólo podrán accionar a través del incidente concursal laboral.

Sobre la posibilidad de accionar contra el Auto del juez del concurso mediante el recurso de suplicación y mediante el incidente concursal laboral, se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, en sentencia de 24 de junio de 2006 autos 19/2004, en los siguientes términos: *“No es por tanto una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc”* .

En la citada resolución del Juzgado de lo Mercantil de Málaga se plantea la posibilidad de accionar contra el Auto por los trabajadores que no han sido incluidos, y distingue entre:

- Los trabajadores que, siendo reconocidos como tales, no sean incluidos en las medidas de suspensión, extinción o modificación colectivas concursales. En este caso, según el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, será posible la impugnación del Auto no por la vía de su relación jurídica-individual que no ha sido puesta en entredicho ni aún tratada

en la citada resolución, sino por la vía del recurso de suplicación que abre el art. 64.8 de la Ley Concursal en su primer párrafo contra el Auto que resuelve. Discrepo de este criterio, y considero que el trabajador debería impugnar su exclusión mediante el incidente concursal laboral, por ejemplo, en casos de falta de inclusión por estar en incapacidad temporal.

- Los trabajadores que, no siendo reconocidos como tales, no sean, por tanto, incluidos en dichas medidas colectivas. En este supuesto la única posibilidad es acudir a los Juzgados de lo social pues son estos los únicos competentes para resolver dicha cuestión al amparo de lo previsto en los artículos 8.2. y 64 de la Ley Concursal, que limita la actuación del Juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación mediante la vía de la relación jurídica individual de la que partimos en la resolución dictada al resolver la misma. Comparto este criterio, ya que el Juez del concurso no puede pronunciarse sobre la pertenencia a la empresa del trabajador.

En cuanto a la legitimación para recurrir, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de febrero de 2006 Rec. 2823/06, que estima que la legitimación para recurrir el Auto que resuelva el citado expediente se deberá determinar conforme a lo dispuesto por el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica. Ello supone que los sujetos legitimados para recurrir el auto del Juzgado de lo Mercantil sean quienes estando legitimados para intervenir en el expediente de extinción de acuerdo con lo previsto en la Ley Concursal hayan sufrido un gravamen efectivo como consecuencia de aquél. La legitimación para intervenir como parte en el susodicho expediente la ostentan, según resulta de los artículos 64 y 184.1 de la Ley Concursal, de acuerdo con su naturaleza colectiva, el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el FOGASA, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo. En su consecuencia, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte, y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su relación jurídica individual a través del cauce específico regulado en el artículo 195 de la Ley Concursal, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral.

En el mismo sentido, la Sentencia de 19 de mayo de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que niega la legitimación para recurrir en suplicación de los trabajadores individualmente considerados, Pero en este caso, se plantea además, otra cuestión, pues la parte recurrente alega que tienen legitimación para recurrir, ya que en la empresa declarada en concurso no había representantes de los trabajadores, es decir, ni Comité de Empresa, ni Delegados de Personal. La sentencia declara que esta circunstancia no desvirtúa la falta de legitimación activa para recurrir en suplicación de los trabajadores individuales afectados por el expediente judicial de regulación de empleo. El artículo 4 del Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, al regular la legitimación, establece que estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo los sujetos señalados en el artículo anterior -la empresa y los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales-. En caso de no existir representación

colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la Autoridad Laboral entenderá las sucesivas actuaciones. Y, en ese supuesto, los trabajadores afectados habían designado unos representantes que actuaron como tales en la fase de consultas.

En igual sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 18 de octubre de 2007, autos 523,4,8,5/2006, que considera que sólo los representantes de los trabajadores están legitimados para recurrir en suplicación el Auto del artículo 64.7 de la Ley Concursal.

En conclusión, estimo que sólo pueden impugnar en suplicación los trabajadores a través de sus representantes, sin que ostenten legitimación a título individual. Si carecían de órgano de representación, podrán impugnar los trabajadores designados para intervenir en el expediente conforme al artículo 4 del RD 43/1996. Los trabajadores a título individual no pueden recurrir en suplicación, y considero que los trabajadores de la empresa no incluidos en el expediente tienen legitimación para accionar mediante el incidente concursal laboral.

5.2. El incidente concursal laboral

El incidente concursal laboral es la vía otorgada por el legislador concursal a los trabajadores individuales afectados por el Auto que acuerda la modificación sustancial, la suspensión o la extinción colectiva de los contratos de trabajo, para impugnar aquellas cuestiones que afecten a su relación laboral individual, de conformidad con el artículo 64.8 párrafo segundo de la Ley Concursal. La sentencia que recaiga en el incidente concursal será recurrible en suplicación. Por lo tanto, cabe recurso de suplicación contra el Auto que acuerde la extinción o suspensión colectivas y, contra la Sentencia que resuelva el incidente concursal laboral. Las diferencias entre ambos recursos de suplicación, - como ha quedado esbozado en el epígrafe precedente -, afectan a la legitimación activa para recurrir y al objeto del recurso de suplicación, como pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 23 de julio de 2007, autos 260/07.

En cuanto a la legitimación activa, el recurso de suplicación frente al Auto del Juez del Concurso que acuerda la modificación sustancial, la suspensión o extinción colectiva, corresponde al empresario concursado, a la representación de los trabajadores y a la administración concursal, a tenor del artículo 64.2 de la Ley Concursal. Por el contrario, la legitimación activa para formular la demanda incidental del incidente concursal laboral viene atribuida por el artículo 64.8, en relación con el artículo 195 de la Ley Concursal, a los trabajadores afectados por el expediente judicial de regulación de empleo. Y, precisamente, ostentan legitimación pasiva, es decir, intervienen como demandados, el empresario concursado y la administración concursal. La intervención del Fondo de Garantía Salarial como parte está prevista en el artículo 184.1 de la Ley Concursal, cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. El recurso de suplicación frente a la sentencia que recaiga en el incidente podrá interponerse por el demandante o por los demandados.

Los trabajadores no incluidos en el expediente pueden solicitar por la vía del incidente concursal laboral la inclusión y el juez deberá incluirlo. En este sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gazteiz de 19 de diciembre de 2005 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 26 de septiembre de 2007. En contra, como se ha señalado, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 24 de junio de 2006 autos 19/2004, que considera que el recurso procedente es el de suplicación.

El ámbito objetivo de la impugnación del Auto que acuerda el expediente judicial de regulación de empleo mediante el recurso de suplicación y el del incidente concursal laboral no coinciden. El recurso de suplicación contra el Auto del expediente judicial de regulación de empleo, generalmente, tiene por objeto la infracción de las normas reguladoras del expediente o, la invocación de la improcedencia de la medida adoptada por falta de causa legal. De este modo, los representantes de los trabajadores, que ostentan una legitimación colectiva, no podrán impugnar cuestiones que afecten a la relación laboral individual de cada trabajador. Y, en el caso excepcional en el que el trabajador individual haya sido admitido como tercero interesado en el expediente, sólo podrá invocar aquellos aspectos relativos a la defensa de su relación laboral y, no los que afecten a los intereses colectivos. Y como declara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 23 de julio de 2007 el objeto propio de las demandas del incidente concursal laboral lo constituyen, entre otros, las reclamaciones por el «quantum» de la indemnización, la preferencia legal o convencional para no ser despedido, suspendido o trasladado (representación de los trabajadores, minusvalía, familia numerosa, etc.), el derecho de traslado del cónyuge, o la selección del trabajador como afectado por la medida con vulneración del derecho de libertad sindical y demás fundamentales. De lo expuesto, se ha de concluir que no entran dentro del ámbito objetivo del incidente concursal laboral las acciones individuales encaminadas a impugnar la validez del acuerdo colectivo, ni la adecuación de las medidas acordadas judicialmente, aspectos propios del recurso de suplicación frente al Auto que resuelve el expediente judicial de regulación de empleo y no frente a la sentencia que recaiga en el incidente concursal laboral.

La Ley Concursal omite el plazo para la interposición del incidente concursal laboral, por lo que se suscita la duda sobre si el plazo ha de ser el plazo de caducidad de 20 días del artículo 59 apartados 3º y 4º de la Ley de Procedimiento Laboral, o el de un mes previsto para el recurso de alzada en el artículo 115 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al tratarse de un procedimiento judicial, hay que atenerse a los plazos de ejercicio de las acciones laborales, pero discriminando en función del contenido de la impugnación: 20 días de caducidad cuando se impugne la decisión extintiva, suspensiva o modificativa, y el plazo general de prescripción de un año para otros supuestos (Desdentado/Orellana, 2007: 165).

BIBLIOGRAFIA

- AAVV (A. ROJO y E. BELTRÁN, direct.): “Comentario de la Ley Concursal”, Editorial Civitas Thomson, 1ª edición 2004.
- AAVV (GUILARTE GUTIERREZ, VICENTE y SÁNCHEZ CALERO, JUAN, directores): “Comentarios a la legislación concursal” Editorial Lex Nova, 1ª edición, octubre 2004.
- AAVV (JUANA PULGAR y otros, direct.): “Comentarios a la Legislación Concursal” Editorial Dikinson, Madrid 2004.
- AAVV (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coord.): “Comentarios a la Ley Concursal”, Tomo I, Edit. Tecnos, Madrid 2004, pág. 30.
- AAVV (A. SALA, F. MERCADAL Y J.A. CUEVILLAS, coord.): “Nueva Ley Concursal”, Editorial Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2004.
- AAVV: “Reforma concursal” Dossier Práctico. Francis Lefevre.
- AAVV: “La nueva Ley Concursal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ 2003, XVIII.
- AAVV: “La nueva Ley Concursal”, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ 2004, nº 59.
- AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia 2008. Editorial Tirant Lo Blanch.
- AAVV (García Perrote, coord.): “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Editorial Lex Nova, 2004
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME: “Nueva Ley Concursal”, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 2004,
- BARRIO CALLE, M.A. y LOUSADA ANCHORENA, J.F.: “El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales” Actualidad Laboral, nº 13 2005.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo.”, Revista General de Trabajo y Seguridad Social, Iustel nº 4/2003.
- DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: “Los trabajadores ante el concurso. Guía práctica para laboristas”, Editorial Bomarzo, 1ª edición 2007.
- DÍAZ DE RABAGO VILLAR, M: “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, Aranzadi Social nº 17 2003.
- ETXARRANDIO HERRERA, E.J.: “Manual de Derecho Concursal”. Editorial La Ley, 2ª edición, Madrid 2009.
- ETXARRANDIO HERRERA, E.J. y ORELLANA CANO, N.: Conclusiones de la mesa de Derecho Concursal Laboral del III Encuentro de Jueces Especialistas de Mercantil. Página web CGPJ www.poderjudicial.es
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS: “Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario”, en RCP, núm. 1, 2004, pags. 75 y ss, y AAVV (JUANA PULGAR y otros, direct.): “Comentarios a la Legislación Concursal” Editorial Dikinson, Madrid 2004, pág. 321

- M. FERNÁNDEZ PRIETO, *La transmisión de empresas en crisis*, Murcia (Laborum), 2004
- MERCADER y ALAMEDA, Comentario a los arts. 64 y 65 en AAVV AAVV (A. ROJO y E. BELTRÁN, direct.): “Comentario de la Ley Concursal”, Editorial Civitas Thomson, 1ª edición 2004.
- MOLINER TAMBORERO, G: “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción”, en AAVV (García Perrote, coord.): “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Editorial Lex Nova, 2004, págs. 32 a 173)
- ORELLANA CANO, A., “Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal” en AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia, 2008, Editorial Tirant Lo Blanch.
- ORELLANA CANO, N. y ORELLANA CANO, A.: “Extensión de la jurisdicción del juez del concurso en el ámbito laboral” concedida en 2007. CGPJ y Fundación Wellington. Pendiente de publicación.
- ORELLANA CANO, N: “Presupuestos de la declaración de concurso”, en AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia 2008. Editorial Tirant Lo Blanch.
- ORELLANA CANO, N.: “El expediente judicial de regulación de empleo”, en Revista Andaluza de Derecho Laboral, 2009 (monográfico sobre expedientes de regulación de empleo).
- ORELLANA CANO, N.: Comentario a los arts. 64, 65 y 66 de la Ley Concursal”, en AAVV: “Comentario on line de la Ley Concursal”, Editorial La Ley. Pendiente de publicación.
- ORELLANA CANO, N.: “Marco normativo y doctrina de los tribunales mercantiles”, en “Encuentro entre Jueces de lo Mercantil y Jueces de lo Social. Análisis de los aspectos críticos de la Ley Concursal”. CGPJ. Pendiente de publicación.
- ORELLANA CANO, N. y HERRERO ALARCON, F.: “El proceso concursal y las acciones laborales ante el juez del concurso”, en Memento de Procedimiento Laboral 2009-210 (Desdentado Bonete, A., coord). Editorial Francis Lefevre, págs. 1263-1354.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “La declaración del concurso de acreedores”, Editorial La Ley, Madrid, 1ª edición, noviembre de 2005
- REYES HERRERO, J: “Expedientes de regulación de empleo y concurso”. Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez) - Núm. 22, Abril 2009
- RIOS SALMERON, B: “La nueva 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”. AL, nº 21, 2003
- RIOS SALMERON, B. y LIMON LUQUE, M.A. “Insolvencia y derechos de los trabajadores: Un análisis comparado”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 5, 2006.
- RIOS SALMERON, B y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El expediente judicial de regulación de empleo”, en AAVV (Borrajo Dacruz, dir.), “Nueva sociedad y Derecho del Trabajo. MTASS/La Ley, Madrid, 2004.
- S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, “La transmisión de empresas en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, 2003.