

Relaciones laborales en empresas concursadas

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Sumario: I. Paralelismo y disfunción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal.—II. La declaración del concurso como punto de partida de la eventual modulación de las fórmulas laborales anticrisis. 1. Los presupuestos del concurso. 1.1. La solicitud del concurso por el deudor. 1.2. La solicitud del concurso por el acreedor. 1.3. La consideración del concurso como voluntario o necesario. 2. La declaración de concurso y la competencia del juez concursal.—III. La modulación de las fórmulas anticrisis respecto a los contratos de trabajo. 1. Modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo. A) La judicialización de las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo. B) Legitimación. C) Solicitud de las medidas. D) Período de consultas. E) Plan de acompañamiento social. F) Informe de la Autoridad Laboral. G) Resolución judicial. H) Recursos judiciales. I) Las particularidades existentes en materia de modificación sustancial de las condiciones de carácter colectivo. 2. La especial situación del personal de alta dirección. 3. La sucesión de empresa.—IV. La modulación de las fórmulas anticrisis respecto al convenio colectivo aplicable.

Laburpena. Hitz gakoak.—Resumen. Palabras clave.—Abstract. Keywords.

I. Paralelismo y disfunción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal

La relación del Derecho del Trabajo con el Derecho Concursal obedece, al mismo tiempo, por contradictorio que parezca, al paralelismo y a la disfunción existente entre ambas ramas del ordenamiento jurídico.

La conexión que justifica tal afirmación se encuentra en la noción de crisis que puede sufrir una empresa. Pero, previamente, debe determinarse lo que en este contexto se entiende por empresa.

Ciertamente, en términos económico-productivos, debe considerarse a la empresa como un «ente vivo», lo que entronca a la perfección con la idea que existe sobre la misma en el Derecho del Trabajo, a saber, la orga-

nización y dirección de recursos humanos y materiales dirigida a la producción de bienes y servicios.

La perspectiva económica de dicha organización se concreta, asimismo, tanto en la posibilidad que tiene el empresario de obtener beneficios, como en la obligación que éste asume de retribuir salarios a los trabajadores que prestan sus servicios dentro de ese «ámbito de organización y dirección» empresarial.

En definitiva, el contrato de trabajo se erige en el paradigma de todo ello (1):

- Al constituir su *objeto* los «servicios retribuidos», entendidos como un intercambio en el que el trabajador presta sus servicios y el empresario los conceptos salariales;
- y al caracterizarse su *causa* por la voluntad subyacente en ese intercambio, que no es otra que la producción de bienes y servicios.

Por tanto, no es casualidad que esta importante función económico-social que desarrolla el contrato de trabajo encuentre una de sus principales manifestaciones en el principio de conservación del negocio jurídico.

En concreto, en virtud de este principio, el Derecho del Trabajo, como regla general, se «resiste» a la ruptura del vínculo contractual. Así se deduce del propio articulado del TRLET, siendo sus máximos exponentes los siguientes:

- *Validez del contrato*: la nulidad de una parte del contrato no se proyecta sobre el resto, de forma y manera que permanecerá válido en lo restante, y la parte nula deberá ser sustituida por los órganos judiciales, atendiendo a las normas que resulten de aplicación siguiendo las fuentes y principios típicos del Derecho del Trabajo (artículo 9.1). Por su parte, los efectos de la nulidad del contrato serán siempre *ex nunc*, por lo que el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido (artículo 9.3).
- *Duración indefinida del contrato y presunciones en dicho sentido*: por paradójico que parezca, debido a la predominante cultura de la temporalidad existente en nuestros días, el modelo arquetípico del TRLET sigue siendo el contrato indefinido (artículo 15.1),

(1) Así se deduce del artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) (BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75).

Desde el punto de vista doctrinal se siguen aquí las clásicas nociones de objeto y causa del contrato de trabajo establecidas en MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2008, edición 29.ª, pp. 301-303.

y así lo confirma no sólo la causalidad de los contratos temporales, sino que también una serie de presunciones que abogan por el carácter indefinido, salvo prueba en contrario, en los supuestos de incumplimiento de forma escrita cuando ésta sea requerida (artículo 8.2) y de falta de alta en el Sistema de Seguridad Social de cualquier trabajador contratado, tras superarse un plazo igual al que se hubiera podido fijar en período de prueba (artículo 15.2), y en todo caso, en los supuestos de contratos temporales celebrados en fraude de ley (artículo 15.3) y de encadenamiento o concatenación ilegal de contratos temporales (artículo 15.5). Por último, y pese a su escasa eficacia para romper con la cultura de la temporalidad, debe traerse a colación la modalidad contractual de trabajo para el fomento de la contratación indefinida, regulada en la reforma del mercado de trabajo de 1997 y mantenida tras la reforma de 2006 (2).

- *Interrupciones contractuales, suspensiones del contrato y excedencias*: en ciertos casos, el contrato de trabajo se mantiene pese a quebrar alguna de las dos o incluso las dos obligaciones básicas y recíprocas que conforman su objeto. Así, mediante las interrupciones justificadas legalmente se permite al trabajador ausentarse del trabajo y seguir percibiendo sus retribuciones (artículos 30 y 37). Por su parte, en los supuestos de suspensión y de excedencia, el negocio jurídico no se extingue, aunque las obligaciones básicas de ambas partes cesen durante cierto tiempo (artículos 45-48bis); en estos últimos supuestos, metafóricamente, el contrato simplemente se encuentra «dormido» (3).
- *Sucesión de empresa*. A través de este instituto se posibilita que aunque cambie la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no se extinga por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (artículo 44).
- *Despidos causales*. Los despidos, como única modalidad extintiva del contrato por decisión unilateral del empresario, deben ajustarse a las causas establecidas legalmente (artículos 49-57), so pena

(2) En relación con dichas reformas, respectivamente, Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE de 30 de diciembre de 1997, núm. 312) y Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312).

(3) Comentario aparte merece la denominada excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2, pues su principal característica radica en que no se produce reserva de puesto de trabajo, sino derecho preferente a reingreso en vacantes de igual o similar categoría; tampoco computa el período de su disfrute a efectos de antigüedad en la empresa.

de tener que indemnizar al trabajador, tras la sentencia que califique el despido producido como nulo o improcedente. Del mismo modo, y en relación con la calificación del despido, debe recordarse que en el caso de los despidos por causas objetivas y de los despidos disciplinarios, la calificación de los mismos como nulos supone la inmediata readmisión del trabajador afectado en su puesto y condiciones de trabajo, con el abono de los salarios dejados de percibir (artículos 54.5 y 55.6), mientras que si son calificados como improcedentes, el empresario podrá optar entre abonar al trabajador la indemnización correspondiente o readmitir al trabajador despedido, pagando en todo caso los salarios de tramitación (artículos 53.5 y 56.1); no obstante, en los supuestos de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, debe entenderse que procede la primera (artículo 56.3, relacionado con el 53.5).

Precisamente, partiendo de esta regla general de «resistencia», el Derecho del Trabajo también se ha dotado, desde antiguo, de fórmulas con que responder a *situaciones críticas*, debidas a causas económicas negativas o a exigencias técnicas, organizativas o productivas de la empresa (4).

Ahora bien, en tales situaciones críticas se supera, claramente, la preocupación por los negocios jurídicos individualmente considerados (contratos de trabajo), y se pone el acento en la conservación de la empresa, considerándola como un todo.

Es más, puede concluirse que, en la actualidad, este tipo de situaciones resultan inherentes a la propia empresa, pues ésta, al funcionar como un «ente vivo», se encuentra sujeta a eventuales «patologías»; más si cabe, teniendo en cuenta que debe desenvolverse en un ambiente proclive a las mismas, al tener que adaptarse a los constantes cambios de un mercado totalmente inestable (5).

Por consiguiente, el empresario, en tanto que titular de la organización y dirección dentro de la cual se desenvuelve la actividad del trabajador, cuenta con la posibilidad de gestionar las fórmulas recogidas en el ordenamiento jurídico laboral para ajustar la empresa al mercado y evitar males mayores. En último término, el ejercicio regular de su poder de dirección resultará decisivo a tales efectos (6).

(4) Vid. MONTROYA MELGAR, A., «Crisis de empresa y contrato de trabajo (Panorama tras la Ley Concursal)», en *REDT*, 2004, núm. 122, pp. 210-211.

(5) En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 20.

(6) En relación con el poder de dirección, véanse los artículos 5.c) y 20 del TRLET.

Pero a pesar de que todas esas fórmulas mantengan en común el objetivo de ajustar la empresa a las necesidades del mercado, es evidente que la aplicación de las mismas debe producirse de manera gradual, dependiendo del nivel de dificultad que en un determinado momento atraviesa la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Concretamente, son las causas económicas las que caracterizan la noción de crisis de empresa que aquí interesa, para comprender el paralelismo y la disfunción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal.

Ambas ramas centran su actuación en distintos momentos de la crisis empresarial, ya que mientras el Derecho Concursal sólo interviene en una fase muy avanzada de la misma —cuando la empresa es insolvente—, el Derecho del Trabajo interviene antes (7).

Además, como se verá, esta distinción de fases acaba influyendo en la finalidad de las fórmulas para enfrentarse a la crisis, constituyendo la declaración de concurso un antes y un después al respecto (8). Basta con adelantar que con anterioridad a tal declaración las formulas presentan un carácter claramente preventivo, con lo que se pretende evitar la situación drástica que conlleva el concurso, que puede concluir incluso con la desaparición de la empresa. Por el contrario, una vez declarado el concurso, la finalidad principal reside en garantizar en lo máximo posible los derechos de los acreedores.

De este modo, en situaciones no concursales o previas a las mismas, pese a la crisis, se intentará mantener incólume el principio de conservación del negocio jurídico, aunque atendiendo a la siguiente máxima: la conservación de la empresa.

Con otras palabras, deberán aplicarse preferentemente las fórmulas menos perjudiciales para con las relaciones laborales, y el endurecimiento de las mismas será gradual a medida que empeore la situación de la empresa. Como botón de muestra, y conforme a dicha graduación, se proponen, sucintamente, las siguientes medidas:

- Prescindir de los contratos temporales, según éstos vayan alcanzando su término, plazo o causa (artículos 11 y 15 del TRLET y artículos 6 y 7 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (9)), así como de las relacio-

(7) *Vid.* RÍOS SALMERÓN, B., «La nueva Ley Concursal y los trabajadores», en *AL*, 2004, tomo I, núm. 2, pp. 1-2 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (La Ley 2104/2003).

(8) Aunque centrándose en el expediente de regulación de empleo, se aprecia con claridad esta cuestión en PÉREZ CAPITÁN, L., *El expediente de regulación de empleo. Un análisis práctico jurídico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 119-120.

(9) BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

- nes externalizadas vía contratas y subcontratas (artículo 42 del TRLET).
- Aplicar un descuelgue salarial respecto a lo regulado en materia retributiva por el convenio colectivo de ámbito superior (artículo 82.3 del TRLET).
 - Llevar a cabo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, una vez probada, en este caso, la existencia de razones económicas (artículo 41 del TRLET).
 - Aprobar desplazamientos temporales y traslados a otros centros de trabajo de la empresa, aunque ello conlleve el cambio de residencia de los trabajadores afectados (10).
 - Activar las jubilaciones forzosas, si el convenio colectivo aplicable recoge esta posibilidad (Disposición Adicional 10 del TRLET).
 - Reducir la jornada por causas económicas, a través de la conversión, por mutuo acuerdo, de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial [artículo 12.4.e)] o promoviendo ante la Autoridad Laboral competente un expediente de regulación de empleo suspensivo [artículos 47 y 51 de TRLET; artículo 20 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y la actuación administrativa en materia de traslados colectivos (11); artículo 1.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/19984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (12); artículo 208, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) (13)].
 - Suspender vía expediente de regulación de empleo los contratos de trabajo por causas económicas (artículos 47 y 51 del TRLET y artículo 20 del Real Decreto 43/1996).
 - Celebrar acuerdos de prejubilación, que supongan la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, con las indemnizaciones específicamente pactadas [artículo 1255 del Código Civil y artículo 49.a) del TRLET] (14), pero siempre previamente o al margen de

(10) Supuesto este último que supondría una modificación sustancial de las condiciones de trabajo encuadrable en la denominada movilidad geográfica que regula el artículo 40 del TRLET.

(11) BOE de 20 de febrero de 1996, núm. 44.

(12) BOE de 7 de mayo de 1985, núm. 109.

(13) BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154.

(14) Respecto a la admisión de las extinciones de este tipo, basadas en el mutuo acuerdo de las partes, incluso en supuestos de concurrencia de causas económicas, véase, por todas, la STS de 29 de enero de 1987 (Ar. 296).

cualquier plan de reestructuración de plantilla que conlleve necesariamente la aplicación de un despido colectivo (15).

- Proceder a la extinción de algunos contratos de trabajo por causas objetivas, tras acreditar la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de contribuir a la superación de la situación económica negativa [artículo 52.c), en relación con el 51.1, del TRLET] (16).
- Tramitar ante la Autoridad laboral competente un expediente de regulación de empleo por causas económicas, con la finalidad de llevar a cabo un despido colectivo, que en el peor de los casos podrá afectar a la totalidad de la plantilla, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco (artículo 51 del TRLET y artículo 1 del Real Decreto 43/1996).
- Transmitir la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma por cualquiera de los actos inter vivos aceptados en Derecho, lo que conlleva la aplicación inmediata del instituto de la sucesión o subrogación empresarial, con la finalidad de que las relaciones laborales afectadas no se extingan por sí mismo, por el mero hecho de la transmisión (artículo 44 del TRLET).

En principio, también es esta la lógica que sigue el Derecho Concurusal, a pesar de que una interpretación literal de algunos preceptos de su norma básica [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) (17)] podría hacer pensar que el despido colectivo se antepone a otras fórmulas menos drásticas como las modificaciones o las suspensiones (18).

En realidad, una interpretación pausada de la norma en cuestión permite apreciar dos circunstancias que corroboran como regla general la lógica preconcursal anteriormente aludida:

- Por una parte, pese a la declaración del concurso, se apuesta por la continuidad de las actividades empresariales, lo que implica, igualmente, salvo excepción justificada legalmente, la continuidad de los contratos y de las condiciones de trabajo vigentes (19).

(15) Precisamente, en tal supuesto la extinción por mutuo acuerdo computaría para la determinación del despido colectivo.

(16) Debe tenerse en cuenta que estas extinciones no pueden superar los umbrales señalados para los despidos colectivos, en cuanto al número de trabajadores afectados en un período de noventa días, o en periodos sucesivos de noventa días, en el supuesto de no concurrir causas nuevas que justifiquen tal actuación (cfr. artículo 51 del TRLET).

(17) BOE de 10 de julio de 2003, núm. 164.

(18) Concretamente, CUEVA PUENTE se refiere a esta cuestión, mencionando los artículos 8.2, 64.1 y 65 [CUEVA PUENTE, C., «Un apunte sobre el reajuste de las relaciones laborales en la empresa concursada», en *Weslaw.es BIB 2005\1457* (AS, 2005, Estudio, núm. 9), p. 2].

(19) Así, la propia Exposición de Motivos, en su apartado III, anticipa que «la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin

- Por otra parte, ante la posibilidad de aplicar tras la declaración del concurso algunas de las fórmulas de contenido estrictamente laboral ya mencionadas, se dispone, pese a las modulaciones que se llevan a cabo al respecto, que «deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral» (20). Y al regular las modulaciones de tales fórmulas se recoge una cláusula de cierre en la que se establece que en todo lo no previsto «se aplicará la legislación laboral...» (21).

En consecuencia, el paralelismo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal queda patente en torno al principio de conservación del negocio jurídico.

Sin embargo, más allá de este paralelismo, la disfunción surge al contrastar la finalidad principal del Derecho Concursal con la que tiene el Derecho del Trabajo ante la situación de crisis expuesta y la aplicación de las fórmulas propuestas.

Así, frente a la idea principal o predominante existente en el Derecho del Trabajo, de conservación de la empresa, el Derecho Concursal supedita tal conservación, y con ello la de los contratos de trabajo, a la satisfacción preferente de la posición de los acreedores (22). Esta disfunción condicionará, asimismo, la aplicación de las posibles fórmulas anticrisis del Derecho del Trabajo, echando mano de las mismas no tanto por el interés de conservar la empresa como por la superación de la situación concursal, satisfaciendo los intereses de los acreedores. En efecto, durante el concurso interesará la continuación del proceso productivo siempre y cuando éste resulte eficaz (23); y en la medida en que no lo sea, se aplicarán las formulas laborales anticrisis, pero moduladas desde la particularidad que supone la situación concursal.

perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste». Entre los preceptos, el artículo 44, bajo la rúbrica «continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», establece en su primer apartado que «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor».

(20) Cfr. artículo 8.

(21) Cfr. artículo 64.11.

(22) Véase al respecto FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., «Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de concurso (I)», en VV.AA., *Expedientes de regulación de empleo* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir. y AGRAVIFORCOS y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coords.). Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2009, p. 296. En particular sobre el principio de la conservación de la empresa en el proceso concursal véase ZABALETA DIAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, 2006, 319 pp.

(23) Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la reforma concursal», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos*, 2003, núm. 248, p. 108.

II. La declaración del concurso como punto de partida en la eventual modulación de las fórmulas laborales anticrisis

1. Los presupuestos del concurso

La comprensión de los efectos de la declaración del concurso en lo que atañe a la eventual modulación de las fórmulas laborales anticrisis —que de producirse repercutirá evidentemente en las relaciones laborales— aconseja la mención, aunque sea simplemente recordatoria, de los principales presupuestos del concurso:

- En primer lugar, conforme al presupuesto subjetivo, «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (24). Por tanto, en el ámbito de las relaciones laborales es evidente que el deudor será el empresario.
- En segundo lugar, el presupuesto objetivo se traduce en que «la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común» (25), entendiéndose que el deudor se encuentra en estado de insolvencia cuando «no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (26).
- En tercer lugar, el presupuesto de la legitimación para solicitar la declaración del concurso se establece ampliamente, al reconocer tal facultad al deudor y a cualquiera de sus acreedores (27). Pero a pesar de que en el ámbito de las relaciones laborales se haya identificado como deudor al empresario, los problemas pueden derivar de la necesidad de determinar con exactitud quién debe actuar como tal a los efectos de legitimación aquí planteada, cuando el empresario es una persona jurídica. En principio, según los criterios legales deberán actuar el órgano de administración o liquidación, o los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de la empresa (28). No obstante, «es esta una cuestión esencial que no puede resolverse con carácter general, sino en función de la persona jurídica de que se trate, atendiendo a su tipología de socios o miembros y al régimen legal que les sea aplicable» (29).

(24) Artículo 1.1 de la LC.

(25) Artículo 2.1 de la LC.

(26) Artículo 2.2 de la LC.

(27) Cfr. artículo 3.1 de la LC.

(28) Cfr. artículo 3, apartados primero y tercero.

(29) PULGAR EZQUERRA, J., «Algunas consideraciones en torno a los aspectos jurídico-mercantiles del concurso de acreedores», en VV.AA., *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.). Murcia: Ediciones Laborum, 2004, p. 58.

Además, el vínculo entre el presupuesto de la legitimación y el presupuesto objetivo da lugar a distintas regulaciones dependiendo del sujeto que solicite el concurso.

1.1. LA SOLICITUD DEL CONCURSO POR EL DEUDOR

De entrada, si lo solicita el deudor, «deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente», encontrándose en estado de insolvencia inminente «el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (30).

Ahora bien, debe matizarse que en el supuesto de insolvencia actual, es decir, cuando ya no pueden cumplirse regularmente las obligaciones exigibles, el deudor está obligado a solicitar la declaración de concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (31).

Y salvo prueba en contrario, se presume que el deudor conoce su estado de insolvencia cuando se haya producido alguno de los siguientes hechos (32):

- El sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones.
- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general a su patrimonio.
- El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes.
- El impago de sus obligaciones tributarias durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.
- La no cotización por conceptos de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores

(30) Artículo 2.3 de la LC. En principio, el reconocimiento de que la insolvencia puede ser inminente parece abrir las puertas a la función preventiva respecto a las crisis concursales, pero la verdad es que en la LC no existe un procedimiento específico que cumpla con tal función, por lo que en la práctica de nada sirve tal reconocimiento. En realidad, el fin preventivo se diluye bajo un único procedimiento que atiende a la más grave de las situaciones: la insolvencia «actual». Al no existir una verdadera acción preventiva desde una perspectiva concursal, habrá que confiar en que sean los empresarios y los representantes de los trabajadores quienes desde las fórmulas ofrecidas por el Derecho del Trabajo puedan desarrollar tal actividad con anterioridad a la declaración del concurso. Y ello, sencillamente, porque una vez declarado el concurso ya no existe nada que prevenir. En este sentido, se pronuncia, entre otros, MONEREO PÉREZ, al afirmar respecto a los fines preventivos referidos que «sería oportuno insistir en la importancia que tiene flexibilizar el presupuesto objetivo del concurso, precisamente para evitar males mayores (a través del recurso a una intervención pública), al poder devenir la situación en una crisis irreversible o, en todo caso, de mayor gravedad» (MONEREO PÉREZ, J.L., «Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso», en *RL*, 2005, tomo II, núm. 15, pp. 3-4 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 3898/2005)).

(31) Cfr. artículo 5.1 de la LC.

(32) Cfr. artículo 5.2 de la LC, en relación con el artículo 2.4 de la propia LC.

a la solicitud del concurso, tanto respecto al régimen que corresponda a sus trabajadores dependientes como respecto al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en el que necesariamente deberá inscribirse por ser empresario a los efectos de dicho régimen (33).

- El impago de retribuciones e indemnizaciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica (34), ha introducido una importante novedad en la LC (35), al posibilitar al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual postergar en el tiempo el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. Para ello, se exige al deudor:

- Haber iniciado negociaciones para obtener las adhesiones necesarias de sus acreedores a una propuesta anticipada de convenio.
- Poner en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso el inicio de tales negociaciones dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (36).

De este modo, en tal supuesto, el deudor, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente al transcurso de tres meses desde que se produjese dicha comunicación al juzgado, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta antici-

(33) La obligación de cotización se contiene en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) (BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154), al establecerse que «la cotización es obligatoria en los Regímenes General y Especiales».

Por su parte el artículo 15.2 del TRLGSS establece que «la obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente, determinándose en las normas reguladoras de cada Régimen las personas que hayan de cumplirla».

En concreto, en relación a los trabajadores que dependen del empresario habrá que estar a lo dispuesto en los correspondientes regímenes, siendo el General el más importante en cuanto al número de sujetos inscritos [artículo 103 del TRLGSS y artículos 7.2 y 22 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25 de enero de 1996, núm. 22)]. En cambio, para con la cotización correspondiente al propio empresario hay que tener en cuenta los artículos 1 y 25 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166) y el artículo 43 del Real Decreto 2064/1995.

(34) BOE de 31 de marzo de 2009, núm. 78.

(35) Cfr. artículo 5.3 de la LC.

(36) Al no exigirse ningún requisito formal no es necesario acreditar las gestiones realizadas en orden a la negociación de la propuesta anticipada, siendo suficiente con la mera comunicación. Por todas, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009 (JUR 367138/2009).

pada de convenio (37). Circunstancia esta última que se resolverá por el juez de lo mercantil competente en el auto de declaración del concurso (38).

Si bien es cierto que con esta medida se amplía la posibilidad de solucionar el concurso vía convenio (quita de hasta el 50% de los créditos ordinarios y espera de hasta 5 años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio) (39), no menos cierto es que con la misma el empresario-deudor se ve obligado a plantear una batería de medidas que posibiliten la conservación de la empresa, recurriendo con frecuencia a las fórmulas anticrisis del Derecho del Trabajo. Y ello porque durante un arco de tiempo que media entre siete u ocho meses, hasta que se declare el concurso, podrá agravarse la situación económica de la empresa, sin que quepa la peculiar modulación de las fórmulas laborales anticrisis permitida por el Derecho Concursal.

Pero no basta con que el empresario-deudor adopte esa batería de medidas. Las mismas deben ubicarse en una estrategia mucho más amplia, en la que, sin duda, la participación y compromiso de los representantes de los trabajadores resultará fundamental. Efectivamente, siendo la conservación de la empresa la única garantía que dota de sentido al convenio con los acreedores para satisfacer sus créditos, el «estatus quo» entre el empresario y los trabajadores se convierte en una condición previa e imprescindible.

Por el contrario, la ausencia de dicho «estatus quo» será deletérea para la supervivencia de la empresa: reinará la incertidumbre, surgirán las divisiones y confrontaciones en la plantilla, aumentarán las ausencias injustificadas, disminuirá el rendimiento, empeorará la situación económica de la empresa hasta llegar a los impagos salariales y, entonces, no faltarán las extinciones unilaterales de los trabajadores fundadas en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», lo que supondrá para la empresa el pago de las correspondientes indemnizaciones [artículo 50.1.b) del TRLET] (40).

En esa misma línea, la postergación en la solicitud del concurso por el deudor también afectará a la naturaleza de los créditos: a) de los trabajadores, a los que se les adeuden salarios e indemnizaciones por despido; b) de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) por el impago de

(37) Para que las adhesiones se consideren necesarias a efectos de la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio se requiere que: a) las adhesiones de los acreedores, que tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009 podrán ser de cualquier clase, sean puras y simples, sin que se introduzca modificación ni condicionamiento alguno; b) la suma de los créditos de dichos acreedores supere la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (artículo 106.1 LC, en relación con el artículo 103.2).

(38) Cfr. artículo 106.2 de la LC.

(39) Cfr. artículo 100.1 de la LC.

(40) En este sentido, véase FERNÁNDEZ VILLARINO, R., «La reforma de la Ley Concursal en materia laboral. Algo más que el artículo 64 de la Ley 22/2003», en AS, 2009, núm. 11, pp. 83-86.

cuotas (41); c) del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por sus responsabilidades legales en orden a satisfacer los correspondientes impagos empresariales de salarios, así como las indemnizaciones que procedan por despidos (42).

Pues no debe olvidarse que la postergación de la solicitud del concurso supone que los créditos surgidos desde que se comunica al juez de lo mercantil competente el inicio de las negociaciones para obtener las adhesiones necesarias a la propuesta anticipada de convenio hasta que dicho juez declare la situación concursal no podrán ser considerados créditos contra la masa, con la sabida excepción de «los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (43).

(41) Cfr. artículo 22, párrafo segundo, del TRLGSS. Asimismo, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «El concurso y las obligaciones con la Seguridad Social. El FOGASA», en VV.AA., *La Ley Concursal y los aspectos sociales* (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.). Murcia: Ediciones Labo-rum, 2004, pp. 323-340.

(42) Respecto al FOGASA, en concreto, téngase en cuenta que el artículo 33.1 del TRLET se refiere a «los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso de empresario» sin distinguir entre los devengados antes de la declaración del concurso y los generados tras dicha declaración [*Vid.* ROQUETA BUJ, R., «El Fondo de Garantía Salarial en la Ley Concursal», en VV.AA., *Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)* (GULLÓN RODRÍGUEZ, J. y PALOMO BALDA, E. Dirs.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 253-254]. Además, el mismo precepto matiza que a estos efectos «se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1 [del TRLET] así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o se-paradamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días».

Por su parte, el artículo 33.2 del TRLET se refiere al abono de las indemnizaciones por despidos que se produzcan en los casos de insolvencia o concurso de empresario ya mencionados en su apartado anterior. Exactamente, el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de extinciones por voluntad del trabajador (artículo 50 del TRLET), despidos objetivos (artículo 51), despidos objetivos (artículo 52), extinciones de contratos temporales con derecho a indemniza-ción [artículo 49.1.c) del TRLET]. Igualmente, se hace hincapié en que el FOGASA también abonará las indemnizaciones por las causas extintivas recogidas en el artículo 64 de la LC, causas que solamente procederán tras la declaración del concurso. En todos los casos, la responsabilidad del FOGASA ten-drá el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base de cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordina-rias. Y, dentro de tales límites, el importe de lo que deba abonar el FOGASA se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio (excepto en los supuestos de despidos colectivos, en los que la base será de veinte días por año de servicio, y en los supuestos de extinciones de contratos tempo- rales con derecho a indemnización, en los que la base será de ocho días por año de servicio).

(43) Artículo 84.2.1 de la LC. Debe recordarse que conforme al artículo 154 de la LC los créditos contra la masa gozan de mejor posición y mayor protección que los créditos concursales, en la medida en que la administración concursal antes de proceder al pago de los créditos concursales deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa, siem-pre que éstos no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial. Y para el caso de que los bienes y derechos afectos sean insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos. Además, los créditos por los salarios por los últimos trein-

Por tanto, al margen de esa excepción, una vez declarado el concurso, tales créditos serán calificados como créditos con privilegio general, en las siguientes cuantías (44) (adquiriendo las cuantías no cubiertas por este privilegio la calificación de ordinarios (45)):

- Los salarios, siempre y cuando no tengan reconocido privilegio especial (46), en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago (47).
- Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional (48).
- Las cantidades íntegras correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el empresario en cumplimiento de una obligación legal, a saber, las cantidades correspondientes a las aportaciones de los trabajadores a la Seguridad Social (cuotas obreras) que el empresario está obligado a ingresar en la TGSS después de haberlas deducido previamente de sus salarios (v.gr. cotizaciones por contingencias comunes, cotización adicional por horas extraordinarias, desempleo y formación profesional) (49).
- Los créditos de la Seguridad Social, siempre y cuando no gocen de privilegio especial (50). Estos créditos se refieren a las cuotas empresariales a la Seguridad Social, entre las que se incluyen los conceptos de recaudación conjunta, que podrán ser parciales, en cuanto integrables por las correspondientes cuotas obreras (cotizaciones por contingencias comunes, cotización adicional por horas extraordinarias, desempleo y formación profesional), como íntegras (cotizaciones por contingencias profesionales y FOGASA). Ello no obs-

ta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso aludidos cuentan con la particularidad de que deberán pagarse de forma inmediata, mientras que el resto de créditos contra la masa habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso.

(44) Véase ROQUETA BUJ, R., «Los privilegios de los créditos laborales y de Seguridad Social en situaciones concursales», en *AL*, 2006, tomo I, núm. 11, pp. 7-10 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 1271/2006).

En torno a la forma de pago de los mismos cfr. artículo 156 de la LC.

(45) Cfr. artículo 89.3 de la LC, en relación con el artículo 157 de la LC, en lo que se refiere a la forma de pago de los mismos.

(46) Se trata de los créditos refaccionarios de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados, mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (cfr. artículo 90.1.3).

(47) Cfr. artículo 91.1 de LC.

(48) *Ibidem*.

(49) Cfr. artículo 91.2 de la LC, en relación con el artículo 104 del TRLGSS.

(50) Se trata de los créditos con garantía específica sobre un determinado bien.

tante, del total de los créditos de la Seguridad Social sólo el 50% tendrá el carácter de privilegio general (51).

Para finalizar el comentario sobre la obligación que tiene el deudor de solicitar la declaración de concurso, cuando se encuentre en situación de insolvencia actual, debe hacerse referencia a las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación.

Ope legis, este incumplimiento supondrá la calificación del concurso como culpable.

En este punto debe considerarse que «el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho» (52).

Y partiendo de este «marco general» del concurso culpable, acto seguido, se especifica que «se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores [entre otras obligaciones de hacer igualmente tipificadas]: hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso» (53).

Por su parte, la determinación de las consecuencias que se derivan de la calificación del concurso como culpable requiere la comprensión de la lógica del procedimiento concursal al respecto. Así, la culpabilidad del concurso se ubica en la sección de calificación que obedece dentro del proceso concursal a la finalidad de analizar las causas de insolvencia y, en su caso, de depurar las responsabilidades que fueren procedentes, determinando las personas que deban ser responsables (54).

Precisamente, será la sentencia que en dicha sección califique el concurso como culpable la que, tras expresar la causa o causas en que se fundamenta tal calificación, establecerá (55):

- Las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, las declaradas cómplices (56). Además, si alguna de las personas afecta-

(51) Cfr. artículo 91.4 de la LC.

(52) Artículo 164.1 de la LC.

(53) Artículo 165 de la LC.

(54) *Vid. VV.AA., Guía Práctica Concursal* (PRENDES CARRIL, P., Dir.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 3.ª edición, p. 411.

(55) Cfr. artículo 172, apartados 1, 2 y 3, de la LC.

(56) A tales efectos, conforme al artículo 166 de la LC «se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable».

- das lo es como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia motivará la atribución de esa condición.
- La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.
 - La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
 - Y, además, en el supuesto de que la sección de calificación se forme o reabra como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, entendida ésta como solución subsidiaria del concurso (57), la sentencia podrá condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quines hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

En relación con las consecuencias del incumplimiento por parte del deudor de solicitar la declaración de concurso, debe indicarse, finalmente, que el Real Decreto-ley 3/2009 ha introducido una modificación importante, en el sentido de que ya no se prohíbe al deudor incumplidor presentar propuesta anticipada de convenio (58). Sin duda, con ello deja de confundirse, como venía advirtiendo parte de la doctrina, la persona y la empresa, lo que perjudicaba a ésta y a sus acreedores por conductas o comportamientos de aquélla (59). En último término, como se acaba de ver, la calificación culpable del concurso ya se ocupa de la persona.

(57) Cfr. artículos 142 a 162 de la LC.

(58) Cfr. artículo 105.1 de la LC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009.

(59) MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*. Madrid: lustel, 2004, p. 289. En parecidos términos PULGAR EZQUERRA había resaltado «que si lo que se persigue con la propuesta anticipada de convenio es propiciar una solución conservativa al concurso, no debería condicionarse su posibilidad a la actitud del deudor, pues ello es propio de un Derecho concursal del comerciante-empresa, en el que la suerte de la empresa se conecta a la actitud del comerciante/empresario, característico, de otro lado, del contexto privatista del s. XIX y que, desde la reforma francesa de 1967 que introdujo la separación hombre/empresa, ha sido superado en las modernas reformas concursales» (PULGAR EZQUERRA, J., *ob. cit.*, p. 89).

1.2. LA SOLICITUD DEL CONCURSO POR EL ACREEDOR

A pesar de la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso cuando se encuentre en situación de insolvencia actual, como se ha adelantado, también cabe que lo soliciten los acreedores. La diferencia radica en que la solicitud por un acreedor no constituye, en ningún caso, una obligación sino un derecho. Para el ejercicio del tal derecho, el acreedor deberá fundar su solicitud (60):

- en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes de pago;
- o en la existencia de alguno de los hechos que sirven para presumir que el deudor conoce su estado de insolvencia (*supra* II.1.1).

1.3. LA CONSIDERACIÓN DEL CONCURSO COMO VOLUNTARIO O NECESARIO

Una vez analizadas las distintas regulaciones existentes dependiendo del sujeto que solicita el concurso, deben diferenciarse el concurso voluntario y el necesario, atendiendo para ello al instante de presentación de la solicitud.

De este modo, «el concurso tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario» (61). Pero «para evitar maniobras torcieras y, como excepción a dicho principio que premia al más rápido o diligente» (62), el concurso «tendrá la consideración de necesario cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiera ratificado» (63).

En lo que respecta a la novedad introducida por el Real Decreto-ley 3/2009, por la que a través del inicio de negociaciones para obtener las adhesiones necesarias de los acreedores a una propuesta anticipada de convenio se permite al deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual postergar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso (*supra* II.1.1), a los efectos aquí analizados, debe entenderse que dicha solicitud se presenta cuando al juzgado competente se le realiza

(60) Cfr. artículo 2.4 de la LC.

(61) Artículo 22.1, párrafo primero, de la LC.

(62) VV.AA., *Guía Práctica Concursal* (PRENDES CARRIL, P., Dir.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 3.ª edición, p. 102.

(63) Artículo 22.2 de la LC.

la comunicación del inicio de tales negociaciones; comunicación que deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (64).

Y entre los acreedores, no se reconoce legitimación para solicitar la declaración de concurso a los que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubieran adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento (65).

Hechas estas apreciaciones, las consecuencias de la consideración del concurso como voluntario o necesario se rigen por el principio *prior in tempore, potior in iure*, en la medida en que «en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad» (66). Por el contrario, «en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (67), y, en consecuencia, corresponderá a estos últimos adoptar las medidas necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (68); además, se pretende incentivar la solicitud por los acreedores (69), atribuyendo al instante un privilegio general de una cuarta parte de los créditos de que sea titular que no tengan el carácter de subordinado (70).

Sin embargo, excepcionalmente, «el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener» (71). Igualmente, «a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio» (72).

(64) Cfr. artículo 22.1, párrafo segundo, de la LC, añadido por el Real Decreto-ley 3/2009.

(65) Cfr. artículo 3.2 de la LC.

(66) Artículo 40.1 de la LC.

(67) Artículo 40.1 de la LC.

(68) Cfr. artículo 44.3 de la LC.

(69) Vid. DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2007, p. 30.

(70) Cfr. artículo 91.6 de la LC.

(71) Artículo 40.3 de la LC.

(72) Artículo 40.4 de la LC.

2. La declaración de concurso y la competencia del juez concursal

La «finalidad esencial» del concurso, a saber, la satisfacción de los acreedores, se pretende obtener tras la entrada en vigor de la LC a través de «los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema» (73).

En coherencia con esa opción de política legislativa, la jurisdicción y competencia en materia concursal también se centraliza en los juzgados de lo mercantil, que «conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora» (es decir, la LC) (74).

En ese sentido, la LC establece que «son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil» (75), por lo que una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, y después de haber practicado las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez de lo mercantil que resulte competente, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud (76).

Si el auto estima la solicitud y declara el concurso, el juez de lo mercantil pasará a denominarse juez del concurso y su jurisdicción será exclusiva y excluyente, entre otras materias, en lo que respecta a «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores» (77).

Esta *vis atractiva* del concurso respecto de aspectos laborales se justifica en la propia Exposición de Motivos de la LC, al afirmarse que «se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado» (78). Pero, al mismo tiempo, se advierte que

(73) Cfr. Exposición de Motivos de la LC, apartado II.

(74) Artículo 86.ter.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) (BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157).

(75) Artículo 8.1 de la LC.

(76) Cfr. artículo 20.1 de la LC. Respecto a la delimitación de la jurisdicción de los juzgados de lo mercantil téngase en cuenta el artículo 86bis de la LOPJ.

(77) Artículo 8.2 de la LC.

(78) Apartado III.

esa asunción de competencias sobre materias de índole laboral por el juez del concurso se debe realizar «conciliando todo ello con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral» (79).

La conciliación de los intereses del concurso con la legislación laboral, sin embargo, debe situarse nuevamente en el contexto del paralelismo y disfunción entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal. De ahí que aunque en el articulado de la LC, en sintonía con lo mencionado en su Exposición de Motivos, se disponga que en el enjuiciamiento de las materias laborales indicadas deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral, todo ello debe materializarse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas recogidas al respecto en la propia LC (80).

En conclusión, serán esas normas específicas las que modulen en el proceso concursal las formulas laborales anticrisis citadas, y sólo en lo no previsto en la LC deberá acudir al ordenamiento jurídico laboral, y, aun así, la interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo deberá ajustarse a la lógica concursal. Por ello, el estudio de las relaciones laborales en empresas concursadas pasa obligatoriamente por el análisis de la modulación de las fórmulas anticrisis, tanto en su vertiente individual o de contratos de trabajo como en su vertiente colectiva o de convenio colectivo aplicable.

Pero antes de adentrarnos en dicho análisis, resulta fundamental precisar con mayor detalle algunos aspectos relacionados con la competencia del juez concursal en dichas materias a partir de la declaración concursal.

- En primer lugar, a pesar de que en principio la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuando la finalidad del concurso así lo requiera —característica de la disfunción existente entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal, por la que la conservación de la empresa y de los contratos de trabajo se supeditan a los intereses del concurso—, se reconocen al juez del concurso amplias potestades para acordar mediante auto, a solicitud de la administración concursal, el cierre de las oficinas, establecimientos o explotaciones del deudor, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores (81).

(79) *Ibidem*.

(80) Cfr. artículo 8.2, *in fine*, de la LC.

(81) Cfr. Exposición de Motivos, apartado III, y artículo 44.4, párrafo primero, de la LC.

Y cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo, el juez concursal procederá aplicando las modulaciones contenidas en la LC (82).

De igual modo deberá proceder, además, en cualquier momento del proceso concursal, cuando se produzcan tales extinciones, suspensiones o modificaciones. Incluso al regular la fase de liquidación, la LC contempla la posibilidad de que se produzca la necesidad de adoptar tales medidas, independientemente de la existencia o no de un plan de liquidación, con la matización de que cuando éste exista tales medidas deberán aplicarse previamente a la aprobación del plan en cuestión (83).

- A pesar de que respecto a los aspectos sociolaborales la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente sólo en las materias mencionadas, no cabe olvidar que según la LOPJ «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente» (84). En sintonía con dicho precepto, la LC, bajo la rúbrica «extensión de la jurisdicción» (85), establece que «la jurisdicción del juez [del concurso] se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal» (86). Así, esta extensión de la jurisdicción se podrá producir en las operaciones de reconocimiento y calificación de créditos laborales, así como cuando se discuta la naturaleza laboral de la relación de ciertos trabajadores al adoptar alguna de las medidas colectivas de competencia del juez de lo mercantil (87).

(82) Cfr. artículo 44.4, párrafo segundo, de la LC.

(83) Cfr. artículos 148.4 y 149.1.2 de la LC.

(84) Artículo 10.1, en relación con el artículo 42.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2001, núm. 7).

(85) Desde un punto de vista técnico-jurídico parte de la doctrina ha criticado dicha expresión, al entender que no se alude a una extensión de la jurisdicción o de la competencia, sino a la eventualidad de que los tribunales de un determinado orden jurisdiccional conozcan de asuntos atribuidos a los de los órdenes contencioso-administrativo y social. De forma y manera que cuando el juez del concurso conozca de las cuestiones atribuidas a esos otros órdenes no debe entenderse que el elenco de sus competencias determinado en los artículos 86ter de la LOPJ y 8 de la LC se amplíe. En tales casos, el juez del concurso se pronuncia sobre una cuestión que cae fuera de su ámbito competencial, por ser la misma condición o antecedente lógico del enjuiciamiento principal. De ahí que su pronunciamiento sobre la cuestión prejudicial lo sea *incidenter tantum* [HERRERO PEREZAGUA, J.F., «Comentario al artículo 9 de la LC», en VV.AA., *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.). Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, pp. 129-130].

(86) Artículo 9 de la LC.

(87) Sobre esta cuestión, *vid.* DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *ob. cit.*, pp. 125-126. Siguiendo a estos autores, debe indicarse que «estamos en el marco de una prejudicialidad he-

- Como excepción al principio por el cual una vez declarado el concurso «no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor» (88), debe tenerse en cuenta que «podrán continuarse... las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (89).

La aplicabilidad de esta excepción se traduce en que la ejecución laboral separada sólo se prevé para los casos de cobro de salario en sentido estricto y demás indemnizaciones por despido, y para los créditos en el ámbito de la Seguridad Social (90).

Además, obsérvese que, conforme al supuesto de hecho de esta excepción, la fecha de la resolución por la que se decreta el embargo de bienes debe ser siempre anterior al auto por el que se declara el concurso.

Por último, el hecho de que los bienes objeto de embargo no deban ser considerados «necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor», vuelve a demostrar la *vis atractiva* del proceso concursal; lo que, al mismo tiempo, constituye una salvedad a esta excepción que permite la continuación de la ejecución separada. Y es que «los bienes que se consideren necesarios podrán ser atraídos al concurso y desafectados de esta ejecución separada» (91).

terogénea y no devolutiva y la cuestión podrá suscitarse de oficio o a instancia de parte. Esta competencia no tiene ninguna limitación: comprende, por tanto, la materia laboral y la de Seguridad Social... Sin embargo,... la decisión de la cuestión prejudicial social adoptada por el juez... [del concurso] no genera cosa juzgada y, en consecuencia, podrá tramitarse ante el juez de lo social como un juicio declarativo propio y diferenciado. Pero la decisión que en ese proceso social se adopte no permitirá revisar, si fuera contradictoria con la prejudicial, la decisión concursal que se ha adoptado en función de la decisión prejudicial social cuando aquella decisión hubiera alcanzado firmeza. Si no es firme, la decisión del orden social deberá, por el contrario, vincular la decisión del órgano mercantil competente en lo que afecta al elemento prejudicial».

(88) Artículo 55.1, párrafo primero, de la LC, en relación con el artículo 86.ter.1.3 de la LOPJ que establece la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

(89) Artículo 55.1, párrafo segundo, de la LC.

(90) Cfr., respectivamente, artículo 32 del TRLET y artículo 122 del TRLGSS. Al respecto, véase MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al artículo 55 de la LC», en VV.AA., *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.). Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, pp. 576-577.

(91) SANCHO GARGALLO, I., «La competencia del Juez del Concurso para conocer de las acciones sociales derivada de la *vis atractiva* del concurso», en VV.AA., *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 117.

Al hilo de esta última afirmación, en primer lugar, debe quedar claro que el término «necesarios» significa que «no basta con que los bienes estén dedicados a esta actividad económica de una forma ordinaria a la naturaleza de esta actividad, sino que se precisa un plus, que además resulten imprescindibles o muy convenientes, pues sin ellos no se puede o se puede, pero en deficientes condiciones, proseguir la actividad económica» (92). En segundo lugar, conforme a la lógica de nuestro Derecho concursal, no cabe más que concluir que corresponde al juez de lo concursal valorar si los bienes embargados son «necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor», por lo que una vez declarado el concurso, en estos casos, el juez de lo social siempre debería dirigirse al juez del concurso y esperar a la decisión adoptada por éste para suspender la ejecución separada o continuar con ella (93).

— Respecto a los juicios declarativos deben diferenciarse en la LC distintas situaciones, aunque todas ellas tengan en común la finalidad de evitar, una vez más, las acciones individuales de carácter ejecutivo contra el patrimonio del concursado:

- Conforme al artículo 50.1, una vez declarado el concurso, el juez social ante quien se interponga demanda de la que debe conocer el juez del concurso se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. Si la demanda se hubiese admitido a trámite, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

Por tanto, interesa recordar que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en el conocimiento de «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de

(92) SANCHO GARGALLO, I., *ob. cit.*, pp. 117-118.

(93) *Ibidem*. Con cita, en ese sentido, de la STCJ, de 19 de octubre de 2005 (BOE de 22 de noviembre de 2005, núm.). También defiende esta postura MARÍN LÓPEZ, pero matizando que «ello no es obstáculo para que si, durante la tramitación del proceso concursal, el acreedor afectado alega y prueba que el bien embargado ya no es necesario para la actividad profesional del concursado, se reanude el proceso de ejecución suspendido». Del mismo modo, se comparte aquí la solución aportada por este autor en los supuestos en los que conforme al artículo 273 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL) (BOE de 11 de abril de 1995, núm. 86), un tercero pueda interponer una tercería de mejor derecho en el proceso ejecutivo laboral: su estimación no provocará una satisfacción del crédito del tercerista, sino simplemente la extinción de la ejecución separada, sujetando los bienes apremiados o embargados a la solución concursal (MARÍN LÓPEZ, M.J., *ob. cit.*, p. 578).

contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores» (94).

En cambio, cuando se trate de cualquier otra materia de naturaleza sociolaboral en la que el juez del concurso no es competente, los jueces del orden social ejercerán su competencia, dando lugar a la situación que se comenta a continuación (95).

- Según reza el artículo 50.2, los jueces o tribunales del orden social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase. Obviamente, debe considerarse que en estos supuestos los jueces o tribunales del orden social son los competentes por razón de la materia.
- Por su parte, el artículo 51 se ocupa de regular los juicios declarativos que estén en tramitación (en el orden jurisdiccional social a nuestros efectos) en el momento de declararse el concurso, y que, siendo el deudor parte, versen sobre materia que sea de la competencia del juez del concurso.

Como regla general, deberá continuarse hasta la firmeza de la sentencia. Esta sentencia vinculará al juez del concurso, quien deberá dar a tal resolución el tratamiento procesal que corresponda (96).

Pero, como excepción, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Para ello la acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Finalmente, a pesar de que el precepto se refiera a juicios declarativos que estén en tramitación, su aplicación debe extenderse, igualmente, a los expedientes de regulación de empleo sobre

(94) De esa forma, en realidad, el artículo 50.1 remite tácitamente al artículo 8.2 de la propia LC.

(95) En torno a esa cuestión véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 7 de abril de 2006 (JUR 147608/2006).

(96) Cfr. artículo 53.1 de la LC.

suspensión o extinción colectivas que estén tramitándose ante la autoridad laboral en la fecha de declaración del concurso. Así, una vez declarado el concurso caduca la competencia administrativa y debe seguir conociendo del expediente de regulación de empleo el juez del concurso, reconduciendo su tramitación a lo dispuesto en la LC (97).

- Al margen de las facultades del juez del concurso para adoptar medidas cautelares en el propio proceso concursal y en los procesos de los que conozca, conforme a lo preceptuado en la LC (98), el carácter universal y la *vis atractiva* de dicho proceso deben implicar la competencia del juez del concurso incluso para ordenar el levantamiento, modificación o alzamiento de las medidas cautelares de carácter patrimonial adoptadas en los juicios declarativos que se inicien tras la declaración del concurso, y en los declarativos pendientes, sean o no de su competencia, tenga o no jurisdicción sobre ellos, así como de las que puedan adoptarse en procedimientos administrativos, con el objetivo de asegurar el buen fin de la situación jurídica constituida mediante el auto de declaración del concurso y la continuidad, en su caso, de la actividad profesional o empresarial, en aras a la satisfacción de los acreedores (99). La única excepción girará por imperativo legal en torno a las medidas adoptadas en el seno de los procesos civiles no dispositivos (capacidad, filiación, matrimonio y menores) (100). Por el contrario, en cuanto a las medidas cautelares de naturaleza personal, y atendiendo siempre a los objetivos señalados, el juez del concurso sólo podrá ser competente respecto a las adoptadas en el propio proceso concursal o en los procesos que se hayan acumulado (101).

(97) CAVAS MARTÍNEZ, F., «La competencia laboral de los jueces del concurso», en *Weslaw.es BIB 2009/863* (AS, 2009, Tribuna, núm. 9), p. 11-12.

(98) Cfr. artículo 8.4.

(99) Respecto a la interpretación amplia de la competencia del juez del concurso en materia de medidas cautelares que aquí se realiza se siguen los argumentos expuestos en RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., «La competencia del juez del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas al margen del proceso concursal», en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, núm. 19 (Revistas@iustel.com), pp. 1-18.

(100) Cfr. artículo 8, apartado 4, en relación con el apartado 1, de la LC.

(101) Cfr. artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (BOE de 10 de julio de 2003, núm. 164), así como artículo 727.11 de la LEC, en relación con el artículo 726.1.1 de la propia LEC; de éstos últimos preceptos se deduce, concretamente, que el juez de lo concursal podrá adoptar cualquier medida cautelar de naturaleza personal en los procesos civiles y sociales de los que conozca.

III. La modulación de las fórmulas anticrisis respecto a los contratos de trabajo

Sentados los pormenores de la declaración del concurso y de la competencia del juez del concurso, el estudio de la modulación de las fórmulas laborales anticrisis respecto a los contratos de trabajo durante el proceso concursal se realizará en los siguientes apartados a través del análisis de tres bloques, respetando la secuencia reguladora de la LC (102): modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo; especial situación del personal de alta dirección; sucesión de empresa.

Al desarrollar estas fórmulas, se observará que a pesar de que la LC establece sus particularidades para adaptarlas a la especial situación derivada de la declaración del concurso, también es verdad que, en gran medida, la regulación concursal de tales fórmulas es un «espejo» de la normativa laboral (103), y, en particular, de la regulación que la misma realiza sobre los expedientes de regulación de empleo (104). La excesiva atención en la figura del expediente de regulación de empleo contenida en el ordenamiento laboral, sin embargo, hace que se echen de menos mayores precisiones en torno a los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, en el sentido de que en dicho supuesto la normativa laboral podía haber sido también un buen «espejo» en el cual reflejarse (105).

Con todo, hay que tener en cuenta que la solución a cualquier duda interpretativa al aplicar las modulaciones que el proceso concursal lleva a cabo sobre estas fórmulas se contiene en la propia LC, al afirmar que «en todo lo no previsto... se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma» (106).

(102) La modulación se plasma, asimismo, en el artículo 57bis del TRLET, al indicar que «en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal».

(103) Vid. GARCÍA PERROTE, I., «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal», en *JL*, 2003, núm. 15, p. 20.

(104) Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», en *RL*, 2003, núm. 23, p. 19. En parecidos términos, con cita al respecto del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007 (AC 832/2007) FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *ob. cit.*, p. 299.

(105) En este sentido, véase GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, I. y MUSCHI LOAYZA, F., «Medidas laborales en situaciones concursales», en *Medidas laborales para empresas en crisis* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 402.

(106) Artículo 64.11 de la LC, en concordancia con el artículo 8.2 del mismo texto legal sobre la competencia del juez del concurso en estas materias, cuando establece que sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas contenidas en la propia LC «en el enjuiciamiento de estas materias... deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del

1. Modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo

A) LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES, SUSPENSIONES Y EXTINCIONES DE CARÁCTER COLECTIVO

La LC dedica a tales medidas el extenso artículo 64, procediéndose a la judicialización de las mismas, en virtud de la competencia atribuida sobre estas materias al juez del concurso (107). Ello supone que el juez del concurso sustrae competencias a los órganos o personas que en situaciones extrajudiciales conocen de las mismas, pues como se sabe, en ausencia de concurso es la autoridad laboral quien autoriza la suspensión y extinción colectiva y es el empresario quien, tras el período de consultas con los representantes de los trabajadores, decide la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (108).

Cabe destacar, que tras el Real Decreto-ley 3/2009, dicha judicialización se retrasa hasta que el juez de lo mercantil declare el concurso, pues con anterioridad esa circunstancia se producía «una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso» (109).

Este cambio, en sintonía con lo apuntado al comentar la facultad de postergar la declaración de concurso que se reconoce al deudor en situación de insolvencia actual, cuando haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (*supra* II.1.1), puede resultar perjudicial a los intereses del concurso e incluso puede suponer «un efecto contrario a la agilización de los trámites para los trabajadores de empresas en inminente situación de concurso en las que no

proceso laboral» (*supra* II.2). Sobre estas cuestiones puede consultarse ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 51-52; igualmente, MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La extinción de los contratos de trabajo en empresas declaradas en concurso», en VV.AA., *El despido* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 2.ª edición, pp. 818-820.

(107) Cfr. párrafo primero, en conexión con el cometario realizado sobre el artículo 8.2 de la LC (*supra* II.2).

(108) GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, I. y MUSCHI LOAYZA, F., *ob. cit.*, pp. 401-402. En lo normativo, desde el prisma estrictamente laboral, véanse respecto a la suspensión los artículos 47 y 51 del TRLET, respecto a la extinción los artículos 51 del TRLET y el artículo 2 del Real Decreto 43/1996, y respecto a la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo el artículo 41.4 del TRLET.

En concreto, respecto a la judicialización en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, la doctrina ha criticado el excesivo alejamiento que se produce respecto al tratamiento dado a esta cuestión en el ordenamiento jurídico laboral, pues en el mismo la decisión corresponde siempre al empresario, y las desavenencias son recurribles ante el juez de lo social (cfr. artículo 41.4 del TRLET). Por ende, la doctrina ha señalado que hubiese sido más coherente dejar en manos de la administración concursal estas decisiones y atribuir su impugnación al juez del concurso a través del incidente concursal previsto en el artículo 192 de la LC (Por todos, BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 511).

(109) Cfr. antiguo apartado primero del artículo 64 de la LC.

concurra la aplicación de expedientes de regulación de empleo con carácter previo» (110).

B) LEGITIMACIÓN

En principio, los únicos legitimados para solicitar del juez del concurso estas fórmulas o medidas colectivas son la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales (111).

La legitimación de la administración concursal resulta lógica teniendo en cuenta «su condición de órgano necesario instituido por la LC sin ningún tipo de limitación y con independencia de la voluntad y el criterio del concursado» (112).

En lo que respecta a la legitimación del empresario-deudor, debe recordarse que la situación del deudor en el concurso puede ser de conservación de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, aún intervenidas, o de suspensión de tales facultades (113). Así, debe entenderse que en ambas situaciones el deudor conserva la legitimación para solicitar tales medidas, pues aunque pueda tener intervenidas o suspendidas sus facultades de gestión, continúa siendo titular de un interés protegible. Pero esta legitimación es «una mera facultad instrumental de puesta en marcha del procedimiento» (114), pues una vez rea-

(110) FERNÁNDEZ VILLARINO, R., «Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, en materia concursal», en *Weslaw.es BIB 2009/629* (AS, 2009, Estudio, núm. 4), p. 2. Además, este autor refleja adecuadamente este hecho, y realiza una comparación con la situación anterior al Real Decreto-ley 3/2009, al señalar lo siguiente: «con carácter general, antes de la propia solicitud de declaración de concurso, asistimos a una delicada situación de las relaciones laborales de la empresa. Así, la dinámica de falta de pago generalizada que deviene en insolvencia de la empresa, arrastra ineludiblemente a la obligación del puntual abono de las nóminas y —en cada vez mayor medida—, a una falta de ocupación efectiva de los trabajadores. Situaciones que potencialmente favorecen la resolución individual de los contratos de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 50.1.b) y c) del TRLET. Con anterioridad al Real Decreto-ley, la empresa podía solicitar la aplicación de la medida colectiva desde el momento de la presentación de la solicitud de concurso, a fin de evitar que dicha situación se alargase en el tiempo, generando un coste real para los trabajadores, para la propia empresa y también para el resto de los acreedores del concurso...» (p. 3).

(111) Cfr. apartado segundo del artículo 64 de la LC. Desde el punto de vista jurisprudencial véase, por todas, la STSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2007 (AS 2141/2007).

(112) FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *ob. cit.*, p. 312. En parecidos términos, BLASCO PELLICER, A., *ob. cit.*, p. 516. Centrándose en las facultades que la administración concursal tiene desde el momento de la declaración del concurso y para comprender la justificación de su legitimación en la solicitud del concurso véase MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 825.

(113) Cfr. artículo 40 de la LC.

(114) CRUZ VILLALÓN, J., «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», en *RL*, 2003, tomo II, núm. 23, p. 14 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 1946/2003).

lizada la solicitud serán los administradores concursales quienes ostentarán las facultades correspondientes mientras dure la tramitación de tales medidas, erigiéndose en «el interlocutor básico a efectos de la defensa del patrimonio empresarial y de la continuidad de la actividad productiva» (115). Sin embargo, parece que la práctica judicial está permitiendo la intervención del concursado en el expediente, con carácter voluntario, a pesar de que carezca de legitimación para suscribir el acuerdo (116).

Respecto a la legitimación de los representantes legales de los trabajadores, es lógico que sean éstos y no los trabajadores individualmente considerados los que cuenten con tal facultad, atendiendo al carácter colectivo de las medidas en cuestión. Además, la expresión «representantes legales de los trabajadores» debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo tanto a los representantes unitarios como a los sindicales (117). Las especialidades que se introducen por la LC en relación con esta legitimación son de dos tipos (118): por una parte, que no está condicionada, tal y como ocurre en los expedientes de regulación de empleo extintivos extraconcursales, a que racionalmente se presuma que la no incoación del expediente extintivo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación, lo que supone que la legitimación concursal de los representantes legales de los trabajadores es también absoluta. Y, por otra parte, que esta legitimación de los representantes legales de los trabajadores no se reconoce en el ámbito laboral en materia de expedientes suspensivos y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Partiendo de esta triple legitimación, y ante la falta de especificación legal, cabe la posibilidad de que se planteen al mismo tiempo varias solicitudes, debiéndose proceder, entonces, a la integración o acumulación de las mismas en un único procedimiento (119).

(115) *Ibidem*.

(116) Así se ha constatado en MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 826, remitiéndose al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005 (AC 149/2005) y al Auto del Juzgado del Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007 (AC 832/2007).

(117) Se profundiza en este matiz en ALBIOL MONTESINOS, I., *ob. cit.*, p. 58, partiendo de la interpretación realizada al respecto por la STS de 29 de junio de 1995 (Ar. 6251).

(118) BLASCO PELLICER, A., *ob. cit.*, p. 517.

(119) En este sentido, DURÁN LÓPEZ entiende que «la prioridad en el tiempo no debe ser regla decisiva, porque la primera solicitud no tiene porqué ser la más documentada, la más seriamente fundada o la más solvente» [DURÁN LÓPEZ, «Los efectos del concurso en las relaciones laborales», en *RL*, 2005, tomo I, núm. 8, p. 6 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 1038/2005). Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI señalan que «las solicitudes concurrentes deberían acumularse a la ya incoada, incluso si pretenden una finalidad distinta a la más antigua. [Con el convencimiento de que] se asegura así una sola decisión dando participación a todos los interesados» [FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Expediente de regulación de

Para finalizar con los sujetos legitimados, debe matizarse que a raíz de la peculiar modalidad extintiva de carácter colectivo que se regula en el apartado décimo del artículo 64 de la LC, cabe hablar de un cuarto legitimado, a saber, el propio trabajador (120). En concreto, según dicho precepto:

Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) de TRLET («la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado») tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

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

Ahora bien, como ha advertido la doctrina, «la aplicación de esta previsión normativa... suscita importantes problemas de orden práctico» (121). Por ello, a continuación se da cuenta de tales problemas, así como de las soluciones que consideramos más acertadas:

- *Cómputo de las acciones resolutorias para determinar la competencia del juez de lo mercantil y, por tanto, la aplicación del artículo 64.10 de la LC:*

empleo de las empresas concursadas», en VV.AA., *Crisis, medidas y soluciones laborales*. Santiago de Compostela: Ediciones Francis Lefebvre, 2009, p. 249. Se aboga por dicha acumulación, también, entre otros, en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., *ob. cit.*, pp. 311-312; en BLASCO PELLICER, A., *ob. cit.*, p. 518; MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 825.

(120) La finalidad de este precepto es «dar un tratamiento uniforme y homogéneo a dichas resoluciones, reconduciéndolas desde la lógica del incumplimiento contractual —que... obliga a valorar de forma objetiva el incumplimiento empresarial, sin atender a las circunstancias económicas que pueden ser la causa del incumplimiento— a la del concurso —que atiende a la situación de crisis económica empresarial—» (MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 858). Para un análisis riguroso del artículo 64.10 véase VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, 154 pp.

(121) MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, pp. 858-859.

- En primer lugar, debe partirse de la idea de que el período de referencia para llevar a cabo dicho cómputo comienza con la declaración del concurso y se mantiene hasta que haya terminado éste, por lo que las acciones resolutorias que se planteen antes de la declaración del concurso no deben computarse y seguirán su tramitación ante el juez de lo social competente, con los efectos previstos en la normativa laboral (122).
 - En segundo lugar, de la literalidad del precepto, se deduce que única y exclusivamente deben computarse las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del TRLET, sin que puedan sumarse las restantes modalidades extintivas (123).
 - En tercer lugar, debe entenderse que el juez de lo mercantil solamente será competente de cara a la aplicación del artículo 64.10 respecto a las reclamaciones que sobrepasen los umbrales numéricos mencionados, de modo que hasta ese momento todas las acciones resolutorias de ese tipo deberán presentarse ante el juzgado de lo social y tramitarse conforme al régimen del artículo 50 del TRLET, pues el juez del concurso no es competente en materia de resolución individual de relaciones laborales (124); pero conforme a la lógica de la LC, una vez que se superen tales umbrales, al erigirse entonces competente el juez del concurso, el juez de lo social deberá abstenerse de conocer nuevas acciones resolutorias y, sin lugar a dudas, se verá obligado, a través del mecanismo de la acumulación, a reconducir al juez del concurso aquellas acciones de las que estuviere conociendo (125).
- *Procedimiento de las acciones resolutorias colectivizadas*: el hecho de que el propio apartado décimo del artículo 64 establezca que tales acciones se tramitarán por el procedimiento previsto en el resto de los apartados de dicho artículo demuestra que la figura extintiva del artículo 64.10 de la LC implica no sólo una transformación de carácter adjetivo de la institución resolutoria regulada en el artículo 50.1.b) del TRLET, sino también cambios de orden sustantivo de

(122) DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *ob. cit.*, p. 169.

(123) GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., «La perturbación del Derecho del Trabajo por el Derecho Concurral: el paradigma de la institución resolutoria ex artículo 50.1.b) ET», en *AL*, 2006, tomo I, núm. 7, p. 7 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 632/2006).

(124) En este sentido, véase CRUZ VILLALÓN, J., *ob. cit.*, p. 11; así como GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., *ob. cit.*, p. 8.

(125) En concreto, entrarían en juego los artículos 50.1 y 51.1 de la LC comentados anteriormente al analizar la competencia del juez del concurso (*supra* II.2).

su régimen jurídico (126). En consecuencia, deberá abandonarse la lógica del incumplimiento contractual propia del artículo 50.1.b) del TRLET, para a través del procedimiento que se regula a lo largo del artículo 64 de la LC «valorar la adecuación de la extinción de los contratos con la situación económica de la empresa y los efectos que dicha extinción produce sobre su viabilidad futura» (127).

- *Indemnizaciones de las extinciones producidas en virtud de las acciones resolutorias colectivizadas*: por el mismo razonamiento utilizado en el párrafo anterior, la conclusión no puede ser otra que las indemnizaciones serán las correspondientes a los despidos colectivos (128).

C) SOLICITUD DE LAS MEDIDAS

Como norma general, la adopción de las medidas de carácter colectivo solamente puede solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe regulado a lo largo del Capítulo I del Título IV (artículos 74 y 75) de la LC (129). Si nos atenemos al contenido que debe tener dicho informe, así como a los documentos que se le deben unir (130), puede concluirse que «la norma ha querido esperar a que se conozca la verdadera situación patrimonial de la empresa, de la que es fotografía instantánea el informe de la administración concursal, de modo que se podrá actuar con ese conocimiento en el sentido que se estime más conveniente» (131).

Pero la norma general ha contado desde que se aprobó la LC con una excepción que permite iniciar el expediente sin esperar a la emisión del informe de la administración concursal, siempre y cuando se alegue que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, y se acredite tal circunstancia (132).

Teniendo en cuenta que dicha excepción dificultaba medidas tales como la aprobación de un expediente de regulación de empleo para toda

(126) GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., *ob. cit.*, p. 9.

(127) MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 863. Igualmente, véase CRUZ VILLALÓN, J., *ob. cit.*, p. 11.

(128) Cfr. artículo 51.8 del TRLET.

(129) Cfr. apartado tercero del artículo 64 de la LC.

(130) Cfr. artículo 75 de la LC.

(131) FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *ob. cit.*, p. 250.

(132) Cfr. apartado tercero del artículo 64 de la LC.

la plantilla o la decisión de llevar a cabo despidos colectivos cuando no había masa para atender los salarios (133), la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009 ha posibilitado que igualmente pueda iniciarse el expediente antes del informe de la administración concursal alegando «grave perjuicio de los trabajadores», siempre que también se acredite dicha circunstancia.

Además, en coherencia con la modificación introducida en el párrafo primero del artículo 64 de la LC por medio de la reforma mencionada, en el supuesto de estas dos excepciones la petición de la solicitud de las medidas colectivas al juez podrá realizarse en cualquier momento procesal «desde la declaración de concurso» y no «desde la presentación de la solicitud de la declaración de concurso» tal y como sucedía antes de la reforma.

Por lo que se refiere al contenido de la solicitud (134), con MONTOYA MELGAR, debe criticarse la redacción de la LC e interpretarse en el sentido de que la solicitud de las medidas colectivas debe exponer y justificar en todo caso (y no sólo en alguno: «en su caso» según establece la LC) las causas motivadoras de la petición. Y no sólo cuando exista esperanza de continuidad y viabilidad de la empresa sino también, y con tanta o más razón, cuando, ante la falta de viabilidad del negocio, se proponga la extinción de los contratos de trabajo (135).

En esa línea, la solicitud tendrá que comprender el tipo de medidas que se pretenden (modificaciones, suspensiones o extinciones) con expresión clara de los trabajadores afectados por las mismas (136).

Asimismo, la LC establece de manera ciertamente indeterminada que además de dicho contenido, deberán acompañarse «los documentos necesarios para su acreditación» (137). A falta de mayor concreción, de acuerdo con CRUZ VILLALÓN, parece lógico que la mención a la documentación necesaria no cumple otra función que la de otorgar libertad de criterio al solicitante en relación con lo que se debe adjuntar y, al propio tiempo, por vía del silencio excluir la exigencia del listado documental impuesto por el Real Decreto 43/1996 en supuestos extraconcursales. Es más, como señala dicho autor, la finalidad de la documentación que debe acompañarse no tiene la exclusiva finalidad de ilustrar al juez del con-

(133) RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Reformas procesales del Real Decreto-ley 3/2009 en la Ley Concursal», en *Weslaw.es BIB 2009\686 (Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, Tribuna, núm. 5), p. 3.

(134) Cfr. apartado 4 del artículo 64 de la LC.

(135) MONTOYA MELGAR, A., *ob. cit.*, p. 219.

(136) Al respecto, véase BLASCO PELLICER, A., *ob. cit.*, pp. 522-524. También puede consultarse en relación con la exposición de las medidas solicitadas, la relación de los trabajadores afectados y las causas motivadoras de las medidas que se pretenden MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, pp. 830-832.

(137) Apartado 4, *in fine*, del artículo 64 de la LC.

curso (que por lo demás, ya se encuentra informado, en virtud de la documentación que debió aportar en su momento el deudor tanto en los casos de concurso voluntario como necesario (138)), sino que constituye más un instrumento clave para el sucesivo desarrollo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores (139).

D) PERÍODO DE CONSULTAS

Una vez recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes legales de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (140). En los casos en que la solicitud de las medidas colectivas 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 prevista y de los documentos que en su caso se acompañen (141).

A pesar de que la LC no aluda al empresario concursado, por lo que ni va a ser convocado ni va a poder intervenir como parte de las mismas, y todo ello aunque sea uno de los legitimados para solicitar las medidas colectivas, nada obsta para que sea invitado por los representantes de los trabajadores y la administración concursal y participe activamente, pues no debe olvidarse que es él quien conoce las vicisitudes empresariales y es su patrimonio el que debe responder (142).

Igualmente, en la práctica, «algunas sedes judiciales, como Barcelona, han fomentado que mediadores designados por la Autoridad Laboral intervengan en el período de consultas. Incluso se utiliza físicamente la sede de la Autoridad Laboral, participando la Inspección de Trabajo o uno de sus integrantes en tal calidad de mediador, lo que institucionaliza la negociación y favorece la neutralidad del proceso, aprovechando la experiencia de esos profesionales. De paso, se facilita el ulterior informe que tiene que realizar al término del período de consultas o al alcanzar acuerdo» (143).

(138) En referencia al artículo 6 de la LC, ALBIOL MONTESINOS, I., *ob. cit.*, p. 64.

(139) CRUZ VILLALÓN, J., *ob. cit.*, p. 17.

(140) Cfr. párrafo primero del apartado quinto del artículo 64 de la LC.

(141) Cfr. párrafo tercero del apartado quinto del artículo 64 de la LC.

(142) *Vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 8 de mayo de 2006 (JUR 271972/2006). Desde el punto de vista doctrinal, véase FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *ob. cit.*, p. 254.

(143) FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *ob. cit.*, p. 254.

Por su parte, los representantes de los trabajadores podrán serlo tanto los unitarios como los sindicales. Pero en el caso de las empresas sin órganos de representación de los trabajadores, la solución más acertada, en sintonía con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral (144), parece ser la constitución de una asamblea de los trabajadores por medio de la cual se constituya una representación *ad hoc* (145).

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deben negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo, que 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 (146).

La función del juez del concurso se limita, por tanto, a la convocatoria de las partes, estableciéndose la fecha del inicio de las consultas, y a asegurarse que las partes, especialmente, los representantes de los trabajadores cuentan con toda la documentación exigible a fin de que puedan participar activamente en las mismas (147).

Obviamente, las consultas finalizarán si se llega a un acuerdo incluso antes de los plazos máximos indicados, y, a la inversa, no cabrá prórroga alguna en los supuestos en los que se agoten dichos plazos sin haber alcanzado un acuerdo.

Aunque nada diga la LC sobre el contenido del acuerdo y circunstancias para su aplicación, como señala FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, es evidente que el acuerdo admite la pluralidad de medidas colectivas a implementar:

«Ya en su fórmula “pura” (suspensiones, por naturaleza temporales; traslados y modificaciones, temporales o definitivos; o extinciones, siempre definitivas), ya “mixtas” (combinando alguna de ellas, ora desde un plano objetivo, ora subjetivo). Igualmente contendrá el elenco de trabajadores

(144) Cfr. artículo 4 del Real Decreto 43/1996.

(145) En este sentido, basándose en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 15 de abril de 2005 (JUR 279372/2005), FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., «Expediente judicial de regulación de empleo en empresas en situación de concurso (Y II)», en VV.AA., *Expedientes de regulación de empleo* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir. y AGRA VIFORCOS y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coords.). Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2009, p. 322. También en esa línea PÉREZ CAPITÁN, L., *ob. cit.*, p. 122. Otra alternativa pasa por realizar el período de consultas con las Federaciones Sindicales, tal y como se propone en GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, I. y MUSCHI LOAYZA, F., *ob. cit.*, pp. 420-421.

(146) Cfr. apartado sexto del artículo 64 de la LC.

(147) BLASCO PELLICER, A., *ob. cit.*, p. 530. No obstante, no faltan quienes consideran que el juez del concurso «podría asumir un rol mucho más activo, participando y asesorando a las partes durante todo el proceso...» [por todos, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Procedimiento concursal y derechos de los trabajadores: un repaso a la doctrina reciente de los Juzgados de lo Mercantil», en *AL*, 2008, tomo II, núm. 13, p. 3 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 23138/2008)].

incluidos, justificando convenientemente el criterio adoptado para su determinación, siempre teniendo presente... la garantía de prioridad de permanencia reconocida a sus representantes, sin margen aquí... para pautas o criterios abiertos a una posterior determinación cuando de extinción de contratos se trate (pues el auto de homologación deberá incorporar una lista cerrada de los afectados o parámetros ciertos para la fijación de la indemnización final), aun cuando sí cabrán tales márgenes en los supuestos de modificación o suspensión, llevando a la concreción subjetiva por la administración concursal (o el empresario, si no tuviera intervenida tal facultad) en un momento ulterior. Por lo demás, también podrá agregar cuantos compromisos entiendan pertinentes los interlocutores sociales en aras de atenuar los efectos para los implicados (148), tales como pactos de recolocación preferente para cuantos vean extinguidos sus contratos, cursos de formación a tal fin, etc.» (149).

Igualmente, conviene recordar que en los casos de extinciones cabe acordar indemnizaciones superiores a la legalmente establecida, pues las mismas pueden ser necesarias para desbloquear la negociación, y evitar que la masa concursal siga incrementándose con salarios y cotizaciones a la Seguridad Social (150).

E) PLAN DE ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL

Si la medida colectiva solicitada afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, debe acompañarse a la solicitud en cuestión un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (151).

(148) Posibilidad que parece referirse a aquellas empresas de menos de cincuenta trabajadores, pues en las que superen dicho número estos compromisos se pactarán en el plan de acompañamiento social.

(149) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *ob. cit.*, pp. 324-325.

(150) RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *ob. cit.*, p. 4. Extensamente, sobre esta cuestión, MOLERO MARAÑÓN, M.L., «El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal», en *RL*, 2005, tomo II, núm. 15, pp. 3-5 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 3900/2005). Desde el punto de vista jurisprudencial, véase el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, de 19 de diciembre de 2005 (AC 302/2006). Posteriormente, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 8 de mayo de 2006 (JUR 271972/2006) y Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 9 de enero de 2009 (JUR 87998/2009).

(151) Cfr. párrafo segundo del apartado quinto del artículo 64 de la LC.

En verdad, hay que diferenciar el contenido de este plan del que tienen la solicitud y los restantes documentos que deben acompañar a ésta para la acreditación de la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

De este modo, el plan de acompañamiento social se asemeja al plan que se contempla en la normativa laboral para los supuestos de despido colectivo (152), con la particularidad de que en la LC el mismo se extiende también a las suspensiones y a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Este paralelismo se traduce en que el plan de acompañamiento social debe ser considerado un instrumento de regulación de fórmulas laborales encaminadas a evitar, reducir o paliar (atenuar) las consecuencias de las medidas colectivas que se adopten a lo largo del proceso concursal (153), aunque la adopción de medidas modificativas o suspensivas ya suponga de por sí una fórmula de este tipo en comparación con las extinciones.

La particularidad que supone la exigencia de este plan en las empresas de más de cincuenta trabajadores conlleva, finalmente, a considerarlo como un subacuerdo que deberá intentarse alcanzar durante el período de consultas por las reglas ya expuestas, y que se integrará, en su caso, en el acuerdo final.

F) INFORME DE LA AUTORIDAD LABORAL

Al finalizar el plazo señalado para las consultas, o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas. Recibida dicha comunicación, el juez del concurso recabará un 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. Ahora bien, si el informe es emitido fuera de plazo, podrá ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución (154).

Aunque legalmente no se concrete la Autoridad Laboral que deba emitir dicho informe, al tratarse de una actuación que se enmarca dentro de la actividad de ejecución de la legislación laboral, debe entenderse que serán

(152) Cfr. artículo 51.4 del TRLET, en relación con el artículo 6.1.c) del Real Decreto 43/1996.

(153) MONEREO PÉREZ, J.L., *ob. cit.*, p. 13.

(154) Cfr. párrafos segundo y tercero del apartado sexto del artículo 64 de la LC.

competentes las comunidades autónomas en cuyo territorio se encuentre el juez que conoce del concurso, con la excepción de los expedientes que afecten a trabajadores destinados en varios centros de trabajo que a su vez estén situados en varias comunidades autónomas, supuesto éste último en el que será competente el Ministerio de Trabajo e Inmigración (155).

Ante la posibilidad de considerar a la Inspección de Trabajo como Autoridad Laboral competente, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha dictado el Criterio operativo núm. 71/2009, sobre actuación y emisión del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con los procedimientos de regulación de empleo (156). Así, conforme a dicho Criterio, en caso de que el juez del concurso solicite informe a la Inspección de Trabajo, ésta deberá solicitar aclaración sobre si dicho informe es el que debe emitir la Autoridad Laboral en el proceso concursal o bien otro que se solicita en base a las facultades que asisten a los Juzgados y Tribunales de solicitar informes a peritos, expertos y otras Administraciones Públicas. Pues bien, en el primero de los casos, la Inspección remitirá la petición a la Autoridad Laboral competente, dando cuenta de este hecho al juez del concurso; en cambio, en el segundo caso, cumplimentará el informe en los términos solicitados por el juez.

Por último hay que recordar que el FOGASA debe ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores (157).

G) RESOLUCIÓN JUDICIAL

Cumplidos los trámites correspondientes, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral. Debe matizarse, además, que el auto, en caso de acordarse la extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo (158).

(155) Vid. CRUZ VILLALÓN, J., *ob. cit.*, pp. 22-23.

(156) Comentado en MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 846.

(157) Cfr. artículo 184.1 de la LC.

(158) Cfr. apartado séptimo del artículo 64 de la LC.

H) RECURSOS JUDICIALES

En el ámbito de los recursos, deben diferenciarse dos aspectos de gran enjundia procesal, cuyo análisis detenido superaría las pretensiones de este estudio (159). Por una parte, contra el auto cabe la interposición del recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en el TRLPL, 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 (160). Por otra parte, las acciones que los trabajadores pueden ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, y la sentencia que recaiga podrá recurrirse en suplicación (161).

I) LAS PARTICULARIDADES EXISTENTES EN MATERIA DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE CARÁCTER COLECTIVO

Al referirse el apartado noveno del artículo 64 de la LC a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, parece asumir toda la conceptualización jurídica que sobre tales modificaciones se viene desarrollando en el seno del Derecho del Trabajo, por lo que para distinguir entre modificaciones individuales y colectivas habrá que partir de lo preceptuado por el artículo 41.2 del TRLET.

(159) Para un análisis más detenido de esta materia véanse, entre otros: MOLERO MARAÑÓN, M.L., «Régimen de impugnación contra el auto del concurso sobre medidas colectivas», en *Weslaw.es BIB 2007/1683* (AS, 2007, Presentación, núm. 46), 8 pp.; BARRIO CALLE, M.A. y LOUSADA AROCHENA, J.F., «El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales», en *AL*, 2005, tomo II, núm. 13, pp. 6-11 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 3374/2005); FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal», en *RL*, 2003, tomo II, núm. 23, 20 pp. de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 1948/2003).

(160) Cfr. párrafo primero del apartado octavo del artículo 64 de la LC. La «laboralización» que supone el hecho de que la jurisdicción social «recupere» su competencia vía recurso se justifica en el apartado X de la Exposición de Motivos de la LC, al disponerse que «para hacer plenamente efectiva la aplicación de la legislación social a las cuestiones de esta naturaleza y unificar la doctrina en tan sensible materia, se introduce el recurso de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral y las que resuelven los incidentes concursales que versen sobre la misma materia».

(161) Cfr. párrafo segundo del apartado octavo del artículo 64 de la LC, en relación con el artículo 195 de la LC que versa, precisamente, sobre el incidente concursal en materia laboral. Para la comprensión del incidente concursal en materia laboral, resulta esclarecedor el resumen que realiza FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ de la doctrina y jurisprudencia existente al respecto, estableciendo que dicho incidente no ha sido previsto «para impugnar la decisión última del juez, sino las results de aquélla, inmediatamente ejecutiva, ya sean adoptadas por la administración concursal, ya —y en su caso— por el empresario, y referidas a cuantía de las indemnizaciones, listas de afectados o (en un elenco susceptible de ser ampliado por otras variadas peticiones) acciones resolutorias» (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *ob. cit.*, pp. 349-350).

La consecuencia, por tanto, es clara: mientras que las modificaciones individuales seguirán sustanciándose ante el juez de lo social, las de naturaleza colectiva lo harán ante el juez del concurso, con las siguientes particularidades reguladas en el mencionado apartado noveno del artículo 64 de la LC:

- El derecho de rescisión del contrato con indemnización previsto en el artículo 41, apartado cuarto, en relación con el tercero, del TRLET quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.
- Esa misma suspensión debe aplicarse, igualmente, cuando se acuerda 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 de vuelta, supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Pero además de estas particularidades, este tipo de modificaciones también quedan moduladas desde el punto de vista del procedimiento concursal. Tal es así que deberán abandonarse los trámites regulados en el artículo 41.4 del TRLET, para aplicarse todos y cada uno de los trámites ya expuestos al analizar el resto de los apartados del artículo 64 de la LC, modulándose con ello incluso las causas justificativas de tales modificaciones, lo que, sin duda, supone un procedimiento más rígido y garantista (162).

Un último apunte merece la distinción que a efectos procedimentales debe realizarse atendiendo al origen y a la naturaleza de las condiciones colectivas objeto de modificación. Y ello porque, al igual que ocurre en el Derecho del Trabajo, las modificaciones de las condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario, respecto a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento, cuentan con una serie de particularidades, tal y como se verá al analizar la modulación de las fórmulas anticrisis respecto al convenio colectivo aplicable (*infra* IV).

2. La especial situación del personal de alta dirección

El hecho de que desde el punto de vista del Derecho del Trabajo se considere a la relación del personal de alta dirección como especial, y cuente,

(162) Un análisis detallado sobre el tema en LORENTE RIVAS, A., *Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 387-413.

por ese motivo, con una regulación propia y alternativa al TRLET (163), justifica que dentro de la LC se pretendan abordar las especialidades de estos sujetos en un artículo diferenciado del resto de materias laborales.

Lo que sucede es que el contenido del artículo 65 de la LC, que se encarga de esa tarea, bajo la rúbrica «contratos del personal de alta dirección» resulta limitado, en consideración con la multitud de aspectos que del concurso pueden derivarse para con estos sujetos. Evidentemente, los fines de este estudio hacen imposible el desarrollo de todas las especialidades existentes en torno a estos trabajadores, pero sí deben destacarse las siguientes:

- La administración concursal, por iniciativa propia o a instancia del empresario podrá extinguir o suspender la relación laboral con el alto directivo. En caso de suspensión del contrato, el alto directivo cuenta con la posibilidad de extinguir voluntariamente su contrato, con un preaviso de un mes. Y en ese caso, así como cuando la extinción proceda de la administración concursal, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (164). Igualmente, la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de dicho crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación.
- Los altos directivos pueden quedar comprendidos en el concepto de «personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, en virtud de lo establecido en el artículo 93.2.2 de la LC, generándose entonces, entre otras, las siguientes consecuencias (165):
 - Conforme al artículo 118.2 de la LC no pueden ser apoderados en la Junta de acreedores.
 - Según el artículo 122.1 de la LC no tienen derecho a voto los titulares de créditos subordinados, y subordinados son conforme al artículo 92 los créditos de que sean titulares las personas relacionadas con el deudor.

(163) Cfr. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección (BOE de 12 de agosto de 1985, núm. 192).

(164) En torno a estas indemnizaciones, *vid.* MONTAÑA MEDINA, D., «La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes (1)», en *AL*, 2009, tomo I, núm. 2, pp. 5-8 de la versión de Internet www.laleylaboral.com (*La Ley* 41158/2008).

(165) MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*. Madrid: Civitas, 2004, 2.ª edición, pp. 719-720.

- Según el artículo 71.3.1 de la LC el perjuicio patrimonial se presume, a efecto de acciones de reintegración si se trata de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.
- Cuando el concurso se califica de culpable (*supra* II.1.1), el alto directivo puede ser considerado persona afectada o cómplice, lo que supondría, de entrada, la inhabilitación de las afectadas y la pérdida de derechos como acreedores en ambos casos (166).

3. La sucesión de empresa

A pesar de que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (167), permite a las legislaciones nacionales flexibilizar los derechos de los trabajadores cuando tales traspasos se produzcan en situaciones concursales, la verdad es que la LC ha preferido respetar la esencia garantista del artículo 44 del TRLET, y se ha limitado a modularla en algunos aspectos.

De este modo, las previsiones sobre la transmisión de la empresa o de alguna unidad productiva se contienen en las dos soluciones del concurso previstas por la LC, a saber, el convenio y la liquidación.

Comenzando por la solución del convenio, la regulación permite incluir en la propuesta de convenio «propuestas de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expuestos en la propuesta de convenio. En estos casos deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores» (168).

La indeterminación de esta regulación respecto al tratamiento que en la propuesta de convenio deben tener las garantías laborales del artículo 44 del TRLET obliga a concretar dos aspectos esenciales para el adquirente:

(166) Cfr. artículos 166 y 172 de la LC. Al respecto, véase MOLERO MANGLANO, C., *ob. cit.*, p. 721.

(167) DOUE de 22 de marzo de 2001, L 82/16.

(168) Artículo 100.2, párrafos segundo y tercero, de la LC.

- Por una parte, parece ser que habrá que estar a los términos de la propuesta de convenio para determinar en qué medida responde el adquirente del pago de los salarios impagados por el cedente; se modula, por tanto, la responsabilidad solidaria entre cedente y adquirente durante tres años respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, que establece el apartado tercero del artículo 44 del TRLET, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos (169).
- Por otra parte, constituyendo el convenio concursal parte del proceso concursal es evidente que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las suspensiones y las extinciones de carácter colectivo, así como las modificaciones de las condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios, respecto a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento, no podrán llevarse a cabo al margen de lo preceptuado en los artículos 64 y 66 de la LC.

Por su parte, la solución de la liquidación es más detallada, debiéndose distinguir dos supuestos, dependiendo de que la liquidación se lleve a cabo con plan o sin plan (170):

- *Liquidación con plan.* El plan debe contemplar, siempre que sea factible la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos (171). Asimismo, el plan debe someterse a información de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, que, de formularse, se resolverán por auto (172). Y, cuando las operaciones previstas en el plan supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del

(169) En opinión de GONZÁLEZ GONZALO, esta interpretación se sostiene por dos razones: «Primero, porque la LC es una ley posterior que, al contemplar la incidencia del concurso de acreedores sobre las relaciones laborales, tiene también carácter especial... Segundo, porque es conforme con la Directiva 2001/23/CE, cuyo artículo 5.1, en relación con el artículo 3, establece que cuando la transmisión de empresa se haya realizado en el marco de un procedimiento concursal, el cesionario no responderá solidariamente con el cedente por las deudas laborales anteriores al traspaso ni estará obligado a mantener las condiciones de trabajo, salvo disposición en contrario por parte del Estado miembro» GONZÁLEZ GONZALO, A., «Comentario al artículo 100 de la LC», en VV.AA., *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.). Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, p. 1160.

(170) DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *ob. cit.*, pp. 186 y 187.

(171) Cfr. artículo 148.1 de la LC.

(172) Cfr. artículo 148.3 de la LC.

plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC (173). En relación con la posible moderación de la responsabilidad solidaria del artículo 44.3 del TRLET, parece ser que, aunque nada se establezca en los supuestos de liquidación con plan, deberá aplicarse analógicamente lo preceptuado para los casos en los que no exista plan.

- *Liquidación sin plan.* En primer lugar, al igual que sucede en las liquidaciones con plan, en el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 64 de la LC (174). En segundo lugar, cuando como consecuencia de la enajenación una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, deberá considerarse, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa (175). Por ende, en principio será de aplicación el artículo 44 del TRLET. Sin embargo, la virtualidad de este último precepto queda modulada porque el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 del TRLET (176). Finalmente, se amplía el listado de sujetos con legitimación negocial colectiva (177), al establecerse que «para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo» (178). Esta última posibilidad deberá enmarcarse en

(173) Cfr. artículo 148.4 de la LC.

(174) Cfr. artículo 149.1.2 de la LC.

(175) Cfr. artículo 149.2 de la LC.

(176) Procede traer a colación la siguiente explicación dada al respecto por DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO: «La norma exonera al adquirente de responsabilidad, pero únicamente de los importes de las deudas que le correspondería abonar al FOGASA en virtud de lo dispuesto en números 1 y 2 del artículo 33 del TRLET. Esto supone, en primer lugar, que el FOGASA abonará efectivamente esos importes, cuyo pago no le hubiera correspondido si se hubiera aplicado plenamente el régimen del artículo 44.3 del TRLET y, en segundo lugar, que el FOGASA no podrá pedir el reintegro de lo abonado al adquirente. Pero, como se trata de importes de cuantía limitada, las deudas que excedan de lo que corresponde abonar al FOGASA si entrarán en el ámbito de responsabilidad del adquirente conforme al artículo 44.3 del TRLET» (DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *ob. cit.*, p. 187).

(177) MALDONADO MONTOYA, J.P., «Concurso», en VV.AA., *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»* (SEMPERE NAVARRO, A.V., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; y AGUILERA IZQUIERDO, R., Dirs. y Coords.). Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2009, p. 320.

(178) Artículo 149.2, *in fine*, de la LC.

los trámites regulados por los artículos 64 y 66 de la LC, según proceda, al desarrollarse en una fase —la de liquidación— incluida todavía dentro del proceso concursal.

IV. La modulación de las fórmulas anticrisis respecto al convenio colectivo aplicable

Como se ha apuntado en el apartado relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo [*supra* III.1.I)], las modificaciones establecidas en convenios colectivos estatutarios respecto a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento, cuentan con una serie de particularidades, tal y como sucede en el Derecho del Trabajo.

Por ello, de manera similar a lo realizado por el artículo 41.2 del TRLET, el artículo 66 de la LC señala que la modificación de las condiciones establecidas en convenios estatutarios (y se entiende también en aquellos acuerdos o pactos de empresa que pudieran gozar de la misma naturaleza), sólo podrá afectar a las materias referidas y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

Pero nuevamente la LC modula el contexto de esta fórmula anticrisis, pues debe entenderse que constituye una forma específica, por acuerdo con los representantes de los trabajadores, de modificación colectiva de las condiciones de trabajo del artículo 64 de la LC. Por consiguiente, el preceptivo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores no se ordenará por los cauces y procesos previstos en el artículo 41 del TRLET, sino que tendrán que aplicarse las causas, el régimen y los procedimientos previstos en el artículo 64 de la LC, con la especialidad de que, conforme al artículo 66 de la LC, la representación de los trabajadores no es llamada a consultas sino a iniciar una auténtica negociación colectiva (179).

Ahora bien, este tipo de modificaciones no deben confundirse con aquellas fórmulas anticrisis que no requieren negociación posterior y *ad hoc*, por la sencilla razón de encontrarse reconocidas por un convenio colectivo estatutario de ámbito superior a la empresa, como es el caso de los posibles descuelgues salariales.

En efecto, cuando un convenio colectivo supraempresarial prevea las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación, podrá utilizarse este

(179) TRUJILLO DÍEZ, I.J., «Comentario al artículo 66 de la LC», en VV.AA., *Comentarios a la Ley Concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.). Madrid: Tecnos, 2004, vol. I, pp. 785-786.

descuelgue sin sujeción a los trámites concursales regulados en los artículos 64 y 66 de la LC, pues en realidad con ello no se modifica ninguna condición, sino que simplemente se está «activando» una cláusula regulada en el convenio colectivo (180).

Por el contrario, si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de descuelgue o inaplicación, su posterior negociación, siempre y cuando así lo requiera la situación económica de la empresa, deberá sujetarse a los trámites o procedimientos derivados de los artículos 64 y 66 de la LC.

(180) Cfr. artículos 3.1.b), 82.3 y 85.3.c) del TRLET. Sobre esta argumentación, véase MOLERO MARAÑÓN, M.L., «Régimen jurídico de los acuerdos concursales», en VV.AA., *Manual Jurídico de Negociación Colectiva* (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir. y LAHERA FORTEZA, J., Coord.). Madrid: La Ley, 2007, pp. 746-750.

LABURPENA: Ikerlan honen bidez, konkurtso-egoeran dauden enpresetako lan-harreman garrantzitsuenen ikuspegi orokorra azaldu nahi da.

Horretarako, abiapuntutzat hartu da lan-zuzenbidearen eta konkurtso-zuzenbidearen artean dagoen antzekotasuna eta desberdintasuna, negozio juridikoari eta, beraz, enpresari eusteko printzipioari dagokionez.

Ondoren, sakon aztertu da konkurtso-adierazpenak duen garrantzia, adierazpen hori baita lan-arloan krisiaren aurka egiteko baliatu ohi diren formulak moldatu ahal izateko oinarria. Halaber, 3/2009 Errege Lege-dekretuaren ondorioz Konkurtso Legean egin diren berrikuntza aipagarrienetako batzuk komentatu dira.

Amaitzeko, konkurtso-egoerak ezarritako berezitasunekin bat etorritik, komentatu dira krisiaren aurka egiteko formulen moldaketak, halakoek lan-harremanak ukitzen dituzten heinean, dela lan-kontratuaren alorrean, eta zehatzago, izaera kolektiboko dituzten heinean, dela lan-kontratuaren alorrean, eta zehatzago, izaera kolektiboko funtsezko aldarazpen, etete eta azkentzei, goi zuzendaritzako langileen egoera bereziari eta enpresa-ondorengotzari begira, dela hitzarmen kolektibo aplikagarriaren alorrean.

HITZ GAKOAK: Konkurtso-zuzenbidea eta lan-zuzenbidea. Negozio juridikoari eusteko printzipioa. Konkurtso-egoera. Konkurtso-egoeran dauden enpresetako lan-harremanak. Lan-arloan krisiaren aurka egiteko baliatzen diren formulen moldaketa.

RESUMEN: A través de este estudio se pretende dar una visión general de las principales relaciones laborales en las empresas concursadas.

Para ello, se parte del paralelismo y de la disfunción existente entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal, en lo que respecta al principio de conservación del negocio jurídico y, por ende, de la empresa.

A continuación, se profundiza en la importancia que tiene la declaración del concurso como punto de partida en la eventual modulación de las fórmulas laborales anticrisis, y se comentan algunas de las novedades más destacables que se han introducido en la Ley Concursal por medio del Real Decreto-ley 3/2009.

Finalmente, conforme a las particularidades impuestas por la situación concursal, se comentan las modulaciones de las fórmulas anticrisis que afectan a las relaciones laborales, en materia de contrato de trabajo, y más concretamente en lo que se refiere a las modificaciones sustanciales, suspensiones y extinciones de carácter colectivo, a la especial situación del personal de alta dirección y a la sucesión de empresa, así como en materia de convenio colectivo aplicable.

PALABRAS CLAVE: Derecho Concursal y Derecho del Trabajo. Principio de conservación del negocio jurídico. Situación concursal. Relaciones laborales en empresas concursadas. Modulación de fórmulas laborales anticrisis.

ABSTRACT: The purpose of the present study is to provide a broad picture of the key employment relations, which take place in companies that are subject to insolvency procedures.

In order to achieve this goal, the present study sets off to identify the existing parallelism, and yet malfunctions, that can be observed between Labour Law and

Insolvency Law. Particularly, when the time comes to address the principle of preservation, embedded in all legal transactions, and owingly in every business.

Moving forward, the study looks into the importance of the insolvency procedure eing declared, in order to steer the company away from the difficulties it may be undergoing. This moment will determine the labour related strategy to be favoured, since it will follows from an array of existing choices determined by the Law. The most relevant of these measures, introduced into the wording of the Insolvency Law text, through Royal Decree 3/2009, are equally discussed in the study, given their importance.

Finally, the present study contemplates the manner in which the aforesaid measures are to be observed, in accordance with the specificities of the insolvency procedure in place. Accordingly, the focus shifts in the final part of the study to the employment relations existing between the employer and the employee, and in particular, to the contract of employment, and to the changes that may occur to the terms of the contract, including a possible suspension to the duty to perform under the contract, the company's resource to calling for collective redundancies, the situation of senior management contracts once the insolvency procedure has been initiated, possible situations arising out of potential transfers of undertakings, or the relevance of the Collective Agreement that may be in place.

KEYWORDS: Insolvency Law and Employment Law. Principle of preservation of legal transactions. Insolvency Procedure. Employment relations in Company's subject to Insolvency Procedures. Labour measures adopted to overcome a crisis, and their observance.