

LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN EL CONCURSO. NOVEDADES DE LA REFORMA CONCURSAL.

NURIA A. ORELLANA CANO
MAGISTRADA ESPECIALISTA DE MERCANTIL
TITULAR DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE CADIZ
VOCAL DE LA SECCION ESPECIAL PARA LA REFORMA CONCURSAL
DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

En el ámbito laboral, la Exposición de Motivos de la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, incide en las consecuencias que sobre el empleo tienen los concursos, y en la necesidad de que la reforma no olvide las cuestiones sociales latentes y opere una mejora notable de la protección de los trabajadores afectados. En la ponencia pretenden abordarse las principales novedades que dicha Ley ha introducido en el art. 64 de la Ley Concursal, que regula el procedimiento por el que el juez del concurso ha de conocer de la regulación de empleo de empresas concursadas, en virtud de las competencias laborales atribuidas al mismo, tanto para conocer de suspensiones o extinciones de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (típica regulación de empleo), como de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por dichas causas, incluidos los traslados colectivos.

I. EL MANTENIMIENTO DE LA ATRIBUCION DE COMPETENCIAS LABORALES AL JUEZ DEL CONCURSO

Al abordar la reforma de la Ley Concursal en materia laboral resulta inevitable en primer lugar cuestionarnos si debe mantenerse la competencia del juez del concurso para conocer de expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado, ya que fundamentalmente desde el ámbito sindical, y alguna doctrina laboralista, cuestionan la conveniencia de dicha atribución competencial, reivindicando su atribución a la jurisdicción social. La Ley 38/2011 ha optado por mantener la competencia del juez del concurso, aun cuando mejora la redacción del art. 64 LC, y aclara el ámbito competencial del juez del concurso.

Debe tenerse en cuenta que la atribución por la Ley Concursal 22/2003, al juez del concurso de competencias laborales, no ha supuesto, al menos en todos los casos, una sustracción de competencias a la jurisdicción social, sino al propio empresario o a la Autoridad laboral. Efectivamente, en el caso de los expedientes de suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, se le atribuyen al juez del concurso, competencias que fuera del concurso no corresponden a órganos judiciales, sino administrativos, y en concreto a la Autoridad laboral (salvo en los casos excepcionales en los que ésta aprecia dolo, coacción, fraude o abuso de

derecho, en cuyo caso conoce el Juez de lo social), y en el caso de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al empresario, y sólo cuando su decisión es recurrida conoce la jurisdicción social, pero sólo por vía de impugnación.

Las únicas competencias atribuidas al juez del concurso por la Ley 22/2003 que sí han supuesto una sustracción a la jurisdicción social son la relativa a la suspensión o extinción de contratos del personal de alta dirección del art. 65 LC (cuyo conocimiento al juez del concurso vía impugnación de la decisión de la administración concursal no se discute), y a la colectivización de acciones resolutorias individuales del art. 50.1.b) del art. 64.10 LC, pero dicho precepto, cuya redacción originaria resultaba ciertamente criticable, lo que parece pretender es otorgar un tratamiento unitario para los trabajadores del concursado, y una coordinación con la jurisdicción social.

Sólo si la competencia para conocer de los expedientes de regulación de empleo en situaciones extraconcursoales se atribuyera a la jurisdicción social en primera instancia, podría cuestionarse su sustracción al juez del concurso, pero eso por ahora no parece que vaya a ocurrir, ni siquiera con la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en la que únicamente se contempla la atribución a las Salas de lo Social de los recursos contra las resoluciones dictadas por la Autoridad laboral en regulación de empleo, lo que resulta coherente con la Ley Concursal, que atribuye igualmente la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones del juez del concurso a dichas Salas, pero no tiene sentido que se atribuya en situaciones concursoales a los Juzgados de lo Social una competencia que no tienen en situaciones extraconcursoales.

Por tanto, mientras la regulación de empleo siga en los mismos términos, no procede cuestionarse la competencia del juez del concurso para conocer de expedientes de regulación de empleo de empresas concursadas, y en este sentido la Ley 38/2011, con buen criterio, no modifica dicha atribución competencial.

II. COMPETENCIAS LABORALES DEL JUEZ DEL CONCURSO: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

La Ley Concursal, en su redacción originaria, atribuye al juez del concurso, la competencia para conocer de los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y de suspensión o extinción de los contratos de trabajo en que sea empleador el empresario (arts. 8.2 y 64 LC).

La omisión en la Ley Concursal de los traslados colectivos regulados en el art. 40 LC, llevó a la doctrina laboralista a plantearse si la competencia del Juez del concurso se extendía también a los mismos, habiendo considerado mayoritariamente que el juez del concurso también es competente para conocer de los traslados colectivos que supongan movilidad geográfica, con base en el artículo 64.9 párrafo tercero de la Ley Concursal. La Ley 38/2011 viene a aclarar esta competencia en el sentido propugnado por la doctrina, modificando los arts. 64.1. I, 148.4 y 149.1.2ª LC, para incluir entre las competencias del

juez del concurso la de conocer de los traslados colectivos, incluyéndola en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Por otra parte, la reforma laboral operada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introduce un párrafo 2º en el art. 47 ET para regular la reducción temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, como instrumento que favorece la flexibilidad interna de la relación laboral, lo que hacía igualmente cuestionarse si el juez del concurso resulta competente para conocer asimismo de dicha medida, definida en el precepto como *“la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”*. Aunque dicha competencia podría ser atribuida al juez del concurso, bien considerándola una modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien por su analogía con la suspensión dada su ubicación sistemática (Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 25 de julio de 2011), la Ley 38/2011 atribuye expresamente esta competencia al Juez del concurso al introducir un párrafo 2º en el art. 8.2 LC, que establece: *“Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.”*

Por último, en cuanto a la competencia para conocer de las suspensiones de contratos de trabajo por causas objetivas, la utilización del plural del adjetivo *colectivas*, para referirse a la suspensión y a la extinción, parece indicar que el juez del concurso sólo es competente para conocer de las suspensiones que revistan dicho carácter aplicando los límites del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

La mayoría de la doctrina laboralista no se cuestionaba el carácter colectivo de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de extinción de los contratos por causas económicas técnicas, organizativas o de producción (arts. 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores), pero la problemática surgía en relación con las suspensiones, ya que el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores (en la redacción anterior a la Ley 35/2010) que regula la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se limitaba a remitir al procedimiento del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores relativo a los despidos colectivos. Mayoritariamente se entendía que había que aplicar a las suspensiones los mismos límites numéricos del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores a efectos de su tramitación ante el juez del concurso. Ello ha motivado que en el Proyecto (siguiendo los trabajos de la Comisión), se haya modificado el art. 64.1.I, para utilizar el término *“colectivas”*, e igualmente se ha añadido dicho adjetivo en los arts. 148.4 y 149.1.2º LC en sede de liquidación.

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, cabe replantearse si el juez del concurso ha de conocer sólo de las suspensiones basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de carácter colectivo, o de todas las suspensiones, ya que dicha Ley ha introducido, a estos efectos, una importante modificación del art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, declarando aplicable el procedimiento del artículo 51 ET, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por

la suspensión. Aplicando este precepto en sede concursal (dada la remisión del art. 64.11 LC), cabe colegir que el juez del concurso ha de conocer de todas las suspensiones, lo que supondría revisar nuevamente el adjetivo colectivas modificado en por la Ley 36/2011, ya que esta modificación procede de los trabajos de la Comisión de Codificación, anteriores a la Ley 35/2010.

III. INCIDENCIA DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DEL ART. 64 EN LA REGULACIÓN DE EMPLEO ANTE LA AUTORIDAD LABORAL

La Ley 38/2011 viene igualmente a solucionar la problemática de los expedientes de regulación de empleo en trámite ante la Autoridad laboral a la fecha de declaración de concurso, introduciendo los párrafos 2º y 3º en el art. 64.1, que prevén que si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral remitirá lo actuado al Juez del concurso. El Secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción del expediente, citará a comparecencia a los legitimados para iniciar el expediente (administración concursal, concursado o representantes de los trabajadores) para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas conforme a lo previsto en el art. 64, conservando validez las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso. De esta forma se salvaguarda, tras la declaración de concurso, la competencia del juez que conoce del mismo, para acordar la suspensión de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ERTE), o el despido colectivo por dichas causas (ERE), pero al propio tiempo no se perjudica a los trabajadores dilatando el procedimiento, porque se permite que conserven validez las actuaciones practicadas en el expediente de regulación de empleo extraconcursal. Ahora bien, si en el expediente ante la Autoridad laboral ya hubiera recaído resolución autorizando la medida, la reforma ha previsto que corresponda a la administración concursal la ejecución de la resolución.

IV. MEJORAS EN LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DEL ART. 64 LC: LEGITIMACION, SOLICITUD, PERIODO DE CONSULTAS Y ACUERDO

Se van a exponer a continuación las novedades introducidas en la tramitación del expediente del art. 64 LC, que afectan fundamentalmente al periodo de consultas.

4.1. Ausencia de órgano de representación de los trabajadores

La Ley Concursal prevé la legitimación del órgano de representación de los trabajadores, tanto para solicitar el expediente, como para intervenir en el periodo de consultas y suscribir el acuerdo, en su caso, resultando frecuente encontrarnos con empresas en concurso que carecen de órgano de representación legal de los trabajadores. La ausencia de una previsión expresa llevó a los Juzgados de lo Mercantil a subsanar dicha

deficiencia, primero aplicando supletoriamente el art. 4 del Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo aprobado por Real Decreto 43/1996 de 19 de enero del RD 43/1996 de 19 de enero (derogado por el RD 801/2011, de 10 de junio), y tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, aplicando el art. 41.4 ET.

La Ley 38/2011 viene a reconocer de forma expresa esta aplicación supletoria, y siguiendo la modificación operada en dicho precepto por la citada Ley 35/2010, prevé que en caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos puedan atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto prevé que la representación de los trabajadores se otorgue, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa. Y además, con la reforma del art. 64.2 LC, se ha añadido una previsión para los casos en los que no se proceda a la designación de representantes en el plazo de cinco días previsto en el art. 41.4 ET, en cuyo supuesto, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.

4.2. Participación del concursado en el periodo de consultas

Una de las novedades, prevista ya en el texto del Anteproyecto, ha sido la posibilidad de participación del concursado en el periodo de consultas en casos de intervención de las facultades patrimoniales, que venía siendo admitida en algunos supuestos por los Juzgados de lo Mercantil (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007, caso Delphi). No obstante, dicha previsión recogida en el párrafo 2º del art. 64.5 LC, parece estar en contradicción con el párrafo 1º del mismo precepto que incluye al concursado en los convocados a consultas.

En el Auto de admisión de la solicitud, el juez ha de convocar a las partes a periodo de consultas. En la redacción originaria del art. 64.5 LC, se convocaba a periodo de consultas a la administración concursal y a la representación de los trabajadores. En el texto del Anteproyecto, se mantenía la redacción del párrafo 1º del art. 64.5 LC. En la tramitación parlamentario del Proyecto, si observamos el texto que pasó al Senado publicado en el Boletín de las Cortes de 3 de agosto de 2011 (y el que volvió del Senado al Congreso), se había suprimido todo el contenido originario del art. 64.5 LC, incluidas las reformas introducidas por el Anteproyecto (intervención del concursado en el periodo de consultas, sustitución por mediación o arbitraje, pacto de indemnizaciones superiores), quedando reducido el apartado 5º a regular la posibilidad de llamar al periodo de consultas a personas que constituyeran unidad de empresa. Evidentemente se trataba de una omisión involuntaria, ya que no parece que el legislador concursal pretendiera suprimir el periodo de consultas, ya que se mantiene el texto del apartado 6º relativo a la negociación durante el periodo de consultas. Advertido el error *in extremis*, se incluyó nuevamente el texto completo del apartado 5º del art. 64 LC, pero la supresión ha sido que

se modifica su párrafo 1º y se convoca al periodo de consultas también al concursado, lo que parece estar en contradicción el párrafo 2º del art. 64.5 LC, por lo que considero que el legislador de la reforma no pretendía que el concursado interviniera en todo caso en el periodo de consultas, ya que párrafo 2º limita su participación a los supuestos de intervención de facultades patrimoniales (que es el texto reformado en el Anteproyecto), y conforme al apartado 6º del art. 64, la legitimación para negociar y suscribir el acuerdo se limita a la administración concursal y a la representación de los trabajadores.

4.3. Sustitución por procedimiento de mediación o arbitraje

Se permite igualmente a la administración concursal y a la representación de los trabajadores que soliciten del juez la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, lo que podrá acordar en cualquier momento, si bien, deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas (no más de 30 o 15 días naturales, según que la empresa cuente con 50 o más trabajadores, o con menos de 50, respectivamente).

Esta modificación obedece a la adaptación de la Ley Concursal a la reforma operada por la Ley 35/2010, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, que ha previsto igual sustitución del periodo de consultas en los traslados colectivos (artículo 40.2 último párrafo ET), en la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41.4.V ET) y en los despidos colectivos (artículo 51.4.VI del ET).

4.4. Intervención de personas que puedan constituir unidad de empresa

Igualmente, la representación de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, pudiendo interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación, y pudiendo asimismo reclamar, a fin de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Debe tenerse en cuenta que la documentación contable consolidada deberá ya constar en el concurso en caso de grupos de sociedades, conforme al art. 6.3.4º LC.

4.5. Carácter innecesario del periodo de consultas cuando se acompaña el acuerdo

Cuando con la solicitud del expediente del art. 64 LC se aporta un acuerdo, algunas resoluciones de Jueces de lo Mercantil venían entendiendo cumplido el trámite del periodo de consultas (Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 12 de agosto de 2008, asunto Martinsa Fadesa), para dotar de mayor celeridad a la tramitación del expediente, sobre todo en casos dramáticos en los que urge el acceso a la situación legal de desempleo. Esta práctica judicial ha sido acogida por la reforma en el párrafo 3º del artículo 64.6 LC.

4.6. Pacto de indemnizaciones superiores al mínimo legal

Los pactos, en el periodo de consultas, de indemnizaciones superiores al mínimo legal previsto para el despido colectivo en el art. 51.8 ET (20 días por año con un máximo de 12 mensualidades), han venido siendo admitidos por la doctrina de los Juzgados de lo Mercantil y Salas de lo Social (entre ellas, la STSJ de País Vasco de 12 de septiembre de 2006). La Ley 38/2011 contempla expresamente dicha posibilidad en el párrafo 4º del art. 64.6 LC, que prevé que en el acuerdo se recoja la identidad de los trabajadores afectados y se fijen las indemnizaciones, que deberán ajustarse a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores. Por tanto, la ponderación de los intereses afectados por el concurso constituye presupuesto para poder pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal, ponderación que considero, deberá efectuar la administración concursal y valorar el juez.

V. RESOLUCIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO, TRÁMITE DE AUDIENCIA Y EFECTOS

En caso de acuerdo en el periodo de consultas, el juez lo aceptará, salvo que en la conclusión del mismo, se aprecie dolo, coacción, fraude o abuso de derecho. En otro caso, el juez resolverá lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Si no hay acuerdo, al finalizar el plazo señalado, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.

Había sido objeto de críticas, la ausencia de contradicción en el expediente judicial de regulación de empleo, ya que, frente a la facultad de la Autoridad laboral de oír a la administración concursal y a la representación de los trabajadores, no se contemplaba un trámite similar ante el Juez del concurso. Con la reforma se introduce una fase de contradicción en los casos de falta de acuerdo, ya que se prevé que en dicho supuesto el Juez del concurso dé audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el Secretario judicial les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental, pudiendo el Juez sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días, tras el cual resolverá lo que proceda aplicando la legislación laboral.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte (de conformidad con el criterio expuesto en la Resolución de la Subdirección General de Prestaciones de 10 de marzo de 2009), salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior, y 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. De esta forma se permite diferir los efectos de la resolución a un momento posterior (no anterior, como a veces se pretende en los acuerdos).

VI. IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO: RECURSO DE SUPPLICACIÓN E INCIDENTE CONCURSAL LABORAL

Contra el Auto del Juez del concurso dictado en el expediente del art. 64, la Ley Concursal contiene una doble vía impugnatoria. De una parte, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la legislación de procedimiento laboral, resultando aplicable a partir del 11 de diciembre de 2011, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Dichos recursos se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. La novedad a este respecto es la regulación de la legitimación para recurrir, y viene a solucionar la problemática planteada en la práctica respecto a la legitimación de trabajadores individualmente considerados para recurrir en suplicación, que con la reforma se excluye.

El recurso de suplicación plantea otra cuestión no resuelta en la reforma, que es la relativa a la necesidad de consignar el importe de la condena para recurrir por la administración concursal o el concursado pese a la situación de concurso. La exención de la consignación no ha sido recogida en la reforma de la LC operada por Ley 38/2011 ni en la nueva LRJS (Ley 36/2011), por lo que estimo que es igualmente exigible la consignación en los casos de concurso de la empresa concursada.

Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado de forma diversa sobre el tema aunque mayoritariamente vienen exigiendo la consignación. En este sentido se han pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en resolución de 13 de mayo de 2008 Rec. 248/08, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la de 5 de febrero de 2008 y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la de 26 de septiembre de 2007. Con criterio favorable a la exención de la consignación o aval del importe de la condena, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en Auto de 5 de febrero de 2009 y Sentencia de 29 de octubre de 2009 Rec. 1660/09. Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el Auto de 7 de junio de 2011, que tiene por no preparado el recurso de casación para unificación de doctrina por faltar el requisito de la consignación del importe de la condena. Según dicha resolución, la falta de consignación o depósito de la cantidad objeto de condena para recurrir en casación por unificación de doctrina es un defecto insubsanable. La empresa alega que se encuentra en pleno proceso de concurso y, por tanto, no puede disponer de liquidez ni adquirir aval. Sin embargo, el Tribunal Supremo resuelve que, igual que los administradores concursales pueden autorizar el pago de los salarios de los trabajadores que aún prestan sus servicios en la empresa, también podrán realizar consignaciones en metálico y, en todo caso, pueden solicitar autorización al juez de lo mercantil.

Junto al recurso de suplicación, cuya legitimación es colectiva, como se ha aclarado en la reforma, el incidente concursal laboral es la vía otorgada por el legislador concursal a los

trabajadores individuales afectados por el Auto que acuerda la modificación sustancial, la suspensión o la extinción colectiva de los contratos de trabajo, para impugnar aquellas cuestiones que afecten a su relación laboral individual, de conformidad con el artículo 64.8 párrafo segundo de la Ley Concursal. La sentencia que recaiga en el incidente concursal será recurrible en suplicación. Por lo tanto, cabe recurso de suplicación contra el Auto que acuerde la extinción o suspensión colectivas y, contra la Sentencia que resuelva el incidente concursal laboral.

En cuanto a la impugnación a través del incidente concursal laboral de las cuestiones relativas a la relación jurídica individual de los trabajadores, por una parte, se reconoce expresamente la legitimación del FOGASA, además de la legitimación individual de los trabajadores, y por otra, se da solución al plazo para el ejercicio de la acción, que será de un año desde que el trabajador conoció o debió conocer el auto del Juez del concurso. Entiendo que la expresión “pudo conocer” va referido a trabajadores incluidos en el expediente, en el que ha intervenido la representación legal, sindical o la comisión del art. 64.2, cuando el Auto a sido notificado a dichos representantes de los trabajadores. Distinto será el caso del trabajador no incluido en el expediente, recayendo en el mismo la carga de la prueba de acreditar cuando conoció la resolución del juez del concurso.

VII. MODIFICACION DE LA COLECTIVIZACIÓN DE ACCIONES RESOLUTORIAS INDIVIDUALES: EL ART. 64.10 LC.

El artículo 64.10 LC, en su redacción originaria, vino a suponer la colectivización de las acciones resolutorias individuales previstas en el art. 50.1. b) Estatuto de los Trabajadores (por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario), que pueden ejercitar los trabajadores en los supuestos de empresa concursada, cuando se superen determinados umbrales numéricos en función de la plantilla de la empresa. En concreto, la extinción había de afectar a un número de trabajadores que superara, desde la declaración de concurso, los siguientes límites (artículo 64.10): (i) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa; (ii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores; (iii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

La finalidad de la norma era evitar que los trabajadores accionaran de forma individual cuando la empresa había sido declarada en concurso, obteniendo indemnizaciones superiores a la de los trabajadores incluidos en un expediente de extinción colectiva del art. 64 LC, pero su aplicación había planteado una variada problemática (cómputo de acciones, indemnización procedente, tramitación una vez alcanzados los límites numéricos, etc.), sin que además se lograra el objetivo pretendido.

La solución legal propuesta por el legislador reformista mejora la redacción vigente a efectos de la finalidad pretendida y de su aplicación práctica, ya que prevé que las acciones resolutorias basadas en la situación económica o de insolvencia (no sólo del art.

50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores), con independencia del número de trabajadores afectados, se suspendan ante los Juzgados de lo Social desde que se acuerde la iniciación del expediente del art. 64 LC, y se consideran colectivas a partir de la solicitud de concurso. Si el juez del concurso dicta Auto declarando la extinción, se producen efectos de cosa juzgada sobre los procesos suspendidos ante los Juzgados de lo Social.

VIII. OTRAS NOVEDADES DE LA REFORMA CONCURSAL EN MATERIA LABORAL

8.1. Reformas de los artículos 6, 27 y 44 de la Ley Concursal.

A) La plantilla de la empresa como documentación de la solicitud

La Ley 38/2011 ha introducido un apartado 5º en el art. 6 LC, relativo a la documentación que el deudor ha de aportar con la solicitud de concurso voluntario, o en su caso, tras la declaración de concurso necesario (art. 21.1.3º LC), para incluir expresamente, la identidad de la plantilla de trabajadores de la plantilla de la empresa, en su caso, y la identidad del órgano de representación de los trabajadores si lo hubiere.

B) El nombramiento de la representación de los trabajadores como administrador concursal acreedor

La Ley 38/2011 ha introducido en el artículo 27.2.3º de la Ley Concursal la posibilidad de designar a la representación de los trabajadores como administrador concursal acreedor.

Con dicha reforma, en la mayoría de los concursos, el órgano de administración concursal estará compuesto por un único miembro (abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, que reúna los requisitos del artículo 27.1 apartados 1º y 2º, pero en los casos de concursos ordinarios de especial trascendencia (definidos en el artículo 27 bis), el juez deberá nombrar, además de uno de dichos profesionales como administrador concursal, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. Y cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado, estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

Por tanto, la posibilidad de designar a la representación de los trabajadores como administrador concursal acreedor, precisa que los mismos tengan órgano de representación legal (comité de empresa o delegados de personal, según los casos), y que

se trate de concursos, que conforme al artículo 27 bis pueden considerarse de especial trascendencia, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.

2.º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros.

3.º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.

4.º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

C) La tramitación del expediente del art. 64 en caso de cierre de la empresa o cese de la actividad

El art. 44 de la Ley Concursal también prevé la tramitación del expediente de regulación de empleo ante el juez del concurso, en los casos de cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones del concursado, o de cese o suspensión total o parcial de la actividad (artículo 44.4 de la Ley Concursal). En dicho supuesto, cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2.º y simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64, debiendo la administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4. La modificación del art. 44.4 LC por la Ley 38/2011, de una parte, aclara el momento en que el juez debe acordar el inicio del expediente del art. 64 LC, que ha de hacer de forma paralela a la tramitación de la solicitud de cierre o cese, y de otra parte, precisa que la administración concursal, al solicitar el cierre o cese, si ello implica modificación o traslado colectivo, o suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo, deba incluir en su solicitud la justificación de las causas motivadoras de las medidas colectivas y los objetivos que se proponen alcanzar, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

8.2. La suspensión o extinción de contratos del personal de alta dirección

Con la reforma del art. 65 LC, que regula los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección, se intenta su coordinación con el art. 8.2º LC. De una parte, el art. 65 LC, otorga la competencia a la administración concursal para la suspensión y extinción de los contratos del personal de alta dirección, mientras que el art 8.2 LC, de otra, atribuye competencia al juez del concurso para conocer de las acciones que tengan por objeto la suspensión o extinción de los contratos del personal de alta dirección. La Ley 38/2011 modifica el art. 65, dando solución a la aparente discordancia entre los preceptos en orden a la competencia, así como al trámite para dicha pretensión,

señalando que la decisión suspensiva o extintiva de la administración concursal puede ser impugnada ante el Juez del concurso mediante el incidente concursal laboral. Contra la sentencia que recaiga se otorga recurso de suplicación, solucionando igualmente la cuestión relativa al recurso procedente, para otorgar la competencia funcional a las Salas de lo Social, ya que carece de justificación razonable, que de la suspensión o extinción de contratos del personal de alta dirección conocieran las Audiencias Provinciales.

8.3. Modificaciones en materia de créditos

En cuanto a los créditos laborales se refiere, las dos reformas afectan, de una parte, al crédito por salarios de los últimos 30 días de trabajo, y de otra, a la subrogación del FOGASA.

A) Modificación del art. 84.2.1º LC

El conocido como superprivilegio salarial, de los 30 últimos días de trabajo, anteriores a la declaración de concurso, que la Ley Concursal, pese a su devengo anterior al concurso, configura como crédito contra la masa, ha sido objeto de una aclaración para solucionar la polémica del cómputo de los días, precisando que tienen dicha consideración los créditos por los treinta últimos días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso (no los últimos 30 días naturales, como entendían algunas resoluciones).

B) La subrogación del Fondo de Garantía Salarial

La reforma incorpora igualmente la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del FOGASA en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo un apartado 5º al art. 84 LC, en sede de créditos contra la masa, precisando que la subrogación en los créditos de los trabajadores cuyas prestaciones satisfaga el FOGASA será con la misma clasificación, solucionando la problemática planteada sobre la clasificación de dichos créditos y sobre la transmisión del privilegio.

Y el art. 97.4.1º LC, introducido por la Ley 38/2011, prevé que cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, únicamente se tenga en cuenta la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.