

**Los expedientes de modificación
sustancial de las condiciones de trabajo
y de suspensión, o extinción colectiva
de las relaciones de trabajo, una vez
presentada ante el juez de lo mercantil
la solicitud de declaración de concurso**

LUISA PERICAS SALAZAR

LETRADA DEL SALUD

PROFESORA ASOCIADA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen: La declaración del concurso, no afecta por sí misma a la vigencia de los contratos de trabajo ni a las condiciones colectivamente establecidas en los convenios colectivos, aunque tanto los contratos laborales, como los convenios, pueden ser objeto de modificación o extinción por la vía legalmente diferenciada prevista en los artículos 64, 65 y 66 de la ley concursal.

El régimen especial de los artículos 64 a 66 de la ley concursal supone admitir que tras la declaración judicial del concurso, se puede producir una afectación en la vida o el contenido de las relaciones laborales en curso.

Palabras clave: Declaración del concurso, modificación, suspensión y extinción colectiva de las relaciones de trabajo.

Records of substantial modification of the conditions of work and suspension, or joint cancellation of labour relations, once the application to file for bankruptcy has been submitted to the judge hearing cases of mercantile law

Summary: Filing for bankruptcy does not in itself affect the validity of work contracts or terms that have been jointly established in collective agreements, although both work contracts and agreements may be subject to modification or cancellation using the legal resources set out in Articles 64, 65 and 66 of the bankruptcy law.

The special rules set out in Articles 64 to 66 of the bankruptcy law imply admission that once a bankruptcy is legally filed, an encumbrance may be exacted on the life or content of the labour relations currently in progress.

Keywords: Bankruptcy order, modification, suspension and joint cancellation of labour relations.

Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión, o extinción colectiva de las relaciones de trabajo, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso



Luisa Pericas
Salazar

1. Introducción

La finalidad principal del concurso es la satisfacción del interés de los acreedores; la conservación de la empresa y el mantenimiento de los contratos de trabajo son protegidos en la medida en que no queda cuestionada aquella finalidad principal.

Es clarificadora la exposición de Motivos de la ley 22/2003 de 9 de julio, concursal que, en su apartado III establece: **“La declaración del concurso, por si sola no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, 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”.

Así es posible que por decisión adicional al Auto declarativo del concurso, el Juez cierre la empresa o unidades productivas de la misma, al estimar que la empresa no es económicamente viable, o porque de no hacerlo perjudicaría gravemente los intereses del concurso merecedores de protección.

Se produce una tensión de intereses, que subyace al tratamiento especial de los contratos de trabajo que se regula en el artículo 64 de la ley concursal.

Conforme al artículo 86 tercero. 1.2º de la Ley Orgánica 67/985 de 1 de julio, del poder judicial incorporado a La Ley Concursal, los juzgados de lo mercantil conocerán en los términos previstos en la Ley reguladora, de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

En el enjuiciamiento de estas materias, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la ley concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

Se consagra el principio de atribución de competencia al Juez del concurso, siendo competente para conocer el juez de lo mercantil de manera exclusiva y excluyente en las materias relativas a las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas, no las individuales, de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado.

Se produce una extensión de jurisdicción, ya que conoce de todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Esto se traduce en unificación de procedimientos y criterios de ordenación de lo social y de lo mercantil dentro del procedimiento concursal, pero garantizando el núcleo de garantías laborales básicas y la aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento laboral.

La tensión o contraposición de intereses en juego públicos y privados y dentro de estos, del deudor, de los acreedores indiferenciados y de los propios trabajadores, dentro del sistema concursal se reflejan en todas las fases del procedimiento concursal.

En cuanto a los contratos de trabajo, se establece una regulación de derecho laboral especial en el marco del procedimiento concursal, que introduce una modulación importante del régimen jurídico general, contenido en el Estatuto de los Trabajadores.

2. Contenido del artículo 64 de la ley concursal

Este artículo regula el modo de establecer alteraciones colectivas de los contratos de trabajo, en los que sea empleador el concursado. Las alteraciones y extinciones contractuales que no merecen la calificación de colectivas, se regirán por la normativa laboral, por lo que declarada la situación concursal, el empresario, o la administración concursal, podrá acordar la modificación o extinción no colectiva de los contratos de trabajo.

Artículo 64. Contratos de trabajo. 1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión, o extinción colectiva de las relaciones de trabajo, una vez presentada ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo.

A) Modificación colectiva de las condiciones de trabajo

En lo referente a la **modificación colectiva** de las condiciones de trabajo, es conveniente recordar que el empleador puede imponer modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sin necesidad de autorización administrativa ni judicial, cuando concurren las causas económicas, técnicas organizativas o de producción.

La diferencia entre las modificaciones colectivas y las individuales estriba en que las colectivas deben ir precedidas de periodo de consultas con la representación legal de los trabaja-

dores, que en las modificaciones individuales no son necesarias. La modificación de las pactadas en convenio colectivo, requiere el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

Las acciones que pueden ejercitar los trabajadores son, bien impugnar la modificación, si entienden que no se ajusta a derecho, bien de rescisión indemnizada del contrato.

La ley concursal, sin embargo, exige la resolución judicial para la adopción de las modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo, restringiendo las facultades del empresario y otorgando una correlativa garantía a los trabajadores, inexistente en las relaciones laborales no afectadas por el concurso.

La razón de esta diferencia tiene su causa probable en que el anteproyecto de ley concursal se había redactado con anterioridad a la modificación operada por la ley 11/1994, cuando el Estatuto de los Trabajadores exigía autorización administrativa para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Las cuestiones que debemos analizar para concretar y precisar el concepto son:

a) Qué contenidos contractuales son susceptibles de ser modificados

b) Cuáles de las modificaciones han de ser consideradas sustanciales

c) Cuándo las modificaciones se califican de colectivas

a) La **primera de las cuestiones** se precisa por la doctrina¹ en el sentido, de que el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se refiere tanto a las condiciones de trabajo, como al contenido mismo de la prestación, como lo evidencia que el apartado f) recoja entre las modificaciones, las de las funciones.

No existe una lista cerrada de materias, pudiendo ser susceptibles de modificación todos aquellos contenidos del contrato cuya alteración no desnaturalice su esencia de contrato de trabajo. Podrá alterarse el sistema de remuneración, pero no reducirse el salario, si no existe pacto sobre tal extremo.

¹ MARTINEZ EMPERADOR, R.: "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo", en *Actualidad laboral* núm. 29, 1994, p. 465.

Hay una serie de condiciones de trabajo que conforman la prestación básica o esencial del trabajo convenido (clase de trabajo, duración de la jornada, salario pactado) que como regla general, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1261 y 1273 del código civil, no pueden ser modificados.

En cambio, existen otras condiciones de trabajo cuyas circunstancias tienen que ver con la reorganización o dirección del trabajo (modo de realizar el trabajo, forma de distribución del tiempo de trabajo, sistema de retribución del salario convenido) que si son susceptibles de alteración.

La reducción de la jornada y del salario no puede imponerse acudiendo al procedimiento previsto en el artículo 41.1a) para las modificaciones sustanciales relativas a la jornada de trabajo. Una medida consistente en una reducción del 50% de la jornada no tiene encaje en el artículo 41 del estatuto de los trabajadores².

b) La calificación como **sustancial** de las modificaciones de condiciones de trabajo, constituye un concepto jurídico indeterminado. El término sustancial hace referencia a importante, lo que significa que un cambio o modificación de las condiciones de trabajo habrá de tener la suficiente entidad o intensidad para ser calificado de sustancial.

La jurisprudencia del tribunal Supremo³ ha establecido que por sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista del artículo 41.2, mientras que, si se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición.

A título de ejemplo, serán sustanciales el cambio de jornada intensiva a jornada partida, o de turnos fijos a turnos rotarios, o la revisión de la valoración de los puestos de trabajo.

Como no sustancial podremos valorar una variación de entre cinco y diez minutos en el horario de entrada o salida al trabajo.

c) Las modificaciones se califican de **colectivas** según el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en función de dos criterios:

² En este sentido, STSJ Cataluña 10-7-1998 (AS1998,3191).

³ STS de 11-11-1997 (Ar 9163).

Cualitativo, que las considera colectivas, en función del origen de las condiciones que se pretende modificar y, Cuantitativo, en función del número de trabajadores afectados.

Según lo preceptuado en el artículo 41.2 se califican de colectivas las condiciones reconocidas a los trabajadores por una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Cualitativo, si la condición que se trata de modificar tiene su origen en convenio colectivo estatutario dispone el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores: “se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior”.

El Tribunal Constitucional declaró que estas condiciones no eran susceptibles de ser modificadas en virtud de autorización administrativa o mediante una pluralidad de acuerdos individuales⁴.

Estos pronunciamientos han sido determinantes del mandato del art.66 de la Ley Concursal.

Dicho precepto establece que: “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en Título III del Estatuto de los Trabajadores, requerirá acuerdo de los representantes legales de los trabajadores y limitado a aquellas materias, en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral”.

El artículo 66 actúa ahora como un reenvío implícito al régimen de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pactadas en convenios colectivos estatutarios regulados en el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores.⁵

⁴ STC 92/1992 y STC 105/1992.

⁵ GARCIA PERROTE, I Y MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales” en RL, núm. 23 - 24 (2003).

Lo exigido necesariamente es el acuerdo colectivo de empresa, esto es el alcanzado y suscrito entre la dirección de la empresa y el representante de los trabajadores. No se admite jurídicamente la modificación unilateral, ni por parte del empresario ni por parte de una autoridad judicial. El artículo 66 se halla en la misma lógica interna que el artículo 64 de la Ley Concursal, pero yendo más allá de la consulta negociación, con la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

Esta exigencia de necesario consentimiento modificativo es coherente con el principio de inderogabilidad singular de los convenios en el marco de su naturaleza normativa.

Los sujetos negociadores serán la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Este acuerdo goza de eficacia jurídica inmediata sin necesidad de aprobación judicial, el auto del Juez de lo Mercantil se limitará reconocerlo con carácter automático salvo que excepcionalmente aprecie fraude, dolo coacción o abuso de derecho en la adopción del acuerdo colectivo.

En cuanto a las condiciones que tienen su origen en acuerdos de empresa o convenios extra estatutarios, el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, aunque no tenga la consideración legal de convenio estatutario, por no cumplir los requisitos establecidos para ello en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Cabría preguntarse sobre las exigencias para la modificación de los convenios extraestatutarios, la Ley Concursal guarda silencio en este tema, existen dudas ya que la Ley utiliza en algunos casos la referencia a convenios colectivos de modo indiferenciado y en otros alude a los convenios colectivos estatutarios.

Parece, no obstante, que el Juez del concurso deberá atenerse al procedimiento del artículo 41, bastante más flexible para ese tipo legal de convenio colectivo, porque permitiría a la administración concursal acordar directamente la modificación, no siendo legalmente indispensable el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

Quantitativo. El artículo 41.1 párrafo 4º del estatuto de los Trabajadores añade un nuevo criterio que afecta únicamente a

las modificaciones de horario y funciones: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un periodo de noventa días a un número de trabajadores inferior a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

A pesar de que normalmente tales modificaciones son de dimensión colectiva, se dispone que si las mismas afectan a un número de trabajadores inferior a los umbrales numéricos antes expresados, podrán ser impuestas por el procedimiento establecido para las modificaciones individuales, sin abrir periodo de consultas previas con los representantes de los trabajadores.

B) Movilidad geográfica

En el artículo 64, que estamos comentando, no existe constancia o alusión a la movilidad geográfica a diferencia del Estatuto de los Trabajadores, que regula la movilidad geográfica de una manera específica.

La Ley concursal se limita a señalar en el artículo **64.9** párrafo 2 como supuesto de movilidad menor aquella que implica que: **“El nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera un veinticinco por ciento de la duración de la jornada de trabajo”**.

Este precepto viene a efectuar una delimitación objetiva entre traslados que suponen cambio de residencia y desplazamiento que no conlleva la necesidad del cambio de residencia habitual del trabajador.

Las consecuencias jurídicas pueden ser minimizadas teniendo en cuenta que ciertas formas de movilidad geográfica, implican una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando el cambio de ubicación del trabajador impone un cambio de residencia.

A diferencia de lo que ocurre en el Estatuto de los trabajadores, donde al igual que en la modificación de condiciones no es necesaria autorización administrativa y judicial, la Ley Concursal exige en el caso de los traslados colectivos autorización judicial, cuando no se alcanzó acuerdo entre la administración concursal y la representación de los trabajadores.

Tampoco precisa la Ley Concursal, cuándo los traslados tendrán la consideración de colectivos, ni las razones por las que se pueda adoptar la medida, debiendo acudir para integrar la laguna al artículo 40 del Estatuto de los trabajadores.

Cuestión importante a determinar es la suspensión del ejercicio de acciones rescisorias por modificación sustancial de las condiciones de trabajo o movilidad geográfica.

En los supuestos extraconcursoales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o de movilidad geográfica, una de las opciones legales del trabajador es la de rescisión de su contrato con una indemnización de veinte días por año de servicio, con un tope de doce mensualidades, en el de movilidad geográfica y, de nueve mensualidades en el caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Alternativamente para las modificaciones de condiciones de trabajo impuestas, cuando atenten contra la dignidad del trabajador o perjudican su formación profesional, podría solicitar la resolución de su contrato, con igual indemnización que si se tratara de despido improcedente, es decir, cuarenta y cinco días por año con el límite de cuarenta y dos mensualidades.

Estas indemnizaciones insertas en un procedimiento concursal, han sido estimadas por el legislador como entorpecedoras, por lo que en el artículo 64.9 de la Ley Concursal, se ha tratado de obstaculizar esta alternativa durante la tramitación del concurso y por un espacio total de un año.

Literalmente establece: **“En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que,**

para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó la modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25% de la duración de la jornada ordinaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un periodo superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación”.

La delimitación del supuesto no deja lugar a dudas en el sentido de que deben tratarse de modificaciones colectivas, ya que si no alcanza tal calificación, persisten las posibilidades de rescisión indemnizada establecidas en el artículo 41 del estatuto de los Trabajadores.

Para la movilidad geográfica la facultad rescisoria afecta a los traslados colectivos y que se efectúen dentro de la misma provincia y a menos de 60 kilómetros, e incluso siendo la distancia inferior cuando el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la jornada diaria de trabajo.

Se suspende la posibilidad de rescindir el contrato únicamente para aquellos casos de movilidad que deben motivar un cambio de residencia, y esta circunstancia, se acredita de una manera objetiva y proporcionada a los actuales medios de desplazamiento.

Si el cambio de ubicación del puesto de trabajo asignado al trabajador no obliga a cambio de residencia, se suspende la posibilidad de ejercicio de acciones rescisorias, al ser menores los perjuicios que en este caso, se imponen al trabajador.

C) La suspensión de los contratos de trabajo

En cuanto a la **Suspensión** de los contratos de trabajo, el artículo 64.1 determina también entre las competencias del Juez del concurso, las de acordar la suspensión colectiva de las relaciones laborales, nuevamente tampoco la Ley Concursal fija reglas para determinar los supuestos que merezcan tal calificación, o las causas por las que deba acordarse, siendo obligado acudir la artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que establece:

1. “El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o reproducción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en el referente a las indemnizaciones, que no procederán.

La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria par la superación de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

En este supuesto, el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 51 de esta ley, relativo a la duración del periodo de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causas derivadas de fuerza mayor, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta ley y normas reglamentarias de desarrollo”.

La suspensión de los contratos ha de ser siempre autorizada por la Autoridad laboral de no producirse acuerdo entre el trabajador afectado y el empresario cuando el empresario no se halle en concurso.

En el concurso, la competencia para acordar la suspensión corresponde al juez.

D) Extinción colectiva de las relaciones de trabajo

En lo referente a la extinción colectiva de las relaciones de trabajo, la enumeración de los supuestos de extinciones que

merecen la calificación de colectivas, se halla en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores cuyo tenor literal es: “Se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”.

La doctrina establecida por los tribunales del orden social⁶ y contencioso administrativo señala: “El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de

⁶ STS de 14 de junio de 1996 (Ar.5162).

rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos:

- 1) La esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción (causas técnicas).
- 2) La esfera de los sistemas de trabajo del personal (causas organizativas).
- 3) La esfera o ámbito de los de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (causas productivas).
- 4) La esfera o ámbito de los resultados de explotación (causas económicas), en sentido restringido”.

Para el despido colectivo se establece que se entenderá que concurren las causas para despedir cuando contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa. Debe registrarse una situación en la economía de la empresa, objetiva, real, actual y suficiente.

Se establece también para el despido colectivo que se entenderá que concurren las causas para despedir cuando contribuya si las aducidas son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Si el número de trabajadores afectados no alcanza el dintel necesario para calificar de colectiva la extinción de sus contratos, deberá acordarse por el concursado o la administración concursal, por la vía prevista en el art. 52.c) del Estatuto de los trabajadores. La decisión empresarial de extinción del contrato podrá ser impugnada en cada caso ante el Juez de lo Social que sea competente.

Además de lo expuesto, es de destacar la denominada transformación de acciones individuales en extinciones colectivas al amparo de lo preceptuado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal que literalmente establece: “**Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el Juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, 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 hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercitadas por la totalidad de la plantilla de empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300 trabajadores, el veinticinco por ciento de los trabajadores.”

El artículo 50.1.b) del estatuto de los Trabajadores establece que es causa de extinción del contrato de trabajo, a instancias del trabajador la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario, supuesto en que de prosperar la acción resolutoria, el juez declarará extinguido el contrato de trabajo y condenará a la empresa a abonar al trabajador una indemnización, como si despido improcedente se tratara. Es decir, 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos los periodos de tiempo inferiores a un año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

La doctrina de la Sala de lo Social del tribunal Supremo entiende que la falta o el retraso en el pago de salario es suficiente para que proceda la extinción contractual indemnizada independientemente de que tal proceder empresarial obedezca, o no, a su culpa o a imposibilidad⁷.

La cuestión resulta problemática. Las acciones que se interpongan para resolver el contrato después de declarado el concurso, se habrán entablado ante el Juez de lo social, único competente para su conocimiento, pero si el conjunto de las deducidas rebasan los topes numéricos establecidos, la competencia pasa a ser del Juez del concurso que será el que habrá de resolver por los cauces de la extinciones colectivas.

¿Cómo se va a poder efectuar este trasvase de una jurisdicción a otra?

La doctrina⁸ entiende que será de aplicación el mandato de acumulación establecido en el art. 51 de la Ley concursal.

⁷ SSTS de 25 de enero 1999 (Ar.898) y de 22 de noviembre 2000(Ar.10423).

⁸ Barrio, Calle M^a asunción. : “Ley concursal y el art. 50.1 del ET: La conversión de demandas individuales de rescisión de contrato seguidas en el juzgado de lo Social en expediente de regulación de empleo seguido ante el Juzgado Mercantil”. Aranzadi social 2004-V.

Para que se puedan acumular los procesos que se sigan en los Juzgados de lo Social, son necesarios varios requisitos:

- 1) Que las demandas estén basadas sólo en la causa recogida en el art. 50.1.b) del ET y no en ninguna otra de las previstas en dicho artículo.
- 2) Que a estas demandas no se haya acumulado otra de despido a lo que obliga el art. 32 de la LPL.
- 3) Que alcance los límites numéricos que establece la Ley Concursal desde la declaración del concurso.

Es difícil determinar si quiere decir que estén presentadas después de la declaración del concurso, o que, aunque fueran presentadas con anterioridad, alcancen los límites desde la declaración del concurso.

Una interpretación literal apoya querer decir demandas presentadas en los Juzgados de lo Social después de que se haya declarado el concurso, pues a partir de ese momento, sería cuando tendría competencia el Juzgado Mercantil, no estando previsto que los efectos del concurso puedan retrotraerse en estos casos.

En el supuesto que estamos planteando será el empresario, o la administración concursal, la interesada en que se acumulen los autos, y quien, de cumplirse los requisitos establecidos, al pedir la acumulación tendrá que instar el cambio de jurisdicción, y necesariamente tendrá que justificar, acreditando que las demandas alcanzan los límites cuantitativos para el cambio.

Puede que sea necesario efectuar un incidente, una comparecencia a estos efectos, pues quizás los trabajadores se opongan a ello. De conformidad con lo preceptuado en el art. 30 de la LPL la petición se ha de efectuar ante el juzgado que conociese de la demanda que hubiese tenido entrada antes en el Registro.

En el auto que acuerde la acumulación, se podrá acordar que se remitan las actuaciones al Juzgado de lo Mercantil para que conozca y tramite las demandas, ahora, como expediente de extinción de contrato.

Este auto, dado que afecta a la competencia, ha de ser recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social correspondiente, aunque previa reposición en base al art. 189.4 de la LPL, ahora bien si se acordara sólo la acumulación, el auto no sería recu-

rrible, pues no se halla dentro de los supuestos tasados del art. 189 de la LPL.

Una parte de la doctrina⁹ opina que el propio Juez del concurso podría plantear de oficio la acumulación de las demandas individuales al concurso, si se estima que existen razones suficientes para ello.

Esta posibilidad sin embargo, la ve remota otra parte de la doctrina¹⁰ y más que de oficio sería a instancias de la administración concursal, debiendo estar a lo establecido en la LECiv sobre acumulación de procesos, pues no se trataría de acumular acciones individuales al proceso concursal, sino de un supuesto propio.

Si estimásemos posible esta solución, sería un requerimiento del juzgado de lo Mercantil al o a los de lo Social, que conocieran de las demandas individuales de rescisión; si éstos no accediesen a ello habría de entenderse que el superior común inmediato para resolver el contencioso será la Sala de lo Social correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de ese territorio, dado que resuelve recursos en suplicación provenientes de ambos juzgados, o, en último caso, la Sala de lo Social del Tribunal supremo, si los juzgados corresponden a distintas circunscripciones de Tribunales Superiores de Justicia.

Cuando las demandas que fueron presentadas ante la jurisdicción social se remitan al Juzgado Mercantil, ¿cuál es el trámite a seguir?

Si ante la jurisdicción mercantil está planteado un expediente de extinción colectiva de relaciones laborales, parece lógico pensar que aquellas demandas habrían de acumularse al mismo, y seguir el trámite previsto en el artículo 64, donde precisamente está incardinada la previsión de acumulación a la que nos estamos refiriendo.

Esa parece ser la razón que ha llevado al legislador a este trasvase de jurisdicción: justamente que las demandas de extinción de la relación laboral basadas en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se unan al expediente colectivo de extinción.

⁹ Albiol Montesinos, I. "Aspectos laborales de la Ley Concursal". Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

¹⁰ Barrio, Calle M^a Asunción. Obra citada.

Se abren interrogantes sobre la posición de los trabajadores que se incorporan con sus demandas individuales al expediente iniciado, pues en el mismo, se trata de una negociación colectiva, de una información general a los representantes de los trabajadores que excluye, la posición individual de los mismos en tal expediente, con lo que los trabajadores individuales que presentaron sus demandas en el Juzgado de lo Social, estarían incluidos en el concepto de trabajadores de la empresa actuando a través de la representación legalmente establecida.

Moliner Tamborerero opina que el hecho de que la tramitación prevista para la extinción no sea el incidente concursal de los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal, sino el procedimiento administrativo que se ha establecido para las modificaciones y extinciones colectivas del art. 64 del Estatuto de los Trabajadores, en el que sólo se halla prevista la intervención de los representantes de los trabajadores y no de los propios trabajadores (cuando en esos pleitos los interesados son los propios trabajadores que ejercitaron su acción individual a diferencia de aquellos supuestos del artículo 64 en que la acción la habían iniciado los representantes) no significa que no tengan los trabajadores legitimación para actuar en el procedimiento, aunque la norma concursal no diga nada.

Si no se hubiera iniciado ante el Juzgado Mercantil expediente colectivo de extinción de relaciones laborales, lo coherente con respecto a las demandas individuales presentadas ante el Juzgado de lo social sería iniciar un expediente de regulación de empleo.

En cualquier caso, en todos los supuestos, el problema que se plantea es cuál ha de ser la indemnización por rescisión del contrato: la establecida en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, o la establecida en el artículo 51 para la extinción colectiva.

Parte de la doctrina¹¹ opina que a partir del instante en que asume la competencia el Juez del Concurso para estas acciones, procederá la aplicación de todo el conjunto de las reglas

¹¹ Cruz Villalón, J. Despidos y suspensiones de contrato de trabajo en las situaciones concursales. Relaciones laborales núms... 23-24. diciembre 2003.

propias de los despidos colectivos tramitados a través del expediente de regulación de empleo, tanto las normas contenidas en la propia Ley Concursal y las subsidiariamente aplicables contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Otra parte de la doctrina¹² considera que el artículo 64 está unificando el procedimiento de los despidos colectivos y de las resoluciones contractuales ex artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores que puedan configurarse como colectivas; pero en materia indemnizatoria, se siguen manteniendo las diferentes cuantías que señala el Estatuto de los Trabajadores, pues los cambios sustantivos si se quisieran haber acometido se, se habrían efectuado expresamente, como se hace con el inmediato anterior artículo 64.9 de la Ley Concursal, donde respecto a la indemnización derivada de la rescisión por modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se suspende su abono.

A mayor abundamiento se esgrime una razón de discriminación entre trabajadores que presentaran sus demandas y las tuvieran resueltas antes de la acumulación, o antes de superar los umbrales numéricos, y los posteriores cuya competencia pasa al Juzgado mercantil.

En el mismo sentido se manifiesta Fernández López, aunque con base en fundamentos distintos, pues parte de que las demandas de rescisión remitidas por la Jurisdicción social, se siguen por el incidente general y, en base a ello, ninguna relación guardan con el expediente de regulación.

3. Referencia jurisprudencial y conclusiones

La práctica de nuestros tribunales, ha comenzado a arrojar luz sobre determinados planteamientos teóricos que, ponían de manifiesto dificultades interpretativas en la aplicación de la Ley concursal.

¹² Lousada Arrochena, JF: Algunas Anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL2003, 1748), concursal. Revista de Derecho Social núm. 27/2004.

Destaco entre las diversas cuestiones abordadas a lo largo del análisis del artículo 64 de la Ley Concursal, diferentes sentencias que considero de interés:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 7204/2005 (sala de lo social) de fecha 27 de septiembre de 2005 (AS 2005/2699).

Dicha Sentencia determina que el contenido del Auto del Juez del concurso, no se limita a una simple autorización y que el juez del concurso es competente para declarar la extinción de los contratos de trabajo.

La representación de los trabajadores planteaba que la interpretación correcta del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 64.11 de la Ley concursal determinaba la imposibilidad por extralimitación del Juez de lo mercantil, de acordar en resolución la extinción de los contratos de trabajo, y que debe limitarse únicamente a autorizar la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

Contiene además esta Sentencia en su fundamento de derecho tercero un análisis sobre la insuficiencia de hechos declarados probados del auto recurrido, en lo referente al informe de la Autoridad Laboral, indicando que tal informe es favorable, pero no detalla cual es la situación económica real de la empresa en el momento de la de acordarse la extinción, ni se incluyen en los hechos, cual es el salario de los trabajadores afectados, siendo estos elementos de hechos necesarios no solo para determinar si concurre una situación económica negativa, que en este caso no discute, sino para juzgar la “razonabilidad” de la medida extintiva colectiva acordada, y los efectos que pueda tener para superar una situación negativa.

Por otra parte la inclusión del salario del trabajador es imprescindible para conocer la corrección del cálculo indemnizatorio reflejado en la parte dispositiva de la resolución.

Las omisiones no determinan la declaración de la nulidad de las actuaciones porque no se ha solicitado por la recurrente, pero deja constancia que no basta con una referencia al informe de la Autoridad Laboral, sino que hay que reflejar en los hechos probados aquellos elementos de hecho, que permitan que el Tribunal pueda valorar en el recurso de suplicación si la extinción colectiva de contratos de trabajo acordada por el juez de lo mer-

cantil, cuando la empresa se halla en la situación de concurso, se acomoda o no a las exigencias legales.

- Auto del Juzgado de lo mercantil, Sevilla, de 10 de diciembre de 2005 Recurso núm.43/2004 (JUR 2006/156967).

Destaco el referido Auto por tratarse de un supuesto de suspensión colectiva de contratos de trabajo, solicitada por los administradores concursales, siendo de aplicación supletoria la legislación laboral, según determina el artículo 64.11 de la Ley concursal y el Estatuto de los Trabajadores y Reglamento de Expedientes de Regulación de Empleo.

La legislación común, el artículo 47 del Estatuto de los trabajadores remite al procedimiento de despido colectivo, entendiéndose la doctrina mayoritaria que es preceptivo el expediente de regulación de empleo en todos los supuestos de suspensión de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y por fuerza mayor, con independencia del número de trabajadores afectados, fundándose esta interpretación en el necesario control público de estas medidas habida cuenta de la posibilidad de acceso a la situación legal de desempleo.

El Juez de lo Mercantil aplica la tramitación de la medida como colectiva, aunque afecta a cinco de los ocho trabajadores de la empresa, a pesar de que en el Estatuto de los Trabajadores en el despido colectivo, el procedimiento solo resulta aplicable en empresas de menos de cien trabajadores, si afecta a 10 trabajadores o a toda la plantilla en el caso de que sean mas de cinco.

El auto acuerda la suspensión de los contratos de trabajo por un periodo de nueve meses, con efectos desde el día siguiente a la resolución, sirviendo el auto de título acreditativo para el acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

La adopción de la medida se justifica en el sentido de que contribuye a asegurar la viabilidad futura de la empresa y el empleo, puesto que el ahorro de gasto de personal y seguros sociales supone una reducción de costes, que podrá contribuir a la puesta en marcha de la próxima campaña de algodón, caso de ser autorizada la participación en el régimen de ayudas del FAGA y permite la reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo si se reanuda la actividad. A la vez resulta un menor endeudamiento de la concursada ya que de acordarse la

extinción, se incrementarían los créditos contra la masa por las indemnizaciones correspondientes a los despidos.

- Auto del Juzgado de lo Mercantil Álava, Vitoria-Gasteiz, núm.99/2005 (Num.1) de 19 de diciembre (AC 2006/302).

Destaca en la resolución judicial la doctrina que contiene, en lo referente los efectos sobre los contratos de trabajo y la aprobación del acuerdo alcanzado por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, determinando la posibilidad de que la indemnización pactada sea superior a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores y no haya liquidez para afrontar el pago de las indemnizaciones.

Destacamos el Fundamento de Derecho tercero donde determina que la cuestión problemática ha sido el monto de indemnización por la pérdida de los puestos de trabajo, que el acuerdo ha fijado en 33 días de salario bruto actual por año de servicios, con un tope máximo individual de 27 mensualidades, que es superior al mínimo legal del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

El análisis que realiza del procedimiento y del acuerdo alcanzado es esclarecedor, y resume de manera acertada las distorsiones que se producen en el ámbito de lo mercantil, derivadas de las vicisitudes de las relaciones laborales colectivas.

“Que el acuerdo colectivo se haya alcanzado a presencia, y con intervención del Juzgador, no debe extrañar, desde el diseño legal en que se le tiene colocado en la extravagante posición de sujeto decisorio de una suerte de expediente administrativo procesalizado sobre las vicisitudes de las relaciones laborales colectivas de la empresas concursadas , en lugar de órgano revisor de las decisiones empresariales intervenidas por la administración concursal, o directamente adoptadas por éstas empresas suspensas, controlando su causa, que pueda desenvolver la Autoridad Laboral, de la que ya ha habido algún ejemplo en procedimientos de este juzgado, resulta perfectamente asumible, dado que cautela un acuerdo desde parámetros legales que excluya una resolución de fondo, por excluir el debate”.

Concluye, que no ha habido abuso o fraude en el pacto indemnizatorio bajo el argumento de que si el artículo 64.6 parra.1ª de la Ley Concursal impone que la administración concursal y los representantes de los trabajadores negocien de buena fe para la consecución de un acuerdo, si el concursado se

encuentra en estado financiero propio de la insolvencia, y si los créditos contra la masa se pagan al vencimiento según el artículo 154.2 de dicha Ley Concursal, los supuestos en los que se podría conseguir el acuerdo de medidas laborales colectivas en el procedimiento concursal serán escasísimos, de entender que no puede pactarse una indemnización superior a la prevista en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

No tiene mucho sentido que la norma opte por el Acuerdo como objetivo prioritario, en la línea de la autonomía convencional laboral, y solo encomiende al órgano judicial determinar lo que proceda conforme a la legislación laboral, a título subsidiario, si de la extinción del contrato de trabajo sólo derivara la indemnización legal.

No percibe obstáculo técnico para pactar un crédito superior al legal, dado que la “par conditio creditorum” no puede en modo argüirse para créditos contra la masa, siendo así reputados por el artículo 84.2.5 de la ley Concursal.

“La base obvia de un pacto que mejora las indemnizaciones consiste, beneficiando a otros acreedores contra la masa, en estos supuestos, en el logro de hacer coincidir el mantenimiento del costo salarial de la plantilla de la empresa con su valor en cambio de producción para garantizar la continuidad, teniendo como respaldo financiero las prestaciones del Fogasa. Un acuerdo con los representantes de los trabajadores para extinguir o suspender los contratos, lo más rápido y temprano posible, sólo tiene viabilidad a través del incentivo de una indemnización superior a la legal o un complemento de las prestaciones de desempleo en las suspensiones de contratos, conseguirá eliminar un cargo de créditos contra la masa (salarios, cotizaciones), a cambio de otro presente, indemnizaciones presentes, contando con el mecanismo subvencional del Fogasa”.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm.199/2006 (Sala de lo social, Sección 2ª) de 21 de febrero, Recurso num.183/2006 (JUR 2006/123272).

Se plantea y resuelve sobre la competencia o no del juzgado de lo social para resolver o extinguir los contratos de trabajo de 46 trabajadores que se insta antes de la declaración del concurso.

La solución la otorga en función de la fecha de presentación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, siendo

competente el juzgado de lo social a tenor de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la ley concursal.

“Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Y no consta tampoco, la solicitud de acumulación, instada por el Juez de la concurso, por estimar que la resolución que se dicte en el juicio declarativo tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores en el plazo establecido en el citado precepto concursal”.

Determina la competencia del orden social para el conocimiento de la pretensión extintiva de 46 trabajadores antes de la declaración del concurso, y analiza si la parte actora puede ejercitar la acción extintiva en los supuestos en que se inicia un expediente de regulación de empleo, habiendo establecido el Tribunal Supremo, que el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores confiere a estos sin ninguna limitación la acción resolutoria.

Las papeletas de conciliación se presentaron con anterioridad a la solicitud de incoación de expediente de regulación de empleo solicitando la extinción de los contratos de 68 trabajadores, resolviendo la Dirección General de Trabajo, la extinción, en la que se incluyen los contratos de los trabajadores que instaron la extinción vía art. 50 del ET. La Sentencia de instancia resolviendo los contratos es posterior a la fecha de resolución del Expediente de regulación de empleo y teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la sentencia que declara extinguidos los contratos en la fecha en que se dicta, los contratos ya se habían extinguido, faltando el requisito de que los contratos estén vivos en el momento de dictarse la sentencia, por ello el Tribunal estima el recurso y revoca la sentencia de instancia que extinguía los contratos ex artículo 50 del ET.

En este mismo sentido referenciamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 9836/2005 de 20 de diciembre Recurso núm. 6242/2005 (JUR 2006/85715).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo social Sección 1ª) de 15 de julio de 2005, Recurso núm. 2938/2005 (AS 2005/2700).

En este supuesto se interpone demanda resolutoria ante el Juez de lo Social al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y en la que se superan los umbrales numéricos

del artículo 64.10 de la ley concursal, e interpuesta ésta y celebrado el juicio, aunque no dictada sentencia, se solicita declaración del concurso voluntario ante el juez de lo mercantil, se discute si la competencia es del juez de lo social o del juez de lo mercantil, la sentencia de instancia acogió la excepción procesal de incompetencia de jurisdicción, sin embargo la Sala entiende acertadamente que, tal como establece la Ley concursal art. 51.1, corresponde la asunción de competencia por el juzgado de lo social para que resuelva.

4. Bibliografía

- CRUZ VILLALÓN, J (2003). “Despidos y suspensiones de contrato de trabajo en las situaciones concursales”. Relaciones Laborales núms. 23-24. diciembre.
- DESDENTADO BONETE, A. (2003). “la reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, Relaciones Laborales, núms. 23-24.
- DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. (2003). “El Recurso de Suplicación Previsto en la Ley Concursal”, Aranzadi Social -V.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales”, en AA.VV. (Ríos Salmerón, B y Sempere Navarro, AA.VV: La Ley Concursal y los aspectos sociales.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R (2003). “Modificaciones de condiciones de trabajo, convenio colectivos y crisis empresariales”, Relaciones laborales, núms. 23-24.
- HERRERO DE EGAÑA y OCTAVIO DE TOLEDO, F. (2004). En Fernández Ballesteros, M.A.: Derecho concursal práctico, Iurgium, Madrid.
- LÓPEZ PARADA, R. (2002). “Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de Seguridad Social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal”, Revista de Derecho Social núm. 2.

- LOUSADA ARROCHENA, J.F. (2004). "Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal". Revista de Derecho Social núm. 27.
- MARTÍN VALVERDE, A. (2002). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. El Cano (Navarra) Editorial Aranzadi, S.A.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1994). "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo", en Actualidad Laboral núm. 29.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L. (2004). En Sagrera Tizón JM.: Sala Reixachs, A y Ferrer Barriendos, A. Comentarios a la Ley Concursal, Boch, Barcelona.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, E y SOGORB BARAZA, J. (2004). "Cuestiones procedimentales en temas sociales", en AA.VV. (Ríos Salmerón y Sempere Navarro, A.V.): La Ley Concursal y los aspectos sociales, Murcia (Laborum).
- ORCARAY REVIRIEGO, J (2005). "Las medidas declarativas laborales competencia del Juez de lo Mercantil: Especial referencia a las acciones individuales del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores". XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sevilla.