

Aspectos relacionados con el ámbito laboral en la Ley Concursal y las normas del derecho internacional privado

José María Fernández Seijo

PID_00194656



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. Aspectos relacionados con el ámbito laboral en la Ley Concursal..... | 5 |
| 1.1. Las competencias del juez concursal en procedimientos laborales (artículos 8, 50 y 51) | 6 |
| 1.2. El juez del concurso como juez de ejecución universal en la ejecución laboral | 9 |
| 1.2.1. Especialidades de ejecución separada laboral (artículo 55) | 10 |
| 1.3. El cierre empresarial (artículo 44.4) | 11 |
| 1.3.1. Los expedientes colectivos de extinción o modificación de relaciones laborales (artículo 64) | 13 |
| 1.3.2. El personal de alta dirección (artículo 65) | 24 |
| 1.3.3. Los convenios colectivos (artículo 66) | 25 |
| 1.3.4. Participación de los trabajadores en la toma de algunas decisiones trascendentales para el concurso | 25 |
| 1.4. Las competencias prejudiciales laborales del juez concursal. Incidencia en la calificación de los créditos | 26 |
| 2. Las normas del derecho internacional privado..... | 28 |
| 2.1. Algunas ideas sobre el derecho internacional concursal | 28 |
| 2.1.1. Derecho internacional | 29 |
| 2.1.2. Derecho comunitario | 30 |
| 2.1.3. El papel de la Administración concursal en el ámbito del derecho internacional | 30 |
| 2.2. Concursos con aspectos internacionales y la determinación de la competencia judicial (artículo 10) | 31 |
| 2.3. El título IX de la Ley Concursal (artículos 199 a 230) | 31 |
| 2.3.1. Aspectos generales | 32 |
| 2.3.2. Ley aplicable | 32 |
| 2.3.3. Reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros | 32 |
| 2.3.4. Coordinación entre procedimientos de insolvencia | 33 |

1. Aspectos relacionados con el ámbito laboral en la Ley Concursal

Una de las principales novedades de la Ley Concursal es la **atribución al juez del concurso de competencias en materia laboral**; esta decisión del legislador generó gran polémica tanto doctrinal como política dado que determina que el juez mercantil –integrado en la jurisdicción civil– haya de resolver conflictos laborales en determinadas circunstancias y supuestos, lo que determina que, aun siendo fundamentalmente un órgano civil, los conflictos laborales deban resolverse conforme a la legislación laboral y sometidos a las normas procesales de la jurisdicción social.

Los sindicatos consideraron que esta solución legislativa era un desapoderamiento de las competencias de los juzgados sociales, juzgados que estaban funcionando hasta la fecha de modo correcto, sin grandes dilaciones. Por otra parte, consideraban que la decisión de trasladar la resolución de algunos conflictos al ámbito mercantil podía debilitar el **principio pro operario** vigente en el ámbito laboral.

Pese a estas críticas, lo cierto es que la decisión legislativa de atraer hacia el juez del concurso los conflictos laborales colectivos y la ejecución de las sentencias individuales respondía a la necesidad de garantizar el **principio de universalidad** del proceso concursal y buscaba la coordinación de las distintas ejecuciones: civiles, laborales y también las de deudas públicas.

Por otra parte, en la tramitación parlamentaria de la ley, se buscaron mecanismos para garantizar la presencia de los trabajadores –por medio de sus representantes– en la adopción de aquellas decisiones adoptadas dentro del concurso que pudieran afectar a los derechos de los trabajadores –extinción o modificación de contratos, cierre de la actividad empresarial, planes de viabilidad, liquidaciones...–; la cuestión no es tanto la de determinar la audiencia a los trabajadores en las distintas fases del procedimiento, sino la de fijar el alcance de esa audiencia y la vinculación del juez a lo que manifiesten dichos representantes; en este punto, debe advertirse que la Ley Concursal no establece el alcance de estas audiencias que, siendo preceptivas, no determinan efectos materiales en las decisiones que deba adoptar el juez.

Finalmente, cabe indicar que se están planteando en la práctica algunos problemas de competencia entre los juzgados mercantiles y los juzgados de lo social, problemas de competencia que plantean el problema añadido de que, tratándose de jurisdicciones distintas, deben ser solucionados por la Sala de

Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, circunstancia que sin duda demorará la formación de un cuerpo estable de jurisprudencia que ayude a interpretar las normas.

Tanto la reforma parcial operada por medio del RDL 3/2009 como finalmente la reforma integral llevada a efecto por la Ley 38/2011, han perfilado de manera más acertada el régimen de competencias del juez mercantil en materia laboral, sobre todo en lo referido al expediente de regulación de empleo del artículo 64 LC, estableciendo la preminencia casi absoluta del juez mercantil tanto frente a los expedientes administrativos –que se incorporan al ERE concursal una vez iniciado este–, e incluso fijando un efecto suspensivo de los procedimientos individuales de extinción a instancia del trabajador una vez se ha presentado el incidente del artículo 64 LC.

Ni que decir tiene que el expediente de regulación de empleo en sede concursal ha de modularse e interpretarse a la luz de las recientes reformas del mercado laboral de febrero del 2012, aunque debe advertirse que el RDL que modifica el mercado laboral no ha derogado de modo expreso ni ha modificado ninguno de los preceptos de la Ley Concursal.

1.1. Las competencias del juez concursal en procedimientos laborales (artículos 8, 50 y 51)

El punto de partida se encuentra en el artículo 8:

“Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1. 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 condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

2. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursal, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”.

La referencia a los procedimientos de extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo remite necesariamente al extenso artículo 64 de la ley; los problemas se centran en determinar cuándo se trata de una acción colectiva –por lo tanto, competencia del Juzgado Mercantil–, y cuándo se trata de acciones individuales cuya competencia se mantiene ante los juzgados sociales, aunque supeditados a la tramitación del incidente concursal en la medida en la que, iniciado el ERE concursal, se suspenden las acciones individuales en curso y el auto dictado por el juez del concurso tiene efecto de cosa juzgada sobre las acciones individuales iniciadas a instancia del trabajador. En la redacción originaria del artículo 64 LC, se establecía un sistema de “umbrales” que deslindaban las competencias del juez de lo social frente al concursal –por debajo de determinado número de trabajadores afectados el

despido no podía considerarse colectivo–; este criterio ha sido desterrado por la reforma de la Ley 38/2011, que establece la preeminencia de la jurisdicción mercantil.

El artículo 65 de la ley determina la competencia exclusiva del Juzgado Mercantil respecto de los contratos de alta dirección; contratos que quedan sometidos, en todo caso, a las competencias del concurso sin distinguir entre acciones individuales o colectivas.

El artículo 55 de la ley es el que regula con detalle lo referido a los procedimientos de ejecución y los apremios tanto de los juzgados de lo social como de las autoridades y entidades públicas con competencia en la materia (Tesorería de la Seguridad Social).

La mayoría de los autores, fundamentalmente los de formación laboralista, habían defendido antes de la entrada en vigor de la ley que los nuevos juzgados mercantiles no tenían competencia alguna para los procedimientos declarativos individuales; sin embargo, el arranque de aplicación de la ley ha planteado ya algunos problemas dado que los artículos 50 y el 51 reconocen al juez mercantil la competencia para tramitar procesos declarativos, tanto los que puedan plantearse una vez declarado el concurso como los que se encontraran en tramitación. Debe advertirse que, en principio, la ley habla en los artículos citados de procesos declarativos sin distinguir si se trata de procedimientos civiles o mercantiles. En la práctica, se suscita un problema de difícil solución cuando el trabajador opta por acudir a la jurisdicción social para reclamar la extinción del contrato laboral por falta de ocupación o por impago de salarios en situaciones concursales; el pronunciamiento del Juzgado de lo Social arrastra, normalmente, tres pronunciamientos:

- La indemnización de 45 días por año trabajado.
- La inclusión de los salarios de tramitación.
- La obligación de la empresa de consignar para poder recurrir la sentencia.

La inclusión de estos tres pronunciamientos plantea, en el ámbito concursal, algunos problemas:

1) Frente a los **45 días de indemnización en el ámbito mercantil**, tanto si hay negociación como si ha de resolver el juez del concurso la indemnización de la que se parte, es de 20 días por año trabajado, partiendo de la base de que la situación de concurso es equivalente a una causa económica u objetiva de extinción de la relación laboral.

2) Los denominados **salarios de tramitación** en el ámbito mercantil deben subsistir, puesto que el juez mercantil está sujeto a las normas y principios laborales en la resolución de este tipo de conflictos; sin embargo, en el ámbito mercantil, el tratamiento colectivo o individual de las extinciones contractuales debe buscar un tratamiento igual a todos los trabajadores sin reconocer

ventajas a aquellos que acuden a los juzgados antes que otros trabajadores que, en la misma situación, siguen trabajando. Debe advertirse que la reforma del mercado laboral de febrero del 2012 ha suprimido los salarios de tramitación.

3) En los **procedimientos concursales** son parte los administradores del concurso tanto en aquellos conflictos que se diriman ante los juzgados mercantiles como los que pudieran ventilarse ante otras jurisdicciones. La Administración concursal no debe asimilarse de modo automático y mimético a la empresa, ya que se defienden intereses que pueden no ser coincidentes; por ello, parece razonable que en los recursos que pudiera interponer la Administración concursal no se exigiera el requisito de la consignación de los salarios e indemnizaciones adeudados.

Respecto de los conflictos de competencia entre juzgados sociales y mercantiles, ya se han aventurado las primeras opiniones que parten de dos posibles soluciones: es de prever la posibilidad de controversias entre uno y otro juzgado, disputando entre sí acerca de la competencia sobre un determinado asunto. Distinta solución procesal deberá darse si se considera que ambos juzgados pertenecen a la misma jurisdicción, pues en tal caso el debate quedaría centrado en una **cuestión de competencia**¹ por razones objetivas entre dos juzgados dentro de la propia jurisdicción social, cuestión **que resolvería el superior común**. Si por el contrario se estima que los juzgados mercantiles, aun cuando resuelvan materias laborales, pertenecen al orden civil, la cuestión competencial se convierte en **conflicto de competencia**² entre juzgados de distintos órdenes jurisdiccionales, controversia que acabaría en la Sala de Conflictos del TS.

La **controversia**, competencia entre ambos juzgados acerca de si el litigio se incardina dentro de las denominadas acciones sociales referidas en el artículo 8.2.º LC que se atribuyen al juez mercantil, si se estima que ambos juzgados, mercantil y social, pertenecen, cuando acciones sociales juzgan, a la jurisdicción social, entendemos que se debería tramitar como **declinatoria** en los términos previstos en el artículo 14 LPL y completado con lo establecido en los artículos 64 y 65 LEC, de modo tal que la declinatoria se resolvería dentro del procedimiento en curso suscitado, bien ante el Juzgado Mercantil o ante el Social y en la sentencia misma que se dictara.

De admitirse la **inhibición**, la pretensión debería articularse ante el otro juzgado; de no admitirse, el juzgado entraría en el fondo del asunto. En ambos casos, el superior común, que no sería otro que el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma, pondría definitivamente fin a la controversia por el sistema de recursos que se articularan contra la sentencia dictada tanto por uno como por otro juez. Integrados en el orden social, los jueces mercantiles, cuando resuelven conflictos en materia laboral, deberán tener en consideración todo el **acervo jurisprudencial producido en la jurisdicción social en la interpretación de la legislación laboral**. Además, necesariamente en los

⁽¹⁾Artículos 51 LOPJ y 13.2 LPL.

⁽²⁾Artículos 42 LOPJ y 12 LPL, 51 LOPJ, 63 LEC y 13.2 LPL.

juzgados mercantiles tendrán que aplicar **disposiciones procesales laborales** en la medida que sea necesario para permitir la intervención, vía de recursos, del TSJ y en su caso de la Sala IV del Supremo. Basta pensar en que, si contra las resoluciones de los jueces mercantiles en materia laboral, cabe interponer recurso de suplicación ante el TSJ, su admisión y tramitación deberá realizarse en consonancia con lo establecido en la LPL.

1.2. El juez del concurso como juez de ejecución universal en la ejecución laboral

Los **procedimientos mercantiles** se definen como procedimientos universales y, fundamentalmente, de ejecución; la **universalidad** tiene por objeto garantizar la *par conditio creditorum*; la **acumulación de ejecuciones** tiene como objeto la coordinación y fiscalización de estas por un mismo juez.

Sin embargo, ambos principios no tienen la consideración de absolutos en la medida en que hay procedimientos judiciales o administrativos que se tramitan y resuelven al margen del proceso concursal, pese a tener trascendencia económica (por ejemplo, las piezas de responsabilidad civil de un proceso penal o los procedimientos laborales individuales); también se establecen en la ley excepciones a la ejecución separada³ como pueden ser los procedimientos hipotecarios, apremios administrativos y ejecuciones laborales.

⁽³⁾Artículos 55 y 56.

Con la finalidad de paliar estas excepciones a la universalidad del proceso concursal, la ley determina que los administradores concursales tienen la obligación de comparecer y defender los intereses del concurso ante los juzgados o autoridades que tramiten procedimientos que puedan afectar a la conformación de la masa activa y pasiva.

Para comprender en qué supuestos se permite la ejecución separada y cuáles no es necesario atender, cabe considerar, por una parte, los intereses que se pretenden tutelar –la celeridad en el cobro de créditos laborales, el normal funcionamiento del sistema financiero por medio de la financiación hipotecaria y de créditos públicos– y, por otra parte, la diligencia con la que se ha abordado dicha ejecución dado que la ley permite que sigan ejecutándose separadamente aquellos procedimientos laborales o administrativos que han llegado al apremio o han convocado subasta antes de la declaración del concurso. De alguna manera, el procedimiento concursal obliga al juez y a los administradores a cierta celeridad en la adopción de muchas decisiones ya que, al autorizarse esas ejecuciones separadas, los acreedores dejan de estar sometidos a las reglas del concurso.

1.2.1. Especialidades de ejecución separada laboral (artículo 55)

Los requisitos para que se pueda mantener la ejecución separada parecen claros:

- Que se hayan embargado ya los bienes del concursado.
- Que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Por lo tanto, para que se puedan dar estas salvaguardas que impidan la ejecución separada, es necesario que el concurso no sea de liquidación sino de continuidad ya que, si se ha instado la liquidación, la ejecución separada laboral se dará en todo caso.

Por otra parte, se plantean en la práctica tres cuestiones procesales sobre las que no hay todavía un cuerpo doctrinal estable:

1) El **embargo** en el ámbito laboral se limita a una mera providencia de trámite que está sujeta a ulterior concreción de bienes. En el procedimiento civil, por el contrario, la LEC 2000 prohíbe los embargos genéricos y establece la necesidad de identificar los bienes embargados desde el principio. Hasta la fecha, los tribunales consideraban que, en caso de conflicto, la fecha de referencia laboral no podía ser la del embargo genérico sino la de concreción de bienes; esta tesis había sido consagrada por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. Pese a ello, la redacción dada al artículo 55 puede reabrir la polémica en la medida en que se vuelve a establecer como referencia esa diligencia genérica de embargo.

2) El artículo 55 no establecía, inicialmente, a quién compete determinar si los bienes son necesarios para garantizar la continuidad de la actividad. La redacción del precepto parecía que traslada al juez del concurso esa decisión, puesto que es quien conoce en profundidad la situación de la empresa y su patrimonio; sin embargo, desde el año 2001 –fecha de entrada en vigor de la LEC– ha desaparecido la inhibitoria y solo es posible plantear estas cuestiones por declinatoria, es decir, ante el juez que tramita el asunto supuestamente sin competencia; esta tesis –procesalista– trasladaría al juez social este tipo de decisiones y obligaría bien a la Administración concursal bien al concursado a plantear la declinatoria y, en su caso, el conflicto de competencias. La práctica inicial sobre esta materia no es concluyente ya que, en unos casos, se ha planteado la declinatoria y en otros en la propia declaración del concurso o en resolución a parte se ha efectuado el requerimiento. En todo caso, desde una perspectiva estrictamente procesal, lo ajustado a la Ley de Enjuiciamiento Civil es pedir al juez que tramita la ejecución la paralización de la misma dada la trascendencia del bien para la continuidad de la actividad de la empresa.

Finalmente, la reforma de este precepto por la Ley 38/2011 ha aclarado algo que ya había establecido el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: **la competencia es del juez del concurso.**

3) Por último, una cuestión de matiz, dado que el artículo 55 habla de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional, mientras que el artículo 56, respecto de las ejecuciones hipotecarias, habla de bienes afectos a esa actividad. Pueden existir bienes no afectos a una actividad productiva –un solar– que, sin embargo, sea necesario para la continuidad ya que su venta o gravamen anticipado puede abrir nuevas vías de financiación.

La reforma del 2011, además, permite al juez excepcionalmente levantar aquellos embargos que no tengan carácter público y que pudieran comprometer la viabilidad de la compañía. Los embargos de Hacienda y Seguridad Social no pueden levantarse en ningún caso, solo quedan en suspenso; su alzamiento se vincula a la adjudicación en liquidación⁴.

⁽⁴⁾Artículo 149.3 LC en su nueva redacción.

1.3. El cierre empresarial (artículo 44.4)

En principio, el legislador considera que el procedimiento concursal no determina –de modo automático– la liquidación de la empresa; la ley expresamente advierte que la declaración del concurso no interrumpe la actividad empresarial.

El párrafo 4 atribuye al juez la competencia para acordar el cierre total o parcial de oficinas, establecimientos y explotaciones, así como el cese o suspensión total o parcial de la actividad.

Esta novedad legislativa traslada al juez, previa solicitud de los administradores del concurso, una decisión de naturaleza económica que, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal, era responsabilidad única y exclusiva del empresario.

Esta posibilidad ha determinado, en la práctica, que en la mayoría de concursos en los que se solicita la liquidación, la representación legal de la empresa solicite el cierre junto con la solicitud de concurso o, a lo sumo, en los días inmediatamente anteriores a dicha declaración. Además, el cierre y cese de la actividad es reclamado por el deudor, no por la Administración concursal.

Como la solicitud de cierre, normalmente, lleva aparejada la extinción de los contratos laborales, el legislador establece expresamente en el artículo 44.4 que debe abrirse el trámite de consultas previsto en el artículo 64 de la ley.

Como consecuencia de esta práctica, los procedimientos concursales arrancan ya con conflictividad laboral, lo que rompe con el criterio general –previsto en el artículo 64– de que las extinciones de los contratos de trabajo deban acordarse como norma una vez emitido el informe de la Administración concursal, es decir, concluida la fase común y cuando tanto los administradores concursales como el propio juzgado tienen un conocimiento en profundidad de la situación de la empresa.

El **cierre empresarial** se configura en la norma como una excepción pero, ciertamente, tanto la “tradicición” concursalista como la propia dinámica de la economía determina que un porcentaje muy elevado de procedimientos sea de liquidación y, por lo tanto, sirvan como instrumento para que el cierre y extinción de los contratos se haga bajo la tutela del juez concursal.

A nadie se le escapa que este tipo de decisiones son fundamentalmente económicas y empresariales, no jurídicas; por ello, es necesario que tanto el juez como los administradores del concurso tengan una específica formación en materia de gestión empresarial.

Al regularse el cierre, la ley prevé, en cuanto a los trabajadores, dos situaciones distintas:

1) **Solicitud de cese o cierre total o parcial sin extinción de los contratos laborales.** En este caso, la ley articula un trámite de audiencia tanto al deudor como a los representantes de los trabajadores como requisito previo al cese. Nada establece la normativa legal respecto de la forma de realizarse la consulta y sus efectos. La inercia judicial ha determinado que estas audiencias se realicen por medio de escritos de alegaciones, pero no hay ninguna traba legal para que pudiera efectuarse esa consulta por medio de un sistema de comparecencias. Parece razonable pensar que, para que este trámite de audiencia pueda efectuarse con garantías, los interlocutores han de disponer previamente de la información necesaria sobre la situación de la empresa y del procedimiento; en este punto, puede existir un claro conflicto de intereses entre la necesidad de cierre inmediato y la exigencia de articular un plazo legal –tres o cinco días– para que pueda hacerse efectiva esa información y el trámite de audiencia. Nada establece la ley sobre el alcance de esta consulta y, por lo tanto, el juez no queda vinculado por la opinión de los trabajadores. En definitiva, puede considerarse que este trámite de audiencia no tiene unas verdaderas consecuencias procesales y puede llevarse a efecto acudiendo a sistemas no formales tanto en la convocatoria a los interesados como en el modo de realizarse.

2) **Solicitud de cese o cierre total o parcial con extinción de los contratos laborales.** En este caso, la remisión al artículo 64 de la ley obliga a adoptar una serie de formalidades procesales, incluida la fase de consultas y el informe de la autoridad laboral. Debe tenerse en cuenta que se considera un trámite sometido a las normas de derecho laboral y, por ello, en la práctica, estos expedientes están requiriendo que la empresa y la Administración concursal cumplimen-

ten requisitos similares a los anteriormente previstos para los expedientes de regulación de empleo (ERE) que se tramitaban ante la autoridad laboral. El plazo de negociación de hasta un mes determinará que el juez tenga dificultades para compaginar la inmediatez de la decisión de cierre con la necesaria espera de los trámites del expediente de extinción de las relaciones laborales.

En cualquier caso, tanto la actuación de los administradores del concurso como la decisión del juez han de ser motivadas. La reforma del artículo 142 LC establece que el cierre o cese de actividad es un requisito previo para que la Administración concursal pueda pedir la liquidación formal de la sociedad en concurso.

1.3.1. Los expedientes colectivos de extinción o modificación de relaciones laborales (artículo 64)

Papel y función de la Administración concursal. La fase de consultas

Como ya se ha advertido con anterioridad, el legislador prevé este **incidente de extinción** una vez se ha emitido el informe de la Administración concursal; sin embargo, la mayor parte de los procesos concursales arrancan ya con la solicitud de extinción total o parcial de los contratos vinculada, normalmente, a una solicitud de cierre. Dado que se ha generalizado la solicitud de estos expedientes durante la fase común, la reforma llevada a efecto por el RDL 3/2009 permite anticipar el expediente de regulación de empleo durante la fase común antes de emitirse el informe, siempre y cuando la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

El arranque de la nueva ley ha puesto de manifiesto una situación compleja de solucionar:

1) Si el expediente de regulación de empleo se presenta antes de la solicitud de concurso, la competencia para tramitarlo y resolverlo es de la autoridad laboral –Dirección General de Relaciones Laborales– y la resolución administrativa era inicialmente susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora lo es en vía laboral. La Administración concursal es parte de ese expediente de negociación e incluso puede convertirse en interlocutor si se suspenden las facultades patrimoniales del concursado en la declaración de concurso.

Sin embargo, tras la reforma del 2011 y la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral, la declaración de concurso determinará que quede en suspenso el procedimiento administrativo, que debe ser remitido al juez del concurso para su convalidación. Los administradores concursales son los que ejecutan el ERE finalizado en sede administrativa.

2) Si el expediente se presenta con la solicitud de concurso pasa a ser judicial, con lo cual la competencia para el recurso contra la resolución es de la jurisdicción social y, en principio, la Ley Concursal omite en el artículo 64 cualquier referencia a la presencia del deudor en la negociación, lo que determina que la interlocución en estos expedientes recaiga en la Administración concursal.

En la práctica de la ley durante los primeros meses se plantearon ya supuestos en los que la autoridad laboral, una vez solicitado el concurso, remitió el expediente a la autoridad judicial para que fuera en sede judicial donde se resolvieran los expedientes iniciados. Esta práctica responde al criterio lógico de que, instado el proceso concursal, debe ser una sola autoridad la que resuelva, sin perjuicio de que la autoridad laboral por medio del trámite de informe pueda fiscalizar las actuaciones seguidas ante el Juzgado Mercantil; sin embargo, esta práctica no cuenta con un respaldo legal sólido, ya que la ley define la competencia con claridad en el artículo 64 al trasladar al juez dicha competencia una vez ha sido presentada la solicitud de concurso. Esta situación ha sido reflejada en la reforma de la ley operada por medio del RDL 3/2009 en la medida en que se ha aclarado que la competencia del juez del concurso se inicia a partir de la fecha de la declaración de concurso; de este modo, se evita el vacío producido entre la solicitud y la efectiva declaración.

La **Administración concursal**, en el trámite del artículo 64, puede encontrarse en dos situaciones distintas:

1) Puede informar respecto de la oportunidad o necesidad de la medida cuando sea instada por el deudor.

2) Ha de instar el expediente cuando, una vez emitido el informe, concurren las circunstancias económicas que justifiquen la medida, por ejemplo, dificultades para el pago de las nóminas, falta de ocupación por no haber nuevos pedidos, previsión de liquidación más o menos inminente. En este punto, debe advertirse de la responsabilidad que asumen los administradores concursales como consecuencia de este nuevo marco legal ya que, si prolongan más allá de lo necesario los contratos de trabajo, estarán obligando a la masa del concurso a asumir unos cargos, gastos y obligaciones –salarios, retenciones de IRPF y seguridad social– que pueden comprometer los cobros que pudieran corresponder a los acreedores concursales.

Pese a que la ley, en su redacción inicial, omitía la presencia del deudor en el trámite de consultas, en la práctica totalidad de los procedimientos iniciados se ha contado con la presencia del deudor, lo que ha hecho que tras la Ley 38/2011 se haya formalizado su presencia, aunque no esté legitimado para alcanzar acuerdos. En este punto, deben hacerse las advertencias siguientes:

1) Es el concursado quien debe facilitar toda la documentación necesaria para iniciar la fase de consultas, documentación que obliga a una relación actualizada de trabajadores, la categoría y antigüedad también actualizadas a fecha de solicitud, así como las distintas hojas de salario de los últimos meses. Debe indicarse que tanto o más importante que la propia negociación es la correcta determinación de las bases de la misma, cuestión que no está siendo pacífica ya que, mientras en algunos supuestos se parten de las últimas nóminas percibidas, en otros casos se prefiere establecer una prorrata de las nóminas anteriores a la solicitud de concurso y las generadas tras el concurso para evitar problemas derivados de los ajustes de algunos conceptos de la nómina que se hubieran podido producir durante la tramitación del concurso.

2) Si el concursado no tiene suspendidas sus facultades patrimoniales, su presencia también responde a la necesidad de que pueda asumir o, por lo menos, conocer y asentir con los pactos que pudieran alcanzarse.

3) Incluso con las facultades suspendidas su presencia puede tener utilidad en cuanto a la aportación de datos y argumentos que puedan desbloquear la negociación y, por otra parte, es necesario que en la negociación se visualice que la administración no defiende los intereses del deudor sino los del concurso, que son mucho más complejos por cuanto debe velar también por los intereses de otros acreedores. La ausencia del concursado puede determinar la identificación de los administradores del concurso con la empresa deudora y eso puede obstaculizar o entorpecer un procedimiento ya de por sí complejo y tenso.

En la práctica de algunos juzgados mercantiles, fundamentalmente los de Barcelona, se ha considerado útil y oportuno que el trámite de consultas se realice con la colaboración de un mediador designado por la autoridad laboral –un inspector de trabajo– y que incluso el trámite se desarrolle en instalaciones de la autoridad laboral, manteniendo con ello alguna de las peculiaridades del ERE no concursal; la utilidad de esta medida responde a los argumentos siguientes:

1) La negociación no la lidera el juez sino la Administración concursal, que es parte en la negociación; esa situación determina que no sea operativo ni conveniente que el proceso de negociación se realice en sede judicial.

2) Los inspectores de trabajo, la autoridad laboral, tiene una amplia y contrastada experiencia en procesos negociadores y eso facilita el acuerdo. De hecho, en Cataluña el porcentaje de ERE concursales en los que se ha alcanzado acuerdo son muy elevados.

También esta posibilidad de mediación se ha incluido en la reforma de la LC del 2011.

3) La presencia desde el inicio de la autoridad laboral supone un impulso importante de cara a la elaboración del informe que luego debe efectuar la autoridad laboral concluido el período de consultas; aunque no es conveniente que el mismo inspector que ha mediado haya de efectuar el informe, sí que puede ser útil que la autoridad laboral tenga una fuente de información de primera mano sobre el desarrollo de las negociaciones.

4) El inspector de trabajo puede recabar, desde el primer momento, la documentación imprescindible para que el expediente se desarrolle de modo correcto. En este aspecto, debe advertirse que en la medida en que estos expedientes quedan sometidos a las normas y principios laborales, estas normas y principios obligan a cumplimentar documentación que puede no ser necesaria para el proceso concursal y que, sin embargo, está prevista para estos expedientes (caso de los planes sociales o de recolocación en despidos colectivos numerosos).

Procedimiento

1) Procesos colectivos

Tal y como se ha indicado en otros epígrafes de este mismo módulo, las competencias del juez mercantil en materia laboral se centran en la ejecución de pronunciamientos laborales –con las excepciones del artículo 56– y los procedimientos colectivos de extinción, modificación o suspensión de contratos laborales. Las competencias extintivas se circunscriben a procedimientos colectivos, los expedientes de regulación de empleo, que pueden afectar a la totalidad de la plantilla o a una parte de esta.

Anteriormente, estos procedimientos colectivos habían sido competencia de la autoridad laboral y se habían fiscalizado únicamente en vía contencioso-administrativa; de hecho, fuera del procedimiento concursal la autoridad laboral sigue siendo competente para el conocimiento de estos procedimientos.

La petición de ERE corresponde, inicialmente, al deudor, a la Administración concursal o a los trabajadores, y debe ir acompañada de una serie de requisitos formales que –como también se ha indicado– son los que ya se exigían en los ERE anteriores a la entrada en vigor de la ley. No debe olvidarse que, puesto que la autoridad administrativa informa sobre la legalidad del expediente una vez concluido el informe, puede ser negativo si no se reúnen los requisitos

exigidos por esa legislación; entre esas formalidades destaca una que no parece necesaria en el ámbito concursal y que, sin embargo, en el ámbito laboral sí es trascendente: el **plan social de recolocación** cuando se trata de empresas con determinado número de trabajadores. La reforma laboral de febrero del 2012 ha determinado que en los ERE administrativos no sea necesario ese informe; sin embargo, en el concurso se mantiene.

Una primera lectura del artículo 64 de la Ley Concursal parece indicar que el legislador, al regular este tipo de expedientes, los vinculaba a la continuidad de la actividad empresarial, es decir, se habilitaba al juez del concurso para la extinción o modificación de los contratos cuando esta medida servía para redimensionar la empresa y, con ello, facilitar la viabilidad de la misma. Sin embargo, tanto la lógica como la práctica del primer año de aplicación de la ley evidenciaron que estos expedientes se han planteado también en procesos liquidatorios en los que el deudor ha preferido judicializar el ERE desde el primer momento en vez de someterlo a las reglas de los ERE administrativos. En este punto, hay varios factores que sin duda han afectado a esta práctica; el primero de ellos es que, en el ERE administrativo, la interlocución la asumía el empresario, mientras que en los ERE judiciales es la Administración concursal la que negocia; también habrá influido el hecho de que, en el escenario administrativo, el proceso de negociación llevaba a pactar indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas; en cambio, en el ámbito concursal, dichas indemnizaciones podían circunscribirse al mínimo legal de 20 días por año trabajado. Sin embargo, en esa primera experiencia concursal se ha visto cómo incluso en algunos procedimientos liquidatorios las indemnizaciones pactadas han superado los mínimos legales, llegando a alcanzar los 30 días por año trabajado.

La posibilidad de alcanzar indemnizaciones superiores a las legales responde a la propia exigencia de la ley en la que se da un período de consultas, consultas que quedarían completamente desdibujadas si los administradores del concurso no pudieran ofrecer soluciones por encima de los topes legales. Es un proceso de negociación que, como tal, queda sometido a lo que las partes libremente pacten. Surge el problema de salvaguardar la *par conditio creditorum*, asunto que preocupa a la Administración concursal, que cuestiona su margen de maniobra frente a los trabajadores dado que un incremento indemnizatorio puede perjudicar a los intereses del resto de acreedores. En este punto, cabe considerar distintos factores que pueden servir como pauta en la adopción de un criterio o estrategia siempre flexible a la hora de negociar:

a) Debe tenerse en cuenta si el ERE se plantea en un escenario de liquidación o de convenio. Si es de liquidación, debe partirse de la previsión o posibilidad de cobro de los acreedores tanto privilegiados como ordinarios. Si es de convenio, debe considerarse la incidencia de la consecución de un acuerdo en las expectativas de aprobación del convenio.

b) Debe tenerse en cuenta también, sobre todo si el expediente se plantea antes de que los administradores emitan su informe, la incidencia del acuerdo en la determinación de los créditos contra la masa. En muchas ocasiones, el mantenimiento de la actividad con toda la plantilla trabajando en condiciones de normalidad genera una importante deuda contra la masa vinculada a la continuación de la actividad no solo en lo referente a salarios, sino también a deuda pública derivada de los mismos (seguridad social y retenciones de IRPF), así como el pago de suministros. Un ERE adoptado con rapidez y pactado con los representantes de los trabajadores puede suponer un importante ahorro para la masa del concurso que, sin duda, repercutirá en las expectativas de cobro de los acreedores.

c) Dado que la indemnización no se reputa deuda concursal, sino deuda contra la masa, debe tenerse en cuenta que en el artículo 84 de la Ley Concursal –que regula los créditos contra la masa– no se establecen limitaciones de ningún tipo, limitaciones que sí se observan en el artículo 91 respecto del alcance de los créditos laborales.

d) La paz social es también un buen argumento para alcanzar acuerdos por encima de los límites legales. La paz social no solo es un fin en sí mismo, sino que además es un elemento con incidencia directa sobre la valoración de los activos de la empresa. Una situación de crisis o tensión en el seno de una empresa no solo deteriora las relaciones entre los trabajadores y la empresa, sino que además afecta a sus activos (maquinaria, stocks, instalaciones...). Si los trabajadores acuden al proceso de negociación con la expectativa de alcanzar un acuerdo superior a los límites legales, el deterioro de esos activos se puede evitar ofreciendo a futuros adquirentes de esos activos las garantías propias de una empresa en funcionamiento, no de una actividad concluida y sometida al desgaste propio de un conflicto social.

e) Tampoco debe desdeñarse otro factor que favorece la negociación; en función del volumen de deuda concursal y del valor de los activos de la empresa, la Administración concursal puede hacer un cálculo de los porcentajes que podrían corresponder a los acreedores ordinarios y, de este modo, permitir que los trabajadores puedan ver también ajustadas sus indemnizaciones; así, si la previsión de pago de créditos ronda el 70%, sería razonable que la negociación superara los parámetros legales.

f) El juego del artículo 64 de la Ley Concursal con el 84 del mismo texto legal determina que los créditos derivados de los expedientes de regulación de empleo tengan la consideración de créditos contra la masa; por lo tanto, la Administración concursal tiene la responsabilidad de garantizar que las indemnizaciones que pacte deben ser satisfechas con cargo a la masa y que, además, la satisfacción de las mismas debe hacerse a su vencimiento; por consiguiente, la Administración concursal no puede pactar cantidades que no sea previsible poder satisfacer con cargo al patrimonio del concursado. En este punto, la asunción de responsabilidades por parte del Fondo de Garantía Salarial no

puede ser utilizada como un instrumento válido para establecer la indemnización dado que el FOGASA se subroga en aquello que haya satisfecho y, con ello, puede reclamar lo que hubiera pagado. Es cierto que, en la práctica concursal anterior a la entrada en vigor de la ley, se “jugaba” con ese porcentaje asumido por el FOGASA, pero esa situación se ha modificado sensiblemente con el nuevo marco concursal.

Ya se ha indicado que los administradores del concurso tienen también facultades para instar el expediente de regulación de empleo, facultades que, como norma general, no deben hacer efectivas hasta que no se haya emitido el informe. Los criterios que deben inspirar la actuación de los administradores, en el ejercicio de estas facultades, deben ser los de determinar la viabilidad de la empresa y la incidencia de la continuidad, total o parcial, de la actividad en dicha viabilidad. También deben ponderar la incidencia de las cargas laborales en los créditos contra la masa y su efecto respecto de las expectativas de cobro de los acreedores concursales.

La práctica inicial de la ley ha permitido incluir algunos criterios de interpretación de los expedientes:

- a) Los períodos previstos por la ley para las consultas son, en inicio, períodos máximos. No parece posible que el juez pueda fijar períodos superiores.
- b) Al iniciarse el expediente debe indicarse el número de trabajadores afectados; en algunos concursos, se ha modificado el número de trabajadores afectados siempre que haya acuerdo entre los interlocutores. A falta de acuerdo, cualquier modificación en las condiciones del expediente obliga a reiniciar el período de consulta.
- c) Dadas las peculiaridades de los conflictos laborales, parece aconsejable que en situaciones de tensión el juez pueda –atendiendo a circunstancias excepcionales y siempre motivadamente– prorrogar los plazos sin con ello favorecer el acuerdo. Estas situaciones de tensión –paros, huelgas, manifestaciones...– pueden incidir en las condiciones de la negociación y favorecer la existencia de situaciones de coacción o fraude que el juez debe evitar.
- d) El juez no es interlocutor durante esta fase de consultas. Tal y como se ha examinado en epígrafes anteriores, la práctica de reclamar la colaboración de la autoridad laboral en funciones de mediación es un elemento realmente útil para gestionar estos conflictos y para favorecer espacios de entendimiento.
- e) En aquellos supuestos en los que la empresa tenga establecimientos o centros de trabajo en diversas comunidades autónomas, el juez mercantil que conoce del procedimiento mantiene su competencia respecto del ERE; cuestión distinta es la de determinar el lugar de negociación, que puede ser indistintamente el de la sede del Juzgado Mercantil o el del lugar en el que se encuentre el centro de trabajo; en cualquier caso, es el juez quien debe decidir sobre las

condiciones y garantías que han de establecerse durante la fase de negociación. Respecto de la competencia de la autoridad laboral informante, se establecen tres posibilidades:

- Que informe la autoridad laboral de la comunidad autónoma en la que se encuentre el centro principal de intereses de la concursada. Dicho centro principal determinará que dicha autoridad laboral tenga un conocimiento en su conjunto de la empresa, de los efectos y circunstancias del ERE.
- Que informe la autoridad laboral de la sede de la unidad de actividad afectada por el expediente, que tiene un contacto directo con los trabajadores afectados.
- Que se considere –por analogía con la tramitación de los ERE administrativos– que la autoridad laboral de referencia debe ser la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo que permitirá armonizar la resolución de ERE que afecten a distintos establecimientos. En la práctica, los juzgados remiten para informe a la autoridad laboral del centro principal de intereses y, esta, a su vez, recaba informes complementarios o incluso remite el expediente a la autoridad laboral del lugar especialmente afectado por la decisión.

2) Procesos individuales acumulados

Con la finalidad de evitar situaciones de fraude, el párrafo 10 del extenso artículo 64 fijaba inicialmente unos mecanismos por los cuales distintos procedimientos individuales de resolución de los contratos planteados por la empresa o por los trabajadores pueden transformarse en colectivos y, con ello, atraer la competencia de la jurisdicción social a la mercantil.

Cuando las demandas se hubieran planteado de manera sucesiva, aparece el problema de establecer el tratamiento a dar a aquellos procedimientos que ya se hubieran iniciado ante los juzgados de lo social; la cuestión está todavía abierta al debate, pero lo cierto es que la tesis más razonable es que se acumulen todos los procesos pendientes en fase declarativa en los que no haya sentencia y que se tramite el expediente como colectivo conforme a las pautas de la Ley Concursal para evitar agravios comparativos entre los trabajadores.

Por estas razones, la reforma del 2011 de la Ley Concursal ha optado por derogar esos umbrales y establecer que la solicitud de ERE en el concurso suspende las acciones individuales en concurso.

Conclusión del expediente

El procedimiento previsto en el artículo 64 debe considerarse un **híbrido procesal** por varias razones:

- Es un procedimiento sometido a las normas y principios de derecho laboral que debe ser dirigido y resuelto por un juez de una jurisdicción distinta.
- Integra un proceso de negociación o consultas más complejo que una mera conciliación, junto con una decisión judicial en la que en principio –y a salvo el sistema de recursos– no hay posibilidad de una fase probatoria ni de alegaciones. En algunos casos, si tras la fase de negociación no se ha alcanzado un acuerdo, algunos juzgados reclaman de los interlocutores algún tipo de alegación o justificación de las circunstancias en las que se ha producido esa fase de consultas.
- Es un procedimiento judicial en el que se incardina un informe preceptivo pero, en principio, no vinculante de una autoridad administrativa.

Como ya se ha indicado, las posibilidades de solución pasan por dos posibles escenarios:

1) **Acuerdo entre las partes.** En estos casos, si la autoridad laboral informa favorablemente, el juez no tiene más opción que la de convalidar el acuerdo. Cuestión distinta es si la autoridad laboral informa de modo desfavorable (ya ha sucedido en la práctica judicial); en estos casos, la decisión del juez dependerá de los motivos que justifiquen el informe desfavorable:

- Si la administración se basa en el incumplimiento de requisitos formales propios de la tramitación administrativa del ERE, por ejemplo, la falta de un plan social para recolocar a los trabajadores que han visto resueltos sus contratos, el juez puede convalidar el acuerdo haciendo constar esas salvedades de la autoridad laboral.
- Si el motivo del informe negativo es la apreciación de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, el juez puede y debe aceptar los argumentos de la autoridad laboral y no convalidar el acuerdo.

El acuerdo entre la Administración concursal y los representantes de los trabajadores exige que los trabajadores, por medio de ratificación en asamblea, aprueben lo pactado en el acuerdo. Sin esa ratificación, el acuerdo no puede ser convalidado.

2) **Si no hay acuerdo, el juez está obligado a resolver.** En este punto, un sector importante de la doctrina considera que el juez en todo caso ha de aplicar el mínimo legal, 20 días por año trabajado; sin embargo, este criterio, teniendo cierto sentido en estricta interpretación de la legalidad, no debe ser considerado de un modo rígido ya que el juez, al resolver, debe ponderar todos los intereses en juego y, entre ellos, el de los trabajadores, pudiendo, por ejemplo, fijar una indemnización superior a la legal en función de los mismos factores que ya se han analizado en epígrafes anteriores y respetando los acuerdos parciales que hubieran alcanzado los administradores con los representantes de

los trabajadores durante la fase de consultas. De otro modo, si se defiende a ultranza que el juez no puede tomar otra decisión que la de aplicar el mínimo legal, el trámite de negociación queda supeditado y se desequilibra a favor de los administradores concursales, que pueden imponer su tesis bajo amenaza de la ruptura de las consultas.

No hay obstáculo legal que impida al juez convocar de nuevo a consultas cuando el trámite de negociación se haya visto viciado por una situación de tensión asimilable a las coacciones, o cuando se aprecien irregularidades en el trámite de consultas. Al fin y al cabo, tanto las fórmulas de la nulidad de actuaciones como las de la subsanación de defectos habilitan al juez para retrotraer las actuaciones al momento anterior a la apreciación del vicio o defecto.

La resolución judicial y el sistema de recursos

Tanto en el supuesto de acuerdo como en los casos en los que la negociación no dé un resultado pactado, el juez debe resolver por medio de auto que es susceptible de **recurso de suplicación** ante la jurisdicción social (Sala de lo Social de cada Tribunal Superior de Justicia).

En el redactado del artículo 64.8 se establece una doble vía de recurso:

1) Respecto del acuerdo marco o decisión general del juez, recurso de suplicación para el que estarán legitimados quienes hayan sido parte en el proceso de negociación. Se plantea el problema de determinar si acreedores no laborales pueden impugnar la resolución del juzgado por la vía de la suplicación, por ejemplo, porque los términos del acuerdo afecten a la *par conditio creditorum*. O si los sindicatos que no hubieran sido parte en el trámite de audiencia puedan impugnar como sindicatos más representativos en las comunidades autónomas. No hay un criterio consolidado al respecto, pero por razones de seguridad jurídica parece razonable que solo puedan impugnar quienes hayan sido parte en el trámite de audiencia, no abrir el recurso a terceros.

2) Los trabajadores directamente afectados por la decisión tienen la posibilidad de impugnar por el cauce del incidente concursal aquellos efectos concretos que afectan a su situación, por ejemplo, discrepancias en las antigüedades o en la cuantificación de la indemnización. Estos incidentes son los que quedan sometidos a las especialidades del incidente concursal laboral regulado en la ley.

Esta situación ha llevado a que, en algunas ocasiones, se hayan dictado dos resoluciones: una que aprueba el marco genérico del acuerdo o de la solución del conflicto colectivo, y luego un segundo auto específico fijando la indemnización de cada trabajador y los criterios para determinar la misma que son consecuencia directa del acuerdo o decisión marco. En otros casos, se ha optado por una única resolución que adjunte como anexo la relación de trabajadores afectados y las indemnizaciones y que el secretario judicial certifique

en cada caso individual el alcance de la deuda. Probablemente, las facultades reconocidas a la Administración concursal permitirían que las certificaciones expedidas por ellos, en el ejercicio de sus funciones, pudieran considerarse suficientes para concretar la indemnización de cada trabajador y el momento en el que se produce la extinción.

El Fondo de Garantía Laboral ha reclamado, en los expedientes de regulación de empleo, la posibilidad de supervisar la documentación que sirve como base para resolver el procedimiento al objeto de poder hacer los pagos que legalmente les corresponden; ante el vacío legal sobre la materia se ha impuesto el criterio de que el FOGASA conozca, desde el inicio, la admisión del ERE y que pueda fiscalizar dicha documentación en el plazo que discurre desde que concluye el período de consultas hasta que informa la autoridad laboral. No hay un trámite específico de recurso del FOGASA a las circunstancias de la negociación, pero nada impide que el juez pueda solventar, por el cauce de una comparecencia, cualquier discrepancia que plantee el FOGASA.

Las consecuencias prácticas del expediente de extinción

En los expedientes de regulación de empleo no concursales, la aprobación del ERE no suponía una extinción automática de los contratos de trabajo afectados, sino una autorización al empresario que luego “administraba” en función de las necesidades de la empresa. La efectividad de la extinción de los contratos tiene especial trascendencia para el trabajador no solo por el cobro de la indemnización –cuestión capital– sino también por la posibilidad de acceder a las prestaciones de desempleo; por ello, es especialmente trascendente controlar la efectividad de las medidas adoptadas y actuar con la máxima diligencia para no perjudicar ni a los trabajadores ni a la concursada.

En los ERE concursales, el criterio debe ser similar; la resolución del juez no debe suponer una extinción automática de todos los contratos afectados, sino que debe ser un instrumento que tanto el concursado como los administradores del concurso deben modular en función de las necesidades del concurso, teniendo en cuenta la necesidad de cubrir tres garantías:

- 1) La conclusión de los trabajos y pedidos pendientes, fundamentales para poder mantener opciones de cobro de los créditos derivados de los mismos.
- 2) La colaboración con la Administración concursal en la conclusión del procedimiento. Es necesario mantener un número reducido de personal que colabore con la Administración concursal en aspectos puntuales del inventario y en la gestión práctica del procedimiento.
- 3) La seguridad de las instalaciones, maquinaria y stocks, que no puede quedar abandonado.

Evidentemente, las personas que no ven extinguidos de inmediato sus contratos no solo tienen derecho a percibir con normalidad sus retribuciones sino que, al extinguirse definitivamente los contratos, deberán ajustarse las indemnizaciones a la fecha de cese efectivo de la actividad para cada trabajador.

1.3.2. El personal de alta dirección (artículo 65)

Para resolver los conflictos que afectan al personal de **alta dirección**, tanto la Administración concursal como el juez están sometidos a la **normativa y principios de derecho laboral**; este sometimiento obliga a acudir al Real decreto 1382/85, de 1 de agosto, en el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección; eso quiere decir que, para determinar si la relación laboral es o no de alta dirección, ha de acudirse tanto a la normativa laboral como a la jurisprudencia que la desarrolla; esta circunstancia hace que, en la práctica, sea difícil aplicar la normativa concursal a los altos directivos de empresas concursadas, dado que su condición de alto directivo no es asimilable, de modo automático, a los parámetros laborales de la alta dirección.

En este punto, debe tenerse en cuenta el análisis de las circunstancias específicas de cada uno de los contratos, atendiendo tanto a la literalidad de las cláusulas como a las funciones que, específicamente, desempeña la persona en cuestión.

No debe olvidarse que la jurisprudencia ha considerado posible que el acceso a **funciones de alta dirección** sea consecuencia no de un contrato escrito, sino de la asunción de determinadas competencias o funciones de decisión de los aspectos fundamentales y estratégicos de la empresa.

La Ley Concursal coloca “bajo sospecha” al personal de alta dirección, ya que determina que tanto el proceso declarativo como el de ejecución es competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil; además, el juez mercantil puede limitar o moderar las cláusulas indemnizatorias específicamente pactadas e incluso demorar el pago de las indemnizaciones a la conclusión de la fase de calificación. Estas especialidades hacen que el personal de alta dirección deba considerarse en función de otras dos instituciones concursales de nuevo cuño que han generado cierta polémica doctrinal:

- El tratamiento de los administradores de hecho de la empresa⁵.
- Las responsabilidades que la pieza de calificación atribuye a los cómplices del concurso.

⁽⁵⁾ Artículo 48.3 de la Ley Concursal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en el estatuto del personal de alta dirección, se incluyen o establecen cláusulas que van más allá del mero **blindaje indemnizatorio**, cláusulas como la de la no concurrencia laboral durante un plazo determinado. A falta de una normativa legal concursal específica, nada impide que el juez mercantil, al aplicar las limitaciones previstas en la Ley Concursal, pueda compensar o dejar sin efecto estas cláusulas complementarias e incardinarlas en los efectos globales derivados de la extinción de los contratos.

1.3.3. Los convenios colectivos (artículo 66)

No hay grandes novedades respecto de la regulación anterior, ya que el artículo 66 indica que, para que un procedimiento concursal afecte a los convenios colectivos, es necesario que concurren los requisitos exigidos por la legislación laboral; expresamente, se requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

1.3.4. Participación de los trabajadores en la toma de algunas decisiones trascendentales para el concurso

Ya se ha hecho mención, en algún otro epígrafe de este módulo, que la participación de los representantes de los trabajadores es necesaria en momentos trascendentales del procedimiento judicial; se hizo referencia a dicha intervención cuando se reclama el cese o cierre de la actividad, y vuelve a aparecer la referencia a la intervención en el trámite de convenio y liquidación.

Hay que distinguir dos aspectos distintos de la intervención:

- El **trámite de audiencia** en todo caso. Con las peculiaridades de un trámite que tiene algunas lagunas legales sobre las formalidades y efectos de esta audiencia, no vinculante para el juez.
- La **incidencia que el convenio o la liquidación pueda tener en el mantenimiento, extinción o modificación de los contratos laborales**, incidencia que remite necesariamente al artículo 64 de la ley y que, por lo tanto, obliga a respetar los plazos y formalidades ya analizadas de este artículo 64.

1) Audiencia en fase de convenio⁶

⁶Artículo 100.

Cuando la propuesta de convenio incluya proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a la actividad empresarial o profesional, o de determinadas unidades productivas, y se asuma la continuidad de la actividad será necesario oír a los representantes de los trabajadores. Esta audiencia, como se ha indicado, no puede suplir o sustituir el

trámite del artículo 64. No se fija plazo ni formalidad, tampoco aclara el legislador si esta audiencia es anterior, posterior o simultánea a la evaluación de los administradores que sí que está sujeta a plazos.

En el supuesto del **convenio anticipado**, la audiencia de los representantes de los trabajadores puede ser fundamental para que el juez pueda decidir si somete o no el convenio anticipado. Cuando el **convenio no es anticipado**, la opinión de los trabajadores expresada en el trámite de audiencia no es determinante para el sometimiento del convenio ya que, si ha sido admitido a trámite por el juzgado, el sometimiento a la votación de los acreedores es inevitable.

2) Incidencias laborales de la fase de liquidación.⁷

⁽⁷⁾Artículo 148.3.

De nuevo la Ley Concursal distingue entre el informe de los representantes de los trabajadores –aquí informe y no mera audiencia– con el efecto del plan liquidación en los contratos laborales –párrafo 4 del artículo 148– que remite al artículo 64.

Al indicar la ley que se trata de informe, parece necesario que se formule por escrito y que las objeciones o salvedades que pudieran los trabajadores realizar sean consideradas por la Administración concursal y por el juez para aprobar o no definitivamente el plan de liquidación.

1.4. Las competencias prejudiciales laborales del juez concursal. Incidencia en la calificación de los créditos

Las competencias laborales del juez mercantil no se circunscriben, única y exclusivamente, a los expedientes de regulación de empleo del artículo 64 y la extinción de los contratos del personal de alta dirección. El juez mercantil asume competencias prejudiciales⁸ en la calificación de los créditos laborales. En este punto, tanto la Administración concursal como el juez necesitan tener conocimientos de derecho laboral necesarios no solo para cuantificar y calificar los créditos, sino también para enfrentarse a los incidentes contra el informe de los administradores que pudieran venir de la fiscalización de esos créditos. La determinación de los criterios que conforman el salario adeudado –con la incidencia de las horas extraordinarias, las dietas, la retribución en especie, incentivos–, el cómputo de antigüedades cuando se produzca una sucesión de contratos, la determinación exacta de las categorías laborales y su incidencia en el salario, el conocimiento de los convenios colectivos aplicables para el sector... Todos estos factores pueden surgir en el incidente de impugnación de créditos laborales y obligan primero a los administradores del concurso y luego al propio juez a conocer y manejar con soltura la legislación laboral y la doctrina que la desarrolla.

⁽⁸⁾Artículo 9.

Por otra parte, al mantener el procedimiento concursal, en muchas ocasiones la actividad productiva, los administradores concursales, sobre todo cuando el concursado ha visto suspendidas sus facultades patrimoniales, se ven obligados a asumir importantes responsabilidades de índole laboral vinculadas a aspectos tan variados como la del tratamiento de derechos sindicales, la determinación de vacaciones, la introducción de incentivos puntuales a determinados trabajadores –por ejemplo, los que han de colaborar con el procedimiento concursal en la gestión del informe–, etc. Dada la variedad y especificidad de cuestiones laborales, se ha asentado una práctica por la cual, en aquellos procedimientos concursales en los que hay previsión de conflictividad laboral, se designa un auxiliar delegado de la Administración concursal que asume, específicamente, la gestión y apoyo en materia laboral.

Todos los incidentes concursales de carácter laboral que no se derivan del artículo 64 de la ley quedan sometidos al incidente concursal común, y los recursos que se generen como consecuencia de estos incidentes quedan fuera de la jurisdicción social y se someten a las normas generales de la apelación concursal civil.

2. Las normas del derecho internacional privado

2.1. Algunas ideas sobre el derecho internacional concursal

La globalización de la economía determina, inevitablemente, que los procedimientos concursales puedan tener reflejos o intereses internacionales tanto desde la perspectiva del deudor –que disponga de establecimientos fuera de territorio español– como desde la perspectiva de los acreedores: empresas que realizan servicios o venden mercaderías a una sociedad en concurso y que deben acudir a los juzgados y tribunales mercantiles para reclamar los pagos pendientes.

En cualquier caso, **el procedimiento concursal se internacionaliza** y esa internacionalización ha de tener un reflejo legal en la regulación de algunas instituciones concursales.

El título IX de la nueva Ley Concursal es una clara referencia a esta internacionalización; en el último tramo de la ley, se recogen poco más de treinta preceptos destinados a disciplinar las cuestiones de derecho internacional, ofreciendo una doble perspectiva:

1) La del **derecho internacional**.

2) La del **derecho comunitario**. Respecto del derecho comunitario, debe efectuarse una importante precisión jurídica dado que la incorporación de España a la Unión Europea determina que las normas comunitarias no deban, en ningún caso, ser consideradas normas de derecho internacional sino que se incorporan al derecho interno y como tal directamente aplicables. Esta consideración determina que, junto con las normas de derecho comunitario que se hayan trasladado al derecho español, deben tenerse en cuenta otras normas que, aunque no se hayan trasladado directamente al ordenamiento interno, deben ser de directa aplicación. Todas estas normas deben aplicarse, además, conforme a los parámetros interpretativos ya asentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.1. Derecho internacional

Con esta referencia debe tenerse en cuenta **todo el derecho no comunitario**, es decir, todos los Estados que no formen parte de la Unión Europea.

El Estado español tiene suscritos convenios de cooperación internacional con muchos Estados, convenios de cooperación que, como en el caso de Brasil, excluyen expresamente la aplicación de los convenios en materia concursal.

Hay dos aspectos a considerar en materia de aplicación del derecho comunitario:

1) La Administración concursal y, en último término, el juez mercantil, deberán tener en cuenta los tratados internacionales y, en su caso, los criterios de reciprocidad para conocer si las decisiones adoptadas en el seno del concurso son aplicables fuera de las fronteras españolas. En el caso de empresas concursadas que dispongan de establecimientos o de intereses económicos fuera de territorio español y comunitario, la ejecutividad de las decisiones españolas quedará sometida a dichos tratados; por otro lado, los procedimientos o incidencias que puedan plantearse respecto de bienes o derechos radicados fuera de territorio español quedarán, como norma general, sometidas a los tribunales y a las leyes de los países donde se encuentren.

2) Los acreedores extranjeros que quieran insinuar sus créditos y defender sus derechos en concursos tramitados por juzgados españoles deberán someterse a las normas de la Ley Concursal.

En cualquier caso, tanto la Administración concursal como el juzgado deben extremar las precauciones para no generar situaciones de indefensión a los acreedores extranjeros tanto en lo referente a la comunicación que la Administración concursal ha de hacer a los acreedores del inicio del procedimiento y la apertura del plazo de insinuación como en las comunicaciones derivadas de la calificación de créditos, así como en la publicidad que se dé a la declaración del concurso, publicidad que –conforme al artículo 23 de la ley– puede permitir que algunos edictos se difundan en diarios extranjeros.

Respecto de las normas generales que deben atender la declaración del concurso, el artículo 200 de la ley es claro al establecer una norma residual cuando declara que:

“sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes, la ley española determinará los presupuestos y efectos del concurso declarado en España, su desarrollo y su conclusión”.

2.1.2. Derecho comunitario

Respecto de los aspectos comunitarios del derecho concursal, el artículo 199 y concordantes de la ley no hacen sino trasladar al derecho español las normas del reglamento sobre procedimientos de insolvencia (Reglamento CE 1346/2000). Este reglamento, en líneas generales, distingue entre **procedimiento principal** –el que afecta al centro principal de intereses– y los **procedimientos secundarios**, denominados en la terminología del reglamento y de la propia ley *concurso territorial*, que hace referencia a aquellos supuestos en los que se tenga establecimientos en distintos países de la Unión Europea.

El sistema que se articula, a grandes rasgos, permite afirmar que se da preponderancia a la normativa del país en el que se siga el procedimiento principal y que se busca coordinar los procedimientos secundarios.

El mencionado reglamento es de interés sobre la determinación de la normativa aplicable de los distintos Estados de la Unión Europea en función del lugar donde se encuentren los bienes o el lugar –en el caso de los contratos– en los que deban cumplirse las obligaciones; en este punto, debe tenerse en cuenta que las garantías civiles y mercantiles de garantía de determinadas obligaciones –garantía que puede dar lugar no solo a privilegios sino incluso establecer derechos de ejecución separada– no son idénticas en todos los países; por ello, en el caso de que existan acreedores de países de la UE en un procedimiento concursal que haya de tramitarse en España, es conveniente que la Administración concursal, a la hora de calificar los créditos, tenga en cuenta en primer lugar el reglamento mencionado y, en último término, la normativa del país en cuestión; en estos casos, la preparación y los conocimientos del administrador letrado, sobre todo, es fundamental; el reglamento regulador de los aranceles de los administradores concursales es consciente de esta internacionalización de los procedimientos concursales al permitir el incremento de hasta un 5% en los honorarios finales cuando la empresa en concurso disponga de inmuebles fuera de territorio español.

2.1.3. El papel de la Administración concursal en el ámbito del derecho internacional

La cuestión fundamental, en este punto, es la de que los administradores del concurso declarado en España tienen la consideración de **síndicos** del procedimiento de insolvencia dentro del territorio de la Unión Europea.

La terminología utilizada: *síndico*, abarca los distintos tipos o fórmulas de designación de la institución en los distintos países, sobre todo en los anglosajones, en los que se distinguen los procedimientos de insolvencia según determinen la liquidación de la empresa o su continuidad.

En cualquier caso, el testimonio de la resolución judicial dictada por el juez habilita a los administradores concursales para actuar en el ámbito comunitario, lo que les permite personarse ante cualquier tribunal y, conforme a dichas credenciales y a la normativa comunitaria, actuar en interés del concurso con competencias y funciones similares a las reconocidas en territorio español como administradores concursales.

Deberá acudirse a las normas sobre ejecución de resoluciones judiciales en el marco de la Unión Europea –otro reglamento de aplicación inmediata– para garantizar la comunicación entre los distintos juzgados o tribunales europeos.

2.2. Concursos con aspectos internacionales y la determinación de la competencia judicial (artículo 10)

El extenso artículo 10 establece las normas para atribuir la competencia a los juzgados en la declaración del concurso fijando tanto **normas de derecho interno** –respecto de aquellos concursos en los que la concursada tenga establecimientos o unidades de negocio en distintas provincias españolas– como **de derecho internacional**.

El elemento determinante de la competencia se basa en un concepto más económico que jurídico, ya que se atribuye la competencia a los juzgados y tribunales españoles cuando el centro de intereses principales se sitúe en territorio español; normalmente, este centro de intereses coincidirá con el domicilio social –que sí es un criterio jurídico–, pero no siempre será así.

Si el centro de interés principal radica en España, el procedimiento concursal español se considerará **procedimiento principal**. Cuando ese centro de intereses se encuentre fuera de España, pero en España existan establecimientos, habrá de declararse en territorio español el **concurso territorial**.

2.3. El título IX de la Ley Concursal (artículos 199 a 230)

No se trata de reproducir de modo mimético el contenido de los artículos de referencia, sino de destacar los aspectos fundamentales de una regulación que no hace sino trasladar al ordenamiento interno el mencionado reglamento CE de un modo casi literal.

2.3.1. Aspectos generales

Como ya se ha indicado, la normativa distingue entre procedimiento principal, que tiene la consideración de procedimiento universal y que determina que el resto de procedimientos entablados haya de coordinarse con él, y procedimientos territoriales.

Las normas de derecho español se aplican sobre los bienes y derechos que se encuentren en territorio español, aplicándose el derecho de cada Estado sobre los bienes y derechos que se encuentren en otros países de la unión.

El objetivo principal de las normas de derecho internacional es el de conjugar el **principio de universalidad** que debe inspirar al proceso concursal con las garantías de seguridad jurídica de quienes contrataron o se obligaron con la concursada conforme a legislaciones de otros Estados; esta exigencia de seguridad jurídica es especialmente deseable en lo referido a obligaciones sobre bienes inmuebles, en los que se aplica la normativa del lugar donde se encuentren los mismos, y en valores y sistemas de pago de los mercados financieros.

El texto legal acentúa su interés en precisar los derechos de información, publicidad y en establecer un régimen transparente en la comunicación de créditos y pagos.

2.3.2. Ley aplicable

La ley aplicable distingue entre:

- **Concurso principal.** Como ya se ha indicado, es aquel que se sigue en el país en el que la concursada tenga su centro de intereses.
- **Concurso territorial.** Es el que se sigue en aquellos países donde la concursada tenga establecimientos. Los representantes del procedimiento principal seguido en el extranjero tienen la legitimación para instar el concurso territorial fuera de las fronteras del país en el que se hubiera declarado el concurso.

2.3.3. Reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros

Las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros en procedimientos de insolvencia se reconocerán en España siguiendo el régimen legal del *exequatur* regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil; no son, por lo tanto, directamente

ejecutables y requieren de un procedimiento judicial previo de reconocimiento que, tradicionalmente, se seguía ante el Tribunal Supremo pero que, recientemente, se ha derivado a los tribunales superiores de justicia.

Se reconoce al administrador o representante extranjero tal condición en España siempre que se cumplan con las formalidades previstas en el artículo 221 de la ley, una vez satisfechas esas formalidades, que pasan por disponer de una copia autenticada del original de la resolución en la que hubiera sido designado.

El *exequatur* es necesario para la resolución en la que se declare el concurso o procedimiento de insolvencia fuera de territorio español; una vez obtenido ese *exequatur*, el reconocimiento del resto de resoluciones dictadas en el seno del procedimiento concursal extranjero se simplifica conforme al régimen previsto en el artículo 222.

Un régimen similar al de la ejecución de la declaración de insolvencia se reconoce en las medidas cautelares adoptadas en el extranjero; incluso el artículo 226.2 permite adoptar, en territorio español, medidas cautelares antes de la declaración de insolvencia fuera de España siempre que se cumplan los requisitos de la legislación española⁹ y el concurso en el extranjero sea solicitado en un plazo máximo de 20 días.

⁽⁹⁾ Artículos 721 y s. de la ley.

2.3.4. Coordinación entre procedimientos de insolvencia

Los cuatro últimos artículos de la Ley Concursal se dedican a la **coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia**, desgranando los mecanismos de coordinación basados en el intercambio de información y reconociendo a los tribunales la posibilidad de aprobar y aplicar acuerdos relativos a la coordinación.

Fuera de la Unión Europea, el tratamiento a los acreedores en el ejercicio de sus derechos responderá al **principio de reciprocidad**.

Finalmente, se recogen algunos mecanismos específicos sobre coordinación de pagos y tratamiento de los excedentes de activos en los procedimientos territoriales.

