

EL DERECHO CONCURSAL LABORAL.- DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUZGADOS.- NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL.

SECCIÓN CONCURSAL - COLEGIO ABOGADOS MADRID -

16.11.2017

I.- Introducción.

La materia que me ha sido asignada para esta jornada formativa es la relativa a la regulación concursal de las cuestiones relativas a los **trabajadores vinculados a la concursada por contratos laborales** por cuenta ajena o por **contratos de alta dirección**, por lo que voy a dejar fuera de mi exposición [-salvo que Vds. muestren interés por su régimen jurídico las figuras del **autónomo económico dependiente** [-art. 94.2.1º L.Co., que no es trabajador-] y la de **persona natural no dependiente** que presta servicios a la concursada, normalmente a través de contratos de agencia o colaboración [-art. 91.3º L.Co., que tampoco es trabajador-].

La inclusión de normas laborales, tanto procesales como sustantivas en el ámbito concursal, supuso una **absoluta novedad legislativa de la Ley Concursal de 2003** [-hasta ese momento las normas históricas de los procesos de insolvencia no incluían regulación alguna de esta materia-], novedad que está basada en el **principio de unidad procedural** que sirve de guía a la norma concursal, según el cual es voluntad de la Ley que se concentren en un solo órgano judicial todas las materias de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, entre los que lógicamente se encuentran los derechos y obligaciones nacidos de los contratos de trabajo y de alta dirección.

Dicha regulación laboral original ha sido modificada profundamente por distintas Leyes, siendo las más relevantes:

- el R.D.-Ley 3/2009, de 27 de marzo,
- la Ley 38/2011, de 10 de octubre,
- el R.D.-Ley 11/2013, de 2 de agosto,

- la Ley 1/2014, de 28 de febrero,
- la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, derivada del R.D.-Ley 4/2014,
- y finalmente la Ley 9/2015, de 25 de mayo, derivada del R.D.-Ley 11/2014.

Gran parte de éstas reformas no sólo responden a la voluntad del legislador de **modificar la regulación concursal** de determinados aspectos laborales, sino que además buscan la **coordinación entre las normas** concursales y las reformas laborales operadas principalmente por la Ley 35/2010 y la Ley 3/2012 por las que se modificó el Estatuto de los Trabajadores, dotando así al sistema de una deseable coherencia técnica e interpretativa que solucionen dudas y lagunas.

A ello deben sumar la derogación del Estatuto de los Trabajadores de 1995 y su sustitución por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Para una ordenada exposición de la materia voy a dividir mi intervención en **cuatro grandes apartados**; uno primero relativo a la jurisdicción y competencia a los fines de distinguir qué asuntos corresponde su conocimiento a la jurisdicción social y cuáles a los juzgados mercantiles; una segunda relativa a los específicos asuntos que son conocidos por el juez del concurso; uno tercero relativo al procedimiento para la adopción de medidas de carácter colectivo; y uno cuarto relativo al derecho concursal internacional en materia laboral.

Les invito a interrumpir, a parar, a preguntar...

II.- Jurisdicción y competencia.

El conocimiento judicial de los asuntos derivados de las relaciones laborales en que sea empleador un deudor ya declarado en concurso **aparecen distribuidos** legalmente tanto a favor de la jurisdicción social como a favor de los juzgados mercantiles.

La **idea básica** es que no todo lo que tiene relación con un trabajador vinculado a una sociedad o persona concursada está atribuido a un solo

juzgado, por lo que de determinadas reclamaciones conocerá el juez del concurso y de otras el juez de lo social.

En este reparto de asuntos **resulta esencial** el art 86.ter L.O.P.J., que aparece complementado por lo dispuesto en el art. 8 L.Co. y por el art. 2.a) y el art. 3.h) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

De la interpretación conjunta de dichos preceptos resultan **tres ideas o principios**:

(i) Uno primero es el de **especialidad**, de tal modo que los tribunales mercantiles sólo conocerán de los pocos y específicos asuntos que expresamente le son atribuidos por las normas competenciales, por lo que todos los demás asuntos laborales que afecten a una concursada serán competencia de los jueces de lo social.

(ii) Un segundo principio es que la atribución de competencias laborales al juez del concurso **tiene como fundamento** el que el proceso concursal pueda alcanzar su **última finalidad**, cual es la satisfacción de los acreedores, entre los que se encuentran los trabajadores; y tal satisfacción puede lograrse bien por el cauce del convenio de acreedores manteniendo la actividad y todas o parte de las relaciones de trabajo, bien mediante la realización ordenada de los bienes y derechos del deudor y el ordenado e igualitario pago de los acreedores de la concursada.

(iii) Y un tercer principio deriva de que ambas jurisdicciones **aplican el mismo texto legal sustantivo laboral**, por lo que los tribunales mercantiles deberán sujetarse a los principios e interpretaciones jurisprudenciales que emanen de los tribunales de lo social.

De un modo telegráfico y enumerativo, siguiendo los criterios sentados por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo [Auto de 28.11.2011] puede afirmarse que el **juez mercantil conocerá de los siguientes cinco bloques de materias**:

1.- una primera materia o bloque de materias competencia del juez del concurso son las **acciones sociales** que tengan por objeto (i) la extinción

colectiva o despido colectivo, (ii) la modificación sustancial colectiva, (iii) la suspensión individual y colectiva del contrato de trabajo, (iv) el traslado colectivo, y (v) la reducción de jornada laboral individual y colectiva; es importante tener en cuenta que de estas cinco clases de acciones conocerá el juez del concurso si se formulan tras la declaración concursal, pues si se han formulado antes conocerá la Autoridad Laboral, pero si el procedimiento administrativo no ha finalizado por resolución definitiva al tiempo del concurso, la autoridad laboral se inhibirá a favor del juez mercantil.

Como ven, para determinar cuando el juez del concurso conoce de éstas cinco pretensiones **es esencial tanto** que las medidas laborales tengan carácter colectivo **como** el momento o tiempo de su ejercicio y finalización;

2.- un segundo bloque de materias son las referidas a las **ejecuciones** de resoluciones judiciales individuales o colectivas en materia laboral y medidas cautelares dirigidas contra el patrimonio de la concursada,

3.- una tercera es la relativa a las acciones de suspensión o extinción de los contratos de **alta dirección** posteriores al concurso,

4.- las impugnaciones del auto que apruebe la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, en cuestiones referidas a la relación jurídica individual de los trabajadores afectados [art. 64.8 L.Co.],

y **5.-** las acciones resolutorias **individuales** interpuestas por los trabajadores por causa de la situación económica de la concursada tras la declaración concursal [-las cuales se considerarán extinciones colectivas sea cual fuera el número de las acciones-] [art. 64.10 L.Co.].

De esta enumeración es importante que retengamos la idea de que el juez del concurso **no solo** conoce de las medidas colectivas laborales, **sino que además** lo hace de acciones de un solo trabajador en los casos que luego veremos.

En estas materias, tal como ordenan los arts. 2.a) y art. 3.h) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, el **juez de lo social deberá abstenerse de conocer** de las mismas, invitando al demandante a hacer valer su derecho ante el juez del concurso; y si se hubieran admitido a trámite lo

actuado ante el juez de lo social **será nulo**, debiendo acordarlo así el juez de lo social, ordenando el archivo de lo actuado.

Resulta de ello que aún en el hipotético caso de que el procedimiento laboral continuara ante los juzgados de lo social, **lo resuelto en estas materias no podrá obtener en ningún caso el reconocimiento dentro del concurso**, por lo que las declaraciones de modificación sustancial de contratos laborales y el reconocimiento de derechos de créditos a favor de los trabajadores, no producirán efecto alguno dentro del concurso, porque todo lo actuado es nulo.

De éstas materias atribuidas al juez del concurso se **excluyen las cuestiones relativas a materias de Seguridad Social**, las cuales seguirán recayendo sobre las jurisdicciones social y contencioso-administrativa, según la materia de la que se trate.

Como les he dicho, la norma competencial atiende **tanto a la fecha de la declaración concursal como a la fecha de la solicitud de medidas colectivas**, de tal modo que las solicitudes de medidas colectivas posteriores a la declaración concursal serán competencia del juez del concurso.

Ahora bien, si a la fecha de la declaración del concurso se **estuviese tramitando** por comunicación del empresario un procedimiento de **(i)** despido colectivo o de **(ii)** suspensión colectiva de contratos o **(iii)** reducción colectiva de jornada, la autoridad laboral **remitirá lo actuado al juez del concurso**.

Dentro de los 3 días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial **citará a comparecencia** a los representantes de los trabajadores, la administración concursal y al empresario para exponer y justificar la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas. Las actuaciones que se hubieren practicado en el procedimiento administrativo anterior a la declaración de concurso **conservarán su validez** en el procedimiento colectivo que se tramite en el juzgado.

Noten que de esta **regla se excluyen** el **(iv) traslado** colectivo y la **(v) modificación sustancial** colectiva, por lo que si éstos fueran anteriores al concurso deberán seguir tramitándose ante la Autoridad Laboral.

Deben tener en cuenta que con las últimas modificaciones legislativas laborales se ha producido una **importantísima reducción de las funciones de control y autorización previa de la Autoridad laboral**, de tal modo que las medidas laborales que precisan de autorización administrativa son sólo dos: **(i)** despido colectivo por fuerza mayor y **(ii)** inaplicación –descuelgue- de condiciones previstas en convenios estatutarios fijando condiciones menos ventajosas (art. 82 E.T.), siendo que las demás sólo precisan de comunicación de la decisión empresarial adoptada a los meros efectos del control de legalidad por la Autoridad Laboral.

Si a la fecha de la declaración de concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la medida adoptada según lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores [-en las medidas que no requieren autorización previa-] o ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando las medidas colectivas [en las que sí la requieren-], **nada procede declarar y acordar por el juez del concurso** respecto a la extinción, suspensión o modificación de las relaciones laborales, correspondiendo a la administración concursal proceder a la ejecución de las mismas reconociendo los derechos económicos a que hubiera lugar. Como ven, en este caso no hay nada que resolver ni discutir, solo queda ejecutar lo resuelto por el empresario o por la autoridad laboral, sin que dentro del concurso se pueda dejar sin efecto las medidas acordadas.

Como **pronunciamientos más recientes** en materia de competencia entre jurisdicciones:

- El Auto de la Sala Especial del T.S. de 27.9.2017 [ROJ: ATS 8532/2017] analiza el supuesto de un despido individual por causas objetivas y económicas anterior al concurso respecto del cual el trabajador ejercita tras el concurso una demanda en reclamación de la declaración de improcedencia y la indemnización correspondiente.

Afirma el Alto Tribunal que, como regla general, el conocimiento de los conflictos relativos a la extinción de contratos de trabajo corresponde a los órganos del orden social y solo como excepción al juez del concurso, al que únicamente corresponde conocer de las extinciones colectivas, además de las relativas a contratos de alta dirección, conforme se desprende de los arts. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ) y 8.2.º de la LC.

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

Dice además que quedan fuera de la competencia del juez del concurso las extinciones individuales, salvo las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) «motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado», que tendrán consideración de extinciones colectivas desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en el art. 64 de la LC cualquiera que sea el número de demandantes (art. 64.10 de la LC tras la redacción dada por la Ley 38/2011). En igual sentido Autos de la misma Sala de 24.9.2014 y de 5.12.2014.

- El Auto de la misma Sala Especial del T.S. de 26.6.2016 [ROJ: ATS 6464/2016] analiza el caso la competencia para analizar el denominado "*grupo de empresas patológico*" a efectos laborales, entendiendo por tal -como saben- aquel que surge cuando un trabajador presta sus servicios para distintos empleadores unidos entre sí por vínculos de jerarquía o coordinación [-aquí da igual el grupo horizontal o vertical-].

En el caso analizado un trabajador de la concursada vio extinguido de modo colectivo su contrato laboral dentro de un ERE concursal tramitado 15 meses después de declarado el concurso. Dictada dicha Resolución mercantil el trabajador acudió a la jurisdicción social afirmando que no solo prestaba sus servicios para la concursada sino además para otras dos empresas del grupo solicitando se declarase el despido respecto de éstas y su condena indemnizatoria.

El T.S. atribuye la competencia al juez laboral, por dos motivos: (i) porque lo ejercitado por el trabajador constante concurso es una demanda de extinción individual por despido improcedente contra grupo patológico, siendo que la competencia del juez mercantil sobre dichas acciones individuales es residual y limitada a la extinción por incumplimiento del empleador del art. 64.10 L.Co.; y (ii) porque cuando en la demanda laboral existe una válida acumulación subjetiva de acciones al dirigir la misma frente a distintas empresas, se está excediendo la competencia del juez del concurso.

El Auto de dicha Sala de 26.4.2016 [ROJ: ATS 3674/2016] analiza el supuesto de una demanda individual de readmisión por un trabajador que primero fue despedido por la empresa por razones objetivas que fue recurrido, de tal modo que no siendo firme tal despido se declaró el concurso y fue despedido en un ERE concursal.

La jurisdicción social declaró la existencia de grupo de empresas, anuló el despido previo al concurso y ordenó la readmisión ante lo cual el trabajador solicitó la ejecución de la sentencia respecto a las tres sociedades del grupo, una de las cuales estaba en concurso [-que ya le había despedido-].

El T.S. entiende que cuando la readmisión en ejecución de sentencia que declara el despido nulo se dirige no solo contra la concursada sino contra otras empresas del

grupo patológico es competencia del tribunal laboral que dictó la sentencia, pero puntualiza que dicha ejecución de sentencia solo puede limitarse a la parte mero-declarativa de la correcta e incorrecta readmisión y el importe -en su caso-, no pudiendo adoptar medida ejecutiva alguna contra la concursada y sí contra las demás; y además afirma que el trabajador despedido antes del concurso, pero no de modo firme, puede ser incluido en un ERE concursal.

- El Auto de igual Sala Especial de 9.3.2016 [ROJ: ATS 2647/2016] analiza el supuesto de un despido tácito de un trabajador de alta dirección [-le dijeron que se fuera a casa hasta nueva orden y le dieron de baja en la S.S.-] entre la solicitud concursal y la declaración concursal.

El directivo ejercitó acción de extinción por despido tácito contra la concursada y contra otras dos sociedades del grupo; entendiendo el T.S. que tratándose de acción individual por incumplimiento del empleador que se dirige contra sociedades no concursadas y concursadas, la competencia es del juez de lo social.

Finalmente, por su importancia, aunque de seguro es conocida, debo citarles el Auto de 9.12.2015 [ROJ: ATS 10642/2015] relativo a la colisión de competencias en los supuestos de extinción colectiva por razones objetivas que concurre con demandas individuales de los trabajadores de extinción del contrato por impago de salarios por el empleador recogida en el art. 64.10 L.Co.

Dicho precepto fue modificado en 2011, momento a partir del cual la jurisprudencia mayoritaria venía entendiendo que si antes del inicio del ERE concursal el trabajador iniciaba ante los juzgados de lo social una acción de extinción por despido tácito o incumplimiento del empleador, dicho trabajador no podía ser incluido en el ERE concursal y la extinción de su contrato y fijación de indemnización era competencia del juez laboral.

Dicha interpretación fue modificada a partir de noviembre de 2015 por la Sala Especial en razón de una Sentencia de la Sala 4^a del T.S. de 9.2.2015, entendiendo que la causa de pedir entre la extinción de un ERE concursal y de una extinción individual por incumplimiento causado por la situación económica o de insolvencia del empleados no es idéntica, por lo que ambos procesos pueden tramitarse de modo paralelo; por lo que será la primera Resolución firme que se dicte la que determine la extinción y fije la indemnización [Auto de la Sala Especial de 9.12.2015 [ATS 10642/2015] y de 2.12.2015 y de 2.11.2015 y de 3.11.2015].

También generan dudas competenciales los pronunciamientos relativos a la declaración de grupo de empresas a efectos laborales o sucesión de empresa:

- unas resoluciones [TSJ ASTURIAS 30.12.2014] afirman que es competencia del juez mercantil resolver si ha habido sucesión de empresa o si hubo grupo de empresas, en cuanto resultan antecedente lógico del despido colectivo que sí es competencia del

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

juez mercantil; como también lo es analizar si concurre sucesión de empresa y su alcance económico cuando se trata de venta judicial de unidad productiva realizada dentro del proceso concursal;

- frente a ello, otras resoluciones [TSJ_BALEARES_11.6.2015] atribuyen al juez de lo social el conocimiento de las pretensiones declarativas de sucesión de empresa, sean cuales fueran los modos de extinción de los contratos de trabajo y el modo de liquidación de los bienes de la concursada [TS_29.10.2014]

En materia de **sucesión de empresa**, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4^a, de 29.10.2014 [ROJ: STS 5228/2014], la cual en la alternativa de atribuir al juzgado de lo mercantil o al juzgado de lo social la competencia para determinar si en supuestos de venta de unidad productiva existe sucesión de empresa así como su alcance, opta por fijar dicha competencia en el juzgado de lo social al afirmar que “...*sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social...*”. Resulta de ello que las manifestaciones que pueda realizar el Auto de adjudicación del Juez del concurso sólo tendrá un alcance meramente prejudicial y en modo alguno vinculará a los trabajadores y a la jurisdicción social.

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, de 29.10.2015 [RTOJ: STSJ 11935/2015] que en relación a trabajadores de la empresa de flanes DHUL viene a sostener que el cesionario adquirente de la unidad productiva no responderá sólo de las deudas salariales y de la Seguridad Social de los trabajadores con contrato en vigor al tiempo de la adquisición, sino además de **los trabajadores que hubieran extinguido sus contratos de trabajo con anterioridad a dicha transmisión**.

III.- Concretos asuntos laborales competencia del juez del concurso.

Así expuesto de modo muy esquemático el tema del reparto de asuntos y acciones entre los órganos mercantiles y laborales y las dudas que genera, es momento de entrar en el **segundo bloque de mi intervención**, cual es el relativo a las **concretas competencias del juez del concurso** para conocer de aspectos laborales, lo que nos exige analizar someramente **cada una de las acciones** de las que puede conocer dentro del concurso; a lo que debe añadirse una somera exposición de las competencias del juez del concurso en **materia de ejecuciones y medidas cautelares**, de extinción o suspensión de **contratos**

de alta dirección y de acciones individuales de resolución a instancia del trabajador por incumplimiento de la empresa.

A.-Medidas colectivas.

1.- Despido colectivo.

El primer requisito para que una solicitud de despido o extinción laboral sea competencia del juez del concurso es que **pueda calificarse de colectiva**, definición que debe tomarse del art. 51.1 E.T., según el cual se entiende como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas objetivas [-es decir, económicas, técnicas, organizativas o de producción-], cuando en un período de referencia de 90 días las medidas propuestas afecten al menos a:

- (i) 10 trabajadores en empresas que ocupan menos de 100 trabajadores.
- (ii) el 10% del número de trabajadores en empresas que ocupan entre 100 y 300 trabajadores.
- (iii) 30 trabajadores en empresas que ocupan 300 o más trabajadores.

Se entiende igualmente como despido colectivo, el cese total de la actividad empresarial, siempre que el mismo implique:

- (i) la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa;
- (ii) el número de trabajadores afectados sea superior a 5; y
- (iii) el cese se funde en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En sede concursal es éste último criterio legal el que mayor relevancia presenta, pues la habitual extinción de la totalidad de las relaciones laborales [- sea efectiva al tiempo de acordarla o con posterioridad de modo escalonado-] otorga el carácter de colectivo a los despidos, con el único límite mínimo de los 5 trabajadores, por lo que si la concursada tiene cinco o menos trabajadores y pretende el despido de todos será competente el juez de lo social, aunque se

encontrarán juzgados mercantiles que asumen la competencia con cinco o menos trabajadores por razones de celeridad en la resolución de los contratos.

Importante es que sepan que (i) a pesar del tenor literal, para computar dicho umbral mínimo de trabajadores afectados debe estarse al centro de trabajo y no a la empresa [TJUE_13.5.2015; TSJ_PAÍS VASCO_21.5.2015], (ii) que deben tenerse en cuenta todos los contratos vigentes a la fecha de la solicitud ante el juez mercantil cualquiera que sea su denominación o modalidad y no sólo los afectados por la extinción, (iii) que el cómputo del plazo de 90 días se realiza tanto hacia adelante como hacia atrás de la fecha de la extinción prevista, y (iv) que junto a los despidos individuales por causas objetivas o económicas en dicho plazo deben sumarse las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador.

No voy a entrar a examinar, porque creo que excede del ámbito de mi intervención, el **concepto legal y alcance jurisprudencial** de cada una de las causas que justifican el despido objetivo, sólo recordándoles que lo que interpretén los Tribunales de lo Social será plenamente aplicable a los concursos. Baste indicar que en sede concursal **la causa invocada en la práctica totalidad de los casos es la “económica”**, en cuanto la mayoría de las sociedades que llegan a concurso lo hacen en situación de pérdidas irreversibles o con un deterioro económico o financiero muy grave.

En tales casos establece la norma que **existirá causa “económica”** para el despido cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa; situación que abarca tanto las pérdidas actuales como previstas, así como cuando no habiendo pérdidas se produce una disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios; en todo caso se considera que la disminución es persistente, si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de reforma en materia laboral, los tribunales habían venido entendiendo que no bastaba la presencia de causas económicas para la justificación del despido individual o colectivo,

sino que además era **exigible una proporcionalidad** entre la causa y el alcance de la medida extintiva acordada.

Aunque la Ley 3/2012 no hace referencia a dicho criterio de la proporcionalidad, los tribunales de lo social **continúan exigiendo** que se razonen no sólo la justificación económica de la medida, sino la necesaria proporcionalidad entre las pérdidas o disminución persistente de ingresos y el número de contratos afectados por la extinción; argumentación y razonamientos que deberá realizar tanto el deudor como el administrador concursal al solicitar del juez del concurso la medida colectiva de despido.

Los tribunales han considerado que **no hay proporcionalidad** cuando habiendo disminuido la facturación un 9% se prescinde del 24% de la plantilla [TSJ_GALICIA_28.6.13], como tampoco la hay cuando por la reducción de la partida de publicidad entre el 5 y el 10% se pretende justificar la extinción de la mayoría de los contratos de la plantilla [TSJ_MADRID_9.4.2013].

Otras resoluciones **han apreciado proporcionalidad** cuando al recorte evidente de la facturación se añaden otros factores tales como el incremento del coste de las materias primas necesarias para el ejercicio de la actividad, a lo que se suma la existencia de una escala salarial que se encuentre muy por encima de los parámetros que se manejan en el sector [AN 4.7.2013].

En sede concursal se ha apreciado la **existencia de proporcionalidad** en la extinción de todos los contratos de trabajo en el hecho de paralización de la actividad de la actividad empresarial por la declaración concursal de los acreedores de su principal cliente, no siendo necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores [AJM_8_BCN_30.7.2012].

2.- Modificación sustancial.

La **segunda de las medidas** de carácter colectivo que son competencia del juez mercantil es la relativa a la **modificación sustancial** de las condiciones de trabajo del art. 41 T.R.E.T. por razones objetivas [-técnicas, organizativas, económicas y de producción-]; materia que ha sido profundamente modificada por la Ley 3/2012 y Ley 1/2014 acercando su regulación a los requisitos y procedimiento del despido colectivo.

Se considerarán modificaciones sustanciales de las condiciones laborales de las que disfruten los trabajadores los cambios que afecten a alguna de las siguientes materias:

- a.-** Jornada de trabajo.
- b.-** Horario y distribución del tiempo de trabajo -modificación introducida por L 35/2010-;
- c.-** Régimen de trabajo a turnos;
- d.-** Sistema de remuneración y cuantía salarial (REYAL);
- e.-** Sistema de trabajo y rendimiento;
- f.-** Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad prevé la normativa laboral [art. 39 T.R.E.T.].

Para determinar **si una modificación es de carácter colectivo** la norma sustantiva laboral acude **al mismo número de trabajadores y porcentajes** que los antes indicados respecto al **despido colectivo**, por lo que si la medida supera dichos límites será competencia del juez mercantil y si no los supera será una modificación individual [-aunque afecte a varios trabajadores-], en cuyo caso será adoptada por el empresario en concurso con la intervención del administrador concursal, siendo revisable por el juez de lo social.

De igual modo la norma fija el **plazo de 90 días** para el cómputo indicado y establece las mismas causas económicas, técnicas, organizativas y de producción para justificar la modificación, lo que hará aplicable la doctrina de la proporcionalidad antes expuesta.

El trabajador afectado por un ERE concursal por una modificación sustancial del art. 41 T.R.E.T. **conservará todos los derechos reconocidos en la norma sustantiva**, por lo que podrá **optar** [-salvo cuando se trate de modificación del sistema de trabajo y del rendimiento-] bien por aceptar la modificación, bien por solicitar la resolución del contrato y percibir una indemnización de 20 días por año con un máximo de 9 mensualidades, quedando en situación de desempleo.

Ahora bien, el apartado 9º del art. 64 L.Co. permite al juez del concurso **limitar el ejercicio de dicho derecho de opción** durante el plazo máximo de un año a contar desde el Auto que aprueba las medidas colectivas, por lo que de estimarse esta medida deberá el juez en su auto señalar [-a petición y propuesta del administrador concursal-] un concreto plazo en el cual quedará en suspenso el derecho del trabajador a resolver el contrato.

3.- Traslado colectivo.

La **tercera de las medidas colectivas** competencia del juez del concurso es la relativa a la movilidad geográfica o traslado colectivo del art. 40 T.R.E.T. por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción; medida en la que me detengo poco, en cuanto los **porcentajes** para considerar colectiva la medida, el **plazo** temporal y las **causas** de justificación son idénticas a las ya examinadas, como es idéntica la **facultad de opción** del trabajador afectado de aceptar el traslado o solicitar la resolución contractual y su indemnización.

La **única especialidad concursal**, también recogida en el art. 64.9 L.Co. es que la suspensión por el plazo máximo de un año del derecho de resolución contractual será de aplicación **cuando el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia** en la que estaba el anterior centro de trabajo y a menos de 60 kilómetros del anterior, salvo que se acredite que el tiempo de desplazamiento, computada la ida y vuelta, sea superior al 25% de la duración de la jornada de trabajo; de lo que parece desprenderse que si superan dicha distancia o dichos tiempos el derecho de resolución **no podrá verse limitado temporalmente**.

4.- Suspensión colectiva.

La **cuarta de las medidas** colectivas competencia del juez del concurso es la suspensión de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art. 47 T.R.E.T.; figura ésta que junto a la extinción colectiva suponen la **práctica totalidad** de las medidas de naturaleza laboral **que suelen adoptarse** en el concurso de acreedores, en cuanto ambas

suponen la cesación en el deudor concursado del deber de abonar los salarios y demás conceptos retributivos.

Si el **problema principal** del concursado es la **falta de liquidez** su principal prioridad es suspender o extinguir el devengo de salarios, cuotas de seguridad social y gastos de explotación, por lo que otras medidas colectivas distintas de la extinción o suspensión suelen carecer de relevancia concursal.

Al igual que la modificación sustancial y el traslado forzoso, la suspensión colectiva por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción ha sufrido importantes modificaciones por la Ley 3/2012, acercando la misma a la ya expuesta para las extinciones laborales colectivas al no exigir autorización administrativa previa, si bien con una importante diferencia **al no fijar umbrales mínimos**, por lo sea cual fuera el número de trabajadores afectados deberá tramitarse un expediente, por lo que **declarado el concurso toda suspensión de contratos de trabajo será competencia del juez del concurso**, como ya les indiqué.

5.- Reducción de jornada.

La **quinta y última** de las medidas laborales colectivas competencia del juez de concurso es la relativa a la reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, también regulada en el art. 47 T.R.E.T. y que, aunque **muy infrecuente en sede concursal**, si ha sido objeto de solicitud y aprobación en cuanto también **conlleva una reducción de salarios**.

Al igual que la suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, la reducción de jornada **no dispone de umbrales mínimos** para distinguir la individual de la colectiva, por lo que **todas las solicitadas tras el concurso serán competencia del juez mercantil**, sean cual es fueran los trabajadores afectados.

Se considera reducción, a estos efectos, la disminución temporal de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. El trabajador afectado por esta

reducción de jornada podrá acceder a las prestaciones de desempleo siempre que reúna los requisitos exigidos para ello.

B.- Ejecuciones y medidas cautelares.

Un segundo bloque de materias competencia de los jueces mercantiles son las relativas a las ejecuciones contra bienes y derechos de la concursada, así como autorizar a otros órganos judiciales o administraciones públicas a ejecutar bienes y derechos de la concursada cuando no resulten precisos para la continuidad de la actividad empresarial.

Como ya les indiqué, tanto el art. 86.ter L.O.P.J. como el art. 8.3 L.Co. atribuye dicha competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso, señalando el art. 237.5 de la Ley de la Jurisdicción Laboral que en materia de ejecuciones laborales contra empresas en concurso se estará a lo dispuesto en la normativa concursal.

Esta normativa concursal establece [art. 55 L.Co.] que declarado el concurso, **no pueden iniciarse** ejecuciones laborales singulares, judiciales o extrajudiciales, contra el patrimonio del deudor.

Asimismo, **si las ejecuciones laborales sobre bienes del concursado están en trámite** al tiempo de la declaración concursal, la norma ordena que queden en suspenso desde la fecha de declaración del concurso -sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los créditos respectivos-; **si bien se permite** que hasta la aprobación del plan de liquidación, se puedan continuar las ejecuciones laborales en las que ya se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, **siempre que** los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ahora bien, decidir si un bien es necesario o no es competencia del juez del concurso, por lo que si el trabajador ejecutante en el proceso laboral no pide tal declaración no podrá continuar válidamente con la ejecución.

Trasladando estos principios a la **ejecución de pronunciamientos obtenidos en juzgados de lo social** pueden fijarse las siguientes ideas:

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

(i) si la ejecución seguida por los tribunales de lo social afecta a bienes y derechos de la concursada, no serán admisibles demandas ejecutivas de fecha posterior a la declaración concursal [-siendo nulo todo lo actuado en caso de ser admitida-], y si la ejecución ya estuviera en trámite deberá paralizarse en cuanto se tenga conocimiento de la declaración concursal;

(ii) si los pronunciamientos ejecutivos son mero declarativos [-como por ejemplo la extinción de la relación laboral por no readmisión-] la jurisdicción social sigue ostentando competencia para el inicio y para la continuación de las actuaciones ejecutivas;

(iii) que aún recayendo las actuaciones ejecutivas sobre bienes y derechos de la concursada, es posible solicitar del juez del concurso que declare el carácter no necesario de los bienes afectados por la ejecución, en cuyo caso será posible la continuación de las actuaciones ejecutivas previas al concurso;

y (iv) que la posibilidad de ejecución separada sobre concretos bienes y derechos de la concursada en virtud de ejecuciones iniciadas antes del concurso tiene un momento preclusivo tras el cual no podrán continuarse, cuales es la aprobación del plan de liquidación; resulta de ello que aprobado el plan ya no podrán realizarse aquellos bienes sujetos a ejecuciones laborales que no hubieran finalizado con la efectiva realización de los bienes por su transmisión a un tercero.

Es también competente el juez del concurso para el conocimiento de **cualquier medida cautelar** que afecte al patrimonio del concursado, **sin perjuicio de las excepciones** expresamente previstas en la L.Con en su art.8.4, relativas a materia de derecho de familia o arbitraje, aunque el juez del concurso puede suspenderlas.

Es competencia de los Juzgados de lo Social el conocimiento del **incidente de readmisión** en despido declarado improcedente, pues finaliza con un pronunciamiento declarativo y constitutivo de extinción de la relación laboral y fijación de la indemnización correspondiente [TSJ_ANDALUCIA_17.11.2010].

La consignación judicial o aval realizado por la deudora luego concursada para poder recurrir en suplicación **no son bienes de la concursada**, sino una consignación judicial destinada a asegurar un rápido cumplimiento de la sentencia caso de ser confirmada, por lo que **el trabajador podrá dirigirse contra la consignación o el avalista** aún declarado el concurso del empleador que constituyó dicha consignación o aval [TSJ_ASTURIAS_24.4.2009]

Por su carácter declarativo, el juez de lo social **podrá continuar aquéllas actuaciones ejecutivas** que no supongan **en sí mismas una ejecución contra el patrimonio** del concursado. Tal es el caso del incidente de no readmisión o de

readmisión irregular (art. 278 LJS), en los que el juez realiza un pronunciamiento declarativo de extinción de la relación laboral en la fecha de dicha resolución, y de condena al empleador al pago de determinadas cantidades (p.ej., indemnización y salarios de tramitación). Será competencia del juez mercantil el reconocer los créditos derivados de dichas actuaciones que, al generarse durante el concurso, serán consideradas créditos contra la masa [AP_28^a_MADRID_7.7.2009].

C.- Extinción y suspensión de contratos de alta dirección.

El **tercero de los ámbitos** donde ostenta competencia el juez del concurso es el relativo a la acciones de extinción y suspensión de contratos de alta dirección.

El R.D. 1382/1985 **define** a los altos directivos como aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, ejerciendo tales poderes con autonomía y plena responsabilidad, sólo encontrándose limitados por las directrices e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

La norma no exige que la relación laboral de alta dirección esté plasmada por escrito, **pudiendo ser verbal**; aunque cuando el directivo sea un trabajador con relación laboral que promociona será imperativo que conste por escrito con indicación de si esta nueva relación contractual sustituye a la anterior o sólo la deja en suspenso.

Las **especialidades concursales** establecidas para este tipo de acciones aparecen reguladas en el art. 65 L.Co., cuya regulación puede extractarse del siguiente modo:

(i) es la administración concursal quien tiene capacidad para tomar la decisión de extinción o de suspensión del contrato de alta dirección, y tal decisión es ejecutiva desde que se adopta, y puede serlo por propia iniciativa del administrador concursal o a solicitud del deudor; siendo indiferente a éstos efectos que el administrador concursal ejerza mera intervención o actué en sustitución del órgano de administración de la concursada;

(ii) si el alto directivo **no está de acuerdo** con la decisión adoptada por el administrador concursal, deberá formular demanda incidental contra la extinción o suspensión acordada, o contra sus efectos económicos, siendo competente para conocer de éste proceso revisor el juez del concurso, cuya decisión será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia;

(iii) como en algunas ocasiones resulta excesiva y muy abultada la indemnización por extinción a favor del empleado de alta dirección, en sede concursal el juez del concurso **puede moderar la indemnización** pactada en contrato para los supuestos de extinción de mutuo acuerdo o por decisión preavisa del trabajador que corresponda al alto directivo, dejando sin efecto en todo o en parte la pactada en su contrato; indemnización que encuentra **su límite mínimo** en la fijada en la legislación laboral para el caso de despido colectivo, esto es, 20 días de salario por año trabajado, con el límite de doce mensualidades;

(iv) es perfectamente admisible [-y así se produce en la práctica-] la **inclusión de altos directivos en el ERE concursal** de los trabajadores con contrato laboral; siendo contra la masa los importes de las indemnizaciones de todos ellos;

(v) en caso de que el A.C. acuerde la suspensión de la relación contractual de alta dirección, el directivo disconforme **puede extinguir** el contrato de trabajo, con un preaviso de un mes, en cuyo caso tiene derecho a la indemnización antes indicada [-moderable y con límite mínimo antes fijado-];

y (vi) en ambos casos -extinción y suspensión-, la administración concursal **puede acordar el aplazamiento del pago** de ese crédito hasta que sea firme la sentencia de calificación, en previsión de que si el concurso es declarado culpable, el directivo pueda ser declarado cómplice o persona afectada por la calificación. (¿puede hacerse retención de la del trabajador?).

Acción de resolución de contrato de alta dirección en el que **no existía pacto indemnizatorio expresamente** previsto en el contrato, se consideró ajustada a

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

derecho una indemnización de 7 días por año de servicio, indemnización mínima fijada en la normativa laboral especial de alta dirección [JM_MADRID_6_26-7-10].

La facultad de moderación que tiene la administración concursal cabe **únicamente respecto a la indemnización por extinción** del contrato de alta dirección, pero **no** en relación a **remuneraciones extraordinarias** por cumplimiento de quinquenios en la empresa, pues no cabe una interpretación extensiva del art. 65.3 L.Co [AJM_MURCIA_1_2.7.2013] o las **indemnizaciones por falta de preaviso** [AAP_BCN_1.2.2007].

Se discute **quien es competente** para determinar la verdadera naturaleza de la relación contractual, y si ésta es **laboral especial o laboral ordinaria**; a favor del Juzgado de lo Social [AMJ_PONTEVEDRA_1_22.2.2010]; en contra [AJM_MADRID_6_26.7.2010].

La administración concursal puede, por su propia autoridad, acordar la extinción del contrato de alta dirección **tanto por** la concurrencia de causa económica **como por cualquier otra causa justificada** de extinción prevista en su legislación específica [TSJ_ANDALUCIA_8.11.2007].

D.- Acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 T.R.E.T.

El **último de los ámbitos** donde ostenta competencia el juez mercantil es la relativa a las **acciones individuales de resolución** del contrato de trabajo por causa de incumplimiento del concursado debido a su situación económica o insolvencia. Como saben el art. 50 T.R.E.T. regula la acción de resolución del contrato de trabajo por diversas causas a solicitud del trabajador, siendo las más habituales la falta de pago del salario o la falta de puesta a disposición de trabajo efectivo [despido tácito].

Si dichas demandas han sido interpuestas **antes de la declaración concursal**, tendrán la condición de extinciones individuales y su conocimiento corresponderá al juzgado de lo social, los cuales podrán continuar hasta la obtención de sentencia definitiva, debiendo limitarse la administración concursal a recoger el crédito laboral como contingente por litigioso sin cuantía y esperar a sentencia firme para el reconocimiento del crédito que surja de dicha resolución judicial.

Cuando dichas demandas de resolución contractual **sean posteriores** a la declaración concursal **y anteriores** al inicio del ERE concursal del art. 64 L.Co., y se funden en incumplimientos económicos del concursado que deriven de su situación económica o de su solvencia, la **competencia para su conocimiento será del juez de lo social**; en cuanto las mismas serán consideradas individuales en tanto no se acuerde en inicio dentro del concurso del procedimiento de medidas colectivas laborales, en cuyo momento pasarán a tener la cualidad de colectivas y se suspenderán.

Como ven, en estos supuestos de extinción individual a solicitud del trabajador no es el número de contratos afectados el que determina el carácter colectivo o no de las medidas, sino que tal cualidad colectiva la fija la Ley en uno doble criterio: **(i)** en el motivo invocado para la extinción, cuales son las derivadas de la insolvencia y situación económica del deudor; y **(ii)** en el inicio dentro del concurso del expediente de medidas colectivas.

Parece resultar de ello que si estas acciones individuales de resolución se fundan en otras distintas la competencia será del juzgado de lo social al no tener por Ley el carácter de colectivas.

Las **consecuencias del inicio del ERE concursal sobre las acciones individuales** son varias [art. 64.10 L.Co.]:

(i) una primera es la suspensión de los procedimientos individuales iniciados por los trabajadores tras la declaración concursal, debiendo el juzgado social dar cuenta de dicha suspensión al administrador concursal para que reconozca un crédito contingente a los trabajadores que ven suspendido su proceso;

(ii) una segunda es la posibilidad de afectar e incluir en el procedimiento colectivo a los trabajadores que iniciaron acciones individuales tras la declaración concursal y antes del inicio del ERE concursal, en cuanto se encuentran dichas acciones suspendidas y a la espera de lo que se resuelva en el concurso;

(iii) una tercera es que las acciones individuales **iniciadas antes del concurso** continuarán de modo paralelo y separado al concurso y al expediente colectivo laboral concursal; de tal modo que (como les he dicho) si la primer interpretación jurisprudencial había entendido que éstos no podrían ser incluidos en el ERE concursal, recientes pronunciamientos judiciales han entendido que sí podrán ser incluidos en tanto no haya recaído sentencia firme que extinga la relación laboral; de lo que resulta que la extinción y fijación de indemnización la hará el primero de los Juzgados (social o mercantil) que dicte antes sentencia firme. La razón es que no hay litispendencia entre ambos procesos pues las acciones y la causa de pedir son distintas.

Si es el **juez de lo social quien resuelve primeramente** el contrato y fija la indemnización por sentencia firme, dichos pronunciamientos vinculan a la administración concursal y al juez del concurso.

(iv) y una cuarta es que dictada resolución firme que ponga fin al procedimiento de medidas colectivas, ésta **producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales suspendidos** por ser posteriores al concurso. En la práctica este efecto producirá que en la mayoría de los casos el Auto firme aprobando medidas colectivas dentro del concurso provocará el archivo de los procesos por acciones individuales ante el Juez de lo Social al extinguir aquel Auto la relación laboral y fijar las consecuencias económicas del despido.

La **finalidad** de esta atribución competencial y de la regla de la suspensión es doble; por un lado se persigue dar un tratamiento igualitario y común a todos los trabajadores afectados por el incumplimiento del deudor concursado, sea la extinción del contrato a instancia del deudor, del administrador concursal o del trabajador; y por otro se persigue evitar conflictos y resoluciones judiciales contradictorias según el tipo de órgano que resolviera cada una de las reclamaciones.

Es competencia del juez mercantil la demanda de extinción de contrato planteada por un trabajador al amparo del art. 50 T.R.E.T., basada en la **falta de ocupación efectiva y de abono de los salarios**, en cuanto al tiempo de la presentación de la demanda judicial [no la papeleta], ya se había declarado el concurso [TSJ_EXTREMADURA_8.4.2013; TSJ Galicia 13-3-12, EDJ 41028].

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

Es competencia del juez de lo social el conocimiento de **acción por despido disciplinario** iniciado antes de la declaración concursal; y debe continuar hasta sentencia por imperativo del art. 51 L.Co. [TSJ_CASTILLA LA MANCHA_16.6.2005].

Si al tiempo del ERE concursal **ya existe sentencia de resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador**, no podrá incluirse a éste en el ERE [TSJ_BALEARES:25.8.2012]; pero **si sólo existe demanda de resolución y no hay sentencia del juez de lo social**, dicho trabajador podrá ser incluido en el ERE concursal y ver resuelto su contrato [TSJ_CATALUÑA_12.1.2012].

En sentido contrario, no puede incluirse en la relación aquellos trabajadores que hayan formulado acción por despido ante el Juzgado de lo Social, puesto que la dicción del art. 64.10 L.Co. solo autoriza la inclusión de aquellos trabajadores, que deduzcan acciones comprendidas en el art. 50 T.R.E.T. antes del concurso [AJM_MÁLAGA_1.12.2014].

En relación con la indemnización a que tiene derecho el trabajador en supuestos de resolución por incumplimientos del empleador, se reconoce el derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 50 T.R.E.T. aun cuando la relación laboral había sido extinguida en virtud del ERE concursal por ser la demanda individual posterior de la declaración de concurso y anterior al inicio del ERE concursal [JS_BARCELONA_26_26.1.2015].

La falta de pago de la indemnización del art. 50 T.R.E.T. no deja sin efecto la extinción laboral acordada, sin perjuicio de reclamar la cantidad dentro del concurso [TSJ_GALICIA_23.6.2014].

Primera línea jurisprudencial: Si antes del concurso se ha dictado a instancia del trabajador una **sentencia acordando la extinción individual** del contrato al amparo del art. 50 E.T. [-extinción por voluntad del trabajador-], aunque no sea firme, el posterior dictado de Auto por el juez del concurso acordando medidas de carácter colectivo no podrá afectar a los derechos de los trabajadores que la sentencia del juzgado les reconoce [TSJ_BALEARES_25.9.2012].

Segunda línea jurisprudencial: si no ha recaído sentencia firme que declare resuelto el contrato y extinguida la relación laboral, **sí podrá incluirse a dicho trabajador en el expediente colectivo concursal** [Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos, de 3.11.2015 [ROJ: ATS 8923/2015].

IV.- Procedimiento para la adopción de medidas colectivas.

La Ley Concursal diseña un procedimiento específico para la adopción de las medidas que acabo de exponerles, que se articula en cuatro fases básicas: 1.- solicitud; 2.- periodo de consultas; 3.- informe de la autoridad laboral, y 4.-

resolución judicial estimando en todo o en parte, o desestimando las medidas solicitadas; que paso a exponerles brevemente.

A.- Solicitud.- Documentación adjunta.

La **legitimación** para solicitar la adopción de medidas colectivas laborales dentro de un concurso viene atribuida a tres sujetos: 1.- el deudor, 2.- el administrador concursal, y 3.- a los trabajadores de la concursada a través de sus representantes legales.

En la práctica diaria la práctica totalidad de los procedimientos **se inician** a instancia del deudor o a instancia del administrador concursal, siendo muy pocos los iniciados a instancia de los trabajadores.

Se inicie el procedimiento a instancia de los trabajadores o a solicitud de deudor y/o del administrador [-pues a veces la solicitud es conjunta del deudor y el administrador-], la norma concursal [art. 64.2 L.Co.] se preocupa de fijar **cómo debe conformarse la representación de los trabajadores**, remitiendo la formación de la misma a las normas sustantivas laborales [art. 41.4 E.T. y R.D. 1483/2012]; siendo esencial la válida constitución de dicha representación en cuanto de no serlo el procedimiento estará afectado de nulidad insubsanable [SAN_13.6.2014].

Esquematizando las **consecuencias de dicha remisión** pueden establecerse las siguientes reglas:

- si las medidas afectan a un solo centro de trabajo, la representación de los trabajadores corresponderá al comité de empresa o delegados de personal, caso de existir; y si no existe dicha representación legal los trabajadores deberán optar entre **(i)** constituir una comisión “ad hoc” de tres trabajadores de la propia empresa elegidos democráticamente, o **(ii)** atribuir dicha representación a una comisión de iguales miembros integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector;

- si las medidas afectan a más de un centro de trabajo, la representación corresponderá:

(i) al comité inter-centros, si lo hubiera;

(ii) si no hubiera, la representación corresponderá a una comisión representativa que se constituirá según alguna de las reglas legales señaladas en el precepto, y que por largo y farragoso no les explico, pero que pueden consultar en la norma legal.

Importante es destacar que **si no existe representación legal** de los trabajadores, tanto dentro como fuera del ERE concursal el periodo de consultas **no se inicia** en tanto no se constituye el órgano de representación de los trabajadores, pero si dicho órgano no se constituye por desidia de los trabajadores en los plazos legales la solución legal es distinta, pues mientras fuera del concurso la solución legal es el inicio del periodo de consultas sin ninguna representación laboral, dentro del concurso el juez puede ordenar la intervención de una comisión de un máximo de 3 miembros integrada por los sindicados más representativos y por los más representativos del sector al que la empresa pertenezca.

En cuanto a la legitimación del deudor, surgen dudas de **si el concursado suspendido de facultades** de administración y disposición de sus bienes y derechos puede pedir la adopción de medidas colectivas laborales. En mi opinión una concursada que carezca de tales facultades no podrá instar la adopción de medidas colectivas, por lo que si lo hace sólo se tramitará dicha solicitud si el administrador concursal ratifica dicha solicitud, siendo que en dicho expediente concursal la representación de la deudora concursada suspendida corresponderá a la administración concursal.

Si el deudor concursado está **meramente intervenido en sus facultades**, tendrá legitimación para instar medidas de carácter colectivo, pero precisará del visto bueno o conformidad del administrador concursal para ello, en cuanto no debe olvidarse que en el periodo de consultas quien vincula a la deudora concursada con el acuerdo es el administrador, no los representantes legales de la deudora.

En cuanto al **momento temporal** para realizar la solicitud de ERE concursal el apartado 3º del art. 64 L.Co. exige como **regla general** que se haya emitido el informe provisional a que se refiere el art. 75 L.Co., que como saben debe

emitirse en el plazo de dos meses desde la aceptación del administrador concursal, siendo dicho plazo prorrogable.

Esta previsión tiene **su razón de ser** en la necesidad de que la administración concursal [-a la que no hay que olvidar que se encomienda tomar parte en las negociaciones y, en último término, suscribir o no el acuerdo-], haya dispuesto del tiempo necesario para tomar conocimiento de la situación real de la empresa, antes de que se inicie la tramitación del expediente colectivo.

Ahora bien, siendo éste el plazo general la norma establece **una importante excepción**, habitualmente utilizada en la práctica, que permite presentar la solicitud de la medida colectiva antes de la emisión del informe por parte del deudor o de la administración concursal, cuando se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pueda: **(i)** comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo; o **(ii)** causar grave perjuicio a los trabajadores, entre los que se incluye la imposibilidad de abonar los salarios futuros que pudieran devengarse.

Tales conceptos deben **interpretarse de un modo amplio**, en cuanto una interpretación rígida y formal de la norma podría llevar a agravar situaciones y a incrementar los perjuicios; por ello la acreditación de la inviabilidad futura de la empresa justifica la solicitud anterior al informe, a los fines de evitar una situación más perjudicial para la masa de acreedores [TSJ_GALICIA_11.2.2011].

La **sola tramitación del expediente** a solicitud del administrador concursal acredita la necesidad de su planteamiento urgente [TSJ_MURCIA_13.12.2010]

Asimismo, se prevé la iniciación del expediente **antes de la emisión del informe provisional** en los supuestos en los que, a iniciativa de la administración concursal y previa audiencia del deudor o de los representantes de los trabajadores, se haya acordado por el juez del concurso: **(i)** el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor; o **(ii)** el cese o suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial del deudor (LCon art.44.4). Muchas veces solicitud conjunta.

En cuanto al **contenido de la solicitud** [arts. 64.2, 3 y 5 L.Co.] deberá exponer y justificar las causas que fundamenten la medida, así como los

objetivos y las finalidades que se propone alcanzar para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios. A ello deberá añadirse la justificación de las razones de urgencia cuando la solicitud se formule antes de la emisión del informe provisional.

Causas económicas:

- es necesario fuera del concurso que se acredite que las medidas de extinción van a contribuir a la superación de la situación económica negativa; tratándose de empresas en concurso ha de entenderse que **es suficiente** no que contribuyan a superar la situación económica negativa sino **a no aumentarla**, es decir, se ha de probar que las extinciones de los contratos van a suponer una disminución significativa de los gastos de la empresa que a su vez no generan beneficios proporcionados [AJM_MADRID_5_22.5.2009];

- es posible examinar dentro del procedimiento concursal de medidas colectivas **si existe o no grupo de empresas** a efectos de determinar la concurrencia de las causas económicas que pudieran justificar la extinción de los contratos de trabajo [TSJ_CATALUÑA_19.12.2012];

- se ha considerado razonable la extinción contractual motivada por la declaración de concurso de la empresa y la situación de insolvencia y **sin actividad tras la adjudicación de la nave y del stock** en el ámbito del concurso [TS_ASTURIAS_7.10.2011];

- se apreció causa económica en la existencia de **tres meses consecutivos de pérdidas** [TSJ_GALICIA_19.7.2012];

- la **extinción de la contrata principal** justifica la concurrencia de la causa que habilita la extinción colectiva [TSJ_MADRID_13.7.2015].

- toda vez que la administración concursal eliminó la unidad de caja entre las distintas sociedades, se considera que a partir de la declaración de concurso no puede hablarse de confusión patrimonial. En consecuencia, después de tal fecha y a partir de la actuación de los administradores concursales no puede afirmarse que exista un patrimonio común ni tampoco una unidad de dirección, por lo que habrían cesado los efectos de la declaración de grupo laboral declarado en procedimientos precedentes a partir del concurso [TSJ_ANDALUCÍA_9.10.2014].

En cuanto a la **documentación adjunta que debe acompañar la solicitud del deudor o del administrador concursal** y que debe ser puesta a disposición de la comisión negociadora, les remito a la lectura de los arts. 3, 4, 5, 8 y 9 y 18 del R.D. 1483/2010, recientemente modificado por la Ley

1/2014], teniendo dicha documentación mayor alcance si la solicitud es del deudor o del administrador concursal, y de menor contenido si la piden los trabajadores.

Importante es que a la solicitud se acompañe una copia de la solicitud concursal, de la contabilidad de la concursada y del informe de la A.C., pues lo pide la Autoridad Laboral.

B.- Periodo de consultas.

Presentada la solicitud completa, o en su caso, subsanada a instancia del juzgado, el juez del concurso dictará una Providencia admitiendo a trámite dicha solicitud **dando traslado de la misma a las partes y convocando a las mismas a un periodo de consultas**, durante el cual debe negociarse de buena fe en aras a la consecución de un acuerdo. Consecuencia de ello es que cuando la solicitud de medidas se acompañe con el acuerdo entre el deudor, el administrador concursal y los trabajadores, no será necesario abrir dicho periodo de consultas.

Aunque es muy poco habitual en la práctica deben saber que a instancia del administrador o de los trabajadores, el juez del concurso **podrá sustituir** este periodo de consultas **por un procedimiento de mediación o de arbitraje** en el ámbito laboral, si bien deberá desarrollarse en igual límite temporal que el fijado para las consultas.,

En este periodo de consultas existen **dos partes necesarias**, cuales son el administrador concursal y los representantes de los trabajadores [-constituida en el modo antes indicado-], pudiendo participar la deudora concursada si está sólo intervenida en sus facultades.

Además, a instancia de la representación de los trabajadores y del administrador concursal, por el Juzgado se podrá **citar a dicho periodo a otras personas físicas o jurídicas** que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada; como igualmente se podrá pedir el **auxilio del juzgado para recabar información contable o económica** relativa a otras

empresas, con idéntica finalidad de acreditar la presencia de grupo de empresas laboral.

Noten que el acuerdo **sólo precisa la conformidad del administrador concursal y de los representantes de los trabajadores**, por lo que la conformidad o el rechazo del deudor concursado resulta irrelevante a los efectos de poner fin a las consultas con acuerdo; como igualmente resulta irrelevante que el deudor se encuentre en situación de suspensión o de intervención, en cuanto ello –como les indiqué- sólo afectará a si interviene o no de modo necesario en el periodo.

Por ello los posibles acuerdos a que pudiera llegar el deudor con sus trabajadores [-que a veces se producen por la confianza, la prevalencia o el vínculo familiar-] no tiene efectos jurídicos ni son eficaces, salvo que los valide o acepte el administrador concursal.

Pese a que el objeto del periodo de consultas debe abarcar extremos tan variados como las causas y motivos para la adopción de la medida, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y las medidas necesarias para ello, el punto muchas veces único es **el alcance del importe indemnizatorio**, en cuanto la irreversible situación de la concursada impide discutir razonadamente sobre los otros extremos.

En cuanto a la **duración** del periodo de consultas se fija por la Ley una duración máxima de 30 días naturales para el caso de empresas de 50 trabajadores o más, siendo la duración máxima de 15 días cuando la empresa tenga menos de 50 trabajadores. Para el cómputo de tales trabajadores debe atenderse al número global de trabajadores unidos a la concursada, sea cual fuera el nº de trabajadores afectados por la medida. [TS_18.3.2009].

Deben tener en cuenta igualmente que los arts. 7 y 20 del Real Decreto 1483/2012 ha introducido la **obligación de fijar un calendario de reuniones** a la apertura del periodo de consultas, así como un **número mínimo de reuniones** y la separación temporal entre las mismas.

Al finalizar el período de consultas, haya o no habido acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores, bien conjuntamente o por separado, **han de comunicar al juez el resultado** de las consultas, siendo obligatoria [así lo ordena el R.D. 1483/2012] la aportación de las actas de cada una de las reuniones y, en todo caso, del acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubiera sido examinados [-por ello es muy importante que si actúan como administrador concursal o asesorando a trabajadores **cuiden mucho la correcta documentación de las convocatorias, de las actas, del plan de reuniones y del acta final**-].

C. Informe de la Autoridad Laboral.

Finalizado el periodo de consultas, sea cual fuera su resultado, y hecha la comunicación al juzgado de su resultado y documentos, el secretario del juzgado mercantil **recabará informe** de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas y, en su caso, sobre el acuerdo alcanzado.

Será Autoridad laboral competente para emitir dicho informe la que lo hubiera sido para conocer del procedimiento de medidas de no existir la situación concursal, lo que obliga a acudir a las normas competenciales administrativas dispuestas en el art. 25 del R.D. 1483/2012, cuyas reglas generales pueden resumirse así:

(i) si la empresa cuenta con un solo centro de trabajo o varios en la misma Comunidad Autónoma, la emisión del informe es competencia de la autoridad laboral de la comunidad autónoma;

(ii) si la empresa cuenta con varios centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas la competencia corresponde a la Autoridad laboral de la Administración General del Estado, salvo que al menos el 85% de la plantilla radique en una sola Comunidad Autónoma, en cuyo caso ésta deberá emitir el informe.

Este informe, que **no tiene carácter vinculante**, debe ser emitido por la Autoridad laboral en el plazo máximo de 15 días, pudiendo convocar y oír a las partes antes de decidir.

Una vez recibido el informe de la autoridad laboral, o transcurrido el plazo sin haberse emitido, el juez **continúa con la tramitación del procedimiento**, si bien puede tener en cuenta el informe, aun cuando hubiera sido emitido una vez transcurrido el plazo antes mencionado de 15 días, cuando le fuera comunicado al juzgado tardíamente pero antes de haberse adoptado la correspondiente resolución. **Antes del transcurso de dicho plazo** de 15 días el juez del concurso **no puede resolver** sobre las medidas colectivas solicitadas, siendo nula la decisión judicial dictada con anterioridad [TSJ_VALENCIA_20.1.2011].

D.- Decisión judicial.

Tras la finalización del plazo de consultas y la emisión del informe o transcurrido el plazo para ello, el juez del concurso debe resolver sobre las medidas solicitadas y sus consecuencias económicas.

Si el período de consultas hubiera **concluido con acuerdo**, el juez aprobará y convalidará las medidas acordadas, salvo que en la conclusión del acuerdo aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Si el período de consultas hubiera **finalizado sin acuerdo**, la norma señala que el juez ha de resolver lo que proceda conforme a la legislación laboral, previo trámite de audiencia a las partes que han intervenido, trámite que resulta imperativo y de omitirse determinará la nulidad de lo actuado.

Si las medidas solicitadas y concedidas son el despido colectivo o la suspensión colectiva, la resolución del juez del concurso deberá incluir **una relación nominal** de los trabajadores afectados por la medida y fijar las indemnizaciones que a cada uno corresponda [-o al menos fijar los elementos para aquella determinación (salario, categoría, antigüedad y nº de días de salario por año trabajado, etc.)-], y produce **efectos desde que se acuerda**, a

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción social donde la extinción o suspensión del vínculo contractual precisa de sentencia firme.

Autoriza el apartado 7º del art. 64 L.Co. que **los efectos extintivos o suspensivos** de la relación laboral **se produzcan en una fecha posterior** al dictado del Auto, siendo discutido si puede acordarse una **eficacia retroactiva** a dicha extinción, aunque los tribunales vienen admitiendo tal posibilidad si va acompañada del acuerdo de los trabajadores [TSJ_PAIS VASCO_6.2.2007; TSJ_CATALUÑA_21.7.2010].

En cuanto al **alcance de la indemnización** en supuestos de despido colectivo la indemnización mínima es la de 20 días por año de servicio, prorrateados por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite de 12 mensualidades.

Ahora bien, siendo éste el límite mínimo, cuando el expediente finaliza con acuerdo, los tribunales han venido aceptando que el límite pactado sea superior, estimando que el juez del concurso queda vinculado por los términos del acuerdo.

Cuando dicho acuerdo no se produce, se han planteado los tribunales si puede el juez del concurso superar o no dicho límite legal al acordar la extinción colectiva.

- Es posible pactar una indemnización que supere los 20 días por año, aunque la empresa concursada **carezca de liquidez para su abono** [AJM_VITORIA_1_19.12.2005];

- Es admisible la indemnización de 25 días por año de servicio fijada por el juez mercantil, **aun finalizando sin acuerdo el período de consultas**, apreciando acuerdo tácito entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal [TSJ_CASTILLA LA MANCHA_16.6.2011];

- El pacto de indemnizaciones superiores **no contraviene la “pars conditio”** ni ningún otro principio concursal, debiendo ser homologado por el Juzgado [TSJ_VALENCIA_12.2.2008]; como igualmente es admisible el acuerdo de **abono** [- junto a la indemnización por extinción-] **de una prima de productividad** a los trabajadores [TSJ_PAIS VASCO_5.5.2009];

- **Es nulo** el pacto alcanzado con los trabajadores relativo al **pago diferido** de la indemnización que no establece plazo concreto alguno, en cuanto contrario a las

Madrid - 16.11.2017

Fco. Javier Vaquer Martín.- Magistrado Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid

normas concursales de pago de los créditos contra la masa [TSJ_PAIS_VASCO_24.2.2015]; **por el contrario** se convalida el **aplazamiento y fraccionamiento del pago** de las indemnizaciones por despido, al no encontrar obstáculo alguno para que las partes pacten un calendario de pagos, debiendo procurar la administración concursal su cumplimiento [AJM_CADIZ_1_25.7.2011];

- al no existir cobertura convencional que permita dicho incremento. Así mismo, para determinar los trabajadores afectados y las condiciones laborales de los mismos habrá de estarse al Informe de la Administración Concursal [AJM_ALICANTE_1_27.5.2010];

- A falta de acuerdo, se niega la posibilidad de que el juez fije unilateralmente indemnizaciones superiores a la legal [AJM_PONTEVEDRA_3_15.11.2010];

- El pacto entre la administración concursal y la representación de los trabajadores de indemnizaciones por despido **superiores a la legal es válido y de obligada aceptación para el Juzgado** aun cuando cuente con la oposición expresa de la entidad concursada [TSJ_MADRID_14.3.2011];

- Las extinciones contractuales al amparo del art. 64.10 ET [-a instancias del trabajador por incumplimientos del empresario en el pago de salarios-] generan una **indemnización de 20 días por año de servicio**, con el límite de 12 mensualidades, y no la superior de 45 días por año de servicio prevista para estos supuestos en la normativa laboral [TS_13.4.2011].

Acordada por el juez del concurso la extinción o la suspensión del contrato de trabajo, o la reducción de jornada, un efecto esencial es el **acceso de los trabajadores afectados a las prestaciones por desempleo**, teniendo el Auto judicial los mismos efectos que la resolución administrativa de la autoridad laboral acordado dichas medidas colectivas, siempre –claro está– que el trabajador afectado cumpla con los requisitos previstos en la legislación de trabajo y de seguridad social.

Si lo pedido y acordado por el juez del concurso **es la modificación sustancial** de las condiciones de trabajo [art. 64.9 L.Co.] la resolución judicial producirá los mismos efectos que la decisión empresarial a que se refiere el art. 41 T.R.E.T., con la relevante advertencia ya indicada respecto a la suspensión del derecho del trabajador de optar por la resolución contractual por el plazo máximo de un año.

Otro efecto esencial de la Resolución judicial acordando medidas de carácter colectivo es que los importes indemnizatorios a favor de los trabajadores por consecuencia de las mismas tendrán la **consideración de créditos contra la masa**, los cuales [-sin necesidad de insinuación por los trabajadores o sus representantes-] se entenderá comunicados y reconocidos por la propia resolución que los aprueba, sea cual fuera el momento procesal en que se dicte dicha resolución [art. 84.2.5^a L.Co.].

En este punto es importante advertir que dicha presunción de comunicación y obligado reconocimiento está referida a los **créditos laborales post-concursales**, de tal modo que si los créditos salariales o indemnizaciones son anteriores al concurso, el titular del crédito está obligado a comunicar el crédito y solicitar su inclusión, aun cuando nazcan de título judicial.

Otro efecto importante de la resolución judicial acordando la extinción colectiva laboral es la posibilidad del trabajador de **reclamar el pago parcial de salarios e indemnizaciones al FOGASA** en virtud de su responsabilidad subsidiaria.

Para que el trabajador pueda reclamar al FOGASA el pago de salarios e indemnizaciones deberá acompañarse tanto una copia de la declaración concursal como una certificación del administrador concursal relativa a la inclusión del trabajador en el listado de acreedores, sus conceptos e importes brutos.

E.- Recursos.

Para finalizar el examen del procedimiento concursal de adopción de medidas colectivas laborales, es preciso hacer referencia al régimen de recursos y que varía según el legitimado y el objeto del recurso.

Cuando el recurso lo formulen los representantes de los trabajadores y **tenga por objeto** la concurrencia o no de las **causas motivadoras de la medida**, la proporción y contenido de ésta y/o de sus efectos para el conjunto de los trabajadores afectados, los aspectos formales del procedimiento o, en general, sobre cualesquiera materias que afecten a la colectividad, el recurso procedente

será el de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y los demás a que hubiera lugar.

Si el recurso lo formula los trabajadores aisladamente o el FOGASA en su propio nombre y derecho, y el **objeto del recurso** se dirige a impugnar el contenido del auto sobre cuestiones que se **refieran estrictamente a la relación jurídica individual** (p.e., en relación al salario, cuantías, categoría profesional, antigüedad, etc.), no podrán estos recurrir el Auto de medidas colectivas, pero **sí formular incidente concursal** en material laboral ante el juez del concurso; pero la sentencia del juez del concurso que resuelve el incidente concursal laboral es susceptible de recurso de suplicación.

- El recurso de suplicación va dirigido a la impugnación del auto que resuelve la medida colectiva, respecto del contenido decisorio del mismo que afecta, en principio, a todas las partes implicadas.

- El incidente concursal va referido exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc., e incluso para reclamar el abono de una indemnización referida a la extinción de un contrato de alta dirección [TSJ_GALICIA_20.3.2012; 11-2-11; TSJ_CATALUÑA_5.11.2010];

- No puede emplearse la vía del incidente concursal contra el auto de medidas para tratar de obtener el reconocimiento de una relación laboral [AJM_MÁLAGA_1_24.4.2006]; debiendo acudir el trabajador a la jurisdicción social [AJM_PONTEVEDRA_3_19-5-11];

- El salario aplicable al cálculo de la indemnización por despido es discutible por el cauce del incidente concursal [TSJ_VALENCIA_11.2.2011; TSJ_VALENCIA_19.4.2011];

- La extinción de la relación laboral, es decir la eficacia del auto extintivo respecto de un concreto trabajador es igualmente materia de incidente concursal [TSJ_CASTILLA LEON_23.3.2011].

Habiendo terminado el ERE concursal con acuerdo, no resulta factible discutir la concurrencia de las causas económicas ni los criterios de selección a través de un procedimiento individual. De esta forma, se considera que si el acuerdo colectivo no es impugnado en la forma legalmente prevista, la firma del acuerdo supone la convalidación de los posibles defectos formales y supone

también la convalidación de los criterios de selección a aplicar a salvo de los límites constitucionales, legales, convencionales o pactados que resulten de aplicación en el momento de su materialización individual [TSJ_NAVARRA_16.2.2015].

V.- Normas de derecho concursal internacional en materia laboral.

Para terminar mi intervención voy a hacerles una escueta referencia a las normas de derecho concursal internacional cuando un **elemento de extranjería afecta a los contratos de trabajo celebrados con el deudor concursado;** brevedad que aparece justificada por la escasa incidencia práctica de concursos con elementos de extranjería en materia laboral.

El régimen jurídico del concurso con elemento de extranjería aparece regulado en los arts. 199 a 230 L.Co., no habiendo sido modificada por las recientes reformas laborales; normativa que responde a cuatro finalidades claras:

(i) determinar la **ley aplicable** en caso de concursos con elementos internacionales;

(ii) regular las **garantías procedimentales** que deben ser observadas en el concurso tramitado en España que cuente con elementos de extranjería;

(iii) **facilitar la coordinación** entre diferentes procedimientos de insolvencia, uno de ellos en España y otro u otros en el extranjero;

y (iv) hacer viable el **reconocimiento y ejecución** en España de resoluciones que se dicten en procedimientos concursales de otros países, y viceversa.

Las normas españolas de derecho internacional privado en materia concursal se encuentra **inspiradas principalmente en el Reglamento del Consejo nº 1346/2000**, sobre procedimientos de insolvencia; normativa europea que se ha visto actualizada en virtud del **Reglamento del Parlamento y del Consejo nº 2015/848, de 20.5.2015 [D.O.U.E. de 5.6.2015]** por el que se aprueba el texto refundido sobre procedimientos de insolvencia; manteniendo en sede laboral los mismos puntos de conexión y régimen jurídico aplicados anteriormente a los contratos de trabajo.

Para entender la mecánica de esta reglamentación europea y nacional deben tener en cuenta una idea básica, cual es que **no existe un derecho europeo de insolvencia**, sino más modestamente una norma de coordinación mínima entre derechos nacionales.

Tal coordinación europea se logra del siguiente modo:

- si el concursado presenta bienes y derechos en varios Estados de la Unión [excepto Dinamarca], o en ellos se encuentran los acreedores afectados por el concurso [entre los que están los trabajadores], será de aplicación preferente el Reglamento comunitario, y en lo no regulado en el mismo, la Ley Concursal;

- si el concursado presenta bienes, derechos o acreedores en España y en otros Estados no integrados en la Unión Europea o en Dinamarca, será de aplicación la Ley Concursal y sus normas de derechos internacional privado.

En materia de contratos de trabajo, el art. 13 del Reglamento Comunitario establece que “*...1. Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo, aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro. El párrafo primero también será aplicable a una autoridad que sea competente en virtud del Derecho nacional para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo...*”.

En términos más escuetos el art. 207 de la Ley Concursal establece que “*...Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se regirán exclusivamente por la ley del Estado aplicable al contrato...*”.

Resulta de ello que a los contratos de trabajo les será aplicable en su vigencia, extinción, modificación y suspensión, la **ley del Estado aplicable al contrato de trabajo se haya abierto o no en dicho Estado un procedimiento**

concursal secundario, pero si el Estado es comunitario debe distinguirse **según tenga o no la concursada un establecimiento** en dicho Estado:

- si lo tiene, será aplicable la legislación de dicho Estado, se abra o no un procedimiento secundario,
- si no lo tiene y el trabajador está como desplazado, será de aplicación la legislación del Estado del procedimiento principal.

Para finalizar con el tema del derecho internacional privado deben tener en cuenta que el apartado 11º del art. 36 del Reglamento de 2015, dentro de los compromisos para evitar la apertura de procedimientos de insolvencia secundarios, establece que la obligación de los organismos nacionales que garanticen el pago de salarios e indemnizaciones [-en nuestro caso el FOGASA-] de dar igual trato al trabajador que presta sus servicios en establecimiento en España de una concursada extranjera comunitaria, se haya abierto o no procedimiento secundario; principio que se aplica a los trabajadores de concursada española que prestan sus servicios en un Estado de la Unión.
