

EL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO QUE RESUELVE SOBRE EL DESPIDO COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS: PROBLEMAS PRÁCTICOS*

Eduardo Enrique Taléns Visconti**
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El plazo legal para resolver: interpretación del “silencio judicial”. –3. Forma del auto del Juez del Concurso: invalidez por la ausencia de hechos probados. –4. Aspectos materiales del auto del juez del concurso. 4.1. Resolución del Juez del Concurso en caso de que haya existido acuerdo en el periodo de consultas. 4.2. Resolución del Juez del Concurso en caso de que no haya existido acuerdo en el periodo de consultas. –5. Efectos del auto. 5.1. ¿Autorización o ejecutividad? 5.2. El factor temporal de efectividad del auto. –6. Conclusiones. –7. Bibliografía.

RESUMEN

El despido colectivo por causas económicas adoptado en un contexto concursal está sometido a la decisión del Juez de lo Mercantil encargado del concurso de acreedores en el que se encuentra inmerso el empresario. Las sucesivas reformas legislativas, tanto concursales como laborales han terminado por complicar el encaje entre ambas normativas, ocasionándose con ello diversos problemas prácticos a los que resulta necesario dar solución. Uno de los principales interrogantes se encuentra alrededor de los aspectos formales y materiales del auto del Juez del Concurso que decide sobre el despido colectivo por causas económicas.

ABSTRACT

Collective dismissal for economic causes, if adopted in the context of an insolvency procedure of the employer, has to be decided by the Commercial Judge in charge of it. The consecutive legislative reforms relating to both Insolvency and Labour Law have complicated the fitting of the two legal branches, thus causing different practical problems to which a solution has to be given. One of the principal unanswered questions has to do with both material and formal aspects of the judicial decree of the Insolvency Judge that has to decide about de collective dismissal for economic causes.

* El presente trabajo obtuvo el Premio al mejor ensayo 2014 concedido por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Recibido el 29 de enero de 2014, aceptado el 24 de abril de 2014.

** Investigador en formación “Atracción de Talent” en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Palabras clave: despido colectivo, concurso de acreedores, resolución judicial, acuerdo, indemnizaciones.

Key words: collective dismissal, insolvency procedure, court decision, settlement, severance pay.

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos Concursales son un fenómeno que desde hace algunos años se suceden cada vez con más asiduidad¹. No cabe desconocer que, entre los principales problemas de las empresas concursadas se encuentran, sin duda, los aspectos relacionados con los trabajadores. La entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), Concursal supuso que el impacto de las relaciones laborales en las empresas insolventes pasara a regularse, en gran medida, por una normativa mercantil y procesal común². Por lo tanto, aquellos avatares relacionados con los trabajadores cuando la empresa para la que prestan servicio se encuentra con concurso deben inquirirse en esta legislación específica. No en vano, para resolver numerosas cuestiones referidas a los empleados se hace igualmente necesario acudir a la normativa laboral común. Por consiguiente, el manejo de ambas legislaciones resulta indispensable para un correcto conocimiento de la disciplina concursal-laboral.

Una de las consecuencias más habituales cuando una empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores es la de que se lleven a cabo medidas modificativas, suspensivas o extintivas sobre los contratos de trabajo. Aunque la regla general, *ex lege*, sea que la declaración de concurso supone el mantenimiento de los contratos, y entre ellos igualmente los de trabajo, lo habitual es que sobre éstos se acometa alguna de las medidas de ajuste descritas. La opción por amortizar puestos de trabajo es bastante frecuente en estos casos, debiendo de ser acordados por el Juez del Concurso cuando se alcance el carácter de colectivo³. El procedimiento para llevar a cabo las extinciones colectivas de los contratos de trabajo se encuentra regulado en el artículo 64 de la Ley Concursal. A grandes rasgos, la tramitación del "expediente judicial de regulación de empleo" pasa por la necesidad de solicitar los despidos ante el Juez del Concurso⁴. Una vez recibida ésta, el Juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal para la realización de un periodo de consultas⁵. Concluida la negociación, con o sin acuerdo, desde el juzgado se recabará un informe a la Autoridad Laboral competente y finalmente será el Juez del Concurso quien deberá resolver mediante auto acerca de las extinciones colectiva de contratos de trabajo. Pese a la existencia de un procedimiento especial de despido colectivo regulado por el artículo 64 LC, en numerosos puntos la tramitación

¹ No hay más que entrar en los datos estadísticos ofrecidos por diferentes instituciones (en especial por el Instituto Nacional de Estadística) para dar cuenta de esta profusión. Así, por ejemplo en la nota de prensa del 7 de agosto de 2013 realizada por el Instituto Nacional de Estadística referida al segundo trimestre de 2013 se habla de 2.614 concursos. La última nota de prensa del 6 de noviembre de 2013 referida a datos del tercer trimestre se cifra el número de concursos de este periodo en 1.907 (aún o se han publicado las cifras del último trimestre, ni por ende, su cómputo anual y su comparación con años anteriores).

² A. Blasco Pellicer. "El expediente concursal de regulación de empleo". En *Anuario de Derecho Concursal* núm. 14. 2008. Página 2 (del ejemplar en pdf).

³ Los umbrales para diferenciar entre despidos objetivos y colectivos se encuentran en la normativa laboral (artículo 51 ET) y son los mismos que los utilizados para las situaciones extra concursales.

⁴ La solicitud deberá de realizarse como regla general cuando ya haya sido emitido el informe a cargo del administrador concursal, que será pasados 2 meses desde la declaración del concurso, salvo que éste plazo se prorrogue por las causas establecidas en el artículo 74 LC. En casos de extrema urgencia, cuestión que se deberá de acreditar, podrán solicitarse los despidos antes de este informe.

⁵ Tras la Reforma Concursal operada mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre, en caso de intervención de las facultades del empresario, el Juez también puede acordar su participación en las consultas.

debe de completarse con lo dispuesto por la normativa laboral común. En este sentido, existe una cláusula de cierre en el último apartado de este precepto que remite a la legislación laboral para todo lo que no esté previsto por la norma concursal. El adecuado encaje entre ambas legislaciones, complejo de por sí, se encuentra agravado por las sucesivas reformas que se han venido dando en los últimos tiempos, sobre todo desde la vertiente laboral. De este modo, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, (BOE de 11 de octubre), de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el concreto aspecto laboral pretendió acoger algunas soluciones o incoherencias que habían ido señalándose desde la doctrina científica y judicial, así como realizar un ajuste respecto a las últimas modificaciones acometidas por la legislación laboral. El procedimiento de ERE Concursal, que había sido diseñado en sus inicios intentando imitar al antiguo ERE Laboral y posteriormente adaptado por la Reforma Concursal encuentra insalvables incoherencias con la tramitación del despido colectivo una vez aprobado el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (convertido posteriormente en Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE de 7 de julio) con el mismo título que su antecesor). Los importantes cambios realizados por la Reforma Laboral de 2012 sobre el procedimiento de despido colectivo no se han visto acompañadas por modificaciones en la tramitación del expediente judicial de regulación de empleo del artículo 64 LC. Esta situación conlleva a que en algunas cuestiones concretas el encaje procedimental entre ambas legislaciones resulte bastante complejo. Uno de los principales problemas lo podemos encontrar respecto al auto del Juez de lo Mercantil que resuelve sobre el despido colectivo. En este sentido, los diversos interrogantes sobre los aspectos formales y materiales del auto del Juez del Concurso son buen ejemplo de las incoherencias normativas existentes hoy en día entre las legislaciones laboral y concursal-laboral.

En las siguientes páginas se tratará de aportar luz sobre los diferentes problemas que giran en torno a la resolución de este órgano judicial, que en esencia, se encuentra regulada en el artículo 64.7 LC. En ellos, se ha buscado dar solución a las significativas lagunas que presenta este precepto. En este sentido, siguiendo un orden cronológico de interrogantes se comenzará por acometer la interpretación que debe hacerse en caso de que el Juez del Concurso rebase el plazo del que dispone para resolver. Se continuará con los problemas que se suscitan respecto a los aspectos formales que deben de revestir el auto, y posteriormente con los múltiples interrogantes sobre sus aspectos materiales o de fondo. En último lugar se procurarán disipar las dudas que se desprenden respecto de los efectos que debe de desplegar este auto.

2. EL PLAZO LEGAL PARA RESOLVER: INTERPRETACIÓN DEL “SILENCIO JUDICIAL”

Como ha quedado acreditado en el epígrafe introductorio, la decisión final sobre los despidos colectivos acaecidos en seno concursal corresponde al Juez de lo Mercantil conocedor del proceso de concurso de acreedores en el que se inserta esta medida extintiva de los contratos de trabajo. Las cuestiones relativas a esta resolución del Juez del Concurso se encuentran reguladas en el artículo 64.7 LC. Este último comienza disponiendo que: “cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”. Siguiendo un esquema temporal, la primera cuestión sobre la que conviene aportar luz es la referida al plazo del que dispone el Juez del Concurso para dictar el auto que contenga la decisión sobre la amortización de puestos de trabajo por causas económicas. En la fase final del expediente judicial de regulación de empleo, el Juez del Concurso debe recabar un informe a la Autoridad Laboral para que se pronuncie, en el plazo de 15 días, sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. Por lo tanto, una vez recibido el resultado del periodo de consultas y el informe de la Autoridad Laboral, o en su defecto, cuando hayan pasado más de 15 días desde su evacuación, el Juez del Concurso deberá resolver sobre las extinciones colectivas de los contratos de trabajo –según dicción legal– en un plazo de 5 días. Respecto a esta cuestión nace una primera duda interpretativa. Esta sería la de intentar convenir que es lo que sucedería en el supuesto nada infrecuente (por el volumen

de trabajo que soportan), en que el Juez de lo Mercantil rebasara este plazo para dictar resolución y si esta superación puede entenderse bien como una aceptación o bien como denegación tácita sobre las extinciones colectivas.

Esta situación no ha sido resuelta por la Ley Concursal, que omite cualquier referencia expresa sobre esta cuestión. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 64.11 LC, que remite a la legislación laboral en todo lo no previsto en este precepto, es preciso acudir al Estatuto de los Trabajadores para intentar colmar esta laguna. Un problema añadido, tras examinar detenidamente el artículo 51 ET, es que en la actualidad la regulación sobre despidos colectivos contemplada por esta norma no es comparable en muchos aspectos con la regulación contenida en el artículo 64 LC (siendo esta cuestión una de estas situaciones difícilmente comparables o ajustables de forma analógica)⁶. En efecto, en consonancia con la normativa laboral actual, el poder decisorio final sobre las extinciones colectivas de los contratos de trabajo por causas económicas reside en el propio empresario. Es éste quien deberá de comunicar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas a la Autoridad Laboral, o quién informará tanto a la Autoridad Administrativa como a los representantes de los trabajadores sobre su decisión final en caso de no haberse obtenido acuerdo, siendo que, si no lo hiciera pasados 15 días se produciría la caducidad del procedimiento. Por lo tanto, la solución ofrecida por la normativa laboral, en concreto por el art. 51.2 ET *in fine*, sería la de la caducidad del procedimiento. No parece que sea apropiado transponer la solución brindada por la legislación laboral para el caso de las extinciones colectivas por causas económicas producidas en seno concursal, y ello porque las diferencias entre un procedimiento y otro, tras la reforma laboral de 2012, son evidentes. No resultaría conveniente razonar la caducidad del procedimiento en el caso de que el Juez del Concurso superara el plazo para dictar auto en el expediente judicial de regulación de empleo, puesto que en este procedimiento el que acuerda los despidos es precisamente un órgano judicial (al contrario de lo que sucede extra concursalmente dónde es el propio empresario quien toma la medida).

En este sentido, no sería apropiado deducir la caducidad del procedimiento en caso de superación del plazo de 5 días concedidos al Juez del Concurso, principalmente por los siguientes motivos: a) legalmente porque la Ley de Enjuiciamiento Civil no predica la caducidad cuando los órganos judiciales incumplen cualquier plazo que las leyes establezcan (en este caso, los 5 días establecidos por la LC), más bien al contrario, el artículo 211.2 LEC dispone que “la inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a no mediar justa causa, que se hará constar en la resolución”; b) también porque en este supuesto no existiría la “identidad de razón” necesaria para poder aplicar la analogía normativa, tal y como se infiere del artículo 4 del Código Civil, puesto que la razón por la que en el concurso la decisión la toma un juez es para preservar los diferentes intereses en juego que se dan en esta especial situación, y por ello la predicada “identidad de razón” difiere entre el procedimiento de despido colectivo concursal y el extra concursal; c) en último término, por una razón meramente práctica y de sentido común, puesto que no es lo mismo que el empresario incumpla el plazo para efectuar los despidos colectivos en su propia plantilla, que lo haga un juez que se encarga de varios concursos a la vez y cuyo volumen de trabajo se agudiza en tiempos de recesión económica. Por lo tanto, como primera conclusión, cabe apuntar que el transcurso del plazo de 5 días concedido al Juez del Concurso para resolver mediante auto sobre el sentido del despido colectivo no produciría en ningún caso la caducidad del procedimiento, como sí que ocurre en los despidos colectivos fuera del concurso (sin poder utilizarse la actual solución dispuesta por el Estatuto de los Trabajadores de forma analógica para colmar esta laguna de la normativa concursal).

⁶ Existen otra serie de situaciones dentro de la normativa laboral extra concursal que siguen siendo válidas para colmar las lagunas contenidas en el procedimiento del artículo 64 LC, como por ejemplo los umbrales a partir de los cuales se considera que la extinción es colectiva o para determinar que debe entenderse por causa económica.

Como se ha anticipado, la Reforma Laboral de 2012 optó por eliminar la autorización administrativa para el caso de los despidos colectivos. También se ha comentado que el procedimiento del artículo 64 LC reprodujo, en esencia, el procedimiento del artículo 51 ET antepuesto a la referida Reforma. Por lo tanto, resulta inevitable acometer una interpretación histórica para comprender si la solución facilitada por la normativa laboral bajo el procedimiento anterior, más acorde con el actual expediente judicial de regulación de empleo, puede aportar luz sobre el problema evidenciado en este epígrafe. En este sentido, con la anterior regulación laboral, concluido el periodo de consultas la Administración Laboral disponía de un plazo de 15 días para resolver el expediente. En caso de acuerdo, siguiendo la anterior redacción del artículo 51.5 ET, “si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo”. Por su parte, en caso de concluir las consultas con desacuerdo, el antiguo artículo 51.6 ET establecía que superado el plazo de 15 días sin resolver “se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud”. Como puede apreciarse, la solución procurada por la normativa laboral pasaba por otorgar valor al silencio administrativo. En concreto, el signo del silencio administrativo se entendía dado en forma positiva, es decir, equivalía a la autorización del expediente, y por lo tanto, el empresario quedaba habilitado para extinguir los contratos (atendiendo al acuerdo suscrito con los representantes de los trabajadores, o en caso contrario siguiendo lo dispuesto en su solicitud). Lo que aquí se debe plantear es si el transcurso de estos 5 días sin que el Juez del Concurso haya resuelto el expediente judicial de regulación de empleo mediante auto equivale a la “autorización” del mismo, y por ende, a la efectividad de los despidos colectivos. Aunque esta solución no se avista en la actual normativa laboral (que es de carácter subsidiaria en aquello que no esté contemplado en la concursal) se debe plantear si una posible interpretación favorable histórica podría mantenerse hoy en día (por la mayor conexión entre el anterior procedimiento laboral y el concursal).

Sobre este asunto resulta interesante la postura que mantuvo CRUZ VILLALÓN en un estudio realizado al tiempo de la promulgación de la Ley Concursal allá por el año 2003. Para este autor, la solución era distinta para el caso de que el periodo de consultas hubiera concluido con acuerdo o sin acuerdo. De este modo, de existir pacto, a falta de resolución en plazo jugaría el efecto del silencio positivo, y el resultado sería que la medida acordada entre administrador concursal y representantes de los trabajadores quedaría validada tácitamente por el juez⁷. A *sensu contrario*, los efectos de esta suerte de “silencio judicial positivo” no jugarían en caso de desacuerdo. Sin embargo, la mayoría de autores que se han pronunciado sobre esta cuestión han terminado, sin entrar demasiado en detalles, en negar la aplicación del silencio administrativo a las resoluciones judiciales⁸. Bajo mi punto de vista, esta última sería la solución más adecuada, y ello con base en los siguientes razonamientos: a) en primer lugar porque estamos ante una decisión judicial y no administrativa, por más que el procedimiento de ERE concursal se aleje en algunos puntos de lo que sería un proceso judicial en sentido lato y se asemeje más a un expediente de jurisdicción voluntaria o a un trámite más administrativo que procesal; b) en segundo término, porque la facultad del juez del concurso respecto a los despidos colectivos en seno concursal no consiste en una mera autorización, sino que es el propio juez quien acuerda las extinciones de los contratos de trabajo por causas económicas, por lo que la falta de resolución mediante auto no habilita para la efectividad de la medida extintiva (sobre el concreto asunto de los efectos del auto se ahondará más adelante, *vid. Infra*); c) por último, nuevamente por razones prácticas también parece más conveniente negar la tesis del “silencio

⁷ J. Cruz Villalón. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, especial monográfico sobre “La reforma concursal”. 2003, Página 138.

⁸ En este sentido, véase, por ejemplo: I. García-Perrote Escartín. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y Seguridad Social*, Ed. Lex Nova. 2004. Página 237; B. Ríos Salmerón. “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”. En *Actualidad Laboral*, núm. 21. 2003. Página 367; C. Molina Navarrete. “Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: El artículo 64 LC” En *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006. Página 226.

judicial positivo”, puesto que la elevada carga judicial de los Juzgados de lo Mercantil debe hacer comprender que en ocasiones el breve plazo de 5 días para resolver va a verse rebasado, precisamente por este alto volumen de trabajo.

En suma, como se habrá podido deducir de las argumentaciones anteriores, la Ley Concursal, y en concreto su artículo 64.7, concede un plazo de 5 días al Juez del Concurso para resolver mediante auto acerca de los despidos de naturaleza colectiva que se pretendan llevar a cabo durante la pendencia de un proceso concursal. No obstante, nada se dice acerca de lo que deba suceder en caso de extemporaneidad o superación de este plazo sin que se hubiera tomado la decisión correspondiente. En este sentido, la solución no podría ser la de considerar acordados los despidos con base a una suerte de “autorización tácita”, ni dando valor al posible “silencio”, ni mucho menos cabría considerar caducado el procedimiento por este motivo reanudándose de nuevo otro ERE concursal. La solución correcta en estos casos, bajo mi punto de vista, pasaría por esperar a la resolución mediante auto por parte del Juez del Concurso, puesto que éste órgano es el único capaz, *ex lege*, para acordar las extinciones producidas, las cuales no podrán llevarse a cabo sin esta connivencia judicial. Por lo tanto, lo deseable es que el Juez del Concurso resuelva en el plazo máximo de 5 días, pero en caso contrario, se debe de esperar a su auto aunque éste sea dictado en un plazo posterior, mediante el cual, efectivamente, cobrarán valor las extinciones (o no, pues cabe también que el Juez del Concurso considere conveniente no llevar a cabo los despidos, cuestión esta que será dilucidada en otro apartado, *vid. Infra*).

3. FORMA DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO: INVALIDEZ POR LA AUSENCIA DE HECHOS PROBADOS

Pasando a la siguiente cuestión que se suscita en torno al auto del Juez del Concurso que decide acordar los despidos colectivos por causas económicas en seno concursal, la consecuente parada debe realizarse ante la forma o estructura que debe contener este auto. En efecto, una vez examinado el problema de la laguna existente en cuanto a la ausencia de resolución en plazo, y antes de pasar a las dudas interpretativas que puedan darse respecto al contenido material del auto, así como sobre sus efectos, merece la pena detenerse en otra cuestión debatida, también carente de regulación concursal específica y que recientemente parece haber obtenido solución judicial al respecto. Me estoy refiriendo a la estructura del auto y al inconveniente de que en éste no se contenga una relación de hechos probados.

El problema en este punto radica nuevamente en la indeterminación de la normativa concursal. El procedimiento del expediente judicial de regulación de empleo posee una naturaleza un tanto peculiar, puesto que es de carácter jurisdiccional, si bien guarda también ciertas semejanzas con un procedimiento administrativo⁹. Por este motivo, se ha llegado a afirmar que el auto no tendrá por qué contener una relación de hechos probados¹⁰. Sobre este extremo GULLÓN RODRÍGUEZ aseveró que de la propia simplicidad del expediente pueden desprenderse efectos que se compaginen mal con esa posibilidad de que el juez del concurso termine mediante un auto en el que se detallen las condiciones laborales e indemnizaciones de los trabajadores, admitiendo, ya que no se prohíbe, que se pueda concluir con un auto genérico, cabiendo una posterior concreción por medio de autos complementarios¹¹.

⁹ Para Ríos Salmerón y Ríos Mestre estamos ante un auténtico proceso, si bien de carácter atípico, siendo la obligación de incorporar unas consultas previas lo que produce esta atipicidad. *Vid.* B. Ríos Salmerón y J.M. Ríos Mestre. “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011”. En *Despido y crisis económica de los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía* (A. De la Puebla Coord. y A. Desdentado Dir.). Ed. Lex Nova 2011. Página 280.

¹⁰ J. Gullón Rodríguez. “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo den la situación de concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2006. Página 151.

¹¹ J. Gullón Rodríguez. *Ob. Cit.* Página 152.

Para una correcta solución de este interrogante, es decir, sobre el contenido formal del auto dictado por el Juez del Concurso, es preciso, bajo mi punto de vista, acudir a la normativa procesal supletoria que identifique en qué consiste esta resolución judicial. Por más que el procedimiento de ERE Concursal pueda llegarse a considerar más administrativo que judicial, más afín a un expediente de jurisdicción voluntaria, o bien, como un auténtico procedimiento jurisdiccional, de lo que no cabe duda, *ex lege*, es que su conclusión va a realizarse mediante auto, y como tal, entiendo que debe compadecer con las exigencias de este tipo de resoluciones judiciales. Para centralizar estas exigencias se debe acudir a la normativa estrictamente procesal. Así, en primer lugar, por su mayor importancia, se atenderá a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (BOE de 2 de Julio), del Poder Judicial, y en concreto a su artículo 248.2 que dispone que: “los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten”. Junto con ello, también se hace referencia a cómo debe de materializarse un auto en el artículo 208.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero), de Enjuiciamiento Civil que reza lo siguiente: “los decretos y los autos serán siempre motivados y contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo”. Por lo tanto, los autos dictados por el Juez del Concurso en el contexto de un expediente judicial de regulación de empleo, ante el silencio que la normativa concursal ofrece en este concreto punto, deben de contener, como mínimo, todos los extremos que pergeñan la LOPJ y la LEC. Consiguientemente, de los anteriores preceptos se desprende que los autos deben de contener los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y un fallo, debiendo quedar todas estas partes debidamente separadas de forma clara.

El inconveniente que se suscita principalmente en esta sede es que los Jueces de lo Mercantil, ante la ausencia de previsión expresa en la normativa concursal, y al tratarse el ERE Concursal de un procedimiento con una naturaleza peculiar, con notas tanto administrativas como judiciales, en ocasiones han emitido autos sin detallar antecedentes de hecho, o quedando exentos de otra serie de formalidades, quizá trasladando erróneamente el contenido de la antigua resolución administrativa de la Autoridad Laboral. En este sentido, de presentarse estos defectos, la tarea revisora en segunda instancia (recurso de suplicación frente al auto dictado por el Juez del Concurso) se torna un tanto compleja. En efecto, los Tribunales Superiores de Justicia están obligados a revisar sentencias, las cuales, expresamente suelen contener todos los datos y formalidades necesarias para que pueda realizarse una efectiva actuación revisora. Por los motivos anteriormente indicados, los Jueces de lo Mercantil en ocasiones han venido resolviendo de forma un tanto parca, o quizá un tanto más informal, produciéndose de este modo algunas trabas cuando estos autos eran recurridos en suplicación. Esta necesidad de que el auto del Juez del Concurso cuente con antecedentes de hecho ha sido indicada por alguna sentencia de segunda instancia. Así, por ejemplo, recientemente se considera en la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012¹² refiriéndose a estos autos que: “siendo aquellos recurribles en suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, se hace necesario que se precisen en los antecedentes de hecho aquellos que el Magistrado ha deducido en la valoración de la prueba que efectúa.” En este caso la sentencia de suplicación solamente exterioriza esta necesidad, siendo que, en el supuesto concreto que conoce llega a la conclusión de que el Juez a quo ha realizado correctamente esta tarea en su auto. Pero también podemos encontrar algún pronunciamiento que ha anulado un auto de un Juez del Concurso precisamente por no constar en el mismo la relación de hechos probados, dificultándose con ello la actividad revisora en suplicación. Esta fue la solución procurada por la STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012¹³ que consideró que el auto realizado por el Juez del Concurso adolecía de importantes defectos en su aspecto fáctico, impidiéndose con ello la debida resolución de la suplicación. En concreto, no constaron en los hechos probados circunstancias tales como la relación laboral de

¹² AS/2012/896.

¹³ AS/2012/1136

los trabajadores que permitiera fijar las indemnizaciones. El resultado fue que la Sentencia del TSJ de Galicia procedió a anular la resolución recurrida para que “con absoluta libertad de criterio se proceda a dictar otra en la que se tenga en cuenta lo expresado en los anteriores fundamentos y se entre a resolver sobre el fondo del asunto”.

En suma, el auto dictado por el Juez del Concurso mediante el cual se acepten o no las medidas de extinción colectiva de contratos de trabajo deberá contar con unos antecedentes de hecho adecuadamente separados y numerados, sustentarse en unos fundamentos de derecho y contener una parte dispositiva en forma de “fallo” o más concretamente de “acuerdo”, siendo, por lo demás, en todo caso motivado. Junto con ello, también se debe hacer constar, naturalmente, el lugar y la fecha donde se adopta, así como la indicación del juez que lo acuerda y los recursos que proceden contra el mismo¹⁴. En cuanto a su contenido, en caso de aceptar el despido colectivo, el Juez deberá identificar correctamente a los trabajadores afectados por la medida con sus respectivos datos personales y profesionales, y además, disponer la fecha en que las extinciones se harán efectivas y el monto de las indemnizaciones (sobre todas estas cuestiones se volverá más adelante. *Vid Infra*). Cualquier omisión de las exigencias formales sobre el auto que resuelve este expediente judicial de regulación de empleo debería llevar aparejada su anulación, debiendo el Juez del Concurso corregir estos extremos ante un posible recurso de duplicación.

4. ASPECTOS MATERIALES DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO

En este epígrafe se tratará de dar solución a todas aquellas cuestiones relacionadas con el contenido material del auto del juez del concurso que acuerde aceptar o no la solicitud de despido colectivo por parte de la administración concursal (principalmente), el propio concursado, o por los propios trabajadores a través de su representación. En concreto, se intentará dar respuesta sobre la libertad del juez para acordar la medida extintiva, es decir, el grado de discrecionalidad que ostenta a la luz del principio de congruencia que inspira a toda resolución judicial. En este sentido, resultará necesario abordar si el Juez del Concurso puede entrar a valorar posibles medidas alternativas al despido o modificar el número de afectados, así como aceptar o proponer indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas. Para una mejor comprensión y sistematicidad se separará en los dos principales escenarios posibles, cuales son que las consultas hayan concluido con acuerdo o sin él, puesto que la solución en uno y otro caso será diferente.

4.1. Resolución del Juez del Concurso en caso de que haya existido acuerdo en el periodo de consultas.

El supuesto en el que las partes negociadoras hayan concluido las consultas alcanzando un acuerdo es la solución más sencilla, puesto que tal y como se infiere del artículo 64.7 LC el Juez resolverá “aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”. La normativa concursal ha optado por seguir miméticamente la regulación contenida en el pretérito artículo 51.6 ET cuando se refería a la actuación de la Autoridad Laboral en el supuesto de acuerdo en el seno de un expediente ordinario¹⁵. Por lo tanto, tras una primera lectura del precepto, parece que en estos supuestos el Juez del Concurso vendría forzado a aceptar el contenido del acuerdo, salvo que constate la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución del mencionado acuerdo¹⁶. Sin embargo, bajo mi punto de vista, el control de jurisdicción realizado por parte del Juez del Concurso no debe de quedarse en un mero examen de

¹⁴ A. Montoya Melgar. *Derecho Laboral Concursal*. Thomson Reuters. Cívitas. 2013. Página 220.

¹⁵ A. Blasco Pellicer. “El expediente concursal de regulación de empleo”. En *Anuario de Derecho Concursal* núm. 14. 2008. Página 32 (del ejemplar en pdf).

¹⁶ Así se ha expresado en algún auto judicial, por ejemplo, por el AJM de Madrid de 27 de enero de 2005 (AC/2005/149) o por el AJM de Vizcaya, Bilbao, de 3 de marzo de 2005 (AC/2005/332).

la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, sino que también se debe de extender hacia el resto de vicisitudes invalidantes que aprecie de oficio o a instancia de parte. Así, por ejemplo, en el desarrollo del procedimiento de consultas pueden aparecer una serie de actuaciones en las que, pese a que se hubiera alcanzado un acuerdo, se haya contravenido alguna cuestión legal. Sería este el caso, por ejemplo, de la carencia de legitimación para negociar por parte de alguna de las partes, de la adopción del acuerdo sin las mayorías exigidas o en la ausencia de un efectivo intercambio de pareceres o de buena fe en la negociación.

Esta cuestión podría abordarse desde dos perspectivas o tesis distintas. Una primera tesis pasaría por defender una interpretación literal de la norma. De seguirse esta tesis únicamente incumbiría al Juez del Concurso no aprobar un acuerdo alcanzado en periodo de consultas cuando, de oficio o instancia de parte, apreciara que el mismo ha sido suscrito mediando fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En caso contrario, de no existir las anteriores, el Juez debería aceptar en todo caso el acuerdo logrado en las consultas. Esta es la opción que parece acoger la mayoría de la doctrina científica y judicial, que vienen aceptando sin más el contenido literal de la norma. Si bien, en mi opinión, esta primera interpretación o tesis, aún siendo válida resultaría un tanto simplista, amén de que supondría desconocer el papel que juega el Juez de lo Mercantil cuando se encuentra ante una solicitud de despido colectivo en el contexto concursal, que es muy superior al homónimo y extinto papel que representaba la Autoridad Laboral con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012. La segunda interpretación pasaría por superar la dicción literal del precepto y considerar la facultad del Juez del Concurso para oponerse al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas cuando medie también alguna irregularidad distinta a un supuesto de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Esta opción es la que parecen defender DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO cuando apuntan, de forma somera, que “no parece que el juez mercantil tenga que quedar vinculado por un acuerdo ilegal”. Mayor hincapié realiza en defensa de esta segunda interpretación MONTOYA MELGAR para quien “el juez no es un mero y mecánico refrendador de los acuerdos obtenidos en los periodos de consultas, sino que está legitimado (y obligado) a realizar un control de juridicidad del acuerdo”¹⁷.

Esta situación contrasta con lo sucedido en la actualidad cuando se pretende realizar un despido colectivo ordinario o extra concursal. En este último caso, cuando exista acuerdo, el empresario deberá tomar la medida extintiva siguiendo éste, y correlativamente, los representantes de los trabajadores no podrán combatir judicialmente este acuerdo alcanzado por ellos mismos, salvo que éste hubiera sido alcanzado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (o individualmente ante el Juez de lo Social en caso de que se pretenda combatir una cuestión particular de un trabajador, vg. la antigüedad, salario etc.). Esta situación no puede sostenerse en el ámbito concursal donde los diferentes y especiales intereses en juego (mayormente respecto a la masa pasiva del concurso) terminaron con dejar al Juez de lo Mercantil como encargado de adoptar, entre otras, las medidas colectivas de carácter extintivo de los contratos de trabajo. En este sentido, no cabe desconocer que tras la Reforma Laboral de 2012, ante una situación de concurso el propio concursado y la administración concursal tienen menos facultades laborales que las atribuidas al empresario, y que el Juez del Concurso, como órgano encargado de aceptar el acuerdo, no puede validarlo cuando aprecie algún tipo de vicio o ilegalidad en su procedimiento o contenido¹⁸. En este sentido, lo que la norma (artículo 64.7 LC) viene a decir no es que el Juez del Concurso deba aceptar, sin más, como si se tratara de un autómatas el acuerdo alcanzado en las consultas, salvo apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Más bien, significa (o debe significar) que en caso de lograrse un acuerdo en el periodo de consultas el Juez deberá aceptar u homologar este pacto en cuanto a su contenido, es decir, el número de trabajadores afectados, planes de recolocación incorporados, indemnizaciones convenidas etc. no pudiendo autorizar nada extramuros de este acuerdo. Ahora bien, en caso de existir algún vicio o ilegalidad queda facultado, de oficio o a instancia de parte, a dictar lo que proceda.

¹⁷ A. Montoya Melgar. Ob. Cit. Página 222.

¹⁸ A. Montoya Melgar. Ob. Cit. Página 222. Quien cita también a favor de esta interpretación los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008 y del nº 2 de Bilbao de 16 de febrero de 2010.

Relacionado con este asunto se encuentra la posibilidad de que el Juez del Concurso pueda acordar u homologar que se hayan pactado indemnizaciones superiores al mínimo legal, es decir, que superen el monto de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades. Esta cuestión, que fuera de las situaciones de concurso no ofrece lugar a dudas, reviste un especial matiz cuando estamos en un contexto concursal. Ello es así porque en un escenario concursal concurren una pluralidad de acreedores a los que hay que satisfacer. Por lo tanto, no es una cuestión exenta de dudas el hecho de que se puedan pactar indemnizaciones superiores a las legales, en tanto en cuanto, de esta forma podría perjudicarse a la masa pasiva del concurso. La Ley Concursal, en su redacción original no decía nada respecto a las indemnizaciones que debían de percibir los trabajadores. Como se ha aseverado en el párrafo anterior, el auto del Juez del Concurso debe aceptar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, salvo que aprecie algún tipo de vicio o ilegalidad, y entre los extremos sobre los que queda compelido a la hora de autorizar los despidos está el de las indemnizaciones fijadas en las consultas concluidas mediante acuerdo. Por lo tanto, de existir un acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, el problema está en dilucidar si éstos pueden pactar indemnizaciones superiores a las establecidas supletoriamente como mínimas en la legislación laboral (antiguo artículo 51.8 ET y actual artículo 51 ET en su remisión al 53.1 ET). El *quid* de la cuestión se encontraba, tal y como señalaron DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO, en la “finalidad esencial del concurso”, cual es la satisfacción de los acreedores, conviniendo en que es difícil que esta finalidad pueda lograrse mediante un aumento que grave la masa activa¹⁹. Sin embargo, tanto estos autores, como la posición dominante en la doctrina científica convenían en que el establecimiento de indemnizaciones superiores a las legales no es contraria al interés de los acreedores, y en que no existe inconveniente en que la administración concursal (órgano necesario del concurso y velador del mismo) y los representantes de los trabajadores pudieran concertar sobre este extremo²⁰.

Desde la doctrina judicial también se venía aceptando tradicionalmente que las partes negociadoras estaban capacitadas para pactar una indemnización superior a la legal. Por su interesante carácter dogmático resulta imprescindible comentar los razonamientos que consideró el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de 19 de diciembre de 2005, confirmado por la Sentencia del TSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 2006²¹. Las partes negociadoras acordaron fijar una indemnización de 33 días de salario trabajado con un tope de 27 mensualidades, extremo éste que resultó validado y considerado legal con base a los siguientes argumentos²²:

1) Por razones de índole práctica. En este sentido, se consideró que si no se pudiera sobrepasar la indemnización mínima legal establecida en la normativa laboral “se reduciría sobremanera la posibilidad de alcanzar un acuerdo de medidas laborales colectivas en estos procedimientos concursales”.

2) Porque los créditos indemnizatorios resultantes de un despido colectivo llevado a cabo una vez declarado el concurso y acordados por el Juez del Concurso son contra la masa, “siendo por ello su disciplina ajena a la comunidad de pérdidas de los acreedores concursales, créditos guiados por el criterio de oportunidad”.

¹⁹ A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para labora-listas*. Ed. Bomarzo. 2007. Página 161.

²⁰ A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano. Ob. Cit. Página 161; I. García-Perrote Escartín. Ob. Cit. Página 237; I. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2004. Página 74; A. Blasco Pellicer. Ob. Cit. Página 27. A. Montoya Melgar. Ob. Cit. Páginas 233-234.

²¹ AS/2006/2284

²² También aceptan indemnizaciones superiores a las legales Autos de los Juzgados de lo Mercantil, tales como el del nº 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005, o nº 1 de Cádiz, de 2 de febrero de 2006 o nº 2 de Bilbao de 1 de febrero de 2007 etc.

3) De igual forma, porque en los despidos colectivos extra concursales pueden derivarse indemnizaciones superiores a las legales siendo la empresa insolvente en términos de la ejecución singular laboral. En este sentido, sería un “contrasentido que se admita más indemnización que la tasada legalmente cuando la empresa ha formalizado la insolvencia en el concurso, está intervenida y su liquidación reúne garantías”.

Junto a los anteriores razonamientos se podrían aducir otra serie de argumentos a favor de la posibilidad de pactar en situación de concurso indemnizaciones superiores a las legales. De un lado, porque como viene entendiendo el Tribunal Supremo, las indemnizaciones de mínimos no constituyen normas de derecho necesario absoluto, sino que contemplan la posibilidad de acuerdo y por ello tienen carácter modificable²³. También, porque en el periodo de consultas quien pacta es la administración concursal, que es quien representa los intereses generales del concurso (también, claro está, el de los acreedores)²⁴.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE de 11 de octubre), de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal terminó por acoger esta posición dominante. En concreto, el artículo 64.6 LC dispone, tras esta reforma, que “en el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores”. Por tanto, a día de hoy la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores a las legales contiene una previsión *ex lege* en la que, asimismo, se previene que este aumento no sea incondicionado, sino que debe haberse adoptado ponderando los intereses afectados por el concurso. Por ello, parece que la norma opta por aceptar que se puedan pactar indemnizaciones superiores, si bien, la contempla como una opción residual. En este sentido, la opción prioritaria será la de acordar la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, si bien una mejora de la misma va a ser lícita mientras no se demuestre su carácter dañoso para los demás acreedores o se perciba la existencia de algún tipo de vicio o fraude (extremo éste que no se presume)²⁵.

En suma, según lo examinado en este punto, las partes compelidas a negociar un despido de carácter colectivo en un contexto concursal van a poder convenir una indemnización superior a la mínima establecida en la legislación laboral supletoria, y ello pese a que existan otros intereses en conflicto, pero siempre y cuando ponderando éstos las partes así lo decidan. En estos supuestos, en lo que aquí interesa, el Juez del Concurso deberá incorporar esta mejora indemnizatoria en su Auto en caso de aceptar y validar el despido colectivo, lo que ocurrirá en todo caso, salvo cuando éste aprecie fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o cualquier otra incidencia ilegal. Esta situación, que en caso de acuerdo alcanzado en el periodo de consultas parece no ofrecer lugar a dudas, se torna mucho más compleja cuando las consultas concluyen sin avenencia, situación ésta que será abordada en profundidad seguidamente.

4.2. Resolución del Juez del Concurso en caso de que no haya existido acuerdo en el periodo de consultas.

Una de las cuestiones más controvertidas se da cuándo el periodo de consultas ha concluido sin acuerdo, pues en estos casos la Ley Concursal solamente indica que “el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”²⁶. Esta remisión se topaba con importantes problemas aún con la anterior redacción del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y a día de hoy éstos se agudizan por la falta de identidad de hecho entre la normativa laboral actual y la concursal.

²³ Por ejemplo, STS de 21 enero de 1997 (recurso 1063/96).

²⁴ A. Blasco Pellicer. Ob. Cit. Página 27.

²⁵ A. Montoya Melgar. Ob. Cit. Página 235.

²⁶ Este dicción ha supuesto que algún autor la haya calificado de “escandalosamente incompleta”: *vid.* L. Martínez Garrido “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I (J.M. Sagrera, A. Sala y A. Ferrer Coords.). Ed. Bosch. 2004. Página 769.

En este sentido, entiendo acertada la postura adoptada por SEMPERE NAVARRO, para quien, lo sensato y usual, tal y como se encuentran actualmente regulados los despidos colectivos por causas económicas en la normativa laboral y concursal, consistiría en entender que no hay una remisión incondicionada al bloque normativo laboral²⁷. De este modo, la mayoría de interrogantes que surjan se deberán tratar de solucionar con la doctrina específica que ha ido asentándose en esta materia.

Lo primero sobre lo que convendría centrar la atención es sobre el hecho de que en situación de concurso de acreedores va a ser el juez, y no el empresario, ni siquiera el administrador concursal, el que tenga la decisión última sobre los despidos. Como es sabido, en situaciones extra concursales es el propio empresario quien a falta de acuerdo decide sobre este extremo con total y absoluta libertad y discrecionalidad, es decir, el empresario puede considerar finalmente más apropiado reducir el número de personas a despedir, suspender simplemente algunos contratos y extinguir otros, incluso aumentar el número de despidos o incluso no efectuar ninguno. En fin, tal y como proclama el artículo 51.2 ET, a falta de acuerdo, el empresario “remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”. Esta situación no puede trasladarse a la decisión del Juez del Concurso cuando las partes negociadoras no han alcanzado un acuerdo, por más que la normativa concursal disponga en estos casos que “el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”, y ello porque el Juez no es empresario, o porque al pertenecer a un órgano jurisdiccional debe regirse por el principio de congruencia. Ya han ido apareciendo últimamente criterios judiciales en suplicación que han ido en esta línea. Así, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2011²⁸ se considera que ni el juez de lo mercantil ni los Tribunales Superiores de Justicia pueden aportar soluciones alternativas a los despidos pues ello –dice textualmente la sentencia– “significaría convertir a los jueces en empresarios o en gestores de empresas, para lo que no le habilita la norma, debiendo limitarse, ante la falta de acuerdo existente entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en el periodo de consultas, a determinar si concurren las causas y analizar la razonabilidad y justificación de las medidas”.

Desde la doctrina científica más cercana a la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE de 10 de julio) Concursal, se venía entendiendo que ante la falta de acuerdo en las consultas el Juez del Concurso disponía de amplias facultades para decidir acerca de las medidas solicitadas, asemejando su posición a la de un empresario²⁹. En este sentido, se llegaba a considerar que el Juez del Concurso estaba capacitado para acordar la medida más pertinente u otra distinta a la solicitada (recordemos en este punto que el Juez del Concurso no es solamente competente para acordar extinciones, sino también suspensiones y modificaciones sustanciales de contrato). Por el contrario, GULLÓN RODRÍGUEZ llegó a admitir que el Juez no podría conceder más de lo solicitado por la administración concursal ni menos de lo admitido por la representación de los trabajadores, si bien admitió ciertas deficiencias en el control de la congruencia,

²⁷ A.V. Sempere Navarro. “La reforma laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social* número 6. 2012. Página 14 (ejemplar en pdf).

²⁸ AS/2011/2467.

²⁹ Por ejemplo: C. Molina Navarrete. Ob. Cit. Página 228 cuando dice que “en definitiva, si la presencia de un acuerdo priva al Juez de una capacidad de gestión material, aunque le incumba la decisión formal de reestructuración, su ausencia le permite recuperar todo el espacio de intervención que el procedimiento concursal le ha querido dar al Juez con carácter general”. Si bien también reconoce este autor que, al contrario de lo que sucedía con la Autoridad Laboral, aquí el Juez deberá de respetar el principio de congruencia entre lo solicitado y lo otorgado; I. García-Perrote Escartín. Ob. Cit. Página 237, aseveró que cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo que: “probablemente haya que interpretar que el Juez de lo Mercantil tienen amplias posibilidades de apreciación, sin que tenga que atenerse estrictamente a las causas que permiten recurrir a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo”. Asimismo se reafirma en el mayor margen de apreciación que tiene el Juez de lo Mercantil (página 238); Por su parte, A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano. Ob. Cit. Página 164 dicen que “si no hay acuerdo, el juez decide sobre la propuesta con poderes propios sin condicionamiento previo”.

puesto que con anterioridad a la Reforma Concursal de 2011 el procedimiento no contaba con alegaciones, contradicción y prueba, coincidiendo más con un procedimiento más administrativo que judicial³⁰. En la misma línea, afirmó MARTÍNEZ GARRIDO la problemática que existía respecto al principio de congruencia debido a la ausencia de una pretensión y una resistencia en el sentido procesal del término³¹. Como se acaba de anticipar, esta situación ha cambiado tras la Reforma Concursal de 2011, y como inmediatamente se verá, en caso de desacuerdo el Juez debe dar audiencia a las partes para que muestren sus alegaciones y aporten la prueba documental que precisen. Sobre esta posibilidad de que el Juez del Concurso pueda adoptar medidas distintas a las solicitadas, BLASCO PELLICER argumentó que finalmente esta opción estaría justificada, puesto que el órgano judicial podría acordar las medidas que estimase más convenientes para el aseguramiento de los intereses en juego. Sin embargo, terminó por afirmar que el principio de congruencia impediría tal solución y de este modo no quedaría más que admitir que las medias solicitadas actúan como límite al contenido del auto³². En este mismo sentido se pronunció también MONTOYA MELGAR cuando dogmatizó que el principio de congruencia impedirá que el Juez del Concurso pueda adoptar una medida distinta de la pedida o que se conceda más de lo pedido³³. Por lo tanto, entiendo que el Juez del Concurso va a poder rechazar o admitir el despido colectivo solicitado, en todo o en parte, pero no va a poder acordar otra/s medida/s distintas, por ejemplo, una suspensión del contrato, puesto que éste no es empresario, sino más bien un velador de la legalidad del procedimiento en unas circunstancias tan excepcionales como las que se dan en el concurso de acreedores.

La Reforma de la Ley Concursal de 2011 sí que ha dado solución a otro aspecto relacionado con el auto del juez del concurso cuando no hubiera existido acuerdo en la negociación, como era el de la ausencia de alegaciones de las partes o aportación probatoria, es decir, la ausencia de contradicción procesal una vez concluido el periodo de consultas. Esta falta de regulación ya fue objeto de alerta por parte de la doctrina científica. Así, por ejemplo, GULLÓN RODRÍGUEZ advirtió de los problemas que se suscitaban sobre el control de la congruencia predicable del Juez del Concurso al no existir un trámite de alegaciones, de contradicción, ni prueba en el ERE Concursal³⁴. Especialmente críticos con esta dicción legal, que como se está comentando no observaba el principio de contradicción procesal, se mostraron también ALBIOL MONTESINOS³⁵ y BLASCO PELLICER³⁶. Ambos consideraron, con buen criterio, que la opción de dar un plazo para formular alegaciones, sobre todo en caso de falta de acuerdo en las consultas, resultaría mucho más garantista. En este sentido, consideraban que debería resultar aplicable lo dispuesto por el artículo 188.2 LC, que bajo el rótulo “autorizaciones judiciales” compelia a conceder un plazo no inferior a tres días ni superior a diez atendidas la complejidad e importancia de la cuestión.

La Reforma Concursal operada en 2011 terminó por disipar las dudas que existían hasta ese momento y terminó por incorporar en el propio artículo 64.7 LC una solución que, como se acaba de advertir, ya se venía considerando por algún sector doctrinal. En este orden de valores, el artículo 64.7 LC contiene en la actualidad un párrafo intermedio que reza lo siguiente: “si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el periodo de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una

³⁰ J. Gullón Rodríguez. Ob. Cit. Página 150.

³¹ L. Martínez Garrido. Ob. Cit. Página 769.

³² A. Blasco Pellicer. Ob. Cit. Página 35.

³³ A. Montoya Melgar. Ob. Cit. Página 226.

³⁴ J. Gullón Rodríguez. Ob. Cit. Página 150.

³⁵ I. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2004. Página 72.

³⁶ A. Blasco Pellicer. Ob. Cit. Página 31. En su estudio considera adecuado que a falta de acuerdo exista este trámite de alegaciones, pese a que ello implique alargar el procedimiento, puesto que esta opción, además de legal es más garantista.

comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días". Como se puede apreciar, ahora es preceptivo que el Secretario Judicial convoque a las partes negociadoras cuando no hayan alcanzado un acuerdo. Por su parte, el Juez del Concurso debe oír sus alegaciones y observar la prueba documental aportada para tomar su decisión. De forma alternativa, si lo considera conveniente, el Juez puede sustituir esta comparecencia por unas alegaciones por escrito. De esta forma se judicializa un tanto el procedimiento, y se le brindan al Juez unas mejores armas para tomar su decisión final. Considero que es importante que se ofrezca a las partes la posibilidad de argumentar o probar las cuestiones disidentes porque en caso de desacuerdo en las consultas parece que sí que existirían dos verdaderas partes procesales. Por el contrario, en caso de existir acuerdo en las consultas solamente existiría una parte, puesto que todos los suscriptores del mismo pretenden lo mismo. Por lo tanto, en caso de no alcanzarse cuando existen dos partes procesales con intereses contrapuestos representados por la administración concursal de un lado y por los representantes de los trabajadores de otro (más el propio deudor que por lo general tendrá interés en la postura adoptada por la administración concursal). Por ello, para una resolución eficaz por parte de un tercero, como lo es el Juez, resulta necesario que éste haya escuchado las posiciones de las partes en conflicto. Sólo de este modo va a poder valorar correctamente lo que se pide y acatarse el principio de congruencia con plenitud, pues como se ha defendido anteriormente, éste opera como un límite a la actuación del Juez del Concurso cuando no ha existido acuerdo en el periodo de consultas. De este modo, la Reforma Concursal de 2011 ha supuesto en este punto un acercamiento hacia la judicialización del procedimiento, siendo un tanto más jurisdiccional que administrativo y también, por qué no decirlo, más garantista.

Por lo que respecta a la posibilidad de mejora de las indemnizaciones cuando el periodo de consultas haya concluido sin acuerdo, la solución ofrecida por la doctrina se encuentra más dividida que en caso de haberse alcanzado éste. En este sentido, tal y como se ha tenido ocasión de ver en el epígrafe anterior, tanto en la doctrina científica como en la judicial no existían demasiados problemas en admitir la posibilidad de que los sujetos negociadores de los despidos colectivos pudieran pactar una indemnización superior a la mínima legal establecida en la normativa laboral. Esta eventual mejora indemnizatoria fue objeto de previsión legal, siendo incorporada esta facultad por la Reforma de la Ley Concursal de 2011, en los términos anteriormente comentados (*Vid. Supra*). El escenario cuando las partes negociadoras no han conseguido llegar a ningún acuerdo acerca de los despidos colectivos se torna un tanto más complejo, puesto que es el Juez del Concurso quien en estos casos debe de reflejar este menester en su auto (evidentemente cuando opte por llevar a cabos los despidos, pues en caso contrario éstos no existirían y tampoco cabría ninguna indemnización). El problema se agudiza ante la falta de previsión legal al respecto, pues al contrario de lo que sucede con el incremento de la indemnización mínima cuando así se hubiera pactado y reflejado en el acuerdo alcanzado por los negociadores, tampoco después de la Reforma Concursal de 2011 se dice nada sobre esta cuestión en la normativa concursal especial. Por lo tanto, en estos casos se debe de aplicar la norma supletoria contenida en el propio artículo 64.7 LC que establece que "en este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral". Ahora bien, si acudimos a la normativa laboral, la situación de contraste es muy diferente, sobre todo ahora que ha desaparecido la autorización administrativa para poder llevar a cabo los despidos colectivos. Tan sólo parece que algo está claro, y es que la indemnización que como mínimo debe de pagar aquel empresario que extinga varios contratos de trabajo por razones económicas debe ser, como se sabe, de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de 12 mensualidades. Pero, fuera de este dato, no existe ninguna otra previsión que sirva para despejar las dudas acerca de lo que se debería de aplicar en el caso de concurso de acreedores cuando en el periodo de consultas no haya existido acuerdo.

Sobre este problema la doctrina científica se encuentra extensamente dividida. No son pocos los autores los que se muestran partidarios de que el Juez del Concurso no puede acordar indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas por la normativa laboral en caso de

que terminen las consultas sin acuerdo³⁷. Algunos de ellos únicamente contemplan como posibilidad de mejora indemnizatoria la fijada mediante el acuerdo entre las partes negociadoras, lo que *a sensu contrario* lleva a entender que cuando no se alcanza un acuerdo no se podría fijar cuantía superior por parte del Juez del Concurso. Sin embargo, otros sí que se pronuncian con absoluta rotundidad sobre esta imposibilidad del Juez del Concurso de elevar la cuantía por encima del mínimo legal. La explicación se podría encontrar en el principio de congruencia que acompaña al Juez del Concurso, así como en que solamente podrían convenirse indemnizaciones superiores a las legales por acuerdo entre los sujetos negociadores de los despidos, y por lo tanto en caso de que no se hubiera llegado a ningún acuerdo la solución debería de pasar porque el Juez se limitara, en caso de autorizar los despidos, a reconocer en su auto una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. En la actualidad también servirían estas mismas consideraciones, si bien cabría un argumento añadido en defensa de esta primera tesis, como sería el hecho de que tras la Reforma Concursal de 2011 el artículo 64.6 LC ha establecido la posibilidad de fijar indemnizaciones superiores a las legales por medio de pacto en el periodo de consultas. Empero, no ha hecho lo propio con el problema que se está aquí abordando, guardando silencio sobre la posibilidad de que el Juez del Concurso pueda fijar una indemnización superior a la legal en caso de no existir acuerdo entre las partes negociadoras en las consultas.

Desde la doctrina de los Jueces de lo Mercantil la cuestión se encuentra, si cabe, más dividida, existiendo autos que se han ceñido al mínimo legal y otros que a falta de acuerdo han considerado procedente incrementar la indemnización. Cabe tener presente en este punto que existe doctrina judicial de suplicación que considera ajustado a derecho que un Juez del Concurso convenga una indemnización superior a la mínima legal cuando han concluido con desacuerdo las consultas. En concreto, avala este modo de proceder la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2011³⁸ en la que se razonó que “aún cuando los trabajadores solicitaban 29 días por año y la empresa sólo ofrecía 20 días por año, la Administración Concursal en su informe proponía una indemnización de 25 días por año sin que la misma comprometiera la viabilidad de la empresa y ésta fue la que se aceptó en el Auto, y ello, aunque no hubiera formalizado un acuerdo entra la administración concursal y la representación de los trabajadores, en la de medida de que hubo una tácita aceptación por éste puede considerarse un acuerdo tácito entre la representación de los trabajadores y la administración concursal que permite apoyar lo resuelto en el artículo 64.7 LC, sin que, en consecuencia, se aprecien cometidas las infracciones alegas por la empresa, cuyo recurso debe ser desestimado”. Esta opción, que ya va calando en la práctica judicial es la que entiendo más ajustada. Si bien, no encuentro del todo afortunado el argumento utilizado por la referida sentencia acerca del acuerdo tácito, pues considero que no haría falta forzar hacia una situación de acuerdo, expreso o tácito, para considerar ajustada a derecho una indemnización fijada por el Juez y que sea superior a los 20 días por año.

5. EFECTOS DEL AUTO

5.1. ¿Autorización o ejecutividad?

Una vez han sido comentadas las distintas cuestiones acerca del plazo y del contenido del auto del juez del concurso, corresponde pasar a otro interrogante que no resuelve la legislación concursal. En concreto, el artículo 64.7 LC se limita a decir que el auto producirá los mismos

³⁷ J. Gullón Rodríguez. Ob. Cit. Página 153; A. Desdentado Bonete y N. Orellana Cano. Ob. Cit. Página 164; A. Costa Reyes. *Los trabajadores en el Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Aranzadi. 2007. Página 100; I. García-Perrote Escartín. Ob. Cit. Página 237; I. Bajo García. “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. Aranzadi Social núm. 6. 2013. Páginas 9 y 10 (ejemplar en pdf). J.P. Maldonado. “El Despido colectivo en el concurso y el sistema de Derecho del Trabajo (STJS Asturias 16.4.2010). En Anuario de Derecho Concursal número 21. 2010. Página 21 (ejemplar en pdf).

³⁸ JUR/2011/290162.

efectos que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso a la situación legal de desempleo. Como podrá fácilmente colegirse esta regulación concursal se encuentra obsoleta, en el sentido que sigue remitiendo en lo referente a sus efectos a una resolución administrativa hoy en día desaparecida. Esta situación, que se ha alterado para los despidos colectivos extra concursales no se ha trasladado a las disposiciones de la Ley Concursal. Por lo tanto, en el seno de un procedimiento de insolvencia sigue siendo el Juez de lo Mercantil el encargado de autorizar mediante auto las extinciones, suspensiones y modificaciones sustanciales del contrato, con la particularidad de que en la actualidad ya no se sustituye a un ente administrativo, sino en todo caso al empresario (como así sucedida ya para el caso de las modificaciones sustanciales de contrato)³⁹. De esta forma persiste lo que DESDENTADO BONETE y ORELLANA CANO denominaron como “judicialización” de estas situaciones, ya que fuera del concurso, como se ha dicho, no se va a requerir la intervención de ningún juez, salvo en caso de impugnación del despido colectivo⁴⁰.

En todo caso, la respuesta a la que se tratará de dar solución en el presente epígrafe es la de determinar la naturaleza de la propia resolución judicial, es decir, si se trata de una mera autorización o si por el contrario ésta tiene efectos constitutivos y consecuentemente sería ejecutable por sí misma. Si se conviene que la resolución del juez actúa como una autorización hará falta una actuación posterior por parte del administrador concursal (o del deudor concursado en caso de mera intervención de sus facultades) que ejecute la medida autorizada (en este caso que lleve a cabo los despidos). Este era el sistema que acaecía fuera del concurso con anterioridad al RDL 2012. De este modo, la autoridad laboral autorizaba la medida extintiva, siendo el empresario quien una vez tomada ésta se encargaba de concluir el expediente extinguiendo efectivamente los contratos (cabía también, aunque era menos usual, que con la autorización en la mano el empresario diera marcha atrás y no ejecutara estas extinciones previamente autorizadas). No han sido pocos los autores que a lo largo de estos años se han posicionado a favor de esta opción. Así, por ejemplo, partidario de esta postura se ha mantenido, decididamente, ALBIOL MONTESINOS, para quien la autorización del juez requeriría de una posterior ejecución por parte del empresario o administración concursal⁴¹. En similares términos se ha postulado FERNÁNDEZ LÓPEZ para quien el juez de lo mercantil debería limitarse a autorizar la medida en abstracto, es decir, sin concretar los trabajadores afectados⁴². Por su parte, MOLINA NAVARRETE concluyó que el auto permite a la administración del concurso llevar a la práctica las medidas propuestas, correspondiendo a ésta su materialización, cuyo alcance no podrá ser alterado por tal decisión⁴³. En el mismo sentido MERCADER UGUINA Y ALAMEDA CASTILLO concluyeron que el órgano judicial autoriza más que decide sobre las medidas laborales, y en este sentido la materialización de las medidas colectivas las difiere también a la administración concursal⁴⁴. También CRUZ VILLALÓN consideró que debía de ser la administración concursal la que debía de materializar las extinciones⁴⁵.

La postura contraria radica en abogar por los efectos constitutivos de la resolución judicial, es decir, que la misma posee efectos extintivos sin requerirse de una ulterior actuación por parte del deudor concursado, o más comúnmente por el administrador concursal. A favor de esta pos-

³⁹ Por ello, podría haberse convenido que en el seno del concurso fuera la administración concursal la encargada de proyectar tales expedientes de regulación, sin requerirse la autorización judicial.

⁴⁰ A. Desdentado Bonete, y N. Orellana Cano. Ob. Cit. Página 115.

⁴¹ I. Albiol Montesinos. Ob. Cit. Páginas 72 a 76.

⁴² M^a. F. Fernández López. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la ley 22/2003, concursal”. En *Revista de Derecho Social* núm. 26. 2004. Página 29.

⁴³ C. Molina Navarrete. Ob. Cit. Página 229. Esta parece ser la postura defendida por el autor, puesto que así lo defiende en primera persona, si bien, reconoce, ya en el año 2006 como la doctrina judicial comienza a interpretar el carácter decisorio del auto.

⁴⁴ J.R. Mercader Uguina y M^a. T. Alameda Castillo. “Comentario al artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I (A. Rojo y E. Beltrán, Dirs.). 2004. Página 1218.

⁴⁵ J. Cruz Villalón. Ob. Cit. Página 140.

tura se han mantenido también una pluralidad de autores, por todos: BLASCO PELLICER⁴⁶, RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA PINILLA⁴⁷, CAVAS MARTÍNEZ⁴⁸ o BAJO GARCÍA⁴⁹. Entre los argumentos que se han desprendido para defender esta tesis están: a) el hecho de que la Ley Concursal permita acciones individuales contra el auto del juez, haciendo de este modo entrever que es éste el que da como fin la medida; b) también el hecho ya comentado de que el Juez debe de incorporar en el auto una relación nominativa de los trabajadores afectados, así como las indemnizaciones debidas, pasando desde ese mismo momento a considerarse como créditos contra la masa; c) por último, que el artículo 208.1 a) reconoce que se estará en situación legal de desempleo cuando se extinga la relación laboral del trabajador en virtud “de resolución judicial adoptada en el seno de un proceso concursal”. También se ha defendido que esta opción favorecería la rapidez en la ejecución de las medidas que se estiman necesarias para garantizar la viabilidad de la empresa⁵⁰. Comparte también esta idea alguna resolución judicial de duplicación, por todas: la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005⁵¹. Igualmente, más recientemente se ha visto esta misma interpretación en alguna resolución de los propios Juzgados de lo Mercantil, por ejemplo en el AJM de Cádiz de 22 de julio de 2011, donde se dice que “mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la extinción, es criterio de esta juzgadora, que el Juez del Concurso no se limite a una mera autorización”⁵².

Esta segunda interpretación, que va a suponer que el auto del Juez del Concurso tenga efectos constitutivos y que por sí mismo declara efectivos los despidos colectivos sin requerirse de una ulterior actuación por parte de la administración concursal, es la que considero más adecuada. Esta posición, que ya contaba con un importante respaldo doctrinal y también judicial, se ha visto reforzada con la Reforma Laboral de 2012. En efecto, desde su redacción originaria en el año 2003 hasta nuestros días, el artículo 64.7 LC *in fine* viene estableciendo que el auto

⁴⁶ A. Blasco Pellicer. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Páginas 430 a 432.

⁴⁷ B. Ríos Salmerón y A. De la Puebla Pinilla. “El expediente judicial de regulación de empleo: art 64 de la Ley Concursal”. En *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Borrajo Dacruz. (Dir.). Ed. MTAS-La Ley Actualidad. 2004. Páginas 86 y 87.

⁴⁸ F. Cavas Martínez. “La competencia laboral de los jueces del concurso”. En *Aranzadi Social*, núm. 9. 2009. Página 2 (en pdf).

⁴⁹ I. Bajo García. “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. En *Aranzadi Social*, núm. 6. 2013. Página 10 (en pdf).

⁵⁰ A. De la Puebla Pinilla. “Comentario al artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I (R. Bercovitz, Coord.). 2004. Página 747.

⁵¹ (AS/2005/2699). En la misma argumenta la recurrente que el juez de lo mercantil debería haberse limitado a decretar la autorización de la extinción colectiva del contrato de trabajo en lugar de acordar la resolución que es objeto de recurso. En este sentido la sala argumenta que: “Tampoco este argumento puede prosperar pues el Art. 64-7 de la Ley Concursal señala que “...El Auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo...” y por su parte el Art. 44-4 de la propia norma legal indica que “Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores el juez a solicitud de la Administración Concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor; así como cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o suspensión total o parcial de ésta. Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2º del artículo 8 y en el artículo 64”. De la lectura de estos preceptos se deduce la posibilidad que la Ley Concursal contempla de que el Juez de lo mercantil acuerde en el Auto que dicte la extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el Art. 64-11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio Art. 64 de la L.C., pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al Art. 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación de concurso, cabe la posibilidad de que el Juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo. El motivo no puede ser acogido”.

⁵² AC/2011/2108. Ponente Nuria Orellana Cano. En este caso se refiere el auto a una suspensión de contratos y no a una extinción colectiva, pero la solución es la misma y extensible para las tres medidas que puede tomar el juez del concurso.

del juez “producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo”. Como la Reforma Laboral de 2012 ha eliminado este régimen de autorización por parte de la Autoridad Laboral no tendría ningún sentido mantener una interpretación literal del precepto, como en su momento así sostenía una buena parte de la doctrina. Por lo tanto, pese a mantenerse inalterado el precepto (aún con la Reforma Concursal de 2011), éste ha quedado desfasado y carente de sentido, puesto que ya no es que se remita a la legislación laboral o no, sino que se hace referencia expresa a una institución hoy en día inexistente, cual es la del régimen autorizador de la Autoridad Laboral en los despidos colectivos extra concursales. Por este motivo, considero que en la actualidad solamente es viable una interpretación sistemática para deducir que el auto del Juez del Concurso es de ejecutividad inmediata. Así, en la propia legislación concursal vemos como en su artículo 84.2 5º se dice que “los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento”. En la Legislación de la Seguridad Social, en el artículo 208.1.a) LGSS se considera en situación legal de desempleo al trabajador “en virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”. Por lo tanto, el auto del Juez del Concurso extingue los contratos de trabajo en él contemplados. Razón por la cual, tanto en la solicitud de las medidas como en el propio auto deberán hacerse constar la relación nominativa de trabajadores afectados por el expediente judicial de regulación de empleo, su antigüedad a efectos del cómputo de la indemnización, así como la fijación de esta última.

5.2. El factor temporal de efectividad del auto

Como ya ha sido expuesto, con anterioridad a la Reforma Concursal de 2011 el segundo párrafo del artículo 64.7 LC establecía únicamente lo siguiente: “el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo”. Ya se ha comentado el problema sobre la ejecutividad del auto, que no requiere de una actuación posterior por parte del concursado ni por parte de la administración concursal para poder llevar a cabo el despido colectivo por causas económicas. Pero como puede observarse, el precepto no indicaba nada sobre los efectos temporales de las extinciones contractuales, es decir, si a efectos de situación legal de desempleo la fecha que se debe de tener en cuenta es la del día en que se dicta el auto o en su caso, la establecida por el juez en su parte dispositiva. Esta segunda opción ya fue acogida, con la anterior normativa, por parte de la doctrina judicial de aplicación. Así, la STSJ de Aragón de 21 de Junio de 2010⁵³ conoció de un caso en el que el Servicio Público de Empleo reconoció la prestación por desempleo considerando como punto de partida la fecha del auto del Juez del Concurso. Si bien, en la parte dispositiva del mismo, este órgano reconoció las medidas con efecto retroactivo, en una fecha anterior de algo más de tres meses a la que se dictó el auto. Sobre este particular, la referida Sentencia del TSJ de Aragón consideró que la fecha que se debía tener en cuenta es la que especifica y especialmente se fijó en la parte dispositiva del auto. También resolvió en este mismo sentido la STSJ de Asturias de 27 de julio de 2012⁵⁴. Este retrotraía los efectos de la medida tomada al día 30 de mayo de 2011. En este sentido, la STSJ de Asturias concluyó que “la redacción original no limita las facultades judiciales para adoptar durante el procedimiento de concurso medidas la-

⁵³ AS/2011/240. Aunque esta sentencia resuelve el caso de varias suspensiones de contrato de trabajo la solución es completamente aplicable para el caso de extinciones colectivas.

⁵⁴ AS/2012/2511. Aunque en fecha de la resolución del Tribunal Superior de Justicia ya había entrado en vigor la Reforma Concursal (1 de enero de 2012), no lo había hecho cuando se dictó el auto por parte del Juzgado de lo Mercantil, que fue en fecha de 29 de julio de 2011. Este retrotraía los efectos de la medida tomada al día 30 de mayo de 2011.

borales colectivas con eficacia retroactiva en función de las circunstancias concurrentes. Tampoco la equiparación de sus consecuencias, en materia de desempleo, con las de la resolución administrativa adoptada en un expediente de regulación de empleo, establecida en el citado art. 64.7 de la Ley Concursal, supone un impedimento para esa retroacción de efectos”.

La Reforma Concursal llevada a cabo en octubre de 2011 ha incidido sobre esta cuestión incorporando expresamente una previsión en el segundo párrafo del artículo 64.7 LC que actualmente comienza estableciendo que “el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior (...)”. Por lo tanto, se instituye una regla general, cual es que la fecha a tomar en cuenta a efectos de desempleo será la del auto que acuerde las extinciones colectivas, situación que se dará siempre que el Juez, de forma consciente o inconsciente no haya fijado ninguna fecha distinta. Ahora bien, cuando de forma expresa ordene que sus efectos se dilaten a una fecha posterior a la emisión del auto será ésta la que se deba tomar tanto para el acceso a la prestación de desempleo como para el cómputo del plazo de caducidad para combatir la medida extintiva. El hecho de que, ahora, el precepto analizado contemple expresamente “salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior” plantea dudas sobre la posible aplicación retroactiva de los efectos de la medida adoptada, tal y como se venía reconociendo y aceptando por parte de la práctica judicial. En mi opinión, ahora no cabe duda de que esta posibilidad se encuentra manifiestamente vetada por la propia dicción legal, que sólo contempla la alteración de los efectos desde la fecha del auto cuando el propio juez disponga otra fecha posterior. Cuestión distinta hubiera sido que en la incorporación legal se hubiera establecido, por ejemplo, “salvo que en el auto se disponga otra cosa” u “otra fecha” o alguna fórmula similar más abierta. Por este motivo, la interpretación no puede ser otra que la de considerar que el legislador solamente prevé que el juez pueda, si así lo considera oportuno, postergar los efectos de las medidas acordadas, en este caso, de los despidos colectivos. Por lo tanto, la fecha a tomar en cuenta a efectos de la posible prestación por desempleo, así como para el comienzo del cómputo del plazo de caducidad para impugnar el auto judicial va a ser la del día en que se dictó el propio auto, salvo que en este último se hubiera dispuesto expresamente una fecha ulterior, en cuyo caso, será esta postrera data la que se deberá de tomar en cuenta para los efectos señalados, sin que pueda contemplarse una anterior al auto. Como apuntan RÍOS SALMERÓN y RÍOS MESTRE esta postergación sería especialmente útil en caso de que el despido colectivo afectase a la totalidad de la plantilla siendo común que se acuerde que alguno de ellos siga en la actividad hasta una fecha más tardía para contribuir con las actividades de la empresa hasta su completa liquidación⁵⁵. Por último, el propio Juez del Concurso deberá dar traslado del auto al Servicio Público de Empleo para el reconocimiento de la prestación, puesto que aquí cabría la aplicación supletoria del artículo 51.13 ET⁵⁶.

6. CONCLUSIONES

Como se habrá podido aguzar a lo largo del presente ensayo son varios los problemas interpretativos que florecen en relación con el auto del Juez de lo Mercantil que acuerda la extinción colectiva de contratos de trabajo de una empresa en concurso. Éstos se derivan, por un lado, de la evidente parquedad que presenta la Ley Concursal sobre el particular. Aunque el artículo 64 LC, referido a las medidas modificativas, suspensivas y extintivas del contrato es en general bastante extenso, cuando se refiere a las vicisitudes del auto del Juez del Concurso, como eslabón último del procedimiento del expediente judicial de regulación de empleo, adolece de bastantes lagunas y remite en muchos aspectos a la normativa laboral. Precisamente en esta remisión se encuentra otros de los principales problemas que se suscitan en esta sede. Ello es debido a la constante sucesión de desencuentros entre las normativas concursal y la-

⁵⁵ B. Ríos Salmerón y J.M. Ríos Mestre. Ob. Cit. Página 294.

⁵⁶ A. Montoya Melgar. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16. Ed. La Ley. 2012. Página 13 (Ref. CISS 223/2012).

boral, pues cuando la primera se ha intentado poner a la altura de la segunda esta última ha variado su contenido⁵⁷. Esta situación es la que se ha dado tras las dos últimas importantes reformas acontecidas entre una normativa y otra. En 2011, la reforma operada sobre la Ley Concursal pretendió, en el concreto asunto que nos ocupa, acercarse a la legislación laboral e intentar paliar algunas de las incoherencias sobre las que se había hecho sentir la doctrina científica y judicial. Una vez parecían haberse solucionado algunos (no todos) de los problemas en materia concursal-laboral emergió con fuerza la Reforma Laboral de 2012, la cual ha terminado por romper en muchos aspectos la relación entre ambas legislaciones. Un ejemplo visible sobre esta situación se puede apreciar de forma expresa en el propio artículo 64.7 LC in fine cuando se refiere a una resolución administrativa hoy día inexistente (“producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo”). Junto con ello, encontramos en este mismo precepto constantes remisiones a la normativa laboral, con la que guarda hoy en día importantes diferencias. Así, se puede leer igualmente en el artículo 64.7 LC que “el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Ed. Tirant lo Blanch “colección laboral”. 2004.
- BAJO GARCÍA. “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. *Aranzadi Social*, núm. 6. 2013.
- BLASCO PELLICER. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.
- BLASCO PELLICER. “El expediente concursal de regulación de empleo”. En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14. 2008.
- CAVAS MARTÍNEZ. “La competencia laboral de los jueces del concurso”. En *Aranzadi Social*, núm. 9. 2009.
- COSTA REYES. *Los trabajadores en el Proceso Concursal*. Ed. Thompson-Aranzadi. 2007.
- CRUZ VILLALÓN. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. En *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, especial monográfico sobre “La reforma concursal”. 2003.
- DE LA PUEBLA PINILLA. “Comentario al artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I (R. Bercovitz, Coord.). 2004.
- DESDENTADO BONETE Y N. ORELLANA CANO. *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*. Ed. Bomarzo. 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ. “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la ley 22/2003, concursal”. En *Revista de Derecho Social* núm. 26. 2004.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. En *La Reforma Concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Ed. Lex Nova. 2004.

⁵⁷ A.V. Sempere Navarro. Ob. Cit. Página 2.

GULLÓN RODRÍGUEZ. “Suspensión y extinción de los contratos de trabajo den la situación de concurso”. En *Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)*, Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2006.

MALDONADO, J.P. “El Despido colectivo en el concurso y el sistema de Derecho del Trabajo (STJS Asturias 16.4.2010)”. En *Anuario de Derecho Concursal*, número 21. 2010.

MARTÍNEZ GARRIDO. “Artículo 64”. En *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I (J.M. Sagrera, A. Sala y A. Ferrer Coords.). Ed. Bosch. 2004.

MERCADER UGUINA Y ALAMEDA CASTILLO. “Comentario al artículo 64”. En *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I (A. Rojo y E. Beltrán, Dirs.). 2004.

MOLINA NAVARRETE. “Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: el artículo 64 LC”. En *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*. Ed. Comares. 2006.

MONTOYA MELGAR. “Contrato de trabajo y concurso de acreedores”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16. Ed. La Ley. 2012.

MONTOYA MELGAR. *Derecho Laboral Concursal*. Thomson Reuters. Cívitas. 2013.

RÍOS SALMERÓN. “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”. En *Actualidad Laboral*, núm. 21. 2003.

RÍOS SALMERÓN Y DE LA PUEBLA PINILLA. “El expediente judicial de regulación de empleo: art 64 de la Ley Concursal”. En *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Borrajo Dacruz. (Dir.). Ed. MTAS-La Ley Actualidad. 2004.

RÍOS SALMERÓN Y RÍOS MESTRE. “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011”. En *Despido y crisis económica de los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía* (A. De la Puebla Coord. y A. Desdentado Dir.). Ed. Lex Nova 2011.

SEMPERE NAVARRO. “La reforma laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. En *Aranzadi Social*, número 6. 2012.