

# **CLAVES PRÁCTICAS**

FRANCIS LEFEBVRE

**Trabajadores y Empresas  
en Concurso**  
**Soluciones en las Jurisdicciones  
Civil (Mercantil) y Social**

Fecha de edición: 9 de julio de 2020

Esta monografía de la Colección  
**CLAVES PRÁCTICAS**  
es una obra editada por iniciativa y bajo  
la coordinación de  
**Francis Lefebvre**

**EMILIO PALOMO BALDA**  
*Magistrado de la Sala de lo Social de Sevilla del TSJ de Andalucía*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.  
Fax: 91 210 80 01  
[www.efl.es](http://www.efl.es)  
Precio: 30,16 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-18190-34-6  
Depósito legal: M-17767-2020  
Impreso en España por Printing'94  
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## Plan general

	<b>nº marginal</b>
<b>Capítulo 1. Dualidad jurisdiccional en materia laboral durante el concurso</b>	10
A. Esquema general de distribución de competencias.....	20
B. Reparto de competencias en el proceso de cognición.....	50
C. Reparto de competencias en el proceso de ejecución.....	330
<b>Capítulo 2. Medidas colectivas de reestructuración en el concurso</b> .....	1000
1. Mecanismos de flexibilidad interna y externa .....	1005
2. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y traslado de carácter colectivo .....	1025
3. Descuelgue de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo .....	1075
4. Suspensión colectiva de contratos y reducción temporal de la jornada .....	1080
5. Extinción colectiva de contratos.....	1110
<b>Capítulo 3. Expediente de Regulación de Empleo Concursal</b> .....	2000
1. Instauración de un procedimiento judicial común.....	2005
2. Actuaciones a realizar antes de promover el ERE.....	2040
3. Sujetos que pueden solicitar la iniciación del procedimiento ...	2090
4. Momento en que se puede instar la incoación del procedimiento	2110
5. Contenido del escrito de solicitud.....	2150
6. Documentación que debe aportarse con la solicitud.....	2175
7. Decisión judicial sobre la apertura del procedimiento .....	2255
8. Período de consultas .....	2280
9. Finalización del período de consultas con acuerdo .....	2480
10. Finalización del período de consultas sin acuerdo.....	2580
11. Medios de impugnación del auto .....	2820
<b>Capítulo 4. Grupo de empresas en el concurso</b> .....	4000
A. Tratamiento del grupo de empresas en el concurso .....	4010
B. Aspectos competenciales .....	4020
C. Intervención de las empresas del grupo en el período de consultas .....	4070
D. Ideas Clave .....	4350

	<b>nº marginal</b>
<b>Capítulo 5. Venta de unidad productiva en el concurso</b> .....	5000
A. Enajenación de unidades productivas en sede concursal .....	5010
B. Competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y determinar su alcance.....	5025
C. Noción de sucesión de empresa en el concurso.....	5155
D. Efectos de la sucesión de empresa en el concurso .....	5205
E. Aspectos procedimentales .....	5280
<b>Capítulo 6. Acciones resolutorias por voluntad del trabajador y concurso</b> .....	7000
A. Panorama global.....	7010
B. No adopción de medidas extintivas con incidencia en la acción resolutoria .....	7020
C. Solapamiento de acciones extintivas: aspectos generales .....	7030
D. Acciones resolutorias anteriores a la solicitud del concurso .....	7075
E. Acciones resolutorias posteriores a la solicitud del concurso .....	7160
F. Duplicidad de decisiones extintivas .....	7195
G. Ejercicio de la facultad de autotutela.....	7205
H. Incidencia del despido objetivo comunicado durante la tramita- ción de la demanda de resolución del contrato .....	7215
<b>Capítulo 7. Tratamiento del personal de alta dirección</b> .....	8000
A. Aspectos generales .....	8010
B. Suspensión unilateral del contrato.....	8075
C. Desistimiento del contrato.....	8085
D. Moderación de la cuantía de la indemnización .....	8115
E. Aplazamiento del pago de la indemnización .....	8155
F. Ideas Clave .....	8170
<b>Capítulo 8. ERTE por COVID-19 en el concurso</b> .....	8500
1. Consideraciones generales.....	8510
2. Fuerza mayor .....	8520
3. Causas objetivas.....	8565
	<b>Página</b>
<b>Tabla Alfabética</b> .....	235

## Abreviaturas

<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>art.</b>	artículo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CA</b>	Comunidad Autónoma
<b>CCom</b>	Código de Comercio (RD 22-8-1885)
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>Const</b>	Constitución Española
<b>Dir</b>	Directiva
<b>disp.</b>	disposición
<b>EDJ</b>	El Derecho Jurisprudencia
<b>ERE</b>	Expediente de Regulación de Empleo
<b>ERTE</b>	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
<b>ETOP</b>	Causas económicas, técnicas, organizativas, y de producción
<b>FOGASA</b>	Fondo de Garantía Salarial
<b>INE</b>	Instituto Nacional de Estadística
<b>JM</b>	Juzgado Mercantil
<b>JPII</b>	Juzgado de Primera Instancia e instrucción
<b>L</b>	Ley
<b>LAJ</b>	Letrado de la Administración de Justicia
<b>LCon/03</b>	Ley Concursal (L 22/2003)
<b>LCon/20</b>	Texto Refundido de la Ley Concursal (RDLeg 1/2020)
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
<b>LGSS</b>	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
<b>LRJS</b>	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
<b>LSC</b>	Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)
<b>MSCT</b>	Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
<b>p.ej.</b>	por ejemplo
<b>Rec</b>	Recurso
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDL</b>	Real Decreto-ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>SEPE</b>	Servicio Público de Empleo Estatal
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia
<b>UE</b>	Unión Europea

## Capítulo 1. Dualidad jurisdiccional en materia laboral durante el concurso

A.	Esquema general de distribución de competencias .....	20
B.	Reparto de competencias en el proceso de cognición .....	50
I.	Deslinde competencial en la fase de instancia.....	55
a.	Competencias laborales del juez del concurso.....	65
	Medidas de regulación de empleo .....	75
	Impugnaciones individuales de la decisión adoptada en el ERE concursal.....	205
	Reconocimiento, clasificación y cuantificación de los créditos laborales .....	220
b.	Competencias del orden social de la jurisdicción.....	250
	Acciones colectivas .....	255
	Acciones individuales dirigidas exclusivamente contra la empresa concursada .....	265
	Acciones individuales dirigidas contra el empleador y terceros no concursados .....	275
2.	Deslinde competencial en la fase de recurso.....	300
C.	Reparto de competencias en el proceso de ejecución .....	330
	Marco general.....	340
	Prohibición de iniciar ejecuciones patrimoniales.....	355
	Prohibición de proseguir las ejecuciones patrimoniales en trámite.....	380
	Ampliación de la ejecución contra terceros no concursados .....	405
	Apertura o reanudación de la ejecución laboral.....	410

10

### A. Esquema general de distribución de competencias

(LOPJ art.9.5, 86 ter.I; LCon/20 art.52.2, 52.3, 53, 54, 55; LRJS art.I, 2.a, 3.h, 237.5, 248.3, disp.adic.3ª)

La LCon/20, acorde con el diseño instaurado por la LOPJ y desarrollado en su momento por la LCon/03, mantiene un **sistema de doble jurisdicción** en materia laboral, atribuyendo al juez mercantil, por el principio de la vis atractiva característico de todo procedimiento concursal, el conocimiento de acciones sociales declarativas, cautelares y de ejecución, si bien respecto de estas últimas esa fuerza de atracción es mayor, siendo menor en lo que a las primeras se refiere (TS social 18-10-16, EDJ 208980), mientras que las restantes controversias siguen residenciadas en la jurisdicción social.

En el caso de la **tutela declarativa**, el juez mercantil está dotado de competencia exclusiva y excluyente para resolver un elenco limitado y taxativo de pretensiones de naturaleza laboral cuyo enjuiciamiento le correspondería en principio al orden social. El legislador precisa que la traslación competencial obedece al carácter universal del concurso que justifica la concentración en un solo órgano de asuntos que se consideran de especial interés o trascendencia para el patrimonio del deudor así como a la necesidad de garantizar la unidad del procedimiento (LO 8/2003 Exp. Motivos II; LCon/03 Exp. Motivos III). La resolución de

20

los restantes conflictos laborales queda fuera de su radio de conocimiento y se mantiene en el ámbito del orden social sin perjuicio de la competencia que ostenta el juez mercantil para pronunciarse sobre las **cuestiones prejudiciales sociales** directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal (LCon/20 art.55.1).

- 25** El **criterio general de deslinde competencial** se fundamenta o sustenta en la premisa de que en nuestro ordenamiento la jurisdicción social aparece configurada como juez natural para solucionar todas las discrepancias individuales y colectivas que surjan entre trabajadores y empresarios como consecuencia del contrato de trabajo (LOPJ art.9.5), regla que tiene **excepciones tasadas** legalmente como las referidas a las pretensiones cuyo enjuiciamiento le está reservado a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso (LRJS art.2.a y 3.h), y por ello de interpretación restrictiva.

Conforme a esa pauta, que constituye la piedra angular del sistema de determinación de las respectivas órbitas competenciales, los jueces y tribunales del orden social están llamados a solventar los litigios derivados de las **relaciones laborales individuales y colectivas** que se planteen o se sustancien durante el concurso salvo que estén expresamente encomendados al juez mercantil. Esa idea-guía va acompañada de la indicación a los jueces del concurso de que al decidir las cuestiones que tienen asignadas deberán tener en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral (LOPJ art.86 ter.1.2°).

- 30** El sistema de distribución de competencias en materia laboral aboca a un panorama complejo en la medida en que los **conflictos que pueden generar las relaciones de trabajo** son de muy diferente naturaleza, no siendo siempre fácil deslindar los confines de ambas jurisdicciones lo que ha llevado al Tribunal Supremo a reconocer que «la delimitación competencial entre el Juzgado de lo Social y el Juzgado Mercantil presenta dificultades considerables y ha venido dando lugar a que esta Sala, o las especiales del Tribunal Supremo, haya debido ocuparse en alguna ocasión reciente de su examen» (TS social 6-6-18, EDJ 104186).

Del estudio de esta problemática tan trascendente, que se ha visto afectada por la LCon/20 en algunos puntos se ocupa el presente capítulo distinguiendo el proceso de cognición del de ejecución y, dentro del primero, las fases de instancia (n° 55 s.) y de recurso (n° 300 s.). Queda fuera de este Capítulo, pese a ser la materia en la que la incidencia de la LCon/20 ha sido mayor, el tratamiento competencial de la sucesión empresarial en el marco del concurso de acreedores, que se analiza en el Capítulo 5 de esta obra (n° 5000 s.).

**PRECISIONES** **1)** La consecuencias negativas que en el plano de la **seguridad jurídica**, la especialización judicial y la eventual contradicción entre los órdenes jurisdiccionales civil y social pueden derivar del establecimiento de una fórmula de dualidad competencial resultan en parte neutralizadas por el sistema de recursos contra las resoluciones dictadas por los jueces mercantiles en materia laboral que la normativa concursal configura (n° 300).

**2)** En lo que atañe a la **tutela cautelar** el juez mercantil ostenta jurisdicción exclusiva y excluyente para adoptar cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado (LCon/20 art.54.1). Bajo la lógica de la función de las medidas

cautelares, hay que entender que la declaración de concurso conlleva la innecesariedad de todas aquellas adoptadas en otros procedimientos, en cuanto que la función cautelar es sustituida por las medidas propias del concurso, no resultando admisible que un tribunal distinto del juez mercantil adopte medidas cautelares que afecten a la masa del concurso de acreedores, mientras este esté en vigor (TS conflictos auto 11-10-19, EDJ 711088).

**3)** En lo que respecta a las medidas de esa clase previstas en la legislación procesal laboral la atribución que se realiza al juez mercantil priva de competencia los órganos del orden social de competencia para pronunciarse sobre el **embargo preventivo de bienes** (LRJS art.97.2 a 97.6, 142.1, 185.2 y 304.2), pero no para decidir sobre:

- las actuaciones de esa índole contempladas en el marco de los procedimientos de extinción del contrato por voluntad del trabajador (LRJS art.79.7),
- impugnación de laudos electorales (LRJS art.132.2.c),
- ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LRJS art.139.4),
- impugnación de actos administrativos (LRJS art.152) y tutela de derechos fundamentales (LRJS art.180), así como
- las previstas en trámite de ejecución provisional bien de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido (LRJS art.297.2) (nº 375), bien de la que acuerde la extinción del contrato de trabajo al amparo del ET art.50 (LRJS art.303.3).

Y tampoco les resta competencia para resolver sobre otro tipo de medidas cautelares distintas de las señaladas **solicitadas al amparo de la legislación procesal civil** aplicable con carácter supletorio que no tengan incidencia en el patrimonio del deudor (LEC art.727.7, 727.11 en relación con LRJS art.79.1) como, a título de ejemplo, las atinentes al cumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de **prevención de riesgos laborales**, o a la suspensión de la **convocatoria de huelga** solicitada por la empresa o por la patronal sectorial afectada, o a la paralización temporal de la orden empresarial de traslado con cambio de residencia.

**4)** No obstante lo anterior, si el juez mercantil considera que las medidas adoptadas por los juzgados o tribunales laborales pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, ha de acordar la suspensión de las mismas, cualquiera que sea el órgano que las hubiera decretado, y puede requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el intimado no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez mercantil planteará **conflicto de competencia** (LCon/20 art.54.2).

## B. Reparto de competencias en el proceso de cognición

A continuación se analiza la distribución de competencias en la fase de instancia (nº 55 s.) y en la fase de recurso (nº 300 s.). **50**

### I. Deslinde competencial en la fase de instancia

Se especifican seguidamente las competencias laborales que ostentan el juez del concurso (nº 65 s.) y los órganos del orden social de la jurisdicción en esta etapa del proceso (nº 250 s.). **55**

### a. Competencias laborales del juez del concurso

(LOPJ art.9.5, 86 ter.1.2º; LCon/20 art.53, 136, 297, 298, 299, 300, 541; LRJS art.1, 2.a, 3.h, disp.adic.3ª)

- 65** Una vez declarado el concurso, compete en exclusiva al juez mercantil el conocimiento y decisión de las siguientes cuestiones de naturaleza laboral, entendida esta expresión en un sentido amplio y transversal comprensivo tanto del conjunto de medidas de esa índole que pueden afectar a la plantilla de la empresa como del tratamiento de los créditos de los trabajadores.
1. Pronunciarse sobre las solicitudes formuladas en aras de la **modificación sustancial de las condiciones de trabajo**, traslado, reducción temporal de la jornada laboral, y suspensión y extinción de contratos de trabajo, basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando revistan carácter colectivo (nº 75 s.).
  2. Resolver las demandas incidentales formuladas por los **trabajadores afectados** por cualesquiera de dichas medidas, o por el **FOGASA**, contra el auto dictado en ejercicio de la competencia anteriormente expuesta (nº 205).
  3. Solventar las demandas incidentales interpuestas por el **personal de alta dirección** frente a las decisiones adoptadas por la administración concursal en orden a la suspensión o extinción de su contrato de trabajo (nº 8065).
  4. Decidir las pretensiones incidentales ejercitadas por los trabajadores, o por el FOGASA, en materia de **reconocimiento, clasificación y cuantificación de los créditos laborales**, sean indemnizatorios o salariales (nº 220).
- 70** **PRECISIONES** **1)** Desde la declaración de concurso y hasta la fecha de eficacia del convenio o, si no se hubiera alcanzado un convenio o el aprobado se hubiera incumplido hasta la conclusión del procedimiento, los jueces del orden social no admitirán a trámite las demandas que se presenten en las que se ejerciten acciones que sean competencia del juez del concurso, previniendo a las partes que usen de su derecho ante este último. De admitirse a trámite las demandas a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el archivo de todo lo actuado, **previa declaración de nulidad** de las actuaciones que se hubieran practicado (LCon/20 art.136).
- 2)** El orden social de la jurisdicción carece de competencia para conocer de las acciones formuladas por los trabajadores **contra los administradores sociales de derecho o de hecho** con la finalidad de derivarles la responsabilidad por deudas laborales por haber incumplido las obligaciones establecidas en la legislación mercantil tanto en el supuesto de que la empresa no se encuentra inmersa en concurso según doctrina jurisprudencial consolidada que no contraviene la normativa comunitaria (TJUE 14-12-17, asunto Miravittles Ciurana C-243/16), como si se encuentra en esa situación (LCon/20 art.52.7ª, 138.1, 455.2.1º) (TSJ Madrid social 5-7-17, EDJ 176425), pero la declaración del concurso no despoja a los jueces laborales de su potestad de resolver las pretensiones deducidas frente a los administradores sociales en su calidad de empleadores siempre que el asunto no sea de los que la normativa concursal señala de la competencia del juez mercantil. Así sucederá por ejemplo si los trabajadores interponen demanda de reclamación de cantidad contra el deudor y los administradores sociales en su condición de verdadero empresario a efectos laborales (TSJ País Vasco social 29-1-19, EDJ 533713; social 12-2-19, EDJ 589836).
- 3)** El juez mercantil **no tiene jurisdicción** para atender demandas dirigidas al cumplimiento por la empresa concursada de sus obligaciones en materia de preven-

ción de riesgos laborales o al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de su inobservancia.

4) Asimismo, carece de competencia para dirimir reclamaciones en materia de **acción protectora de la Seguridad Social**. Su enjuiciamiento le corresponde a los órganos del orden social aunque la acción se haya ejercitado con posterioridad a la declaración del concurso y en ella se exija responsabilidad a la empleadora por el incumplimiento de sus obligaciones de alta y/o cotización, o de los deberes de seguridad y salud en el trabajo, comprendidas las referidas al recargo de prestaciones. Igual consideración resulta aplicable a las contiendas que se susciten en torno a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

**Medidas de regulación de empleo** (LOPJ art.86 ter.1.2º; LCon/20 art.53; LRJS art.2.a y 3.h) El juez mercantil goza de jurisdicción propia, exclusiva y excluyente, para conocer de las acciones que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, la reducción temporal de la jornada y la suspensión y extinción de contratos de trabajo, basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que tengan **carácter colectivo**. **75**

**PRECISIONES** 1) En lo que respecta a la **suspensión y extinción colectiva de relaciones laborales**, así como a la **reducción horaria**, su anclaje competencial responde de manera principal al hecho de que se trata de medidas que pueden dar lugar al reconocimiento de indemnizaciones muy cuantiosas globalmente consideradas o a una notable rebaja, aún transitoria, de los costes laborales con gran incidencia sobre la masa y la posibilidad de proseguir la actividad empresarial. En cuanto a las **actuaciones novatorias de las condiciones laborales**, incluido el **lugar de trabajo**, el trasvase competencial se justifica por su especial trascendencia para la viabilidad de la empresa así como porque con cierta frecuencia se tramitan conjuntamente con las de alcance extintivo y suspensivo lo que aconseja no escindir la competencia para resolver unas y otras. Además, la atribución de su conocimiento al juez mercantil le permite autorizar la puesta en marcha de aquellos mecanismos de ajuste de plantilla sometidos a su consideración que estime más adecuados y eficaces en aras de las finalidades perseguidas con el concurso en aspectos que pueden influir de modo positivo en la consecución de esos objetivos. **80**

2) En los **supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo**, traslado o extinción de contratos la caracterización de la medida como colectiva, que opera como condicionante de la competencia del juez de lo mercantil, no presenta ninguna singularidad en sede concursal (LCon/20 art.53.1), por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la legislación laboral y a los criterios interpretativos sentados por la jurisprudencia social (nº 1045).

3) En los casos de **suspensión de contratos y/o reducción de la jornada ordinaria** de trabajo, la legislación laboral (ET art.47) obliga a seguir el procedimiento fijado en dicho precepto, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados y de los empleados en la empresa, optando así por un criterio material frente al número-temporal aplicable cuando se trata de los restantes mecanismos de ajuste del empleo. En el ámbito concursal, tras la reforma operada por la LCon/20 existe una regla específica, a la que se ha de estar, en virtud de la cual la suspensión de contratos y la reducción horaria tendrán carácter colectivo, y por ende deberán ser aprobadas por el juez mercantil, cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (LCon/20 art.53.2) (nº 1085).

4) Se pone así fin a las dudas que habían suscitado las regulaciones precedentes. La inicial, incluía dentro del ámbito de conocimiento del juez mercantil las accio-

nes que tuviesen por objeto la **suspensión colectiva de contratos de trabajo**, sin mayor concreción (LCon/03 art.8.2), lo que llevó a algunos juzgados y tribunales a declarar la falta de competencia del juez del concurso para atender las solicitudes suspensivas o de reducción horaria en las que no se cumpliesen los umbrales numéricos exigidos para calificar las demás medidas de colectivas (TSJ Galicia social 8-3-13, EDJ 511140; JM Granada núm 1 auto, 19-4-13, EDJ 189094; JM Madrid núm 12 auto, 23-6-15, EDJ 284998). Por su parte, la adición introducida por la L 38/2011 en el sentido de que «por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.» (LCon/03 art.8.2 párrafo 2º) permitía sostener que esas acciones merecían la consideración de colectivas y quedaban bajo la égida del juez mercantil en todo caso, aunque afectasen a un único trabajador.

- 85** **5)** Una situación de indudable complejidad se presenta cuando en el momento en el que **se inicia el expediente de regulación de empleo concursal** se cumple el requisito relativo al número de trabajadores potencialmente afectados por la medida o medidas pretendidas, pero en el período de consultas los **sujetos negociadores** rebajan el número de empleados concernidos por alguna de las medidas pactadas por debajo de los umbrales establecidos legalmente. Así lo confirman las diferentes posiciones mantenidas por los tribunales:
- de un lado, se sostiene que el número mínimo de trabajadores afectados por cada tipo de medida constituye un **límite infranqueable** para que el juez mercantil pueda ejercer su competencia, no pudiendo alterarse por el hecho de que la administración concursal y los representantes de los trabajadores hayan alcanzado un acuerdo que reduzca las extinciones, las suspensiones o las modificaciones por debajo de los citados umbrales (JM Cádiz núm 1 auto, 25-5-12, EDJ 122577; con criterio que coincide con el adoptado por la TS cont-adm 17-3-15, EDJ 36547) conociendo de un ERE administrativo);
  - por otra parte, se afirma que las medidas no pierden su **naturaleza colectiva** por el hecho de que en su consideración aislada no incidan en un número de trabajadores que responda a los rangos numéricos que las identifica como tales si todas ellas en su conjunto son acordes con esos umbrales (TSJ Asturias social 14-6-13, EDJ 129005).
- 6)** Más problemático aún resulta mantener la competencia del juez mercantil cuando el número de trabajadores implicados por la única medida convenida no llega a esos umbrales si bien puede defenderse que en virtud del principio de la perpetuación de la jurisdicción la competencia del juez mercantil para conocer del **ERE** debe determinarse en función del **número de trabajadores afectados** al inicio del procedimiento no quedando despojado de ella por el hecho de que durante el período de consultas ese número se sitúe por debajo de los umbrales del **despido colectivo** (LEC art.411). Así se declaró en un supuesto en el que en el curso de las negociaciones la administración concursal rebajó el número de empleados concernidos por la medida de 10 a 9, argumentando de manera convincente la Sala de suplicación que de otro modo se estaría condicionando el normal desenvolvimiento del período de consultas que contaría con un límite infranqueable que no puede imponerse ni deriva de su naturaleza y finalidad, razonando adicionalmente el Tribunal que en el curso de ese período no se formuló ningún reparo sobre los umbrales por el representante del personal que ahora recurre en suplicación contra el auto extintivo (TSJ Castilla-La Mancha social 3-7-15, EDJ 127726). La anterior doctrina debe ser soslayada cuando la empresa o la administración concursal incurran en una actuación irregular o fraudulenta sobredimensionando artificiosamente el número de trabajadores afectados por el ERE con el objeto de

residir la competencia en el juez mercantil para después reducir la cifra por debajo de los umbrales legales.

**7)** Cuando una empresa concursada lleve a cabo un despido materialmente colectivo sin contar con la autorización del juez mercantil la medida se calificará como nula (LRJS art.124.3.3ª), pero esa declaración no corresponderá al juez del concurso sino al órgano social competente (AN social 26-7-12, EDJ 182119). Así sucederá si la sucursal en España de una sociedad extranjera declarada en concurso en el país donde tiene su domicilio la matriz no solicita la **apertura de un concurso territorial** en nuestro país con la finalidad de obtener la aprobación del juez mercantil para la extinción de las relaciones laborales del personal que presta servicios en la filial española (AN social 30-4-18, EDJ 53193).

En atención al mismo criterio, si el empleador o la administración concursal proceden a extinguir contratos de trabajo por causas objetivas que superan los umbrales numéricos del despido colectivo (ET art.51.1) eludiendo el trámite preceptivo (LCon/20 art.169 s.), estaremos en presencia de un **despido colectivo** de hecho, encubierto o fraudulento cuya existencia puede ser aducida ante la jurisdicción social bien por los representantes de los trabajadores por el cauce del despido colectivo bien por los trabajadores afectados en los procedimientos individuales de impugnación de sus ceses (TS conflictos auto 24-6-10, EDJ 145258).

**8)** La **derivación de las acciones colectivas** al juez mercantil trae como consecuencia que los órganos del orden social carezcan de competencia para conocer de la impugnación de la decisión adoptada en el ERE concursal, cualquiera que sea la causa esgrimida y los sujetos frente a los que se dirija la demanda. Y ello, tanto si quien la interpone son los representantes del personal como los trabajadores afectados (nº 2820). No obstante, en un caso particular se declaró la competencia de la justicia social para entender de la demanda interpuesta frente al deudor y la administración concursal por un grupo de empleados incluidos en el auto de despido colectivo habida cuenta que la misma tenía por objeto el abono de determinadas cantidades en concepto de indemnización por la extinción de sus contratos partiendo de la nulidad de ciertas cláusulas del acuerdo suscrito por las partes negociadoras en el seno del ERE concursal y homologado por el juez mercantil (TS social 9-1-19, EDJ 508696).

**9)** Alegada por los representantes de los trabajadores en el marco de un proceso de despido colectivo seguido contra una **empresa no concursada** la nulidad de la decisión extintiva (LRJS art.124.9.3º) con el argumento de que antes de iniciar el período de consultas debió instar la declaración del concurso de acreedores, lo que no hizo, tratando de eludir así la competencia del órgano al que le correspondía aprobar el despido, el Tribunal Supremo rechazó ese planteamiento por no haberse acreditado en el proceso laboral, siquiera de forma indiciaria, la existencia de una situación de insolvencia generalizada de la sociedad, actual o inminente, con repercusión sobre otros acreedores distintos de los trabajadores (TS social 2-12-14, EDJ 261507; TSJ C.Valenciana social 7-2-19, EDJ 533865), o no apreciarse datos indicativos de la existencia de fraude de ley en la actuación empresarial (TS social 23-12-14, EDJ 275297; social 24-11-15, EDJ 253781).

**10)** La suspensión y extinción de las relaciones del **personal de alta dirección** se somete a un régimen jurídico específico (nº 8020).

**Delimitación del ámbito competencial del juez del concurso:** además del factor numérico, de obligada consideración cualquiera que sea la medida colectiva que se trate de implementar (nº 1005), la competencia plena y privativa de que goza el juez mercantil para conocer de los procedimientos de reestructuración de plantilla se determina en función de cuatro parámetros principales:

90

95

- temporal: momento a partir del cual la asume (nº 100 s.);
- personal: trabajadores a los que alcanza (nº 135 s.);
- objetivo: cuestiones sobre las que puede decidir (nº 155 s.);
- causal: naturaleza de las causas alegadas (nº 200 s.).

**100 Elemento temporal** Desde la perspectiva temporal, el momento que sirve de referente para establecer la delimitación competencial entre el juzgado de lo mercantil y los órganos de la jurisdicción social es el de la declaración del concurso (LCon/20 art.169.1), a partir del cual el juez mercantil asume su competencia exclusiva y excluyente para entender de las acciones colectivas cuyo conocimiento le ha sido asignado (TS social 18-10-16, EDJ 208981; social 19-10-16, EDJ 208985; social 26-9-17, EDJ 208948).

Atendiendo a ese criterio, la **atribución de competencia al juez mercantil** no puede encontrar fundamento en el hecho de que antes de consumarse la medida colectiva la empleadora se encontrase en situación de precurso o hubiese solicitado la declaración del concurso (TS social 20-10-15, EDJ 244254) y tampoco en esa declaración si en el mismo auto en el que decretó el concurso el juez mercantil acordó su conclusión y el archivo de las actuaciones por insuficiencia de la masa activa (LCon/20 art.170), de manera que cuando la empleadora procedió a notificar el despido colectivo, una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo, no se hallaba incurso en procedimiento concursal alguno (TSJ Cataluña social 20-2-19, EDJ 532272).

La aplicación de la regla legal expuesta no plantea dificultades cuando la solicitud de las medidas de flexibilidad interna y/o externa se presenta después de que se haya emitido el auto de declaración del concurso. En lo que se refiere a las iniciadas directamente por el empresario con anterioridad a su dictado la normativa concursal (LCon/20 art.170) contempla dos supuestos en razón de que el procedimiento extrajudicial promovido por el empleador hubiese culminado o no en la fecha de declaración del concurso, distinción que no solo tiene incidencia en el plano competencial sino también a efectos de la **calificación de los créditos indemnizatorios** como concursales o contra la masa:

**105 1. Procedimientos colectivos finalizados con acuerdo o por decisión empresarial** notificada antes de la declaración del concurso: si con carácter previo a la declaración del concurso se hubiera alcanzado un acuerdo en el período de consultas, o si en defecto del mismo el empresario hubiera notificado a los representantes del personal la decisión colectiva, el deudor, una vez decretado el concurso, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez mercantil (LCon/20 art.170.1).

El enjuiciamiento de las **acciones colectivas** de impugnación de la medida corresponderá a los órganos del orden social a través del cauce del procedimiento de despido colectivo (ET art.51.6; LRJS art.124) o de conflicto colectivo (ET art.40.2, 41.5, 47.1; LRJS art.138.4 y 153 s.; RD 1483/2012 art.24) tanto si la demanda se interpone antes de la declaración de concurso (LCon/20 art.170.3) como si se formula después (TS social 26-1-15, EDJ 32673; social 27-1-15, EDJ 21840), o incluso con posterioridad a que la empresa haya ejecutado la medida (TSJ Valladolid social 11-7-16, EDJ 145180).

La adopción de esta solución se explica porque una vez **logrado un acuerdo en el periodo de consultas**, o notificada por el empresario su decisión definitiva a los representantes de los trabajadores, carece de sentido atribuir competencia al

juez mercantil para solventar un incidente dirigido a la aprobación de una medida ya consensuada o impuesta unilateralmente por el empresario haciendo uso de las facultades de que estaba investido en el momento en el que la puso en conocimiento de los representantes del personal. Según se afirma gráficamente en relación a uno de los instrumentos de flexibilidad colectiva, el juez mercantil no puede rescindir unos contratos de trabajo que ya se extinguieron antes de que el deudor quedase incurso en concurso de acreedores (TSJ Aragón social 4-11-15, EDJ 205261).

**PRECISIONES** 1) En este primer supuesto:

110

- a) la inexistencia de una situación concursal judicialmente declarada en la fecha en que se firmó el acuerdo, o se notificó la medida colectiva, implica que para su homologación o aplicación no sea necesaria la ulterior aprobación del juez mercantil;
- b) el control de la **licitud y procedencia** de la decisión empresarial escapa de la competencia del juez mercantil aunque la resolución que recaiga en el proceso laboral pueda tener incidencia en el concurso;
- c) el órgano social que entienda del litigio colectivo emplazará a la administración concursal como **sujeto defensor de la masa** (LCon/20 art.136.3);
- d) corresponderá a ese órgano del concurso la **ejecución de las medidas** pactadas o impuestas por la empresa (LCon/20 art.170.2);
- e) la **declaración de concurso** habrá de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan (LCon/20 art.170.4);
- f) acreditadas en el proceso colectivo seguido ante la jurisdicción social la realidad y suficiencia de las causas esgrimidas por la empleadora ningún efecto puede tener la ulterior declaración del concurso sobre las **negociaciones** mantenidas en el período de consultas ya que en todo caso lo que revela esa circunstancia sobrevenida es la gravedad de la situación en la que se encontraba la empresa no existiendo ninguna relación entre la negociación y la ulterior petición de declaración del concurso, máxime cuando no hubo acuerdo alguno respecto del cual pudieran verse afectadas las expectativas de cumplimiento (TS social 24-9-15, EDJ 221052).

**2)** El orden social tiene competencia para conocer de las demandas formuladas con el objetivo de **que se cumplan las condiciones del despido colectivo pactado** con la parte social o comunicado a la misma antes de la declaración del concurso. En particular, la ostenta para decidir sobre las reclamaciones planteadas con la finalidad de que se reconozca el derecho de los trabajadores afectados por un despido colectivo a beneficiarse de la cobertura del convenio especial de la Seguridad Social bien sea en cumplimiento de lo legalmente establecido (ET art.51.9) o de lo acordado en su caso en el período de consultas. Esta pretensión se enmarca en el despido colectivo mismo del que deriva y aunque a efectos dialécticos se califique de autónoma en ningún caso sería una medida colectiva susceptible de inscribirse en la esfera competencial del juez mercantil (TS social 18-10-16, EDJ 208984; social 18-10-16, EDJ 208980; social 18-10-16, EDJ 208981; social 19-10-16, EDJ 208985; social 26-10-16, EDJ 215607; social 26-10-16, EDJ 215605; social 26-9-17, EDJ 208948).

**3)** Una situación compleja se presenta cuando a pesar de haber concluido el proceso negociador con acuerdo antes de la declaración del concurso, la empresa no llega a comunicar el cese a los trabajadores afectados y una vez ha sido declarada en concurso acude al juez mercantil para que inicie un **ERE comprensivo** de los trabajadores implicados en el procedimiento anterior. Los problemas que se plantean se sitúan tanto en el plano de la competencia del juez mercantil para conocer

del ERE como en el sustantivo en lo que respecta a la exigibilidad de las indemnizaciones convenidas. La solución que ha de darse no es sencilla pudiendo venir determinada por la toma en consideración de distintos factores como el tiempo transcurrido y la situación económica de la empresa en uno y otro momento pues si la solicitud del ERE concursal se formula poco tiempo después de haberse pactado la medida colectiva y el balance económico es similar al previo cabrá sostener con fundamento que la empresa actúa en fraude de ley y que lo procedente es que la administración concursal ejecute la medida acordada en su día por la empleadora respetando las condiciones estipuladas. Fuera de ese supuesto, las circunstancias concurrentes pueden llevar a entender que el acuerdo precedente no resta validez a la decisión empresarial de iniciar el ERE concursal (TSJ Valladolid social 27-6-13, EDJ 155624 analizando un expediente autorizado por la Administración Laboral al amparo de la normativa anterior a la reforma laboral de 2012).

- 115** **2. Procedimientos en curso en la fecha de declaración del concurso:** si la declaración del concurso se produce antes de que el período de consultas finalice con acuerdo o de que en defecto del mismo los representantes del personal reciban la notificación de la decisión adoptada por el empresario, este, una vez decretado el concurso, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez mercantil. Recibida la comunicación, dentro de los tres días siguientes el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia al empresario, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores a fin de que expongan y justifiquen, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas conforme a lo previsto en la normativa concursal (LCon/20 art.170.1)

En dicha comparecencia, las partes citadas pueden aportar los medios de prueba que consideren pertinentes en defensa de su posición, como por ejemplo las actas del período de consultas a los efectos que a continuación se indican.

- 120** Una vez **oídas las partes** el juez mercantil dictará auto en el que debe inclinarse por una de estas dos opciones:

a) **Continuar con la tramitación de las medidas.** Así se acordó en un supuesto en el que todas las partes se mostraron conformes con la prosecución del procedimiento (JM Valladolid núm 1 auto, 20-9-19, EDJ 817959). En ese caso, las actuaciones practicadas hasta la fecha de la declaración del concurso conservan su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado mercantil (LCon/20 art.170.1). Sin embargo, este principio general admite excepciones, como p.e. en el caso de que los **representantes de los trabajadores** y/o la administración concursal propongan en la vista la participación en el período de consultas de otras entidades que conformen indiciariamente con el deudor un grupo de empresas a efectos laborales y el juez acoja la petición lo que comportará la reposición de las actuaciones al momento anterior al inicio del proceso negociador para que se desarrolle también con la intervención de esos terceros. Tampoco hay que descartar que los comparecientes soliciten la ampliación del período de consultas con la finalidad de que la medida pueda ser objeto de adecuado debate con el nuevo interlocutor (la administración concursal) teniendo presente además la situación creada por la declaración de insolvencia de la empleadora. Desde otra perspectiva, la decisión de prosecución del procedimiento comportará que por evidentes razones temporales no se pueda disponer del informe de la administración concursal (nº 2115).

b) **Archivar el procedimiento,** sin perjuicio del derecho que asiste a los sujetos legitimados para solicitar la incoación de un ERE que se tramitará por los cauces