

**LOS EXPEDIENTES
DE REGULACIÓN
DE EMPLEO Y OTROS
ASPECTOS LABORALES
DEL CONCURSO**

PARTE I
*NOCIONES BÁSICAS
DE LA LEGISLACIÓN LABORAL*

LA REGULACIÓN LEGAL PRECONCURSAL

©Raimon Casanellas Bassols – Febrero 2016

insolnet

2

LECCIÓN 1

ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (Art. 1, 2 del E.T. Y R.D. 1382/85 de 1.8.85)

1.1- LABORAL DE CARÁCTER GENERAL

DELIMITACIÓN

Artículo 1º del Estatuto de los Trabajadores (E.T.): “La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios **retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica**, denominada empleador o empresario”.

CARACTERÍSTICAS

- Voluntariedad.
- Ajenidad.
- Dependencia.
- Retribución.

EXCLUSIONES

- Representantes comercio por cuenta de 1 o más empresarios
(RD. 1438/85 de 1/8/85 y Ley 12/92 de 27/5/92 Contrato Agencia).
- Familiares empresario (persona física).
- Consejeros o miembros de los órganos de administración.
- Funcionarios públicos.
- Personales obligatorias.
- Trabajos a título de amistad.

ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN

La característica determinante de la aplicación de la legislación laboral española, para los trabajos en el extranjero de empresas españolas, es el lugar de contratación (apart. 4, art. 1 ET).

1.2- LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL, EN PARTICULAR, EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

DELIMITACIÓN

Artículo 2.1 del E.T., que se refiere al personal de alta dirección (P.A.D.), relación regulada por el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto.

DELIMITACIÓN P.A.D. (art. 1.2 RD 1382/1985)

“Trabajadores que ejercen **poderes** inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los **objetivos generales** de la misma, con **autonomía** y plena responsabilidad sólo **limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración** de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Destacamos los siguientes conceptos:

- a) *Ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa.*
- b) *Relativos a los objetivos generales de la misma.*
- c) *Autonomía y plena responsabilidad.*

CARACTERÍSTICAS:

- **Legislación supletoria: la civil y mercantil.**
- *La legislación laboral común sólo aplicable en caso de mención expresa en el Real Decreto o el contrato.*
- **Periodo de prueba máximo: 9 meses** (en caso de duración indefinida).
- *No concurrencia, excepto pacto en contrario.*
- *Pacto de permanencia: debe pactarse expresamente, exige haber realizado especialización profesional y presupone indemnización en caso de cese anticipado.*
- **Extinción contrato por parte del directivo: preaviso 3 meses o 6 meses** (si pactado en contratos de duración superior a 5 años).

➤ Extinción del contrato por parte del empresario:

a) Desistimiento con preaviso de 3 a 6 meses (si es de duración superior a 5 años).

Indemnización: lo pactado, con un mínimo de 7 días de salario en **metálico** por año de servicio con un límite de 6 mensualidades.

b) Despido por incumplimiento grave y culpable del alto directivo.

Indemnización: si el despido es declarado improcedente, según contrato o, en su defecto 20 días de salario **en metálico** por año de servicio con un límite de 12 mensualidades.

c) Despido por causas previstas en ET (jubilación: Art. 49.f), fuerza mayor: Art. 49.h y crisis económica: Art. 51.1)

- *Inaplicabilidad art. 26 ET. (Limitaciones salario en especie).*
- **No existencia de salarios de tramitación.** *(Sentencia del T.S. 4.1.99).*
- *Jurisdicción competente: la social.*
- **Garantías del salario:** *las comunes de los artículos 27.2 (inembargabilidad), 32 (preferencias) y 33 (derecho a las prestaciones de FOGASA) (Según D.A. 5ª del E.T.).*
- *La indemnización del alto directivo está sujeta a tributación y retención por IRPF. Si tuviera la consideración de renta irregular debe aplicarse reducción del 30% antes de efectuar la retención, con un tope de la base de los rendimientos de 300.000€ (art. 18.2,a Ley 35/2006, de 28 de noviembre).*

1.3- MERCANTIL

La jurisprudencia considera que no existe relación laboral de alta dirección sino mercantil, cuando se mantienen **facultades de dirección y actuación que se corresponden con las propias de la condición de administrador** (sentencia del T.S. Del 12.11.02, 24.3.97, 25.2.97, 4.6.96).

Sin embargo, cuando la actuación de **consejero se superpone con la de trabajador y se trata de un socio no dominante, se considera que sí hay relación laboral** (sentencia del T.S. Del 26.11.02).

En cambio, en el caso de **administradores con participación mayoritaria falta la nota de ajeneidad y nos encontramos en un supuesto de trabajo por cuenta propia** (sentencia del T.S. Del 28.5.01).

En cuanto a la **compatibilidad entre el cargo de administrador y el de alto directivo**, la jurisprudencia ha tenido **manifestaciones dispares** (S.T.S. del 24/10/00, 9/5/01, 26/02/03).

1.4- ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Régimen general . Se distingue de la de los “asimilados a trabajadores por cuenta ajena” (aplicable a consejeros y administradores que no poseen el control de la sociedad), y que no tienen derecho a desempleo ni FGS, (si los altos directivos).





1.5- ESQUEMA DE DEPENDENCIA



LECCIÓN 2

GARANTÍAS DEL SALARIO

(arts. 29 y 32 del E.T.) **Aplicable a la relación laboral común
y al P.A.D.** (por D.A. 5ª del E.T.)

2.1- EL SALARIO

- *El salario en especie no puede superar el 30% del total de la remuneración (Art. 26.1 ET). No aplicable a P.A.D).*
- *No son salario: Las indemnizaciones o suplidos por los gastos ocasionados al trabajador y indemnizaciones por traslados, suspensiones y despidos.*

- *Período de abono no puede exceder del mes.*
- *El interés por mora será del 10% (según jurisprudencia siempre que la deuda salarial esté vencida y sea líquida y exigible).*
- *Una vez declarado el concurso, los créditos salariales devengarán el interés legal del dinero (Art.59.1 LC) y tendrán consideración de subordinados (Art. 92.3°).*

2.2- SALARIO BASE DIARIO

- Es el **Módulo Básico** para efectuar el cálculo de las indemnizaciones como consecuencia de la extinción de la relación laboral, así como para calificar los créditos salariales o indemnizatorios.
- Que no supere los umbrales previstos legalmente (doble o triple del SMI) para proceder a la correspondiente calificación crediticia.
- FOGASA aplicará al efectuar los correspondientes abonos, el salario real, en el supuesto que el salario de los trabajadores no llegue a este límite, por tener establecido un **módulo salarial tope del duplo del SMI incluidas pagas extras.**

- Considerar también conceptos variables en la nómina:
 - a) por efectuar trabajos sujetos a prima o incentivos de producción
 - b) por objetivos de producción
 - c) por percibir comisiones por ventas realizadas (abono puede producirse trimestral, semestral o anual)
 - d) por efectuar horas extraordinarias
 - e) sin olvidar pluses de puntualidad o no haber tenido bajas en el trabajo

- Para la determinación del módulo salarial es preciso atender a todos los emolumentos salariales percibidos.

- En los casos de despido individual se calcula atendiendo la última mensualidad percibida dividiendo el importe bruto (con pagas extras) por los días del mes que se retribuyen.

- En el supuesto de existir conceptos salariales variables, **hay que efectuar un cálculo anual de los mismos y dividir por 365 días o 366** (si el año es bisiesto) y el resultado obtenido añadirlo al obtenido con el cálculo de los conceptos fijos.
- Para los despidos colectivos, se debería considerar el importe salarial anual de todos los conceptos (fijos y variables), dividiéndose el mismo por 365 o 366 días, en función de si el año aplicado es o no bisiesto.

ANTIGÜEDAD

- Los trabajadores pueden percibir un plus de antigüedad en función de los bienes, trienios o quinquenios o una combinación de ellos, trabajados, según se establezca convencionalmente.
- La doctrina de la Sala de lo Social del TS se resume:
 - a) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos.
 - b) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los 20 días** previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad.

- c) En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido.
- d) No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acrediten una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral (STS de 29 Mayo 1997, Rº 4149/1996).

¿IMPORTE BRUTO O NETO? CRÉDITO CONTRA LA MASA DE LOS 30 ÚLTIMOS DÍAS

En referencia al IRPF: La obligación de retener se produce cuando se hacen efectivos los rendimientos, es decir, en el momento en que se paga. Por tanto, debe efectuarse siempre en bruto, sin descontar aquellas cantidades que correspondería retener en concepto de IRPF.

En referencia a las cotizaciones a la Seguridad Social: El descuento de cantidades al trabajador sólo puede efectuarse cuando éste cobra. Por lo que los créditos debe efectuarse siempre en bruto, sin descontar aquellas cantidades que correspondería retener en concepto de descuento por cotización de contingencias comunes, formación y desempleo.

DE LA CERTIFICACIÓN DE CRÉDITOS LABORALES AL FOGASA

La certificación de deudas que emita la AC debe reunir unos requisitos mínimos:

- Indicación del AC que certifica y calidad del administrador concursal (liquidador o A.C. en sustitución). Es importante aportar los datos de localización de la AC (dirección, correo electrónico teléfono fijo o móvil) por lo que se dirá posteriormente. Identificación del concurso con indicación del Juzgado Mercantil en el que se tramita, nº de Autos y nombre de la concursada
- Indicar que la certificación se refiere a créditos que figuran en el informe emitido por el A.C. ya sea el informe provisional (ex. *Artículo 75*) o en el informe definitivo.
- Datos identificativos del trabajador: Nombre y Número de Identificación Fiscal
- Datos para el cálculo: Salario bruto diario del trabajador, antigüedad y, en su caso, motivo de la extinción.
- Respecto al crédito: Naturaleza del mismo (salarial o indemnizatoria) y desglose de los periodos a los que corresponde.
- Fecha de emisión del certificado en el que figure que no se han hecho pagos que disminuyan los créditos que figuran en el mismo.

COBERTURA DEL FOGASA:

DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO. APLICACIÓN DE LÍMITES DE DUPLO SMI Y 120 DÍAS

La disposición final del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio establece su entrada en vigor a partir del día siguiente al de su publicación en el B.O.E.

En consecuencia, los nuevos límites se aplicaran a aquellas prestaciones cuyo hecho causante se produzca el día 15 de julio de 2012 o en fecha posterior, debiendo considerarse como tal:

- En las situaciones concursales:

El auto de declaración del concurso respecto a los créditos por salarios ordinarios o de tramitación anteriores al mismo e indemnizaciones por despido o extinción de contrato con fecha de efectos anterior a la de dicho auto.

Para poder reconocer con los topes anteriores al 15-7-12, deben ser anteriores tanto el devengo y vencimiento del crédito, como la causa de pedir.

2015

Salarios

Abono a los/las trabajadores/as de los salarios con sus pagas extraordinarias, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por declaración de insolvencia o procedimiento concursal de la empresa.

La cantidad máxima a abonar por el Fondo de Garantía Salarial, es la que resulta de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extras, por el número de días pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días.

Indemnizaciones

Abono a los/las trabajadores/as de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los art. 50,51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 64 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite de una anualidad, sin que el salario diario, base de cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Indemnizaciones

- El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos por voluntad del trabajador/a mediando causa justa, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio.
- La cantidad máxima a abonar es una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del Salario Mínimo Interprofesional, con pagas extras.

¿Qué Límites se establecen?

- Salario mínimo interprofesional diario para 2015 (SMI): 21,62 EUROS
- Doble del SMI diario, con prorrateo de extras: 50,35 EUROS
- Límite Salarios: 6.042 EUROS
- Límite Indemnizaciones: 18.377,75 EUROS

2016

Topes que se aplican durante el ejercicio

- S.M.I: 21,84 Euros
- Doble S.M.I: 50,86 Euros
- Límite 120 días: 6.103,20 Euros
- Doble S.M.I: 50,86 Euros Límite anualidad: 18.563,90 Euros

2.3- GARANTIAS POSTERIORES A LA L.C.

Como veremos posteriormente, la nueva regulación del artículo 32.5 del E.T. remite a la L.C. en caso de concurso, no aplicándose entonces las garantías anteriores.

Ello supone básicamente

- **Pérdida de la preferencia del crédito salarial de los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso sobre los garantizados por prenda o hipoteca.**
- **La supresión de las ejecuciones laborales** con embargo de bienes posteriormente a la fecha de declaración del concurso o sobre bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad.
- **La subordinación de los intereses por mora.**

2.4- EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) (REGULACIÓN NO MODIFICADA POR LA L.C. Y APLICABLE AL P.A.D., EXCEPTO EN CUANTO A LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN) (Art. 33 E.T.)

SALARIOS EN CASO DE INSOLVENCIA

- Límites:
 - a) S.M.I. X 2 x n° días salario pendiente.
 - b) n° días salario pendiente \leq 120

- Condiciones: reconocidos en acto conciliación o resolución judicial.

INDEMNIZACIONES EN CASO DE INSOLVENCIA

➤ Límites:

- a) S.M.I. X 2 x nº días indemnización x años servicio.
- b) 12 meses de salario.

➤ Nº días indemnización:

Despido colectivo u objetivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor): 20 días (art. 51 o 52 c) del E.T.)

Extinción por voluntad del trabajador por falta de pago o atrasos continuados en el abono del salario: 30 días (art. 50 E.T.) de los 33 días que proceden.

➤ Condición: reconocidos en sentencia. No es suficiente el acto de conciliación.

REQUISITO EN CASO DE CONCURSO

- *Auto de declaración del concurso análogamente a la legislación concursal anterior.*

LECCIÓN 3

LA SUCESIÓN DE EMPRESA

(Art. 44 del E.T.)

- *Causas para el cambio de titularidad, como ejemplo: arrendamiento negocio, compraventa, expropiación, ejecución de sentencia o adquisición a través de convenio o liquidación concursal.*
- *Cuando se “mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.*
- *No es preciso la transmisión de elementos materiales para que haya sucesión, si hay el mantenimiento de un núcleo importante de la plantilla (STS. 27/10/04).*

- *Obligación de mantener los derechos y obligaciones de los trabajadores: categoría profesional, salario, ubicación centro trabajo y jornada.*
- *El cedente y el cesionario **responderán solidariamente durante tres años** de las obligaciones laborales no satisfechas nacidas antes de la transmisión y de las de después si la cesión es declarada delito.*
- *Se establece la responsabilidad solidaria del nuevo empresario en el pago de las cotizaciones sociales (plazo de prescripción cotizaciones sociales 4 años).*
- *Asimismo, su art. 127.2 extiende la responsabilidad al pago de las prestaciones causadas antes de la cesión y en este caso el plazo de prescripción es de 5 años (art. 43 Ley General Seguridad Social).*
- *El nuevo empresario se subroga en las obligaciones del anterior, lo que implica a su vez la subrogación en las obligaciones futuras, si bien no en cuanto a la de mantener las aportaciones periódicas futuras.*

LECCIÓN 4

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO (ERE)

4.1- MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. (Art. 41 del E.T.)

REQUISITOS

- *Motivación: “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” “Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”.*
- *Preaviso: 15 días.*
- *Si es colectivo, periodo de consultas con los representantes de los trabajadores no superior a 15 días.*

- *La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación*

- *Es colectivo:*
 - a) *Si en un período de 90 días comprende al menos a:*
 - *Empresas de menos de 100 trabajadores: 10*
 - *Empresas de 100 a 300 trabajadores: 10%*
 - *Empresas de 300 o más trabajadores: 30*

a) *Toda modificación que afecte a condiciones reconocidas por acuerdo colectivo sobre materias de:*

- *Jornada de trabajo.*
- *Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- *Régimen de trabajo a turnos.*
- *Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- *Sistema de trabajo y rendimiento.*
- *Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.*

➤ *Indemnización:*

El trabajador afectado por una modificación de jornada, horario o régimen de trabajo a turnos tendrá derecho a rescindir el contrato con una **indemnización de 20 días por año de servicio hasta un máximo de 9 meses.**

➤ *Impugnación en caso de modificación colectiva:*

Contra la decisión empresarial se podrá reclamar en conflicto colectivo ante la jurisdicción social, sin perjuicio del derecho a la impugnación individual para el trabajador afectado, siempre que no opte por la rescisión contractual con indemnización.

➤ *Impugnación en caso de modificación individual:*

El trabajador afectado podrá impugnarla también, siempre que no opte por la indemnización.

4.2- EXPEDIENTES DE TRASLADO (Art. 40 ET)

REQUISITOS

- *Motivación: “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” “Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial”.*
- *Preaviso: 30 días.*
- *Efectos: El trabajador podrá optar entre el traslado “percibiendo una indemnización por gastos o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año y con un máximo de 12 mensualidades”.*
- *El trabajador que no opte por la extinción indemnizada podrá impugnarla.*
- *Si es colectivo, periodo de consultas con los representantes de los trabajadores no superior a 15 días.*

➤ Es colectivo:

a) *Totalidad plantilla centro trabajo, en caso de más de 5 trabajadores.*

b) *En un periodo de 90 días comprenda al menos a:*

- *Empresas de menos de 100 trabajadores: 10*
- *Empresas de 100 a 300 trabajadores: 10%*
- *Empresas de 300 o más trabajadores: 30*

- *Decisión empresarial impugnable ante la jurisdicción social.*
- *Opción a **indemnización de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades.***
- *Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.*

4.3- DESPIDO COLECTIVO (art. 51 del E.T. y R.D. 1483/2012, de 29 de octubre)

REQUISITOS

- *Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*

- Que en un período de 90 días comprenda al menos a:
 - Empresas de menos de 100 trabajadores: 10
 - Empresas de 100 a 300 trabajadores: 10%
 - Empresas de 300 o más trabajadores: 30

o bien a la totalidad de la plantilla de la empresa, si están afectados más de 5 trabajadores.

*En caso contrario, el procedimiento para el despido es el regulado para el **despido objetivo**.*

PROCEDIMIENTO

- Periodo de **consultas con los representantes** de los trabajadores **no superior a 30 días naturales** (la mitad para empresas de menos de 50 trabajadores).
- Si no existe representación de los trabajadores, las consultas serán con los mismos trabajadores (sentencia T.S. Del 15.3.02)

- Para la **acreditación de los resultados** alegados por la empresa el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.

- Cuando la situación económica negativa alegada consista en una **previsión de pérdidas**, el empresario, además de aportar la documentación a que se refiere el apartado anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.

- Cuando la situación económica negativa alegada consista en la **disminución persistente del nivel de ingresos o ventas**, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado 2, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

- Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un **grupo de empresas**, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social.

➤ Resolución del ERE

A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, comunicará a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo que realiza, actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación a que se refiere el artículo 3.1. La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas.

➤ Posibilidad de que la resolución no detalle los trabajadores afectados según jurisprudencia.

➤ Prioridad de permanencia por parte de los representantes de los trabajadores.

INDEMNIZACIÓN: 20 días de salario por año de servicio.

LÍMITE: 12 mensualidades. (Prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año).

- Exenta tributación IRPF la indemnización legal (20 días salario con límite 12 mensualidades).

FUERZA MAYOR

- No distinción entre despido colectivo e individual.
- Resolución de la A.L. en 5 días.

RECURSOS

- *Ordinario ante el órgano superior jerárquico (plazo de un mes).*
- *Impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.*
- *Individualmente ante la Jurisdicción Social.*

4.4-SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O POR FUERZA MAYOR (art. 47 E.T.)

REQUISITOS

- *Motivación: Se entiende que concurren **causas económicas** cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.*
- *Se entiende que concurren **causas técnicas** cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.*

- Efectos de la medida:
 - Suspensión del contrato interrumpiendo las prestaciones mutuas de la relación laboral. El empresario deja de abonar al trabajador el salario en dinero y especie, así como parte proporcional de retribución por vacaciones. Se suspende temporalmente el derecho a vacaciones.
 - No existe derecho a indemnización por parte de los trabajadores afectados.
 - El trabajador pasa a **situación legal de desempleo**.
- Cotizaciones a la Seguridad Social: deben mantenerse.

LECCIÓN 5

EL DESPIDO INDIVIDUAL

5.1- DESPIDO OBJETIVO (art. 52 del E.T)

REQUISITOS

- Motivación:
 - a) *Ineptitud del trabajador.*
 - b) *Falta de adaptación a las modificaciones técnicas.*
 - c) *Necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas para el despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) en número inferior a lo establecido para el mismo.*
 - d) *Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses*

discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

- *Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.*

PROCEDIMIENTO

- a) *Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.*
- b) *Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.*
- c) *Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.*

Si el despido se basa en causas económicas, podrá dejar de hacerse haciéndolo constar por escrito en la comunicación (si la empresa tiene menos de 25 trabajadores, el FGS abonará el 40% de la indemnización).

- *Prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.*
- *El no cumplimiento de este procedimiento, excepto en cuanto al preaviso, producirá la **nulidad del despido.***

RECURSO

- *Ante la jurisdicción social.*

INDEMNIZACIÓN

- *Si el despido es declarado procedente, **20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.***

- Si el despido es declarado improcedente, **y en caso de no readmisión**, 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, análogamente a la improcedencia del despido disciplinario, si bien deduciendo la indemnización recibida, en su caso.

En la situación de improcedencia de despido está exenta de tributación por IRPF la indemnización legal de 33 días de salario por año de servicio (máximo de 24 mensualidades), pero requerirá sentencia o que el reconocimiento se produzca ante los servicios de mediación y conciliación.

- *Impugnación: Ante la Jurisdicción Social en el plazo de 20 días desde su efectividad o desde la recepción de la carta de despido, a elección del trabajador.*

LECCIÓN 6

LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA

(art. 61 a 81 del E.T. y Ley Orgánica 11/85 de 2.8.85 de Libertad Sindical)

6.1- LA REPRESENTACIÓN UNITARIA

DELEGADOS DE PERSONAL

CARACTERÍSTICAS:

- *En empresas o centros de trabajo de menos de 50 y más de 10 trabajadores, o bien 1 delegado en empresas entre 6 y 10 trabajadores si se decide por mayoría.*

- *Nº de delegados:*
 - *Hasta 30 trabajadores: 1*
 - *De 31 a 49 trabajadores: 3*

- *Facultades mancomunadas.*

COMITÉS DE EMPRESA

CARACTERÍSTICAS:

- **Órgano colegiado** de representación en centros de trabajo de 50 o más trabajadores.

- Comité intercentros, con un máximo de 13 miembros constituido por convenio colectivo.

➤ Composición

- De 50 a 100 trabajadores: 5
- De 101 a 250 trabajadores: 9
- De 251 a 500 trabajadores: 13
- De 501 a 750 trabajadores: 17
- De 751 a 1000 trabajadores: 21
- de 100 en adelante, 2 más por cada mil o fracción con un máximo de 75

REPRESENTATIVIDAD

Los delegados de personal y miembros del comité de empresa **representan a la totalidad de la plantilla de la empresa, excepto al personal de alta dirección.**

COMPETENCIAS

Los delegados de personal y miembros del comité de empresa tienen las siguientes facultades:

- *Recibir información diversa sobre la empresa y el sector.*
- *Emitir informe previo en caso de reestructuraciones y traslados de plantilla, reducciones de jornada y otros.*
- *Ser informados en caso de subrogaciones de empresa de diversos extremos referentes a la transmisión.*
- *Declarar la huelga o el conflicto colectivo.*
- **Participar en la negociación colectiva.**

DEBER DE SIGILO

Tienen el deber de sigilo profesional, especialmente en las materias sobre las que la dirección señale su carácter reservado.

ELECCIONES A DELEGADOS DE PERSONAL Y COMITÉS DE EMPRESAS

- Presentación de candidaturas:
 - a) Los sindicatos o coaliciones de los mismos
 - b) Los trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de tres veces el número de puestos a cubrir.
- Colegios electorales: para las elecciones a comité de empresas (más de 50 trabajadores) se distribuyen en el de los técnicos y administrativos y el de los trabajadores especialistas y no cualificados.

- *Listas cerradas.*
- *Porcentaje mínimo de votos para ser elegido: 5%.*
- *Sistema de representación proporcional. Los restos se atribuyen a la lista con mayor número de votos.*
- *Duración del mandato: 4 años.*

6.2- LA REPRESENTACIÓN SINDICAL

DELEGADOS SINDICALES

➤ CARACTERÍSTICAS:

- a) *La empresa o centro de trabajo debe tener más de 250 trabajadores.*

- b) *El sindicato debe tener representación en los órganos de representación unitaria (delegados de personal o comité).*

➤ N° de delegados

N° trabajadores de la empresa o centro:

- de 250 a 750: 1 delegado.
- de 751 a 2000: 2 delegados.
- de 2001 a 5000: 3 delegados.
- de 5001 en adelante: 4 delegados.

En caso de que el sindicato no haya logrado el 10% de los votos del centro o empresa en las elecciones sindicales, sólo tendrá 1 delegado.

➤ Representatividad:

Los delegados sindicales **representan tan sólo a sus afiliados.**

➤ Competencias

- *Recibir información de la empresa y del sector .*
- *Ser oídos en caso de reestructuraciones de plantilla.*
- **Participar en la negociación colectiva** (sólo los representantes de los sindicatos más representativos y los que tengan representación en el comité).

➤ Deber de sigilo

Tienen el mismo deber de sigilo que los delegados de personal y miembros del comité.

6.3- LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN **(art. 35, Ley 31/1995 de 8.11.95 de Prevención de Riesgos Laborales)**

Los delegados de prevención tienen funciones de colaboración, promoción, vigilancia y control en relación con la prevención de riesgos laborales.

En las empresas que tengan hasta 30 trabajadores son los mismos delegados de personal

Si tienen de 31 a 49, estos deberán elegir uno entre ellos como delegado de prevención.

A partir de 50 trabajadores su número va ascendiendo desde 2 a 8 (a partir de 4.000 trabajadores)

6.4- ASAMBLEA DE TRABAJADORES

CONVOCATORIA: Por los delegados de personal o comité o por un número de trabajadores no inferior al 33% de la plantilla.

VOTACIONES: La validez para los acuerdos que afectan al conjunto de los trabajadores requiere la votación de la mayoría absoluta de los trabajadores.

No participa directamente en la negociación colectiva.

**LOS EXPEDIENTES
DE REGULACIÓN
DE EMPLEO Y OTROS
ASPECTOS LABORALES
DEL CONCURSO**

PARTE II

***ASPECTOS LABORALES DEL
CONCURSO. TRAMITACIÓN
DEL ERE CONCURSAL***

LECCIÓN 7

LA PRELACIÓN Y EL PAGO DE LOS CRÉDITOS SALARIALES

7.1- EL PRIVILEGIO DE LOS ÚLTIMOS 30 DÍAS DE SALARIO

Los **30 últimos días de salario (en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional)**, eran preferentes sobre todos los créditos, según lo dispuesto en el art. 32.1, aún vigente para ejecuciones singulares.

En el ámbito concursal “Tendrán la consideración de **créditos contra la masa**” que según el apartado 3º del art. 84 de la Ley concursal, se pagaran de manera inmediata. El resto de créditos salariales post-concursalescualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos.

En el caso de que la administración concursal hubiera alegado la insuficiencia de masa activa para el pago de créditos contra la masa (art. 176 bis) se establece el siguiente orden.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

- 1. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.*
- 2. Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.*
- 3. Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.*
- 4. Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso*
- 5. Los demás créditos contra la masa.*

7.2- LOS CRÉDITOS LABORALES GENERADOS DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

*El artículo 84,2, 5º de la L.C. incluye en los créditos laborales contra la masa tanto las indemnizaciones por despido (que de acuerdo con la jurisprudencia anterior deberían incluir los **salarios de tramitación**) como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral.*

La sanción para el empresario será la adición al subsidio del recargo que se le establezca y en caso de pensión por invalidez permanente y de supervivencia deberá adicionarse a la cifra que se capitaliza el recargo correspondiente. El recargo se fija entre un 30 y 50% de la prestación.

7.3- EL PAGO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL (art. 155 al 158 LC)

- *Los créditos con privilegio especial se pagan con cargo a los bienes y derechos afectos.*
- *Los créditos con privilegio general se atenderán por el orden establecido en el art. 91 LC y a prorrata dentro de cada número, una vez deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial.*
- *Los créditos ordinarios se pagan una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, por el orden establecido en el art. 91 LC y a prorrata dentro de cada número.*
- *Los créditos subordinados se pagarán una vez satisfechos los créditos ordinarios.*

7.4- CRÉDITOS REFACCIONARIOS

Téngase en cuenta que según la jurisprudencia **se excluyen de este privilegio especial los bienes vendidos y cobrados aunque estén en posesión del empresario.**

7.5- DEMÁS CRÉDITOS SALARIALES

Los demás créditos laborales tienen privilegio general de acuerdo con el art. 91.1 de la L.C. e incluyen los salarios, en la cuantía que resulte de multiplicar **el triple** del SMI por el Nº de días de salario pendientes e indemnizaciones por extinciones de contratos, hasta el máximo legal calculado sobre una base que no exceda del triple del SMI, las indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso.

Se excluyen los intereses moratorios que son créditos subordinados, así como los créditos por plus de transporte, kilometraje, dietas ya que el art. 262.2 del ET no los considera salario.

Se incluirán, por el contrario, las indemnizaciones por todo tipo de despido, por finalización del contrato, por extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, por extinción de la personalidad jurídica del empresario, por fuerza mayor, por voluntad del trabajador en base a incumplimientos empresariales, en los supuestos de opción en caso de traslado y en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El SMI que deberá tenerse en cuenta a efectos de establecer el límite salarial e indemnizatorio es en nuestra opinión el vigente en la fecha de declaración del concurso (sentencias TS de 4/9/91 y 15/10/92).

Créditos ordinarios: lo serán “aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados”. Por tanto, todos los créditos de los trabajadores que no sean privilegiados ni subordinados serán ordinarios, a no ser que sean contra la masa.

Créditos subordinados: Nos interesan en cuanto a los créditos laborales y de Seguridad Social los créditos subordinados a que se refiere el art. 92.3º LC (“por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”) y los del 92.4º (“los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”).

Especial mención como créditos subordinados merecen los intereses moratorios de los créditos salariales, destacando que los que se devenguen a partir de la declaración del concurso serán contra la masa y devengarán el interés legal del dinero, según lo dispuesto en el art. 59.1 LC.

También son créditos subordinados “los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor” ... “excepto los comprendidos en el número 1 del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural” (art. 92.5º). A ellos nos referiremos en el apartado siguiente en relación con los créditos del personal de alta dirección.

7.6- LA CALIFICACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

No todos los créditos derivados de las relaciones laborales de alta dirección son análogos en su calificación a los de los demás trabajadores.

El súper-privilegio de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional alcanza también a los del personal de alta dirección, que son créditos contra la masa a pagar “de forma inmediata” (artículo 84.3LC).

Análogamente, los créditos salariales e indemnizaciones generadas tras la declaración del concurso, incluyen los del personal de alta dirección en cuanto a créditos contra la masa y deben ser satisfechos antes de pagar los créditos concursales.

Una vez efectuados los pagos de créditos contra la masa, lo que puede incluir el pago de los créditos con privilegio especial (art. 155.2 LC), y que debe hacerse con cargo a los bienes y derechos no afectos a privilegio especial (art. 154), la administración concursal atenderá al pago de los créditos con privilegio general. Ello se iniciará con los créditos salariales, con el tope del triple del salario mínimo interprofesional, e indemnizaciones hasta el “mínimo legal calculado sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional”.

Para el personal de alta dirección este límite legal será de 7 días por año de servicio con un límite de seis mensualidades si se está en su caso de desistimiento, y de 20 días con un tope de doce mensualidades en caso de despido, según lo establecido en el Real Decreto 1382/85 de 1.8.85.

Sin embargo, dado que el **personal de alta dirección** se halla incluido en el grupo de personas especialmente relacionados con el concursado en su condición de “apoderados con poderes generales” (art. 93.2), **su crédito concursal**, excluido el crédito contra la masa al que nos hemos referido, **será crédito subordinado**, según lo establecido en el artículo 92, 5º.

LECCIÓN 8

EL CESE O LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

(Art. 44. 4 de la L.C.)

8.1- COMPETENCIA DEL JUEZ

Es evidente que la defensa de los intereses del concurso puede exigir a veces el cese de la actividad y la extinción de los contratos laborales. Ello sucederá, sin duda, cuando no exista viabilidad de la empresa (aunque pueda existir la del negocio con otro establecimiento mercantil), y la masa activa que se vaya generando sea inferior al pasivo derivado de la continuación de la actividad.

*Establece el apartado 4 del artículo 44 que “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 ... **cuando ejerza una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta**”.*

*De lo regulado en este apartado 4 no creemos pueda deducirse que el Juez del concurso sea competente para extinguir, suspender o modificar los contratos de trabajo, excepto “cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación **colectivas** de los contratos de trabajo”, en cuyo caso se actuará conforme lo establecido en el artículo 64 al que más adelante nos referimos.*

*Nada dice, sin embargo, respecto las **extinciones no colectivas**, que quedan bajo la jurisdicción social, es decir, si son despidos objetivos o disciplinarios se ejecutan por el empresario, sujetándose a impugnación ante el Juez de lo Social. Si se trata de extinciones por impagos de salarios (art. 50.1 b) ET) que no lleguen a los mínimos de trabajadores establecidos en el art. 64.10 LC a que nos referiremos en la lección 11 siguiente, también se tramitarán ante la jurisdicción social. Si superan dichos límites, debe seguirse el procedimiento del art. 64 LC.*

8.2- PROCEDIMIENTO

Podrá solicitarse a partir del momento de la aceptación del cargo de los administradores concursales.

El procedimiento del artículo 44.4 puede, por tanto, resultar muy interesante dada su rapidez cuando:

- El deudor haya presentado propuesta anticipado de convenio (art. 104 a 110 de la LC) y el plan de viabilidad presuponga reestructuraciones de plantilla y el cierre o suspensión parcial de la actividad.
- El deudor haya solicitado la **liquidación**. Debe destacarse que, en todo caso, será la administración concursal y no el empresario quien deberá solicitar las medidas al Juez, y que deberá en todo caso seguirse el **procedimiento del art. 64** (art. 148. 4 LC).
- La AC pretende solicitar la liquidación (art. 142. 3 LC).
- **En caso de medidas no colectivas** no existe competencia del juez del concurso y los despidos ejecutados por el empresario (o la administración concursal en caso de suspensión de facultades).

- *Indemnizaciones: las reguladas en el E.T., que serán crédito contra la masa.*
- *Impugnación de los trabajadores afectados por las medidas: los trabajadores afectados podrán impugnar los despidos o modificaciones contractuales ante la jurisdicción social.*

MEDIDAS COLECTIVAS

En este caso se seguirá el procedimiento del artículo 64 de la LC al que luego nos referiremos. Posibilidad de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

LECCIÓN 9

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

(Art. 8, 2º y 64 de la L.C.)

9.1- COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO

Según el art. 8, 2º de la L.C. el Juez del concurso es el competente en “las acciones sociales que tengan por objeto la **extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo**” ... “**así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección**”.

Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado.

Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

La competencia para las modificaciones o extinciones individuales es del empresario (en caso de intervención de facultades) o la A.C. (en caso de suspensión) y, por tanto, la competencia en materia de recursos la sigue teniendo la jurisdicción social.

9.2- LA SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

*De acuerdo con la doctrina y la práctica de la autoridad laboral, toda suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se **comunica a la autoridad laboral, independientemente del número de trabajadores.***

*Por tanto, **toda suspensión por dichas causas deberá ser autorizada por el Juez del concurso independientemente del número de trabajadores afectados.***

9.3- LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Al contrario de lo que sucede en la suspensión, en este caso debe distinguirse entre:

DESPIDO COLECTIVO:

*Debe **ser autorizado por el Juez del concurso**, análogamente a la autorización de la autoridad laboral cuando no se da la situación de concurso.*

DESPIDO INDIVIDUAL OBJETIVO:

No precisa dicha autorización y se resuelve por el empresario (intervención de facultades) o A.C. (suspensión).

EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR por "falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" (art. 50.1.b) del E.T.).

Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.

9.4- LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES SUSTANCIALES DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

El art. 64.9 establece que en este caso el derecho de rescisión con **indemnización** previsto en el art. 41 del E.T. (ver apartado 4 de la 1ª parte) “quedará **en suspenso** durante la tramitación del concurso y **con el límite máximo de un año**” desde la fecha del auto judicial autorizando la modificación.

9.5- EXPEDIENTES DE TRASLADO

El art. 64.9 regula también para los traslados colectivos (que superen, por tanto, los topes indicados en el apartado 5.3 de la 1ª parte) la **paralización con un límite máximo de un año** del derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio (con un tope de 12 mensualidades) siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre:

- en la misma provincia, y
- a menos de 60 km.

salvo que el tiempo mínimo de desplazamiento supere el 25% de la jornada diaria.

9.6- PROCEDIMIENTO

SOLICITANTES (Art. 64.2 L.C.)

La A.C., el deudor o los representantes legales de los trabajadores.

MOMENTO DE LA SOLICITUD (art. 64.3 L.C.)

- a) Una vez emitido el informe de la A.C.
- b) Desde el auto de declaración del concurso **si el Juez del concurso estima que “la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores”** (art. 64.3 L.C.). Sin duda esto sería lo conveniente cuando se presente una **propuesta anticipada de convenio**.

En caso de haberse solicitado la liquidación, la posibilidad de “comprometer gravemente la viabilidad”, deberá entenderse referida al resultado de la liquidación, en cuyo caso, debería solicitarse por parte de la A.C. al cierre de la actividad empresarial, según lo dispuesto en el art. 44.4 y paralelamente la extinción colectiva de contratos de trabajo. Ello tiene base en la aplicación supletoria del ET (según lo dispuesto en el art. 64.11 de la LC) y en la redacción del art. 51.1 del ET.

Entendemos que el Juez debería acordar el cese al mismo tiempo que autorice las extinciones de contratos de trabajo.

MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD (ART. 64.4 L.C.)

*Causas motivadoras y objetivas para “asegurar, en su caso, la **viabilidad futura de la empresa y del empleo**”.*

CONSULTAS (ART. 64.5 L.C.)

Entre la A.C. y los representantes de los trabajadores.

*El juez podrá autorizar la intervención del concursado en caso de **intervención** de facultades.*

No puede concebirse la empresa sin el empresario, se aconseja su presencia aunque puede darse el caso de oposición por parte de los representantes de los trabajadores.

*Duración, **no superior** a 30 días naturales (En el despido colectivo, art. 51 del E.T. se regula **un mínimo** de 30 días naturales). o 15 en empresas de menos de 50 trabajadores*

PLAN DE VIABILIDAD (art. 64.5 L.C.)

“Si la medida afecta a más de 50 trabajadores deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y el empleo” (que de alguna manera debe ser presentado en todos los casos, pues, el art. 64.4 se refiere a ello en cuanto a la motivación de la solicitud).

DOCUMENTACIÓN ADICIONAL (art. 64.5 L.C.)

La documentación a aportar con la solicitud deberá incluir la contemplada en el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, a que nos hemos referido en la lección 4, dado el carácter supletorio de la legislación laboral a que se refiere el art. 64.11, si bien podría interpretarse que dado que es regulación reglamentaria no exigible.

La comunicación a los representantes de los trabajadores de la iniciación de consultas deberá incluir copia de los documentos que acompañen la solicitud.

Entendemos que dado que la comunicación a los representantes de los trabajadores la realiza el Juez es él quien debería facilitarles dicha documentación.

En todo caso, es conveniente que la A.C. paralelamente a la solicitud judicial lo comunique a los representantes de los trabajadores entregándoles copia de toda la documentación.

La documentación a entregar (tanto a representantes de los trabajadores como a la A.L.) según lo dispuesto 1483/2012:

- a) Memoria explicativa de las causas o motivos.
- b) Si la causa es económica: cuentas anuales **auditadas** de los últimos 3 años. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría..
- c) Si la causa es técnica, organizativa o de producción: planes, proyectos e informes técnicos justificativos, medidas a adoptar y expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad.

SI NO EXISTE REPRESENTACIÓN LABORAL

Si en 5 días no se nombra una comisión, el juez puede acordar la intervención de una comisión de los sindicatos más representativos (3 miembros).

POSIBLE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

- a) Mediador o árbitro
- b) Otras empresas que puedan constituir unidad de empresa con la concursada.

FINALIZACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS Y RESOLUCIÓN JUDICIAL

(art. 64.6 y 64.7 L.C.)

- a) **Con acuerdo de la mayoría de los miembros del comité, delegados de personal o de las representaciones sindicales que representen a la mayoría de aquellos:**

La A.C y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez el acuerdo alcanzado.

El juez resolverá, mediante auto, en un plazo máximo de 5 días, después de recabar informe a la autoridad laboral, que deberá ser emitido en 15 días, aceptando el acuerdo salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Transcurrido el plazo sin haberse emitido el informe, el juez podrá también dictar el auto.

b) Sin acuerdo:

*El Juez resolverá, después de que el secretario haya convocado a las partes a una **comparecencia** y de recabar el informe de la autoridad laboral, determinando "lo que proceda conforme la legislación laboral.*

El auto deberá incluir la relación nominal de los trabajadores afectados con sus correspondientes indemnizaciones en su caso, porque como créditos salariales contra la masa comprendidos en el art. 84.2 5º de la L.C. "se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe".

La entidad laboral podrá oír a los representantes de los trabajadores y a los AC antes de emitir el informe y estos sería lo lógico cuando no haya acuerdo.

9.7- RECURSOS (art. 64.8 L.C.)

- *Contra el auto podrá interponerse **recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, sin efectos suspensivos.***
- *Debe recordarse que contra las resoluciones de la autoridad laboral sobre expedientes de regulación era competente el Tribunal Superior de Justicia pero en el orden contencioso administrativo.*
- *La tramitación del recurso deberá hacerse ante el juez de lo mercantil por analogía a la tramitación ante el juez de lo social en situaciones no concursales.*
- *Las acciones en cuestión que se refieran a la relación jurídica individual se substanciarán por el procedimiento del incidente concursal y la sentencia recaída será recurrible en suplicación (concretamente aspectos individuales que les afecte el auto como base de cálculo de la cuantía de la indemnización, salario y antigüedad, por ejemplo).*
- *El procedimiento por el que se rige el **incidente concursal en materia laboral** viene regulado en el art. 195 de la L.C.*

9.8- LAS GARANTÍAS DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FGS)

Algunos aspectos prácticos en la aplicación art. 64 LC:

- *Los trabajadores pueden cobrar del FGS con base al auto judicial resolutorio del expediente (debe detallar las indemnizaciones, antigüedades y salario diario).*
- *El auto es suficiente no precisándose sentencia (art. 14.2 RD 505/1985 de 6/3).*
- *Referente al derecho a cobrar salarios pendientes del FGS, deberá esperarse a su inclusión en las listas de acreedores (créditos concursales o contra la masa).*

LECCIÓN 10

EXTINCIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS CON EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN (P.A.D.) (art. 65 L.C.)

10.1- IDENTIFICACIÓN DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La administración concursal deberá analizar los contratos del personal directivo para determinar cuales son de alta dirección (Art. 65 LC) y analizar escrituras de poderes, organigrama de la empresa, acta del consejo... etc., para distinguirlos de los laborales ordinarios o mercantiles, además de basarse en el RD 1382/85 y el sentido de la jurisprudencia (Lección 1).

10.2- IDENTIFICACIÓN DE LAS PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON EL DEUDOR

- *“Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso” (art. 93, apartado 2, 2º).*

Dicha identificación, a realizar antes de emitir el informe, sirve para considerar sus posibles créditos como subordinados (art. 92.5 LC).

- *Dada su condición de apoderados generales, pueden ser condenados en la sección de calificación, incluso a la cobertura del déficit (art. 164, 1 y art. 172 bis LC).*

- *El art. 65, apartado 4 faculta a la AC para solicitar al juez el aplazamiento de pago de indemnización por extinción del contrato de alto directivo hasta que sea firme la sentencia de calificación.*
- *La identificación de posibles administradores de hecho no puede posponerse hasta la sección de calificación, ya que la AC deberá solicitar el embargo de sus bienes y derechos “cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas” (art. 48.3 LC).*
- *Además deben identificarse antes de la emisión del informe, pues, en su condición de “apoderados con poderes generales de la empresa” serán “personas especialmente relacionadas con el deudor” y sus créditos, subordinados.*

10.3- LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN

- Deberá tenerse en cuenta en cuanto a la posible rescisión del contrato por parte de la AC (art. 65), en caso de que la contratación hubiese sido uno de los “actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración aunque no hubiese existido intención fraudulenta” (art. 71.1). El apartado 3.1º de este artículo establece la presunción, salvo prueba en contrario, de perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso a favor del personal especialmente relacionado con el deudor.
- La acción rescisoria se tramita como incidente concursal (art. 72.4) y se trataría de obtener, del alto directivo, las remuneraciones percibidas en exceso que no supongan perjuicio para la masa activa (siempre y cuando no se aprecie mala fe).

- “Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales” no son rescindibles (art. 71.5.1º), solicitando al juez moderación indemnizatoria.

10.4- LA EXTINCIÓN O SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS CON EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN (P.A.D.) (Art. 65 LC)

EJECUTANTE DE LA MEDIDA:

La **AC** (“por propia iniciativa o a instancia del deudor”).

MOTIVACIÓN :

No se alude en la L.C. a necesidad de causa alguna para justificar las medidas, entendiéndose sin duda que viene justificado por la propia excepcionalidad del concurso, aunque puede ser objeto de impugnación ante el juez del concurso, en base a que competencia (Art. 8, 2º), añadiendo que el alto directivo debería impugnarlo para su posterior sentencia y acceder al cobro de la parte protegida por el FGS.

La AC podrá obtener el correspondiente auto judicial solicitando al juez autorización para la extinción contractual y proponiendo, en su caso, la moderación indemnizatoria.

La acción impugnatoria se resolverá por la vía del incidente concursal (Art. 192, 193, 194, 196).

*“El Juez del concurso podrá **moderar la indemnización**” ... con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo” (20 días por año de servicio con un tope de 12 mensualidades).*

No está claro si se trata de un límite inferior o superior. Dado que el Real Decreto 1382/85 de 1.8 al que nos hemos referido en el apartado 1.2 de la Primera Parte establece una indemnización mínima de 7 días de salario en metálico por año de servicio con un límite de 6 mensualidades, podría interpretarse suponer que se trata de un **límite máximo de 20 días y un mínimo de 7 días** (con un límite de 6 mensualidades).

Sin embargo, en caso de que en el contrato se haya pactado una indemnización superior a los 20 días, debería que el **máximo sería el importe contractual y el mínimo los 20 días por año de servicio** (con un tope de 12 mensualidades). Parece ser que esta es también la interpretación más razonable, puesto que se trata de un despido por causas económicas.

La A.C. podrá solicitar al Juez del concurso el aplazamiento de este crédito hasta la firmeza de la sentencia de calificación. (Art. 65 apartado 4).

La L.C. nada dice en cuanto al plazo de preaviso mínimo de 3 meses establecido en el R.D., pero dado que no hay remisión a la legislación laboral parece ser que no es necesario.

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Cuando la A.C. lo suspenda, el alto directivo podrá extinguirlo con preaviso de un mes, conservando el derecho a indemnización previsto para la extinción.

RECURSOS

La decisión de la A.C. podrá impugnarse por el directivo ante el Juez de lo mercantil en base a lo establecido en el art. 8.2º de la L.C.

La vía de impugnación podría ser la del incidente laboral regulado en el art. 195 de la L.C. o bien la del incidente ordinario regulado en el art. 192 y siguientes, extremo sobre el que no se define la L.C.

LECCIÓN 11

LA FASE DE LIQUIDACIÓN Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA

11.1- LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA CONCURSADA (Art. 149 L.C. y 146 bis L.C.)

- *El juez podrá acordar la no subrogación por parte del adquirente en la parte de salarios e indemnizaciones que sea asumida por el FOGASA.*
- *El cesionario y los representantes de los trabajadores, “podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.*
- *Se establece un periodo de consultas, en caso de tratar sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, de un mínimo de 15 días.*

➤ *Los A.C. tendrán que informar a los posibles adquirientes de los créditos laborales y estos solicitar la no subrogación de los cuantías asumidas por FOGASA.*

➤ *La empresa sucesora, de acuerdo con la resolución de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29/11/07 y posteriores no se subrogaba en las obligaciones de cotización a la seguridad social pendientes.*

Sin embargo, el art. 146 bis, en relación con el art. 149.4 ha modificado totalmente el panorama.

➤ *La competencia respecto a esta cuestión, según jurisprudencia del T.S., la tiene la jurisdicción social.*

ANEXO 1

LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN BÁSICA LABORAL

- *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la **relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.***
- *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
- *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el **Reglamento de los procedimientos de despido colectivo** y de suspensión de contratos y reducción de jornada.*

ANEXO 2

D./D^a. _____, nombrado/a administrador/a concursal de la sociedad mercantil _____, con C.I.F. nº _____, cuyo procedimiento se sigue en el Juzgado de lo Mercantil número _____ de Barcelona, con el número de autos _____.

CERTIFICO

de el auto de declaración de concurso de acreedores es de fecha _____.

Que los créditos pendientes de pago que ostentan los trabajadores son los que se detallan a continuación, debidamente desglosados y calificados según lo previsto en los artículos 82, 84, y 89 a 92 de la Ley Concursal, <habiendo percibido los trabajadores los importes y conceptos que se especifican/no habiendo percibido cantidad alguna hasta la fecha>

INDEMNIZACIÓN					
DNI/NIE	Nombre y apellidos	Salario día	Fecha de alta	Fecha de baja	Trabajadores en plantilla
CLASIFICACIÓN					
Concepto	Importe	CLASIFICACIÓN			
		Crédito masa	Privilegio General	Crédito Ordinario	Crédito Subordinado
Indemnización Art. 50 y 55 E.T.					
Indemnización Art. 64 L.C. y 51 y 52 E.T.					

SALARIOS					
DNI/NIE	Nombre y apellidos	Salario día	(Sal. mes x 12)/365		
CLASIFICACIÓN					
Concepto	Importe	CLASIFICACIÓN			
		Crédito masa	Privilegio General	Crédito Ordinario	Crédito Subordinado
Salario mes de año					
Salario mes de año					
Salario mes de año					
Salario mes de año					
Parte proporcional de paga extra de mes de año					
Vacaciones					
Preaviso					
...					
TOTAL SALARIOS					

A efectos de la solicitud de prestaciones de garantía salarial, firmo el presente en _____ de _____ de 201_.

Administrador concursal (firma)

Domicilio. Teléfono. Correo electrónico.