

Julián González Pascual*
Marta López Serrano**

LA RELACIÓN LABORAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

La peculiaridad financiera de una empresa en concurso de acreedores es su insolvencia, que se identifica con la incapacidad para hacer frente a los vencimientos de sus deudas. La vigente normativa concursal establece que la insolvencia constituye el presupuesto objetivo del concurso. Entre las deudas impagadas del concursado figuran, en un lugar destacado y privilegiado al mismo tiempo, las de los salarios de trabajadores, que se convierten por este motivo en parte interesada en el desarrollo del concurso. La vinculación laboral de los trabajadores con cualquier empresa es un tema especialmente sensible en momentos de crisis financiera del contratante. La vertiente social de la concursada puede experimentar cambios bruscos en su estructura cuando se presentan situaciones de insolvencia que derivan en un proceso concursal. En este trabajo vamos a abordar la problemática de la relación contractual de los trabajadores con la empresa en concurso de acreedores.

Palabras clave: concurso de acreedores, relación laboral, crédito salarial, Fogasa.

Clasificación JEL: G01, G33.

1. Introducción

Con la finalidad de otorgar un mejor tratamiento a las crisis empresariales que permita una mayor satisfacción de acreedores, se aprueba la reforma concursal con dos normas fundamentales, la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y la Ley Orgánica 8/2003 para la reforma concursal, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, creando los Juzgados de lo Mercantil

como órgano judicial especializado para el conocimiento del concurso y de otras materias jurídico-privadas, atribuyéndoles el conocimiento de materias que hasta ahora eran competencia de la autoridad laboral y de los jueces de lo social.

Esta vocación de universalidad del proceso concursal ha llevado a que se considere más conveniente que sea el juez del concurso quien conozca y decida los expedientes de regulación de empleo tras la declaración del concurso, en vez de que lo haga la autoridad laboral, que es lo que venía sucediendo hasta ahora en los procesos de quiebra o suspensión de pagos, debiendo atender a tal efecto al artículo 86.ter.1.2.º de la Ley de ordenamiento del poder judicial (en adelante LOPJ). En este sentido, el artículo 8.2 de la Ley Concursal de-

* Profesor Titular Universidad. Departamento de Contabilidad y Finanzas. Facultad de Economía y Empresa. Zaragoza.

** Master oficial Contabilidad y Finanzas. Departamento de Contabilidad y Finanzas. Facultad de Economía y Empresa. Zaragoza. Versión de junio de 2011.

termina las materias sociales en las que el juez de lo Mercantil tiene competencia con carácter exclusivo y excluyente. Esto no se plantea, por parte del legislador, como una ruptura con la legislación laboral, por cuanto en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberá atenderse en cuenta los principios inspiradores de la normativa estatutaria y del proceso laboral, como recoge el artículo 8.2 de la Ley Concursal.

No obstante esta competencia jurisdiccional, en segunda instancia, el conocimiento y enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción social, al preverse que la decisión de los jueces de lo mercantil en esta materia será recurrible en suplicación ante los órganos jurisdiccionales del orden social, artículo 64.8 de la Ley Concursal.

Se plantea por ello, en la primera instancia, una serie de situaciones que pueden hacer que nos cuestionemos quién es el órgano competente para resolver determinadas acciones, si el juez de lo Social o el juez Mercantil, y que se tratará de resolver en el presente trabajo.

Otro punto, importante de recordar, es que la declaración del concurso no debe impedir la continuidad de la actividad empresarial en los términos que se venían desarrollando hasta ahora, artículo 44 de la Ley Concursal. En este sentido, lo que hay que buscar es anticipar el concurso a un momento en el que todavía sea posible tomar medidas preventivas para evitar la destrucción de las relaciones laborales. Pese a ello, la realidad de aplicación de la Ley Concursal ha demostrado que, en la inmensa mayoría de los casos, concurso y expediente de regulación de empleo van unidos, y que, incluso en muchos casos, la petición de expediente de regulación de empleo es simultánea con la de declaración de concurso. Por lo que este trabajo se ha centrado en la rescisión de la relación laboral en los concursos de acreedores.

Pese a que en un primer momento el procedimiento que se pretendía regular para el caso de los expedien-

CUADRO 1

DIFERENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO REGULADO EN ARTÍCULOS 51 ET Y 64 LC

1.º- La legitimación activa corresponde en caso de concurso también a los representantes de los trabajadores en todo caso, mientras que en el régimen del ET solo pueden solicitarla en un caso muy específico (ver artículo 51.9 ET).

2.º- En caso de concurso no se recaba informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 51.3.2. ET).

3.º- En período de consultas se entabla, en caso de concurso, entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, sin intervención alguna del concursado, que es, en cambio, la contraparte de los representantes en el régimen ordinario.

4.º- El expediente se resuelve en concurso por el juez del concurso, mientras que en el régimen general resuelve la autoridad laboral, salvo que se haya llegado a un acuerdo que ésta considere logrado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, supuesto en el cual lo remite a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad (artículo 51.5.2 ET).

FUENTE: Elaboración propia.

tes de regulación de empleo colectivos, cuando la empresa había sido declarada en concurso de acreedores, distaba mucho del regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), para los casos en que dicho expediente de regulación de empleo extintivo lo era sin que la empresa hubiese entrado en concurso, se fue modificando su redacción hasta conseguir que el esquema básico del expediente de regulación de empleo regulado en el artículo 64 de la Ley Concursal, tuviese un esquema básico muy parecido al entonces regulado en el artículo 51 ET, destacándose como principales diferencias las señaladas en el Cuadro 1.

Los párrafos segundo y tercero del apartado 6, artículo 64 de la Ley Concursal, fueron objeto de modificación por el artículo 17.12 de la Ley 13/2009, del 3 de noviembre y que entró en vigor el 4 de mayo de 2010. Por otro lado, el artículo 51 ET fue objeto de reforma por el RD Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17) y por la

Ley 35/2010, del 17 de septiembre (BOE, 18 de septiembre). Esta última es una reforma que no vamos a abordar, ya que el trabajo se centra en el expediente de regulación de empleo cuando se ha declarado el concurso.

2. Motivación e interés del trabajo

La motivación fundamental de este trabajo radica en un aspecto que cobra especial importancia en los graves momentos de crisis de nuestra economía y la actual fase recesiva del ciclo económico que estamos atravesando. En esta situación el número de concursos que se están tramitando anualmente están por los cuatro dígitos, creciendo de forma vertiginosa y alarmante y llevándose, tras de sí, un número importante de puestos de trabajo con los que se incrementa, de forma dramática, la cifra de paro, que en estos momentos se aproxima a la fatídica cifra de 5.000.000.

La situación de insolvencia, que caracteriza a todas las empresas en concurso, alimenta directa e indirectamente otras estadísticas negativas que conforman el negro panorama de nuestra economía en estos momentos: entre otras destacamos la morosidad directa de las empresas insolventes (cuya tasa, en continuo crecimiento, ronda la alarmante cifra de los siete puntos porcentuales en el sector financiero), así como la morosidad indirecta provocada a través de la gran masa social de desempleados que generan las insolvencias empresariales, y a los que el recurso de la moratoria en los pagos les resulta de una necesidad vital, en muchos casos, debido a la falta de ingresos y de expectativas de mantenimiento de los mismos.

Las empresas en concurso y la cifra de parados constituyen, metafóricamente, dos bolsas interrelacionadas que se retroalimentan, y que constituyen, en estos momentos, los dos pilares sobre los que se apoya el malestar social y que más afloran en la actual situación de crisis económica.

Es de vital importancia, y de sumo interés, conocer el mecanismo de transmisión entre ambas bolsas configuradas sobre un claro sustrato económico. La relación de

flujos entre ambas es doble y bidireccional; por un lado existe una migración entre el personal laboral hacia la bolsa (B) de parados, y por otro lado la reducción de la capacidad de consumo que conlleva que el aumento de la bolsa de parados incida en la reducción o cese de actividad de las empresas de la primera bolsa (A). Por tanto, el análisis económico de este escenario podría ser doble, según tratemos de analizar el proceso de trasvase de (A) a (B) o la incidencia del crecimiento de (B) en (A) a través de la reducción de la capacidad de consumo.

Ambos aspectos son de importancia e interés dentro de la investigación, y sobre todo en las actuales circunstancias resulta especialmente oportuno su tratamiento desde diferentes ángulos. Por razones de espacio, en este trabajo solo nos centraremos en los flujos migratorios hacia la bolsa de parados (flujo de A a B). Dejamos para otro trabajo posterior el análisis económico de la incidencia de B en A.

En estos momentos de crisis, las dificultades económico-financieras de las empresas han trascendido al ámbito laboral hasta el punto de considerar que las causas económicas¹ (junto con motivos de índole técnica y/o organizativa) constituyen motivo de despido colectivo (art. 51.1 ET), establecido así dentro de las medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo llevadas a cabo con la Ley 35/2010. Desde entonces se ha ampliado, por tanto, la vía de extinción de los contratos de trabajo. En el Cuadro 2 aparece el esquema de las extinciones de contratos contenidas en el estatuto de los trabajadores.

Entrando en la relación de flujos descrita anteriormente, nos vamos a plantear en este trabajo única-

¹ Señala el art. 51 ET que 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, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

CUADRO 2

**EXTINCIONES DE TRABAJO
POR RAZONES ECONÓMICAS**

1. Despido colectivo:
 - A) Afecta al total de la plantilla si ésta es superior a 5 (51.1.ET)
 - B) Afectan a parte de la plantilla, afectando (51.1 ET):
 - ≥10 si plantilla < 100 trabajadores
 - 10 por 100 si (100 < plantilla < 300)
 - 30 trabajadores, si plantilla ≥ 300
2. Extinción de contrato (por causas objetivas) (art. 52.c. ET), afectando a:
 - A) Un solo trabajador
 - B) Varios trabajadores (en número inferior a los señalados en el apartado 1)

FUENTE: Elaboración propia.

mente los mecanismos de transferencia que se abren en la fase concursal, centrándonos únicamente en la vertiente jurídica referida a la normativa aplicable en los posibles casos. Con independencia de que hay una segunda vertiente posible de análisis de estas cuestiones; el análisis empírico que nos conduciría a comprobar y analizar los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística. Por razones también de espacio y fundamentalmente por la extensión de la primera vertiente, el análisis empírico lo desarrollaremos en otra publicación posterior.

Finalmente, y debido a la multitud de ocasiones en la vida real en la que el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) ha de anticipar el pago de los créditos salariales e indemnizatorios a los trabajadores, hemos querido analizar el papel de este organismo público en los concursos de acreedores, su concepto, origen, estructura, financiación, sujetos a los que protege y los que quedan excluidos de su ámbito de protección, las contingencias protegidas por el FOGASA y la responsabilidad subsidiaria y directa del FOGASA en los créditos salariales e indemnizatorios de los trabajadores.

3. Antecedentes

Hasta la fecha han sido diversos los autores que, a lo largo de los últimos años, han tratado diferentes aspectos de la relación laboral en sede concursal, aunque no de la forma global o genérica con la que deseamos tratar el nuestro.

Los puntos críticos de la regulación judicial del empleo en situaciones concursales fueron tratados en una primera etapa de aplicación de la Ley Concursal por Fuste (2005), Blasco (2008) y más recientemente por Alameda (2011)

Los trabajos recientes de Laborda (2010) y Pedrajas (2009) tratan de recopilar las principales sentencias de los últimos años respecto a los conflictos planteados en el ámbito laboral, fundamentalmente en la extinción colectiva de contratos de trabajo. Maneiro (2008), por otro lado, analiza la posición del Tribunal Constitucional respecto a la prueba en un despido pluricausal.

Orellana (2011) trata de abordar los cambios que pueden afectar a los temas laborales que se involucran en concurso, como son los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo y la suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado; cambios que pueden derivar de la proyectada reforma concursal.

Aspectos relacionados con las indemnizaciones en los despidos colectivos son tratados por Fernández (2010) y Rojas (2011), orientándose éste último trabajo a la nueva modalidad de pago a cargo del FOGASA, correspondiente a una parte de indemnización a los trabajadores en los despidos regulados en los arts. 51 y 52 ET y 64 de LC.

Tapia (2010) y Rodríguez-Piñero (2010a) abordan la problemática de los despidos; el primero centrándose en grupos de empresas y el segundo en el caso de muerte del empresario.

Sobre los últimos cambios en la normativa laboral introducidos en el pasado año 2010, Rey (2010a) y (2010b) trata de analizar las causas (despidos empresariales) y justificación de los despidos según la Ley 35/2010, mien-

tras que Rodríguez-Piñero (2010b) analiza los cambios en la legislación del mercado de trabajo que supone el Real Decreto-ley 10/2010, centrando su atención en el nuevo tratamiento de los despidos objetivos. El despido objetivo, pero individual, es objeto de análisis por Altés (2009)

Los expedientes de regulación de empleo son analizados por López (2011) introduciendo una visión europea. Por otro lado Barros (2010) trata la facultad del juez del concurso para fijar una indemnización diferente a la legal cuando en un expediente de regulación de empleo el período de consultas termina sin acuerdo.

4. La relación laboral en sede concursal

Jurisdicción competente, juez de lo Social o juez del concurso

En el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral² (en adelante LPL) se establece que la Jurisdicción social tiene atribuido el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresario y trabajadores. Si bien, tras la reforma concursal de 2003 y la creación, a partir del año 2004, de los Juzgados de lo Mercantil, artículo 86 ter LOPJ, se atribuye parte de las materias de las que antes conocía el juez de lo Social, al juez del concurso. Así, en el artículo 8.2 de la Ley Concursal 22/2003, del 9 de julio, se atribuye al juez de lo Mercantil la competencia para conocer de manera exclusiva y excluyente de «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción del contrato de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos

contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores.» Esto lleva a prohibir la admisión a trámite de las demandas interpuestas ante otros Juzgados del orden civil y del orden social de las que deba conocer el juez del concurso tras la declaración de éste y obliga a acumular *ex officio* a este procedimiento todas las ejecuciones pendientes existentes contra el deudor, artículos 50 y ss. de la Ley Concursal. Si bien a esto hay que añadir que el artículo 55.1.2.º de la Ley Concursal establece que no se detienen las ejecuciones laborales en las que, antes de dicha fecha, ya se hubieran embargado bienes del concursado, siempre que estos no resulten necesarios para continuar la actividad profesional o empresarial del deudor. Lo que si se previó es la necesidad de que los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativos, social y penal, ante los que se ejerciten, con posterioridad la declaración de concurso, acciones que puedan tener transcendencia para el patrimonio del deudor, procedan a emplazar a la administración concursal y la tengan como parte en estos procesos de defensa de la masa.

Y en el artículo 9 de la Ley Concursal se reconoce al juez del concurso la competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Se establece como condición para que el juez del Concurso pueda conocer de estas cuestiones prejudiciales sociales, que las mismas estén directamente relacionadas con el concurso, y su resolución ha de resultar necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Esta delimitación del ámbito competencial del juez Mercantil, ha de completarse con lo establecido en el artículo 64.1 y 10 de la Ley Concursal. Así, en el artículo 64.1 se establece que «los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo». Y en el artículo 64.10 de la Ley Concur-

² Real Decreto Legislativo 2/1995, del 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE núm. 86 del 11 de abril.

sal se determina que «las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) ET tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

- Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.
- Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.
- Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.»

Casos de extinción contemplados

Vamos a ceñirnos a los tres casos de extinción en los que resulta competente el juez de lo Mercantil, contemplados en el artículo 8.2 de la Ley Concursal.

La acción de extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario

El artículo 49.1.j ET reconoce al trabajador la posibilidad de solicitar la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en los supuestos contemplados en el artículo 50 ET. «Serán justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.
- b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos

de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.»

A) *Cuando la empresa no ha sido declarada en concurso*: si un trabajador ejerce cualquier acción resolutoria prevista en el artículo 50.1 ET, la jurisdicción competente para conocer esta acción será siempre la social, con independencia de que la misma se haya ejercido con anterioridad o con posterioridad a la solicitud de un expediente de regulación de empleo. Correspondiéndole la indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, establecida en el artículo 56.1 ET, artículo 50.2 ET.

B) *Cuando la empresa ha sido declarada en concurso*: para determinar que jurisdicción es competente para conocer una acción resolutoria del artículo 50.1 ET ejercitada por el trabajador, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- Si la causa que se alega por parte del trabajador es la del artículo 50.1 a) o c) ET, será siempre competente la jurisdicción social, correspondiéndole la indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

- Si la causa que se alega por parte del trabajador es la del artículo 50.1 b) ET, habrá que diferenciar:

— Si el número de trabajadores que ejercitan la acción de extinción no alcanza los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, la jurisdicción competente será la jurisdicción social, teniendo derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

— Si el número de trabajadores que ejercitan la acción de extinción del artículo 50.1 b) ET alcanzan los umbrales numéricos del artículo 64.10 LC, la jurisdicción competente es la jurisdicción concursal.

Sin embargo se plantean ciertas dudas interpretativas sobre cual puede ser la jurisdicción competente en determinados supuestos, que se detallan a continuación, en que el número de trabajadores que ejercitan la ac-

ción de extinción del artículo 50.1 b) ET excede de los umbrales numéricos del artículo 64.10 LC:

1.º- Si se han ejercitado las acciones individuales antes de la declaración de concurso. La Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (RJ 2007, 5506) estima que, a efectos de cómputo de los umbrales numéricos, si que se tienen que tener en cuenta esas acciones, pero el juez de lo Social sigue siendo competente en relación con esas acciones individuales.

2.º- Si se han ejercitado estas acciones individuales con posterioridad a la declaración de concurso, pero sin que exista un ERE extintivo colectivo. Hay posturas, como la Sentencia del Tribunal Supremo para unificación de doctrina del 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1434) que considera que la acción será individual o colectiva según se supere el umbral numérico o no, si es individual, el juez competente será el Social y la indemnización será de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. Y si es colectiva, el competente será el juez del concurso siendo la indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Otra postura la encontramos en STSJ de Galicia de 7 de febrero de 2007 (AS 207, 2695) que declara que, cuando se supere el umbral numérico del 64.10, aunque se tramiten por el juez del concurso, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

3.º- Si se han ejercitado estas acciones individuales del artículo 50 b) ET con posterioridad a la declaración del concurso pero habiéndose planteado un ERE no concluido aún, al no haber sido todavía resuelto por el juez del concurso. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de junio de 2008 (JUR 2008, 212072) considera que tiene derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio y al abono de salarios de tramitación hasta la fecha de la extinción colectiva. Por el contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 25 de octubre de 2005 (AS 2006, 1049) estima que no cabe ya ejercitar la acción individual.

Hay una postura ecléctica mantenida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2671), que ha rechazado la resolución del contrato a instancias del trabajador, tras la presentación de una demanda de extinción contractual en fechas próximas al inicio del ERE extintivo de la totalidad de los contratos, al ser la efectividad de esta extinción anterior a la fecha de juicio del procedimiento extintivo del artículo 50 ET.

4.º- Declarado el concurso, solicitada la extinción colectiva y estimada por el juez Mercantil. Ya no cabe interponer demandas individuales, ya que la relación laboral ya está extinguida, siendo competente para resolver el juez del concurso.

5.º- Cabe la posibilidad de que se llegue a un acuerdo entre la administración concursal y los trabajadores en el seno de las resoluciones contractuales de carácter colectivo. En cuyo caso el juez de lo Mercantil deberá tramitar el procedimiento establecido en el artículo 64 de la Ley Concursal antes de dictar auto aceptando el acuerdo, recabando el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado, el cuál deberá ser emitido en el plazo máximo de 15 días. Período durante el cual dicha autoridad podrá oír a la administración concursal o a los representantes de los trabajadores.

Expediente de regulación de empleo extintivo

Debemos diferenciar:

— Preconcurso, se regulará por el artículo 51 ET y por el RD 43/1996, de 19 de enero, siendo competente el juez de lo Social. Dicho artículo 51 ET ha sido modificado por el RD Ley 10/2010³, de 16 de junio y por la Ley 35/2010⁴, de 17 de septiembre.

³ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos.

⁴ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE n.º 227 de 18 de septiembre.

CUADRO 3
EVOLUCIÓN DE ERES Y DESPIDOS EN ESPAÑA

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
ERES	122,4	80,1	56,2	46,1	38,1	38,3	38,8	41,6	43,9	43,7	44,5	43	38,8	37,1	42,6	78,8
Despidos . .	226,1	194,5	181,5	176,1	165,8	162,3	165,6	184,1	218,8	253,1	275	295,1	316,1	333,1	457,3	744,2

FUENTE: Elaboración propia.

— Concursal, es decir, posterior a la declaración del concurso, el juez competente será el juez del concurso, artículo 86 ter LOPJ, artículo 8 LC y artículo 64.1 LC, y se regulará por el artículo 64 de la Ley Concursal. El artículo 64.6, párrafos segundo y tercero de la Ley Concursal 22/ 2003, de 9 de julio, fue modificado por el artículo 17.12 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que entró en vigor a partir del 4 de mayo de 2010.

El FOGASA si que podrá intervenir en el proceso judicial de determinación de la cuantía de la indemnización en los términos previstos en el artículo 23 LPL, pero no podrá discutir en él la existencia de relación laboral ni la concurrencia de las causas motivadoras del despido.

En cuanto al procedimiento, tanto en el caso de expediente de regulación de empleo extintivo después de declarado el concurso, como en el caso de extinción del contrato por el artículo 50.1 b) ET cuando sea competente el juez del concurso, el procedimiento se regulará por el artículo 64 de la Ley Concursal.

La tramitación de los expedientes de regulación de empleo se producirá una vez declarado el concurso, artículo 64.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por el RD-Ley 3/2009, y después de que se haya emitido por parte de la administración concursal el informe al que se refiere el Capítulo I del Título IV de esta Ley (artículos 74 y 75 de la Ley Concursal). Lo cual supone una gran dilación en el tiempo que la empresa según sus circunstancias no puede esperar, por lo que en el artículo 64.3 de la Ley Concursal se regula, como excepción, que se pueda presentar en cualquier momento desde la

declaración del concurso. A modo ilustrativo en el Cuadro 3 y en el Gráfico 1 puede verse la evolución de ERES y despidos desde 1994.

Extinción de contratos de alta dirección

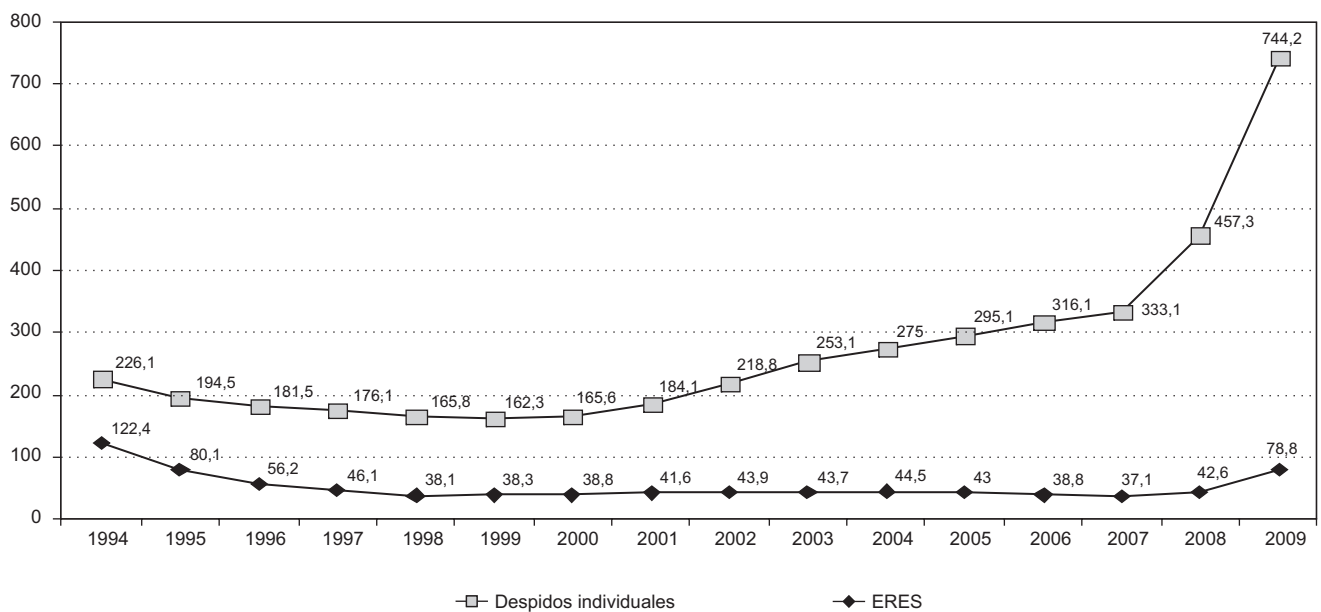
Tiene su regulación en el artículo 65 de la Ley Concursal. Las relaciones laborales de alta dirección son las definidas como tales en el Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (RDAD). No estando incluidos ni los directivos con relación laboral común, ni tampoco los administradores que mantengan con el deudor una relación mercantil y no laboral de alta dirección.

Es la administración concursal la que acuerda la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección y no el juez del concurso.

Durante la tramitación del concurso se puede solicitar la suspensión o extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección, a partir de que se haya nombrado la administración concursal y sus miembros hayan aceptado el cargo, y hasta el cese de dichos cargos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133.2 de la Ley Concursal. La administración concursal podrá suspender el contrato del alto directivo sin que concurra ninguna causa, basta la declaración del concurso, suspendiéndose así el derecho a remuneración y el deber de trabajar.

Habiéndose suspendido el contrato, el alto directivo puede extinguir su contrato de trabajo, según establece

GRÁFICO 1
EVOLUCIÓN GRÁFICA DE ERES Y DESPIDOS INDIVIDUALES EN ESPAÑA
(Miles)



FUENTE: INE.

el artículo 65.2 de la Ley Concursal. También puede la administración concursal extinguir el contrato suspendido sin alegar causa por el hecho de haberse declarado el concurso en cualquier momento durante la sustanciación del concurso.

Créditos laborales y su consideración en el concurso de acreedores

Los créditos laborales pueden formar parte de los créditos contra la masa y créditos concursales.

Créditos contra la masa

Se enumeran en el artículo 84 de la Ley Concursal. Son créditos prededucibles, pagaderos con carácter

previo a los créditos contra el deudor, si bien con una suspensión de la ejecución por tiempo máximo de un año. Se pagan enteros y a su respectivo vencimiento, sin someterse a reducción alguna. El posible convenio al que lleguen los acreedores no les afecta, artículo 154 de la Ley Concursal.

A los créditos contra la masa no les es aplicable el régimen de comunicación y reconocimiento general establecido en los artículos 85 y 22 de la Ley Concursal, los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago se unirán «en relación separada» a la lista de acreedores, artículo 95.4 de la Ley Concursal.

Las acciones relativas al pago o calificación de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por el trámite del incidente concursal (con la excepción del 84.2 punto 5).

De los créditos laborales solo son créditos contra la masa los correspondientes a los salarios de los 30 últimos días anteriores a la declaración de concurso, con el límite del doble del salario mínimo interprofesional. Estos créditos contra la masa se ejecutarán siguiendo las reglas del artículo 154.2 de la Ley Concursal. Pierden el privilegio de la ejecución separada del artículo 32.5 ET y la preferencia que tenían sobre las hipotecas y garantías reales que recogía el artículo 32 ET.

Créditos concursales

En el artículo 89 de la Ley Concursal se realiza una clasificación de los créditos concursales, estableciendo:

«1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.

3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en este Ley como privilegiados ni como subordinados.»

— Créditos salariales con privilegio especial

Centrándonos en los créditos salariales, el artículo 90 de la Ley Concursal establece que son créditos con privilegio especial⁵ entre otros: los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

⁵ Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

Los créditos refaccionarios laborales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. Respecto de ellos no es necesario ningún requisito de oponibilidad a terceros. Se trata por ello de una garantía sin publicidad con la inseguridad que ello conlleva. No se fija un límite cuantitativo.

— Créditos salariales con privilegio general

Los créditos con privilegio general se enumeran en el artículo 91 de la Ley Concursal incluyendo, entre otros y en primer lugar, a los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente 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 de concurso.

También figuran con privilegio general los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

El artículo 10.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo Dependiente, considera a los créditos por trabajo personal no dependiente sujetos a la situación de privilegio general regulada en este apartado.

— Créditos salariales ordinarios

Se consideran tales, aquellos que no se encuentran clasificados en la Ley Concursal como privilegiados ni

como subordinados. Comprendiendo por tanto las cantidades que excedan de los límites legales de indemnización y de salario.

— Créditos salariales subordinados

Se incluyen aquí los créditos comunicados tardíamente, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o entre otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza (artículo 92.1.º LC). Y los créditos por intereses (artículo 92.3.º LC).

5. El FOGASA y los concursos de acreedores

El FOGASA

El Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) tiene su origen en la Ley de Relaciones Laborales⁶ de 1976. El mismo se crea en un momento de crisis económica tratando de establecerse una aseguradora de los salarios, decidiendo hacerse por parte del Estado con un gran intervencionismo, creando así un órgano público para ello.

En el artículo 33 ET se define el FOGASA como un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, actualmente Ministerio de Trabajo e Inmigración (a través de la Secretaría General de Empleo), con personalidad jurídica y legitimación activa y pasiva para el ejercicio de sus derechos y acciones, cuyo objeto consiste en garantizar a los trabajadores el cobro de los salarios devengados y no percibidos, así como las indemnizaciones debidas, en los casos y cuantías determinados. Es un organis-

mo público que forma parte de la Administración del Estado, que aparece regulado por el Real Decreto 505/1985⁷.

Esta institución cobra especial relevancia en el marco concursal en el que se centra nuestro trabajo puesto que la nueva redacción del art. 33 de ET dada por Ley 60/ 1997⁸ señala que el FOGASA «abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.»

Financiación

La financiación del FOGASA se regula en los artículos 3 RD 505/85 y artículo 33.5 ET. El FOGASA se financia con las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores por cuenta ajena, dicha cotización, fijada por el Gobierno, corresponde a un 0,2 por 100 (hasta el 1 de julio de 2006 era del 0,4 por 100) de la base correspondiente a contingencias profesionales. Se trata de un concepto de recaudación conjunta, cuya liquidación y pago coincide con los correspondientes de las cuotas de seguridad social. Asimismo se financia con las cantidades obtenidas por subrogación, circunstancia que se produce en los términos del artículo 33.4 ET. y con las rentas o frutos de su patrimonio⁹ o del patrimonio del Estado adscrito al FOGASA y las consignaciones o transferencias que puedan fijarse en los Presupuestos Generales del Estado.

⁷ Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. BOE núm. 92/1985, de 17 de abril de 1985.

⁸ Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

⁹ Patrimonio constituido por inversiones financieras que por salirse del estricto campo laboral que hemos tratado de imprimir a nuestra comunicación no vamos a analizar aquí, sino que lo haremos en trabajos posteriores, dentro de la línea de investigación que estamos desarrollando los autores en el Departamento de Contabilidad y Finanzas de la Universidad de Zaragoza.

⁶ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE número 96 de 21 de abril de 1976.

Ámbito subjetivo del FOGASA

Para determinar los beneficiarios de la protección del FOGASA, debemos acudir al mencionado RD 505/1985. En el art. 13 se concreta que son todos los trabajadores vinculados por relación laboral a un empresario, privado o público, ex artículo 1.2. ET (con exclusión del personal al servicio de las Administraciones Públicas) cuando son titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones. Se incluyen, por tanto, las relaciones especiales, como los deportistas profesionales (art. 11.b), los representantes de comercio (art. 11.c), artistas en espectáculos públicos (art. 12 RD 1435/85¹⁰), minusválidos en centros especiales de empleo (DA. 2.ª RD. 1368/85¹¹, de 17 de julio), altos directivos (su inicial exclusión concluyó con la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret, y la introducción de la actual DA 5.ª ET¹²). Por otro lado, los trabajadores agrícolas están incluidos desde el 1 de enero de 1987, RD 41/1987¹³, de 16 de enero y OM de 29 de enero de 1987.

No están incluidos dentro del ámbito de protección del FOGASA el personal laboral al servicio del hogar familiar. En el art. 1.2 Directiva 80/987/CEE se establece que los Estados miembros pueden decidir no dispensar protección a los créditos de determinados trabajadores asalariados. Tal previsión fue aprovechada para excluir del ámbito de aplicación a los empleados domésticos (Anexo B de la citada Directiva) y se plasmó en la disposición adicional del RD 1424/1985¹⁴. Ciertamente, se

entiende mal esta exclusión, incluso cabe cuestionar su legalidad si se repara en que el aludido art. 1.2 Directiva 80/987/CEE condiciona tal exclusión a la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores una protección equivalente.

El Convenio n.º 173 de la OIT¹⁵, que entró en vigor en España el 16/05/1996, ratificado por instrumento de 28 de abril de 1995, establece dos mecanismos de protección de los créditos laborales: 1) la protección de los créditos por medio de un privilegio, y 2) la protección de los créditos por una institución de garantía. Nuestra legislación interna excluye de ambos a los funcionarios públicos y de la segunda al personal laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar.

También se niega la condición de beneficiarios a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, así como a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, a pesar de que en uno y otro caso se contempla su asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, DA 4.ª y art. 97.2.k) LGSS¹⁶; tal exclusión no afecta, sin embargo, a un trabajador que además es socio minoritario y consejero delegado, como se recoge en la STS de 14 de octubre de 1998.

Ámbito objetivo del FOGASA

Contingencias protegidas

El FOGASA, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 33 del ET y el Real Decreto 505/1985, se

¹⁰ Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

¹¹ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

¹² Las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley.

¹³ Real Decreto 41/1987, de 16 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1987.

¹⁴ Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE número 193 de 13/8/1985.

¹⁵ Conferencia Internacional del Trabajo; es la institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Art. 97.2.k. Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésima séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

hace cargo, en los supuestos de insolvencia o concurso de los empresarios, si concurren determinados requisitos y dentro de los límites legales, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos extintivos del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad subsidiaria del FOGASA no nace hasta que se declara la insolvencia singular o la insolvencia concursal de la empresa.

A) Insolvencia singular

En cuanto a la insolvencia singular, el artículo 33.6 del ET establece que «a los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales» y la resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial. Por lo tanto, para que se produzca la responsabilidad subsidiaria del FOGASA será necesario que se haya declarado formalmente la insolvencia mediante auto judicial recaído en el proceso en el que se reclamó ante el Juzgado los salarios e indemnización que ahora se solicita al FOGASA, previa audiencia del FOGASA y de la parte actora sobre el señalamiento de bienes del deudor, artículo 274 LPL. Pudiendo el trabajador utilizar dicho auto para reclamar el pago al FOGASA desde su notificación. Por lo tanto la insolvencia puede derivar de la iliquidez transitoria o de la insuficiencia patrimonial de la empresa aún cuando tenga activo patrimonial, ya que el mismo puede encontrarse afecto al sistema de producción.

Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el FOGASA puede solicitar la suspensión de la ejecución, durante treinta días, con el fin de valorar los efectos que la realización de los bienes embargados puede tener sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa. Si considera que es imposible satisfacer los

créditos sin la extinción de esos contratos, podrá solicitar, motivadamente la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, art. 275 LPL.

Puede asimismo que la empresa tenga tesorería para pagar parte de la deuda, pero no toda. En este caso, para determinar qué deudas son liquidadas con las realización de los bienes embargados estaremos a los artículos 1.172 a 1.174 del Código Civil¹⁷ (en adelante CC), pudiendo reclamar del FOGASA por los créditos que no hayan sido abonados, artículo 33.6 ET.

En los casos de responsabilidad solidaria por subcontratas de obras o servicios (art. 42 ET), cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), sucesión de empresas (art. 44 ET), grupos de empresas o sociedades irregulares o comunidades de bienes, el FOGASA responderá como responsable subsidiario cuando se haya declarado la insolvencia de todos los responsable solidarios. Si bien no se puede reclamar al deudor que agote todo tipo de procedimientos contra todos los posibles responsables de la deuda distintos de aquel que aparece como deudor condenado en la sentencia de cuya ejecución se trata y que ha sido declarado insolvente.

En el caso de los socios de las Sociedades Regulares Colectivas (arts. 127 y 237 Código de Comercio¹⁸) y de las Sociedades Agrarias de Transformación (art. 1 del RD 1776/1981¹⁹) en que la responsabilidad es subsidiaria, no se exigirá la insolvencia de estos para poder reclamar contra el FOGASA.

B) Insolvencia concursal

En la versión originaria de los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET, y el Real Decreto 505/1985, el FOGASA se hacía cargo, en los supuestos de insolvencia, sus-

¹⁷ Aprobado por R.D. del 24 de julio de 1889.

¹⁸ Código de Comercio de 1885. Gaceta 16 octubre 1885 a 24 noviembre 1885, núm. 289 a 328.

¹⁹ Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto que regula las sociedades agrarias de transformación.

pensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, si concurrían determinados requisitos y dentro de los límites legales, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos extintivos del contrato de trabajo. Pero a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/ 2003 todos ellos son sustituidos por el concurso, disposición adicional primera. Por lo que, ajustándose a los cambios operados por la Ley 22/2003, los apartados 1 y 2 del artículo 33 del ET en su nueva redacción dada por la Ley 38/2007²⁰, de 16 de noviembre, aluden a la insolvencia y al concurso del empresario como las contingencias protegidas por el FOGASA. Este aspecto aparece desarrollado en el apartado posterior relativo a la intervención del FOGASA en el proceso concursal.

En relación con las insolvencias transfronterizas, la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, ha procedido a adaptar la legislación española a las disposiciones de la Directiva 2002/74/CE, introduciendo los apartados 10 y 11 en el artículo 33 del ET para la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia concursal del empresario con centros de trabajo en varios Estados miembros. Así el apartado 10 del artículo 33 del ET establece que el Fondo de Garantía Salarial dispensará la protección regulada en el presente artículo en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España, cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las circunstancias requeridas en dicha norma.

²⁰ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2007.

El objeto de la protección

Abordamos ahora los créditos protegidos de naturaleza salarial (art. 33.1 ET), con respecto a los cuales el FOGASA tiene responsabilidad subsidiaria. En el concepto salarios se incluyen todos los conceptos salariales previstos en el artículo 26.1 ET. Recogiéndose en el artículo 14.a) y b) del RD 505/85 que merecen tal consideración la totalidad de las percepciones económicas a que tengan derecho los trabajadores, incluidas aquellas en especie cuando retribuyan el trabajo efectivamente realizado o los períodos de descanso computables como trabajo, incluidas las percepciones de vencimiento periódico superiores al mes como las pagas extraordinarias (STS de 16 de mayo de 1995). El párrafo segundo del artículo 33.1 ET también considera crédito salarial los salarios de tramitación en los casos en que legalmente procedan, artículos 56 y 57 ET. No se incluyen los intereses de demora por las cantidades debidas o la indemnización por falta de preaviso (STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2000).

Asimismo, para que el FOGASA se haga cargo de un crédito salarial ante una situación de insolvencia empresarial es requisito indispensable que su existencia y cuantía se encuentren reconocidos en acto de conciliación o en resolución judicial (STS de 17 de enero de 2000). Aquél puede corresponder a la conciliación administrativa ante los servicios de mediación, arbitraje y conciliación de la Administración competente, a la judicial previa a la celebración del juicio (art. 84 LPL), o incluso a la realizada conforme a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos derivados del art. 83.3 ET. La judicial puede ser una sentencia o un auto. En el caso de los salarios de tramitación se exigía su reconocimiento en resolución judicial, fuera auto o sentencia, no habiendo lugar para los acordados en conciliación, administrativa o judicial (STS de 22 de diciembre de 1998). Este criterio ha sido modificado aplicándose el mismo que para salario ordinario. (STJCE de 12 diciembre de 2002, Rodríguez Caballero contra FOGASA),

siempre que resulte de la conciliación judicial, no si ésta es administrativa (STS de 17 de marzo de 2003).

En cuanto a los límites cuantitativos sobre la prestación, la cuantía salarial máxima es la que corresponde al triple del salario mínimo interprofesional diario vigente en el momento de la declaración de insolvencia de la empresa (STS de 30 de octubre de 1992). Incluyéndose en la base diaria de cálculo el prorrateo de las pagas extraordinarias.

El FOGASA también responde subsidiariamente de los créditos de naturaleza indemnizatoria (artículo 33.2 ET), derivados de los artículos 50, 51, 52, 54, 55 y 56 ET, del artículo 64 LC, de la extinción de contratos temporales y de contratos suscritos con ETT, con un máximo de una anualidad y no pudiendo exceder del triple del salario mínimo interprofesional diario. En caso de extinción por el artículo 50 ET, no podrá exceder de 30 días por año de servicio.

En la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma laboral se introduce una nueva responsabilidad directa para el FOGASA, cuando los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, y que hayan durado más de un año, se extingan por las causas previstas en los artículos 51 y 52 ET o en el artículo 64 LC, debiendo resarcir al empresario ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.

La intervención del FOGASA en el procedimiento concursal

En el artículo 184.1 de la Ley Concursal se establece que «el Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores», por lo que el FOGASA deberá ser citado como parte en el procedimiento concursal en los supuestos que se indican en el Cuadro 4.

CUADRO 4

SUPUESTOS EN LOS QUE DEBERÁ SER CITADO EL FOGASA

- 1.º- Cuando el solicitante del concurso sea acreedor del concursado por salarios puros, salarios de tramitación o indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo que estén comprendidas en el ámbito de la institución de garantía salarial.
- 2.º- Cuando los trabajadores hayan comunicado a la administración concursal, de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley Concursal, alguno de los créditos anteriores.
- 3.º- Cuando el FOGASA haya comunicado créditos propios contra el concursado como consecuencia de haber abonado previamente a los trabajadores los créditos laborales y de haberse subrogado en los mismos.
- 4.º- Cuando el activo concursal no alcance al pago de los créditos salariales e indemnizatorios devengados con posterioridad a la declaración del concurso.
- 5.º- Cuando el empresario concursado o la administración concursal soliciten la extinción de los contratos por la vía del artículo 64.1 de la Ley Concursal o se discutan demandas de resolución de contratos de trabajo en base al artículo 50.1.b) ET por la vía específica prevista por el artículo 64.10 de la Ley Concursal.
- 6.º- Cuando en fase de convenio o liquidación se pretenda transmitir la empresa libre de cargas en la parte comprendida en el ámbito de cobertura del FOGASA.

FUENTE: Elaboración propia.

Atendiendo a lo establecido en los artículos 33.3 ET y 16.1 del Decreto 505/1985, el juez, de oficio, o a instancia de parte, debe citar como parte al FOGASA, desde que tenga conocimiento de la existencia de créditos salariales o indemnizatorios que estén incluidos dentro del ámbito de protección del FOGASA. En este sentido distinguimos:

— *Concursos voluntarios*, el deudor en el mismo escrito de solicitud de la declaración de concurso podrá instar que se cite al FOGASA, y el juez al declarar el concurso deberá citar como parte al FOGASA desde ese momento. Y si no fuera así, los trabajadores como acreedores podrán solicitar al juez que lo cite. Lo cual ha de hacerse antes de que transcurra el plazo para im-

pugnar las listas definitivas elaboradas por los administradores concursales y de la celebración de la junta de acreedores para la aprobación del convenio, ya que si no ya estarían fijados y graduados los créditos y la manera de satisfacerlos, y por lo tanto su presencia ya sería inútil.

— *Concursos necesarios*, cuando sean nombrados los administradores, elaboren la lista de acreedores y se la trasladen al juez, el juez de oficio o a instancia de los administradores citará al FOGASA. Si el concurso hubiera sido instado por los trabajadores, desde ese momento ya existe la obligación de citar al FOGASA. La falta de esta citación determinará la nulidad de actuaciones, así como la imposibilidad de que los trabajadores puedan cobrar las prestaciones de garantía salarial, artículo 33.3 ET.

El FOGASA intervendrá como parte en los procesos declarativos previstos en los artículos 8.2.º y 64 de la Ley Concursal y en los incidentes concursales interpuestos contra las decisiones extintivas de los contratos del personal de alta dirección que se adopten por la administración concursal y en las fases centrales del concurso.

En dichos procesos declarativos, tendrán iguales facultades procesales que las partes, salvo las de disposición de aquellos de los que no sea titular. Puede hacer en ellos todo tipo de alegaciones (como las relativas a la naturaleza laboral de los créditos o a las cuantías de los mismos), proponer y practicar pruebas, puede recurrir en suplicación, así como presentar el resto de recursos previstos en la LPL o por medio del incidente concursal en materia laboral previsto en el artículo 195 de la Ley Concursal. Estos procesos producirán un efecto preclusivo para el FOGASA respecto de todo lo que pueda oponer para la defensa de sus intereses en el mismo, ya que en los procesos posteriores en los que aparezca como demandado directo no podrá alegar ni oponer lo que no alegó ni opuso ante el juez del concurso.

El FOGASA también podrá intervenir en las fases centrales del concurso, oponiéndose al concurso pese

al allanamiento del deudor o a la no formulación por el mismo de oposición dentro de plazo, o formular oposición con los mismos o distintos argumentos utilizados por el deudor, comparecer al acto de la vista previsto en el artículo 18.2 de la Ley Concursal con todos los medios de prueba que pueda practicar, observar si los créditos laborales están anotados y debidamente calificados, impugnar el inventario y la lista de acreedores. Al ser parte, tiene los mismos derechos y facultades que el resto de acreedores aunque aún no haya pagado, y, por lo tanto, aún no sea titular de ningún crédito contra el concursado.

La regulación de un futuro fondo de capitalización

Para terminar este trabajo debemos hacer mención a los cambios normativos inmediatos que se avecinan sobre la institución del FOGASA. En la Ley 35/2010 sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo se anunció en su exposición de motivos que las medidas establecidas en dicha disposición tendentes a reducir las cantidades a abonar por las empresas en caso de extinción mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de las indemnizaciones, había que considerarlas como coyunturales puesto que debían servir como transición a un modelo de capitalización individual mantenido a lo largo de la vida laboral. En la disposición final segunda de esta norma se efectúa un mandato al Gobierno para que inicie los trámites para la regulación legal de un Fondo de capitalización que asuma la nueva obligación del FOGASA.

Dicha regulación ha de hacerse por Ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Antes del 19 de junio de 2011 el Gobierno debe tener aprobado el proyecto de Ley, concediendo otro plazo a las Cortes que finaliza el 31 de diciembre de 2011, ya que a partir del 1 de enero de 2012 el Fondo deberá estar operativo.

En el Cuadro 5 destacamos las líneas básicas para la regulación del futuro Fondo de Capitalización.

CUADRO 5

LÍNEAS BÁSICAS DEL FONDO DE CAPITALIZACIÓN

- Garantizar a los trabajadores el percibo de unas cantidades.
- Dichas cantidades se determinarán por número de días por año de servicio sin cuantificar el referido número.
- Las cantidades deberán ser objeto de capitalización, sin que se marque la forma de capitalización, será un modelo de capitalización individualizada.
- La financiación del fondo no puede suponer un incremento de cotizaciones empresariales.
- Las causas que dan lugar al abono de las cantidades acumuladas en el fondo por cada trabajador son: despido, movilidad geográfica, desarrollo de actividades de formación y jubilación.
- Los días de salario aportados al fondo reducirán en número equivalente las indemnizaciones que deba abonar el empresario en caso de despido.

FUENTE: Elaboración propia.

A pesar del firme compromiso en su inmediata constitución, la vicepresidenta segunda del Gobierno, Elena Salgado, manifestó el pasado 27 de junio que la puesta en marcha del Fondo queda aplazado un año por las consecuencias negativas que ello supondría, ya que exigiría una subida de las cotizaciones sociales o un aumento de recursos en los presupuestos.

Sin embargo dentro del conjunto de medidas que presentó el Partido Popular en su programa electoral aparece la de crear un fondo de capitalización del despido para trabajadores, que incluirá la cobertura en caso de paro así como estímulos para la movilidad o la formación continua.

Esta reseña política ha sido necesaria debido a que su puesta en marcha tiene unas connotaciones políticas ineludibles. Está claro que no podrá ponerse en marcha a primer de 2012, pero esperemos que sea lo antes posible.

6. Novedades incorporadas por la reforma concursal de 2011

Recientemente la ley 22/2003 concursal ha sufrido una modificación parcial tras la publicación de la

ley 38/2011²¹, que entrará en vigor el 1 de enero de 2012. Las novedades más destacables introducidas por la nueva ley en el campo de las relaciones laborales que nos ocupa aparecen recogidas en el Cuadro 6.

7. Conclusiones

Del trabajo desarrollado extraemos las siguientes conclusiones:

1.- La vocación de universalidad del proceso concursal ha llevado a que se considere más conveniente que sea el juez del concurso quien conozca y decida los expedientes de regulación de empleo tras la declaración del concurso, en vez de que lo haga la autoridad laboral, que es lo que venía sucediendo hasta ahora en los procesos de quiebra o suspensión de pagos.

No obstante esta competencia jurisdiccional, en segunda instancia, el conocimiento y enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción social, al preverse que la decisión de los Jueces de lo mercantil en esta materia será recurrible en suplicación ante los órganos jurisdiccionales del orden social, artículo 64.8 de la Ley Concursal.

En cuanto a la extinción laboral hemos contemplado las tres en las que resulta competente el juez de lo Mercantil, contemplados en el artículo 8.2 de la Ley Concursal:

A) Extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento por parte del empresario, que cuando se plantea en caso de que la empresa haya sido declarada en concurso existen duda de interpretación sobre cual puede ser la jurisdicción competente en determinados supuestos que han quedado detallados en el apartado 2.2.1

B) Expediente de regulación de empleo extintivo. Su tramitación se producirá una vez declarado el concurso y después de que se haya emitido por parte de la administración concursal el informe al que se refiere el Capí-

²¹ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE n.º 245, de 11 octubre).

CUADRO 6

NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY CONCURSAL DE 2011

Apartado	Contenido
Laboral	• El art. 44.4 establece la posibilidad de que el juez acuerde mediante auto, en las condiciones allí señaladas, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones del deudor. La nueva redacción establece que si estas medidas suponen la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez iniciará las acciones sociales para llevar a cabo las medidas mencionadas iniciando el expediente que corresponda. • Las modificaciones del art. 64, que regula los contratos de trabajo, que debemos destacar son: 1. Se establece expresamente que si a la fecha de declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral deberá remitir lo actuado al juez del concurso, quien seguirá la tramitación en adelante. 2. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art 50 ET que tengan su razón de ser en la situación económica o insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo. De esta forma se amplía esta consideración a más casos de los previstos antes de la reforma que solo involucraba a la extinción del trabajo por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. • La extinción o suspensión de contratos de alta dirección podrá recurrirse en suplicación (art. 65)
FOGASA	Art. 71. Acciones de reintegración. 71.5.3.º En ningún caso podrán ser objeto de rescisión las garantías constituidas a favor del FOGASA en los acuerdos de recuperación previstos en su normativa específica. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa. 84.5 Satisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el FOGASA se subrogará en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y en los términos del art. 33 ET. Disposición final decimocuarta. 3. En casos de procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al FOGASA, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario

FUENTE: Elaboración propia.

tulo I del Título IV de esta Ley (artículos 74 y 75 de la Ley Concursal). Esta dilación en el tiempo ha sido corregida por el artículo 64.3 de la Ley Concursal donde se regula, como excepción, que se pueda presentar en cualquier momento desde la declaración del concurso.

C) Extinción de contratos de alta dirección

2.- Los créditos salariales pueden integrar tanto los créditos contra la masa como los créditos concursales, pudiendo formar parte de los privilegiados y también de los ordinarios.

3.- El FOGASA deberá ser citado como parte del proceso concursal cuando de dicho proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores, que ocurrirá en los casos contemplados en el apartado 3.4 de la comunicación.

4.- Según la disposición final de la Ley 35/2010, el gobierno debe iniciar de forma inmediata los trámites necesarios para regular un Fondo de capitalización que asuma la nueva obligación del FOGASA.

Referencias bibliográficas

- [1] ALAMEDA CASTILLO, M. T. (2011): «La regulación judicial de empleo: puntos críticos», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* (149), páginas 101-142.
- [2] ALBIOL MONTESINOS, I. (1989): «Las prestaciones del FOGASA: criterios normativos y jurisprudenciales (I)», *Actualidad Laboral*, número 38, Madrid.
- [3] ALBIOL MONTESINOS, I. (1993): «El Fondo de Garantía Salarial», en *Estudio sobre el salario*, Acarl, Madrid.
- [3] ALTES TÁRREGA, J. A. (2009): «El despido objetivo individual: el ámbito de aplicación del artículo 52.c ET y su delimitación causal», en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (22), páginas 19-56.
- [5] ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1993): «Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección», *Relaciones Laborales*, número 23, Madrid.
- [6] BARRIOS GARCÍA, M. (2010): «Sobre la facultad del juez del concurso para fijar una indemnización diferente de la legal en caso de conclusión sin acuerdo del período de consultas de un expediente de regulación de empleo (AAJM 3 Barcelona 19-5-2008 y 7 Madrid 7-12-2009)», en *Anuario de Derecho Concursal* (20), páginas 425-436.
- [7] BLASCO PELLICER, A. A. (2008): «El expediente concursal de regulación de empleo», en *Anuario de Derecho Concursal* (14), páginas 14-69.
- [8] CANTOS ABERASTURI, E. (2000): *El fondo de Garantía Salarial, Régimen jurídico de las prestaciones y su intervención en el procedimiento laboral*, Monografías laborales número 10 Editorial CISS PRAXIS, Valencia.
- [9] CRUZ VILLALÓN, J. (1993): «El Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *Relaciones Laborales*, número 11, Madrid.
- [10] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (2010): «Las indemnizaciones en los despidos colectivos», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (22), páginas 1-17.
- [11] FUSTE MIQUELA, J. M. (2005): «Despido colectivo y modificación de condiciones en el proceso concursal (Una aproximación a la incidencia de la normativa concursal en las relaciones laborales)», en *Revista Jurídica de Cataluña* (2), páginas 433-455.
- [12] GARCÍA MAIQUEZ, J. M. (1992): *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Estudios Trivium Laboral, Madrid.
- [13] GARCÍA MURCIA, J. (1985): «El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial», *Relaciones Laborales* número 9, Madrid.
- [14] GARCÍA MURCIA, J. (1985): «La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial», en *Comentarios a la nueva Legislación Laboral*, Madrid.
- [15] GARCÍA MURCIA, J. (1986): «El reparto de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo: el caso del Fondo de Garantía Salarial. Comentario de urgencia al Auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986», *Relaciones Laborales* número 12, Madrid.
- [16] GARCÍA MURCIA, J. (1990): «Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y aplicación en el tiempo de las normas laborales», *Relaciones Laborales* número 14.
- [17] GARCÍA MURCIA, J. (1993): *El fondo de garantía salarial*. Colección: Estudios e Investigaciones. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Servicios de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- [18] GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. (2006): «El Fondo de Garantía Salarial ante las situaciones de insolvencia empresarial», en *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal*, Granada.
- [19] GONZÁLEZ PILLADO, E. (1996): «La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *Aranzadi Social*, tomo IV, Pamplona.
- [20] LABORDA FERRER, R. (2010): «Aspectos laborales del concurso de acreedores, especial referencia a la extinción colectiva de los contratos de trabajo», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos* (322), páginas 5-48.
- [21] LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2005): «Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas», *Relaciones Laborales* número 6/2005, Madrid.
- [22] LLOMPAR BENNASSAR, M. (2007): *El salario: concepto, estructura y cuantía*. La Ley, Madrid.
- [23] MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2008): «La prueba en los despidos pluricausales: posición del Tribunal Constitucional», en *Actualidad Laboral* (2), páginas 1700-1709.
- [24] MARTÍNEZ MORENO, C. (1994): *La extinción del contrato de alta dirección*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- [25] MOLINER TAMBORERO, G. (1981): «El fondo de Garantía salarial y su problemática jurídica», *Revista del Trabajo*, número 63-64, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- [26] MONEREO PÉREZ, J. L. «Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso», en *Relaciones Laborales*, número 15, Sección Doctrina. Madrid.
- [27] MONTOYA MEDINA, D. (2009): «La determinación de las indemnizaciones por la extinción concursal de los contratos de trabajo y de alta dirección: interrogantes», *Actualidad Laboral*, número 2, sección Estudios, quincena del 15 al 31. Madrid.
- [28] ORDEIG FOS, J. M.^a: «De la intervención y llamada a juicio del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral», *La nueva Ley de Procedimiento Laboral* (Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril), tomo VIII, volumen 1.º, Madrid.
- [29] ORELLANA CANO, N. A. (2011): «Aspectos laborales del concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (14), páginas 83-96.

- [30] ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUERAL, E. (2010): *La Reforma Laboral 2010: Comentarios prácticos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, La Ley, Madrid.
- [31] PALOMO BALDA, E. (2005): «Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en las empresas en concurso», en *Cuadernos de Derecho Judicial* «Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial». Colección de Cuadernos de Derecho Judicial -CGPJ XXI- 2005. Madrid.
- [32] PEDRAJA MORENO, A. y SALA FRANCO, T. (2009): «Despidos individuales o plurales versus despidos colectivos: balance jurisprudencial y uso empresarial alternativo de los despidos disciplinarios», en *Actualidad Laboral*, páginas 1273-1283.
- [33] RAMOS TORRES, M. (2000): *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Editorial Comares, Granada.
- [34] REY GUANTER, S. (2010a): «Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales en los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET según la Ley 35/2010», en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y legislación* (5), páginas 1365-1368.
- [35] REY GUANTER, S. (2010b): «El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET», en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (21-22), páginas 111-127.
- [36] RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2004): «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», en *Derecho Constitucional y Paraconcursal*, número 1/04.
- [37] RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (2004): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia.
- [38] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2010a): «Despido colectivo y extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario», en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (3), páginas 1-16.
- [39] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2010b): «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010», en *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica* (15-16), páginas 1-14.
- [40] ROMERO DE BUSTILLO, S. (1994): «El fondo de garantía salarial: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, número 3.
- [41] ROQUETAS BUJ, R. (1997): *Las prestaciones del FOGASA*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- [42] ROQUETAS BUJ, R. (1997): «Las prestaciones indemnizatorias por despido disciplinario a cargo del FOGASA», *Actualidad Laboral* número 24, Madrid.
- [43] RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M.S. (2005): «La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso», *Actualidad Laboral*, número 17, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 de octubre. Madrid.
- [44] TAPI HERMIDA, A. (2010): «Despidos colectivos en grupos de empresas (empresarios-grupos de empresas)», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos* (325), páginas 33-96.
- [45] VAL DE TENA, A L. (2005): «Extinción del contrato de alta dirección en el concurso: validez y eficacia de los pactos indemnizatorios», *Relaciones Laborales*, número 23, Sección Doctrina, quincena del 8 al 23 de diciembre. Madrid.
- [46] VIGUERA RUBIO, J. M. (2004): «Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección», en *Relaciones Laborales*, 14/2004. Madrid.