

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO PARA LOS TRABAJADORES. SITUACIONES CREADAS POR LOS FENÓMENOS INTERPOSITORIOS EN EL MERCADO DE TRABAJO.

ÁNGELA ELISA ÁLVAREZ PÉREZ – COL. 6.454 I.C.A. OVIEDO

25/09/2017

RESUMEN:

Los fenómenos interpositorios pueden encubrir en algunos casos cesiones ilegales de trabajadores, dañinas para los derechos de éstos. En ocasiones, a esta situación se le añaden los problemas derivados de la declaración de concurso de la empresa cesionaria o de la cedente. Por ello, la presente comunicación aborda en forma evolutiva esta casuística, comenzando por el análisis de las competencias y medidas laborales en el seno concursal, para posteriormente ocuparse de desgranar los fenómenos interpositorios del mercado laboral. Finalmente, toda vez se ha aportado el correcto sustrato, se procede a analizar la insolvencia empresarial con perspectiva concursal, comprobando cómo existen supuestos en los que la declaración de la existencia de cesión puede convertirse, en unos casos, en una vía de escape de un procedimiento concursal hacia un empleador solvente y, en otros, la puerta de entrada al reconocimiento de un crédito contra la masa.

Contenido

1.	Introducción	2
2.	Principios inspiradores concursales y jurisdicción social.....	2
3.	Los contratos de trabajo en la Ley Concursal	3
3.1.	Límites competenciales	4
3.1.1.	Acciones individuales colectivizadas por la declaración.....	5
3.2.	Legitimación activa	5
3.3.	Período de consultas	6
3.3.1.	Grupos de empresas.....	6
3.3.2.	Comisiones representativas	7
3.4.	Acciones colectivas.....	8
3.4.1.	Modificación sustancial de condiciones de trabajo	8
3.4.2.	Traslado colectivo	9
3.4.3.	Suspensión de contratos de trabajo	11
3.4.4.	Reducción temporal de la jornada laboral.....	11
3.4.5.	Extinción colectiva de contratos de trabajo.....	12
4.	Fenómenos interpositivos en el mercado laboral.....	13
4.1.	Subcontratación de obras y servicios	14
4.2.	Cesión de trabajadores.....	15
4.3.	Competencia ante la acción de cesión ilegal de trabajadores mediando concurso	16
5.	Vía de escape del procedimiento concursal	16
6.	Huida hacia el procedimiento concursal.....	18

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO PARA LOS TRABAJADORES. SITUACIONES CREADAS POR LOS FENÓMENOS INTERPOSITORIOS EN EL MERCADO DE TRABAJO.

1. Introducción

La declaración de la situación de concurso de acreedores de una sociedad tiene sin duda importantes efectos a todos los niveles y por supuesto para sus acreedores. Éstos no se circunscriben a públicos, financieros y comerciales. Entre ellos, pese a no participar directamente en el tráfico económico, se encuentra la masa de trabajadores de la propia sociedad para la cual la situación concursal de la mercantil deviene una debacle que no en pocas ocasiones acaba determinando la insolvencia del propio empleado. En algunos casos, a estas situaciones se le añaden los problemas derivados de los fenómenos interpositorios que se dan en el mercado laboral, cuando utilizados en fraude de ley, complican aún más la inclusión de los créditos contra la masa de sus trabajadores o les sumergen en un procedimiento concursal al que deberían ser ajenos. Por ello, desgranaremos paulatinamente el problema al que se enfrentan, intentando aportar una visión global del conflicto, fusionando la perspectiva concursal y laboral.

2. Principios inspiradores concursales y jurisdicción social.

«El concurso debe ser un instrumento técnico para curar enfermos, y no para enterrar cadáveres»¹.

Sin duda la Ley Concursal que inició su andadura en julio de 2003 era completamente necesaria. La anterior Ley de Suspensión de Pagos se mostraba insuficiente en numerosas áreas, entre ellas la laboral. Sin embargo, la nueva legislación atrajo numerosos detractores en dos importantes colectivos del plano laboral. Tanto los jueces de lo Social como los Sindicatos se mostraron reticentes². Los primeros la rechazaban por la pérdida competencial que la declaración del concurso operaba; los segundos entendían que se estaba produciendo un importante retroceso en los derechos y garantías de los trabajadores. Ambas quejas parecen cuanto menos entendibles encontrándose además intrínsecamente ligadas. Resulta difícilmente negable que los conocimientos de los jueces y juezas de lo mercantil respecto a la legislación

¹ Ángel José Rojo Fernández Río en «La Reforma del Derecho Concursal Español», Ed. Civitas, Col. Registradores), 2003 pág. 113.

² Ignacio García-Perrote, «Aspectos laborales de la Nueva Ley Concursal», Actualidad Jurídica Uría-Menéndez N°6/2003.

laboral son limitados, encontrándose ligados más comúnmente a la normativa mercantil y concursal y por ende encaminados a lograr la supervivencia empresarial, descuidando en ocasiones los daños colaterales que se pueden provocar sobre las bases obreras. Así lo hicieron constar las organizaciones sindicales en el voto particular que formularon al dictamen del Pleno del Consejo Económico y Social (CES) que versaba sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal (a la que denominaremos «LC» en lo sucesivo) y de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal³. Mantenían que dicha atribución de competencias laborales sugería cierto prejuicio contra las autoridades laborales y los Jueces de lo Social al presuponer que son más favorables para los trabajadores, considerándolo un cambio completamente innecesario, atentando contra los derechos de los trabajadores⁴. Desde luego el ámbito mercantil atiende como interés principal al mantenimiento de la seguridad del tráfico económico. Así sanciona con mayor dureza aquéllos concursos en los que se han depositado cuentas falseadas, que no reflejan la imagen fiel de la situación de la sociedad, que aquellos otros en los que la mercantil directamente no ha procedido a presentar sus cuentas. Ello porque se presupone que quien contrata con una empresa que no ha depositado cuentas lo hace conociendo que al menos operan irregularidades en la situación contable de la misma. Por el contrario quien contrata con quien deposita cuentas falseadas, dotadas de una apariencia de estabilidad económica de la sociedad, lo hace mediando engaño y ello debe obtener un mayor reproche legal. En definitiva, repetimos, el tráfico económico es un pilar dentro del derecho mercantil y especialmente en el concursal.

Sea como fuere, y con carácter previo, comenzaremos analizando el eje principal de la Ley Concursal en lo que al ámbito social se refiere: el art. 64 LC.

3. Los contratos de trabajo en la Ley Concursal

El extenso artículo 64 LC se presenta como el pilar básico de la Ley Concursal respecto al plano laboral. Éste afecta a los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de traslado y de despido cuando tengan carácter colectivo, así como a los de suspensión de contratos y reducción de jornada. Inicialmente detallaremos en qué casos va a devenir aplicable, deslindando los límites entre competencias materiales. Para ello, se confrontará la legislación concursal con el actual R.D. Legislativo 2/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores («ET» en adelante) y el 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, desarrollo reglamentario de los expedientes de regulación empleo, ERE y ERTE.

³ Dictámen CES 4/2001, <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dico42001>

⁴ «Tratado Judicial de la insolvencia», Ed. Aranzadi, Tomo I, pág. 993, Cap. XII, Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2012.

3.1. Límites competenciales

El art. 8.2º LC atribuye al juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre «[l]as 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 de contratos 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». El dictamen CES 4/2001 ya advertía *ab initio* en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal que podían surgir problemas en la práctica a la hora de deslindar competencialmente *«particularmente en lo relativo a las cuestiones laborales»*.

Sin embargo, parece que con la práctica de doce años de desarrollo de legislación concursal estos incidentes iniciales se van diluyendo, aunque no hayan desaparecido totalmente⁵. La vis atractiva del concurso se circunscribe a los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. La Exposición de Motivos de la LC, fundamenta la atribución de competencias al juez del concurso en el hecho de que *«por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad de procedimiento no deben resolverse por separado»*. Precisamente por ello se mantiene la competencia de la jurisdicción social en la impugnación de los actos de gestión laboral ordinaria, independientemente de que tengan su origen en la actuación del deudor o de la Administración Concursal.

También se le atribuye al juez del concurso la competencia cuando se encontrare en tramitación un procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada y se produjera la declaración de concurso. En tal caso, la autoridad laboral deberá remitir todo lo actuado al juez del concurso, conservando su validez las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior⁶. Si por el contrario al momento de la declaración del concurso ya hubiera recaído resolución administrativa en el expediente, únicamente corresponderá su ejecución a la Administración Concursal. En cualquier caso, la declaración de concurso debe ser comunicada a la autoridad laboral.

⁵ Así lo reconoce en el «Protocolo Concursal», Ed. Aranzadi, 2017, pág. 296, el magistrado del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Oviedo, D. Alfonso Muñoz Paredes: *«El deslinde de competencias, con todo, no es sencillo. [...] [V]amos a intentar trazar, con la prudencia de quien se reconoce refractario al derecho laboral, los linderos de una y otra jurisdicción»*.

⁶ Si la declaración de concurso fuera anterior a la recepción por parte de la autoridad laboral de la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral procederá sin más trámite a archivar las actuaciones, dando traslado al juez del concurso, según lo dispuesto en el art. 29 del R.D. 1483/2012.

3.1.1. Acciones individuales colectivizadas por la declaración

Pese a que, como hemos mantenido, las acciones individuales escapan a la vis atractiva del concurso, debemos tener en cuenta lo establecido respecto a ellas en el art. 64.10 LC. Éste dispone que 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 procedimiento del propio art. 64 LC para la extinción de los contratos. Toda vez se acuerde su iniciación, *«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 procedimiento de extinción colectiva»*, comunicándose a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procesos individuales.

Como consecuencia de ello, se reconocerá como contingente el crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. El auto que acuerde la extinción colectiva, tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procedimientos individuales.

Como se puede observar, el concurso de acreedores incide directamente sobre la situación de los trabajadores. Por ello, pasaremos sin más dilación al estudio de los procedimientos colectivos del art. 64 LC para posteriormente —y tras un somero análisis sobre las figuras interpositorias existentes en el mercado de trabajo— comprobar cómo afecta al trabajador la declaración de concurso.

3.2. Legitimación activa

Tal y como dispone el art. 64.2 LC, los sujetos legitimados para solicitar ante la autoridad judicial del concurso la adopción de medidas colectivas son: la administración concursal, el propio deudor o los mismos trabajadores a través de sus representantes legales⁷.

Esta solicitud deberá ir acompañada de una exposición justificativa —documentalmente acreditada— de las causas que motivan la misma, comprendiendo los objetivos pretendidos, asegurando la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En el caso de que la petición provenga de la administración concursal, ésta podrá solicitar la colaboración de la concursada así como el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación. Si la medida afecta a más de cincuenta trabajadores, debe acompañarse un plan que contemple la incidencia de las medidas propuestas en la viabilidad futura empresarial.

⁷ Ello con independencia del régimen de limitación de las facultades de la concursada. En este sentido RÍOS SALMERÓN, DE LA PUEBLA y ORELLANA CANO.

3.3. Período de consultas

Toda vez que la autoridad judicial recibe la solicitud descrita en el apartado anterior, debe convocar a la concursada, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas no superior a quince días naturales si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores, y treinta en el caso de que tenga cincuenta o más. La participación del concursado con facultades suspendidas en el período de consultas requerirá la autorización judicial previa. Si la solicitud se produjo a instancia de la concursada o de la administración concursal, la comunicación a los representantes de los trabajadores deberá incluir copia de la propia solicitud y de los documentos en su caso acompañados.

El juez podrá —a instancia de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores— sustituir el período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.

La negociación en este período de consultas debe regirse por la buena fe. Las negociaciones pueden finalizar con acuerdo —emitiéndose en tal caso un informe descriptivo del mismo— o sin él. En cualquiera de los dos casos, la adopción de la medida requerirá resolución del juez del concurso, bien homologando el acuerdo alcanzado (salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) o bien decidiendo en base a la legislación laboral lo que proceda en derecho.

No son pocas las resoluciones judiciales que, a la vista de la inexistencia de buena fe negociadora, proceden a dejar sin efecto medidas laborales colectivas en sede concursal. Así, la reciente sentencia de 22 de marzo de 2017, del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Gijón, del Magistrado Rafael Abril Manso, la cual extractamos a continuación en lo relativo al concepto de buena fe: *«En tal sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido afirmado con toda claridad que la negociación deberá llevarse a cabo "orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido". Dicho de otro modo, "en el ámbito negocial la buena fe (...) consiste en un comportamiento justo, leal, honrado y lógico, acorde con las consecuencias de la norma aplicable o con lo pactado" (por todas, Sentencia de 21 de Mayo de 2014, Fundamento de Derecho 3º)».*

3.3.1. Grupos de empresas

Por su parte el tercer párrafo del art. 64.5 LC recoge el mecanismo para atraer a las consultas a quienes pudieran formar grupo de empresas con la concursada. Administración concursal y representación de trabajadores/as, podrán solicitar al juez del concurso la participación en las consultas de otras

personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan formar unidad de empresa con la concursada. A tal fin, se podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación.

En caso de unidad empresarial, a efectos de valorar la realidad económica del grupo, podrán reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

3.3.2. Comisiones representativas

En lo que a la representación de los trabajadores se refiere, la Ley Concursal se remite a lo dispuesto en el art. 41.4 ET. Esto es, la consulta de los procedimientos colectivos se llevará a cabo en una única comisión negociadora⁸, integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. El plazo máximo para su constitución será de siete días desde la convocatoria realizada por el juzgado mercantil, salvo que alguno de los centros de trabajo que fuera a estar afectado por el procedimiento no contara con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo se elevaría a quince días.

Las secciones sindicales, con representación mayoritaria en los comités de empresa o, en su caso, entre los delegados de personal de los centros afectados por las medidas instadas, servirán de interlocutores en el período de consultas si así lo acuerdan. En tal supuesto, representarán a la totalidad de los trabajadores de los centros afectados.

Si no se da la situación anterior, entonces tendremos que distinguir entre si la medida afecta a uno o a varios centros de trabajo⁹. En cualquier caso, el número de integrantes no podrá ser superior a trece. Si resultara un número superior, deberán elegir por y entre las personas integrantes a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores/as que representen. Así las cosas:

- Si afecta a un solo centro de trabajo, la representación corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. Si no existe representación legal de los trabajadores en el centro, éstos podrán optar por atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por:
 - i. Trabajadores de la empresa elegidos por éstos democráticamente.

⁸ Si la medida no afecta a la totalidad de los centros de trabajo, la comisión quedará circunscrita a los centros afectados por la medida. Tal es el caso de que se acuerde en sede concursal un traslado colectivo que afecte a un solo centro de trabajo, por lo que la comisión negociadora en este supuesto solo vincula a los trabajadores afectados por la medida.

⁹ Resulta habitual que las medidas colectivas en sede concursal afecten a la totalidad de los centros de trabajo.

- ii. Trabajadores designados por los sindicatos más representativos, y representativos del sector al que pertenezca la concursada legitimados por convenio colectivo, según su representatividad.
- Si afecta a más de un centro de trabajo, la comisión corresponderá a:
 - i. Al comité intercentros si así se determina en el correspondiente convenio colectivo.
 - ii. En otro caso distinto del anterior, una comisión integrada por:
 - 1. Los representantes legales de los trabajadores si todos los centros de trabajo cuentan ellos.
 - 2. Si parte de los centros no cuentan con representantes, estará integrada únicamente por los representantes legales de los centros que cuenten con ellos, salvo que los trabajadores de los centros opten por designar a una comisión representativa siguiendo los términos expuestos para el caso de que la medida afecte a un único centro de trabajo. En este último supuesto, la comisión estará integrada conjuntamente por ambos tipos, en proporción al número de trabajadores que representen.
Si solo parte de los centros sin representantes designaran comisiones, la representación de los que no hubieran designado comisiones recaerá en la de los centros que sí cuenten con representación legal de los trabajadores, en proporción al número de trabajadores que representen.
 - 3. Si ninguno de los centros contara con representación, la comisión se designará por la vía del supuesto de un solo centro de trabajo afectado.

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario, en sede concursal se refuerza la figura de la constitución de la comisión. Se faculta al juez del concurso para que, en el caso de que no se constituya la comisión en el plazo de siete días —quince si se existen centros de trabajo afectados sin representantes legales de los trabajadores—, pueda acordar la intervención de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la concursada pertenezca.

3.4. Acciones colectivas

En los siguientes epígrafes se describen sin ánimo exhaustivo las acciones colectivas desde la perspectiva concursal.

3.4.1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto del art. 41 ET, la ley Concursal solo atribuye al conocimiento del juez del concurso las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que tengan carácter colectivo. Para que se consideren colectivas, la modificación debe alcanzar en un período de noventa días los umbrales de afección establecidos en el art. 41 ET:

- a) Diez trabajadores/as, en las empresas que ocupen menos de cien.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores/as de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos.
- c) Treinta trabajadores/as, en las empresas que ocupen más de trescientos.

A la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos les resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 66 LC, por lo que la medida necesita para su aprobación de la conformidad de los representantes legales de los trabajadores¹⁰, sin la cual no prosperará.

Tienen la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo las que afecten a:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites establecidos para la movilidad funcional.

Salvo en el caso de afección de sistema de trabajo y rendimiento, en el resto de supuestos el trabajador podrá optar por rescindir su contrato percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, prorrateándose los meses por períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de nueve mensualidades. En este caso, se da una peculiaridad concursal, recogida en el art. 64.9 LC. El derecho de rescisión queda en suspenso durante la tramitación del concurso, con el límite máximo de un año a contar desde la fecha del auto que autorizó la modificación.

Si el trabajador se muestra disconforme con la medida, podrá impugnarla ante el orden jurisdiccional competente, que será el social si la medida es individual y concursal si estamos ante una modificación colectiva.

3.4.2. Traslado colectivo

La reforma operada sobre la LC por la Ley 38/2011 se encargó de disipar todas las dudas que pudiera crear la falta de mención expresa del traslado

¹⁰ Así entre otros, reproducimos el contenido del Auto del Juzgado Mercantil Núm. 1 de Cádiz, de 25 de mayo de 2012, recurso 209/2012: «En cualquier caso, aun cuando pudiera afectar a complementos salariales de convenio colectivo, el precepto aplicable sería el art. 66 LC, que exige la conformidad de la representación de los trabajadores, requisito que en este caso se ha cumplido. Por todo ello, resultando el Acuerdo conforme con la normativa laboral (art 41 ET), y cumpliendo los presupuestos legales para su eficacia (arts. 64 y 66 LC), procede su aprobación».

colectivo (la cual se salvaba por el art. 64.9 LC), incluyéndose directamente a partir de entonces entre las competencias del juez del concurso.

Nuevamente debemos acudir al Estatuto de los Trabajadores para delimitar el contenido y alcance de esta figura, en concreto al art. 40 ET sobre movilidad geográfica. Esta disposición contempla la posibilidad de trasladar al trabajador a otros centros de trabajo de la misma empresa, conllevando la necesidad de cambio de su residencia, cuando existan razones justificativas de índole económica, técnica, organizativa o de producción. Se consideran tales las relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo de la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial. La notificación al trabajador y sus representantes legales deberá darse con una antelación mínima de treinta días.

Una vez recibida la notificación, el trabajador puede adoptar tres posturas:

- Aceptar el traslado recibiendo una compensación por gastos, que incluye tanto los propios como los de los familiares que se encuentren a su cargo, previo pacto entre las partes y operando el mínimo legal impuesto por los convenios colectivos.
- Rechazar el traslado, extinguiéndose su contrato y percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, prorrateándose los meses por períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. En el caso de que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de origen y a menos de sesenta kilómetros, este derecho de optar por la extinción quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó la movilidad, salvo que el trabajador acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.
- Impugnar la decisión empresarial ante el orden jurisdiccional competente. En este caso la competencia vendrá determinada por el carácter colectivo de la medida. Será competente el juez del concurso si la medida afecta a:
 - i. La totalidad de los trabajadores/as, siempre que ocupe a más de cinco.
 - ii. Diez trabajadores/as, en un período de noventa días, en las empresas que ocupen a menos de cien trabajadores.
 - iii. El diez por ciento de trabajadores/as de la empresa, en un período de noventa días, en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos.
 - iv. Treinta trabajadores/as, en un período de noventa días, en las empresas que ocupen a más de trescientos.

En estos supuestos colectivos, los traslados deberán ir precedidos de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días.

En el caso de que la medida no supere estos umbrales, será considerada individual, por lo que será competente la jurisdicción social. La notificación de la medida individual en sede concursal deberá efectuarse por la empresa concursada si se encuentra en régimen de intervención, debiendo además contar con la aquiescencia de la administración concursal si se ha impuesto la suspensión de facultades en el auto de declaración del concurso.

En los casos de traslado colectivo, si ambos cónyuges son trabajadores de la concursada, tendrán derecho al traslado conjunto a la misma localidad si hubiera puesto de trabajo. También resulta aplicable lo dispuesto respecto a las víctimas de violencia de género y del terrorismo, quienes adquieren y conservan pese a la declaración de concurso un derecho de reincorporación preferente en otro centro de trabajo si su condición de víctimas les obliga a abandonar el puesto en el que se encontraban.

3.4.3. Suspensión de contratos de trabajo

En este caso deberemos acudir al art. 47.1 ET para determinar la competencia y alcance concursal de esta figura, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, correspondiendo por remisión su tramitación siguiendo lo dispuesto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 51 ET). Del listado de posibles causas de suspensión, en lo que al concurso se refiere, únicamente se podrá dar la causa del art. 45.1.j) ET, por cuanto el resto versan sobre la subjetividad del trabajador: suspensión del contrato basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ésta se complementa con las disposiciones del art. 47.1 ET y de los arts. 16 y ss. Del R.D. 1483/2012.

La redacción actual del art. 47.1 ET prevé que se aplique el procedimiento descrito en el art. 51 ET independientemente del número de trabajadores afectados. En base a ello, la competencia del juez del concurso se extiende a la totalidad de los supuestos de suspensión de contratos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La discusión al respecto ha quedado zanjada tras la reforma operada por la Ley 9/2015, toda vez que no se atribuye el calificativo de colectividad a la suspensión de contratos.

3.4.4. Reducción temporal de la jornada laboral

La ley 35/2010 introdujo un segundo apartado al art. 47 ET para regular esta figura de reducción temporal de la jornada laboral. Ésta debe igualmente basarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose la misma como la disminución temporal de entre un diez y un

setenta por ciento de la jornada laboral computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual, no pudiendo realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor. Al igual que en el caso de la suspensión, el procedimiento viene determinado por lo dispuesto en los artículos 16 y ss. del R.D. 1483/2012. Pese al tenor literal del artículo 47.2 ET en el que se habla de jornada diaria, semanal, mensual o anual, el artículo 8.2 LC limita la competencia del juez del concurso a la reducción de la jornada *diaria* de trabajo¹¹.

La delimitación de esta figura respecto a la suspensión de contratos reside en que, en esta última, el cese de la actividad afecta a días completos.

3.4.5. Extinción colectiva de contratos de trabajo

La autoridad judicial mercantil será competente para conocer de las extinciones colectivas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A fin de conocer qué debe entenderse por tal, debemos acudir una vez más al Estatuto, a su art. 51:

«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». La mera declaración de concurso puede resultar justificación suficiente para entender que concurre esta causa, aunque no así para evitar poner a disposición del trabajador la cuantía correspondiente a la indemnización¹², la cual requiere prueba de la iliquidez.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. Concurren causas organizativas cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de

¹¹ En este sentido la magistrada del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, Nuria Auxiliadora Orellana Cano, quien tilda esta limitación de *criticable*. «Tratado Judicial de la insolvencia», Ed. Aranzadi, Tomo I, pág. 1.003, Cap. XII, Nuria Auxiliadora Orellana Cano, 2012

¹² Así fundamenta la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2015: *«la situación de insolvencia, con declaración de la empleadora en concurso voluntario de acreedores no justifica sin más la iliquidez, solo expresa la insuficiencia entre el patrimonio de la deudora y el valor de los créditos existentes contra tal patrimonio y la imposibilidad de satisfacer regularmente a los acreedores. La declaración del concurso puede probar que la empresa se encuentra en una situación económica negativa y puede estimarse incluso suficiente para considerar concurrente la causa económica que permite el despido objetivo del art. 52.c) Estatuto de los trabajadores, pero no es por sí sola bastante para demostrar además la falta de liquidez que justifique que no se hubiere puesto a disposición del trabajador el importe total de la indemnización en el momento de la comunicación escrita. La falta de liquidez exigida por el art. 53. 1º letra b) Estatuto de los Trabajadores es mucho más que la mera constatación de la situación económica negativa de la empresa y no va necesariamente aparejada a la misma, correspondiendo al empleador la carga de probar que carecía además de liquidez suficiente para hacer frente al pago de la indemnización legal en aquel momento».*

organizar la producción. Por su parte, concurren causas productivas cuando se producen cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Para que un despido se considere colectivo — y por ende resulte competente el juez del concurso— debe alcanzar los siguientes umbrales, afectando a:

- La totalidad de los trabajadores/as, siempre que ocupe a más de cinco.
- Diez trabajadores/as, en un período de noventa días, en las empresas que ocupen a menos de cien trabajadores.
- El diez por ciento de trabajadores/as de la empresa, en un período de noventa días, en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos.
- Treinta trabajadores/as, en un período de noventa días, en las empresas que ocupen a más de trescientos.

4. Fenómenos interpositorios en el mercado laboral

En nuestro ordenamiento jurídico no existe impedimento alguno para que la empresa externalice servicios. De hecho, esta modalidad empresarial, a la que podemos denominar “desestructurada”, es la tendencia natural hacia la que navega el conglomerado empresarial del siglo XXI. No se puede negar que una mayor especialización permite una reducción en los costes, pues es más sencillo mecanizar el proceso de producción, así como la formación a los trabajadores, cuando éste es continuo y constante sin grandes variaciones producidas por la demanda de producto.

La STSJ de Madrid, sala de lo social, Sección 1ª de 19 de mayo de 2008, ponente D. Ignacio Moreno González-Aller, resume los problemas interpositorios del mercado laboral ligándolos al marco constitucional:

«Esta nueva realidad organizativa empresarial, denominada descentralización o externalización productiva, estos nuevos fenómenos económico-jurídicos empresariales entre los cuales se engloban la contratación y subcontratación de obras y servicios, los fenómenos de los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias o nuevas formas de arrendamientos de servicios, cuyo fundamento último hay que encontrar en el artículo 38 de la Constitución de 1978 que garantiza la libertad de empresa, dentro de la cual se integra la libertad de organización de la actividad productiva, habrá de armonizarse con los derechos laborales, sindicales y de seguridad social de los trabajadores y precisarse para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra una actuación en fraude de ley, constituyendo materia especialmente compleja la delimitación de las formas lícitas y su deslinde de la figuras ilícitas.

No debemos perder de vista que, como afirma la doctrina científica más autorizada, el Derecho del trabajo es un instrumento esencial de la política

económica del Estado, un complemento de la economía, y que los valores que pretende realizar son el resultado de complejas tensiones de las fuerzas sociales que dependerán de la intensidad y del grado de organización de esas fuerzas».

Y es que efectivamente debe garantizarse la libertad de empresa, pero siempre bajo un absoluto respeto a los derechos de los trabajadores. No se debe aceptar el aumento del beneficio empresarial pasando por una externalización del servicio basado únicamente en la decisión organizativa del empleador y no en una necesidad real para la viabilidad de la mercantil. En esta línea emite la Magistrada Dña. Rosa M^a Viroles Piñol su voto particular a la STS, Sala Cuarta de lo Social, de 20 de noviembre de 2015, recurso 104/2015:

«[N]os encontramos ante una externalización sin límites, que sólo puede ser calificada de ILÍCITA POR ABUSIVA, pues se trata de una medida que conduce, en el caso, a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social, cuanto menos del salario, ya que el ahorro que consigue la empresa es a costa de un descenso de hasta el 50% de los salarios de las trabajadoras. Una externalización ilícita por abusiva, como vulneradora de derechos fundamentales -entre ellos la dignidad- de los trabajadores, que debió tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, pues no se constata elemento alguno que impidiera a la empresa adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia y ahorro. Es conforme a nuestra doctrina que el "...artículo 52 c) del texto estatutario determina la necesidad de que exista una necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, lo que significa que el precepto no ampara opciones enraizadas en la mera conveniencia del empleador"»

No en pocas ocasiones, lo que a priori se muestra como una figura lícita y necesaria, deriva en ocasiones en situaciones de indefensión laboral con cesiones ilegales de trabajadores realizadas en fraude de ley. Por ello, a continuación intentaremos delimitar —no sin dificultad— la línea que separa las situaciones lícitas de las ilícitas.

4.1. Subcontratación de obras y servicios

El art. 42 ET regula las responsabilidades del empresario que contrate o subcontrate con terceros la realización de obras y servicios. Entre otras, se le impone la obligación de comprobar que el contratista está al corriente de pagos con la Seguridad Social, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria. La Tesorería de la Seguridad Social (TGSS en lo sucesivo), deberá emitir certificado al respecto en un plazo improrrogable de treinta días, transcurrido el cual, la empresa principal quedará exonerada de responsabilidad.

Respecto a las obligaciones con la TGSS el empresario principal responde durante los tres años siguientes a la terminación del encargo por las deudas contraídas por el contratista durante el período de vigencia de la contrata; respecto a obligaciones en materia salarial, responderá en los mismos términos durante el año siguiente a la finalización del encargo.

Se establecen también obligaciones de información para la contratista tanto en relación a sus propios trabajadores —quienes deberán conocer en todo momento la identidad de la persona física o jurídica a la que se vayan a prestar los servicios subcontratados— como en relación a la TGSS. Asimismo, el empresario principal deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre los términos en los que se va a desarrollar la contrata. A tal efecto, pondrá en su conocimiento los siguientes aspectos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Si la empresa principal y la contratista o subcontratista comparten continuamente un centro de trabajo, la principal deberá disponer de un libro registro con la citada información, el cual se encontrará a disposición de la representación legal de los trabajadores. Por su parte, la empresa subcontratista deberá informar a sus trabajadores de los extremos contemplados en los apartados b) a e) antedichos, con anterioridad al inicio de la ejecución de la contrata.

Se reconoce el derecho de los trabajadores de ambas empresas, principal y contrata, de reunirse conjuntamente a los efectos de coordinación entre ellos y en relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

4.2. Cesión de trabajadores

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente es una actividad que únicamente están legitimadas a desarrollar las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Por lo tanto, la contratación o subcontratación no puede encubrir la mera cesión de mano de obra. No encontrándonos ante una empresa de trabajo temporal, incurre en cesión ilegal de trabajadores la empresa en la que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.
- Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.
- Que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- Que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

En el caso de que se de alguna de las situaciones anteriores y que por ende nos encontremos ante una cesión ilegal de trabajadores, cedente y cesionario responderán solidariamente ante la TGSS y ante los trabajadores, sin perjuicio de las responsabilidades adicionales en que pudieran incurrir.

Los trabajadores afectados por la cesión podrán optar por adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en el caso de que opte por incorporarse formalmente en la cesionaria serán las ordinarias de un trabajador de la empresa que preste servicios en el mismo puesto de trabajo o en uno equivalente, si bien con la antigüedad computada desde el inicio de la cesión ilegal.

4.3. Competencia ante la acción de cesión ilegal de trabajadores mediando concurso

Toda vez que la acción de cesión ilegal de trabajadores no se encuentra enumerada entre las atribuciones exclusivas y excluyentes del juez del concurso del art. 8 LC, resulta palmario que la competencia corresponde al orden jurisdiccional social. En este sentido falla el TSJ de Castilla y León de Burgos en su Sentencia de 12 de septiembre de 2013, ponente Dña. M^a José Renedo Juárez, la cual declara *«la competencia de la jurisdicción Social para conocer de la acción de cesión ilegal de trabajadores entre ambas codemandadas»*.

5. Vía de escape del procedimiento concursal

La existencia de cesión ilegal de trabajadores determina, como hemos visto, el derecho de optar por adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria. De tal forma, la declaración de concurso de la cedente deja en una situación de desamparo al trabajador que es sujeto pasivo de la cesión. Sin embargo, la declaración por parte de la autoridad judicial del orden social de la existencia de cesión ilegal conlleva la salida del trabajador de la concursada. Dada la responsabilidad solidaria que se da, tanto para con los trabajadores como para con la TGSS, si la cesionaria es solvente, el trabajador verá garantizado su crédito que en sede concursal pudiera verse satisfecho o no.

En este supuesto nos encontramos la Sentencia del TSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de cinco de abril de 2013, ponente Dña. Isolina Paloma Gutiérrez Campos, recurso 284/2013. Se da el caso siendo cedente una

sociedad subcontratada por la televisión pública del Principado y cesionaria esta última. Aun cuando la cedente disponía de infraestructura propia, se entendió que se estaba ante una cesión ilegal toda vez que tales medios no habían entrado en juego:

«La importante Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2008, [...] efectúa un análisis de los supuestos límites entre cesión ilegal del artículo 43 y contrata y subcontrata, del artículo 42, ambos del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Recuerda, con cita de otras muchas sentencias, que, "sobre las características de la cesión ilegal, en ocasiones la Sala ha puesto el acento en la inexistencia de puesta en juego de la organización, al destacar —en el argumento sobre la falta de contradicción— que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante —a efectos de la cesión— consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales.»

Continúa dicha Sentencia, con abundante referencia de otras del mismo Tribunal, que "en este último aspecto se ha remarcado la irrelevancia de la realidad empresarial, pues aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, de manera que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio"».

En el caso expuesto la declaración de la existencia de cesión ilegal de trabajadores supuso la declaración de nulidad de un despido tácito colectivo con condena solidaria a la concursada y a Televisión del Principado de Asturias, S.A. al pago de los salarios debidos, condenando a esta última a la readmisión de la trabajadora con la antigüedad retrotraída al inicio de la cesión. Sin duda, una escapada hacia la solvencia empresarial.

6. Huida hacia el procedimiento concursal

En contraposición al supuesto anterior, nos encontramos situaciones en que el trabajador se ve obligado a escoger entre lo malo y lo peor. Tal es el caso de que cesionaria y cedente sean insolventes encontrándose en concursos que desembocarán en liquidación o archivo prematuro. La escapada hacia el concurso, hacia la responsabilidad solidaria de una empresa en sede de liquidación concursal, puede parecer a priori una huida hacia un callejón sin salida. Sin embargo, si nos encontramos con un despido colectivo de una cedente, bien concursada sin activos, bien mera sociedad pantalla descapitalizada, la huida puede no ser en falso.

Puede darse la posibilidad de que en sede de liquidación se obtenga de la realización de activos de la cesionaria liquidez suficiente para atender los créditos contra la masa. En tal caso la posición del trabajador contará con más garantías que si su cobro depende de una sociedad con una total insuficiencia de masa activa. Incluso en el caso, no infrecuente, de que una vez declarado el concurso la administración concursal solicite su conclusión por insuficiencia de la masa activa, los trabajadores se encontrarían en mejor situación respecto al cobro de su crédito. Ello porque el art. 176 bis LC sitúa en mejor posición los créditos laborales en caso de insuficiencia para atender los créditos contra la masa:

«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:

- 1º. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.*
- 2º. 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.*
- 3º. Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.*
- 4º. Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.*
- 5º. Los demás créditos contra la masa».*

El crédito salarial cuenta con múltiples escudos protectores, especialmente en el supuesto del apartado primero mencionado: últimos treinta días. ¿Pero qué podemos entender por tales? El art. 84.2.1º LC exige que se trate de un crédito salarial por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso. Si nos atuviéramos a una interpretación literal del precepto, éste se vaciaría de contenido en la mayor parte de las situaciones concursales. Ello porque la propia declaración puede demorarse más de treinta

días, lo que conllevaría la desaparición del crédito. En base a ello, debemos entender que el precepto se refiere a los últimos treinta días devengados y no satisfechos por el concursado, independientemente de que no coincidan con los treinta días anteriores a la declaración de concurso. Pese a la aparente lógica, no es cuestión pacífica, existiendo resoluciones contradictorias entre diferentes audiencias¹³.

Su peculiaridad reside en que se mantiene la atribución *ope legis* de su condición de crédito contra la masa pese a ser anterior a la declaración de concurso.

Ante un supuesto de huida hacia un procedimiento concursal se enfrentó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2014, ponente Dña. Sara M^a Pose Vidal. En él se discutía la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre varias concursadas. Así las cosas, la sentencia analiza los presupuestos necesarios para su apreciación entre empresas del sector de la construcción para acabar determinando que efectivamente existe cesión ilegal de trabajadores lo que determina la nulidad de las extinciones colectivas adoptadas por las empresas cedentes:

« [...] para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, a saber:

- a) *Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.*
- b) *Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.*
- c) *Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.*
- d) *Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada.*
- e) *Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas.*

[...]

La existencia de cesión ilegal comporta que el empleador real de los trabajadores afectados por los despidos colectivos que se impugnan es la

¹³ La SAP de Valladolid se ha mostrado disconforme con la teoría expuesta, siendo favorable Huesca y Bilbao.

empresa SAPIC, respondiendo solidariamente ésta, ALAGUIZU SL y GISLLOVE SL, conforme al artículo 43.3 del ET , por lo que la decisión de extinción colectiva de los contratos de trabajo no podía ser válidamente adoptada exclusivamente por las dos empresas que figuran como empleadoras formales, sino por SAPIC, en caso de que la misma considerase que concurren las causas justificativas, lo que comporta la declaración de NULIDAD de los despidos colectivos impugnados , con los efectos previstos por el artículo 124.11 de la LRJS , esto es, con la declaración del derecho de los trabajadores afectados por la decisión extintiva a la reincorporación a su puesto de trabajo, conforme a lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la misma Ley , teniendo en cuenta el derecho de opción que a favor de los mismos establece el apartado 4º del artículo 43 del ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, opción que, en su caso, vendrá condicionada por la situación empresarial de las codemandadas, hallándose SAPIC en fase de liquidación y en concurso voluntario de acreedores las dos restantes.

Ante esta resolución interpusieron las demandadas recurso de casación (324/2014) el cual resultó desestimado por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 de junio de 2015.

En definitiva, en los casos de insolvencia mercantil, sin duda los trabajadores se ven abocados a buscar la salida menos mala, aun cuando se presente inicialmente como un suicidio asistido.

§