

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA



ESCUELA DE DOCTORADO DE LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y EMPRESARIALES

TESIS DOCTORAL

LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL

“Análisis jurisprudencial de la normativa laboral y concursal”

PhD THESIS

TRANSFER OF UNDERTAKING AND COLLECTIVE DISMISSAL IN BANKRUPT COMPANIES

“Analysis of labour and bankruptcy law cases”

Presentada por: **D.^a ELENA PÉREZ PÉREZ**

Dirigida por: **Dr. D. DAVID LANTARÓN BARQUÍN**

Santander, a 15 de octubre de 2020.

ÍNDICE GENERAL

Página

<i>PRÓLOGO</i>	9
<i>ABREVIATURAS Y SIGLAS</i>	17
I. LA SUCESIÓN DE EMPRESA.	23
1. Introducción	23
2. Elemento subjetivo de la sucesión de empresa. Empleador y trabajador	26
3. Elemento objetivo de la sucesión de empresa.....	28
3.1. La unidad productiva autónoma. Concepto.	28
3.2. Unidad productiva autónoma. Elementos..	40
3.2.1. Elementos materiales e inmateriales.	40
3.2.2. La plantilla	44
3.2.3. Actividad económica.....	55
3.2.4. El negocio traslativo.....	59
II. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	63
1. Obligación de subrogación.....	63
2. Convenio colectivo aplicable tras la transmisión.....	70
3. Mantenimiento de las condiciones laborales	74
4.Obligación de información a los representantes legales de los trabajadores	77
4.1. Sujetos de los deberes de información y consulta.....	81
4.2. Objeto del deber de información.....	82
5. Responsabilidad solidaria	85
6. Obligaciones anteriores y posteriores a la sucesión.....	88
III. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO	91
1. Introducción	91
2. La norma especial española	96
2.1. Fases del concurso	96
2.1.1. Fase común	97
2.1.2. Fase de convenio.....	99
2.1.3. Fase de liquidación.....	101
2.2. La regulación de la Ley Concursal de 2003.....	104

3. La nueva normativa concursal	113
3.1. Normativa concursal durante el estado de alarma	113
3.2. El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal	116
IV. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL	123
1. Ámbito de aplicación	130
1.1. Extinciones colectivas de contratos de trabajo	133
1.1.1. Concepto	133
1.1.2. Causas	149
1.1.3. Tramitación	157
1.1.4. Criterios de selección de los trabajadores	163
1.1.5. Competencias del juez del concurso	165
A) Competencias generales del juez del concurso	165
B) Competencias del juez del concurso en los despidos colectivos	167
1.2. Suspensión de contratos de trabajo	174
1.2.1. Concepto	174
1.2.2. Causas	181
1.2.3. Tramitación	183
1.2.4. Competencias del juez del concurso	188
1.3. Reducción de jornada.....	190
1.3.1. Concepto	190
1.3.2. Causas	192
1.3.3. Competencias del juez del concurso	192
1.4. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.	193
1.4.1. Concepto	193
1.4.2. Causas	199
1.4.3. Tramitación	201
1.4.4. Competencias del juez del concurso	204
1.5. Traslados	205
1.5.1. Concepto	205
1.5.2. Causas	208
1.5.3. Tramitación	209
1.5.4. Competencias del juez del concurso	209
1.6. Acciones resolutorias individuales.....	210
1.6.1. Concepto	210

1.6.2. Causas	216
1.6.3. Competencias del juez del concurso	218
1.7. Personal de alta dirección.	224
1.7.1. Medidas de extinción, suspensión, reducción de jornada y modificación sustancial de condiciones de trabajo del personal de alta dirección	226
1.7.2. Procedimiento	226
A) Extinción y suspensión individual del contrato de alta dirección	226
B) Reducción y aplazamiento del pago de las indemnizaciones del personal de alta dirección.....	229
1.7.3. Competencias del juez del concurso	230
 V. PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.	233
1. Despido colectivo laboral.....	233
2. El expediente de regulación de empleo concursal	238
2.1. Legitimación.	239
2.2. Tramitación.	240
2.2.1. Solicitud	240
2.2.2. Documentación	247
2.2.3. Admisión a trámite.....	254
2.2.4. Período de consultas.....	254
A) Intervención en el período de consultas.....	255
A.1) Administración concursal	256
A.2) Representantes de los trabajadores	258
A.3) Empresario concursado	261
A.4) Grupos de empresas	262
B) Desarrollo del período de consultas	273
2.2.5. Informe de la autoridad laboral	281
2.2.6. Resolución judicial	282
2.2.7. Indemnización	288
2.2.8. Recursos	290
 VI. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.....	299
1. Créditos laborales y de Seguridad Social. Concepto	299
2. Clasificación de los créditos laborales y de Seguridad Social. Créditos contra la masa y créditos concursales	303

2.1. Créditos contra la masa	303
2.1.1. Créditos contra la masa laborales.....	305
A) Salarios de los treinta últimos días.....	305
B) Créditos posteriores a la declaración de concurso derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial	309
B.1) Créditos por salarios. Concepto y límites	309
B.2) Créditos derivados de indemnizaciones por extinción del contrato	310
B.3) Salarios de trámite	312
2.1.2. Créditos contra la masa de Seguridad Social	313
A) Créditos por cuotas de Seguridad Social derivados de la continuidad de la actividad profesional o empresarial.....	313
B) Créditos derivados de intereses y recargos de cuotas de Seguridad Social derivados de la continuidad de la actividad profesional o empresarial.....	317
C) Recargos sobre prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral	319
D) Capital coste de prestaciones devengadas tras la declaración de concurso	321
E) Indemnizaciones de accidente de trabajo o enfermedad profesional tras la declaración de concurso	322
2.1.3. Ejecución de los créditos contra la masa por deudas de seguridad social	323
2.2. Créditos concursales. créditos con privilegio especial. Créditos con privilegio general. Créditos ordinarios y créditos subordinados	324
2.2.1. Créditos con privilegio especial.....	325
A) Créditos laborales con privilegio especial. Los créditos refaccionarios. Salarios de los últimos treinta días	325
A.1) Titularidad	326
A.2) Concepto de bien elaborado. Bienes muebles e inmuebles	327
A.3) Propiedad y posesión del bien. Problemática	327
B) Créditos de Seguridad Social con privilegio especial.....	328
2.2.2. Créditos con privilegio general	329
A) Créditos laborales con privilegio general. Créditos salariales e indemnizatorios.....	329
A.1) Indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos	330
A.2) Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional antes del concurso	332
A.3) Recargos por incumplimiento de obligaciones de seguridad y salud	332
B) Créditos de Seguridad Social con privilegio general	332

B.1) Capital coste de prestaciones y recargo de prestaciones anteriores a la declaración de concurso	332
B.2) Retenciones debidas por el concursado por obligaciones legales anteriores a la declaración de concurso	334
B.3) Créditos de Seguridad Social que no gocen de privilegio general ni especial hasta el cincuenta por ciento de su importe.....	334
2.2.3. Créditos ordinarios.....	335
2.2.4. Créditos subordinados.....	336
A) Créditos comunicados tardíamente	336
B) Créditos por intereses y recargos	337
C) Créditos laborales de personas especialmente relacionadas con el empresario.....	339
D) Créditos por multas y sanciones	339
 VII. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL	341
1. Delimitación competencial	341
1.1. Introducción	341
1.2. Competencias del juez del concurso y del juez social	343
1.3. Regulación del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.....	359
2. El expediente de regulación de empleo concursal como medida delimitadora del ámbito de la sucesión. El deber de subrogación.	363
3. Las responsabilidades del adquirente.....	375
3.1. La responsabilidad solidaria.....	375
3.2. Deudas laborales y de Seguridad Social	381
 VIII. CONCLUSIONES.	389
 <i>ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....</i>	<i>417</i>
 <i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	<i>557</i>

PRÓLOGO

A lo largo de esta tesis voy a analizar la problemática que puede surgir en las operaciones de venta de empresas en situación de concurso.

Desde el punto de vista laboral, la cuestión adquiere una singular trascendencia cuando dichas operaciones llevan consigo la extinción de las relaciones laborales de toda o de parte de la plantilla. Nos encontramos entonces en el ámbito del denominado expediente de regulación de empleo concursal. Se trata de un procedimiento que cuenta con la garantía jurisdiccional, ya que es el juez del concurso quien resuelve si concurre o no la causa que habilita a la extinción de las relaciones laborales. Sin olvidar que esta circunstancia lleva consigo una indudable protección, el hecho de que la extinción colectiva de relaciones laborales derive de una transmisión de una empresa en situación de concurso, hace surgir múltiples cuestiones.

De una parte, hace que nos planteemos si es posible algún tipo de defensa o de reacción por parte los trabajadores afectados ante la posible existencia de una sucesión de empresa. De forma correlativa, en la vertiente puramente económica, emerge la posible responsabilidad solidaria de la empresa adquirente respecto a los créditos laborales y de Seguridad Social que la concursada pueda tener pendientes.

Para situar un poco el tema, dada su amplitud, parece conveniente explicar que, en términos generales, una empresa declarada en concurso tiene la posibilidad de continuar actuando en el mercado y de recuperarse de la situación de crisis, regulando pagos de las deudas reconocidas, a través del plan que, en su caso, apruebe la junta de acreedores. Cuando dicho plan no exista, o cuando, simplemente, no haya viabilidad, será obligado acudir a la fase de liquidación.

En la fase de liquidación se producirán distintos efectos, entre los que destacan la extinción de los contratos laborales, la pérdida de las facultades de administración y disposición del concursado en favor de la administración concursal y la correlativa obligación de presentar un plan de liquidación. También es posible que el plan de liquidación no se apruebe judicialmente, o que, aprobado, no regule la totalidad de las operaciones de liquidación, en cuyo caso, regirán las normas previstas para la liquidación sin plan.

Las operaciones de la fase de liquidación consisten, básicamente, en la venta de activos. Ahora bien, tanto la LC como el nuevo TRLC regulan el plan de liquidación partiendo de un principio fundamental, que es la prioridad de la venta unitaria de la empresa. Su finalidad es reflotar esta, permitiendo que continúe funcionando en el mercado.

La venta de una empresa, centro de trabajo o de parte de los mismos conlleva no solo activos patrimoniales, ya sean materiales o inmateriales, sino también la afectación de la plantilla empleada en la misma.

Ahora bien, los activos objeto de venta pueden ser una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. La problemática surge cuando comprende un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica, que, además, persigue un objetivo propio y que, por lo tanto, puede configurar una entidad económica independiente¹.

Estas circunstancias hacen surgir la duda de la posible concurrencia de una sucesión de empresa, en los términos previstos en la legislación laboral y la posible aplicación de las obligaciones derivadas de dicha institución, como la obligación de subrogar al personal afectado o la responsabilidad solidaria por deudas del cedente, entre otras.

Desde el punto de vista laboral, la cuestión tiene una indudable trascendencia. En estas operaciones se van a ver afectadas no solo las relaciones laborales, sino también los créditos laborales y de Seguridad Social. Desde luego, la decisión de aplicar las reglas laborales de la sucesión de empresa puede suponer la continuidad del vínculo contractual para los trabajadores afectados y también la garantía de cobro de las deudas existentes. Por el contrario, sostener que el régimen y las garantías de esta institución no son aplicables a la situación concursal genera el efecto contrario y sitúa a los trabajadores, prácticamente, en el mismo plano que al resto de acreedores privilegiados.

En principio, cabría esperar que la legislación española permitiese la transmisión de activos de una empresa en concurso, absolutamente libre de cargas, a fin de facilitar la refluotación de aquellas que estén inmersas en crisis patrimonial grave, ya que la posibilidad de que, tras dichos procesos de venta de activos, se reanude la producción, generaría una indudable riqueza.

A lo largo de este estudio trataré de analizar las disposiciones legales existentes y, en concreto, si el legislador ha buscado el blindaje total del nuevo adquirente, o si, por el contrario, ha quedado sujeto a las obligaciones derivadas de la institución de la sucesión de empresa, en concreto, a la obligación de subrogación del personal afectado y a la responsabilidad solidaria por créditos laborales y de Seguridad Social. En caso de respuesta positiva, será obligado analizar si el régimen concursal tiene alguna especialidad respecto al común, en relación al régimen jurídico de la sucesión. En concreto, si es posible delimitar el perímetro que esta comprende, haciendo uso del expediente de regulación de empleo concursal, prestando singular atención a las posibles vías de defensa que pueden tener los trabajadores frente a mecanismos de reducción de la plantilla.

La primera de las cuestiones apuntadas -imponer o no el régimen de la sucesión en el ámbito que del concurso- tiene un carácter básico, pues, como he dicho antes, la diferencia es sustancial, ya mientras en el primer caso, esto es, si el adquirente compra libre de cargas, los créditos de los trabajadores quedan sometidos a la regulación concursal. En el segundo supuesto, esto es, si fuera

¹STJCE de 11 de marzo de 1997, (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

aplicable el régimen de la sucesión de empresa, se abrirían dos opciones. De una parte, cabría esperar que existiese una normativa concursal, que regulase, de forma específica, el régimen de la sucesión producida en el concurso. De otra, sería posible considerar aplicable el régimen legal ordinario de la sucesión. En este último supuesto, el pago de los créditos laborales y de Seguridad Social podría estar garantizado por la responsabilidad solidaria que impone el artículo 44.3 TRLET. Además, se aplicaría la obligación de subrogación del personal afectado por la sucesión y la prohibición de despido basado en la sucesión.

Como punto de partida, señalaré que, en el ámbito nacional, antes de la publicación del TRLC, los preceptos aplicables de la LC eran los artículos 43, 100, 146 bis, 148 y 149 LC. La normativa concursal sufrió una importante reforma, que surgió en el año 2014 con el RDL 11/2014² y se consolidó en el año 2015, a través de la L 9/2015³. A mi juicio, dichas normas despejaron muchas dudas interpretativas, fundamentalmente, respecto a las cargas u obligaciones de Seguridad Social y también, aunque en menor medida, respecto a la obligación de subrogación. Con posterioridad, la aprobación del TRLC introdujo una regulación específica sobre la materia.

El nuevo TRLC está compuesto por una exposición de motivos, un artículo único, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Consta de un total de setecientos cincuenta y un artículos, que están distribuidos en tres libros. El libro primero se ocupa de la regulación del concurso de acreedores y está integrado por catorce títulos. El libro segundo regula el derecho preconcursal y comprende cuatro títulos. Finalmente, el libro tercero se ocupa de las normas de derecho internacional privado y comprende cuatro libros.

La nueva norma regula, de forma completa, el modo ordinario de enajenación de unidades productivas, a lo largo de la subsección tercera de la sección segunda del capítulo tercero del título primero del libro primero. Unifica, simplifica y aclara numerosas cuestiones, pero también introduce cambios, no solo a nivel de sistemática legal y de aclaración de conceptos, sino que contiene una nueva regla de atribución de competencia al juez de lo mercantil, que será necesario analizar, a fin de comprobar si excede o no de la autorización concedida al Gobierno para la refundición de textos legales.

Por su parte, en el ámbito europeo, la norma aplicable es la Directiva europea 2001/23/CE⁴,

²RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE núm. 217, de 6 de septiembre de 2014.

³L 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015.

⁴Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

que se aplica a los traspasos de empresas, centros de actividad, o de parte de ellos [art. 1.1.a)]. La norma surge de la previa Directiva 77/187/CEE⁵, que fue sustituida por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998⁶ y codificada luego en la Directiva 2001/23/CE.

Se trata de las Directivas europeas que, como valora la doctrina, han generado un mayor número de procedimientos ante el Tribunal de Justicia Europeo⁷. Son normas que tienen por objeto la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresario. Así lo expresaba ya la exposición de motivos de la Directiva 77/187/CEE, al establecer que el objetivo de la norma es “proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos”⁸, aunque, de forma paralela también buscan otro objetivo, que es la defensa del mercado⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que la citada Directiva 77/187/CEE y su actualización de 1998 han mejorado la protección de los derechos de los trabajadores, elevándola, aunque inicialmente la redacción de la norma estuviera plagada de imperfecciones legales que limitaban su aplicación como instrumento legal¹⁰.

Como trataré de explicar, la Directiva 2001/23/CE ofrece distintas alternativas para los Estados Miembros, que van, desde la regla general de no aplicación de las garantías inherentes al fenómeno de la sucesión de empresas, hasta las excepciones, que admiten su total aplicación, o su aplicación con restricciones en materia de responsabilidad e, incluso, pactando nuevas condiciones contractuales. Admitiendo además que los Estados Miembros puedan adoptar disposiciones más favorables para los trabajadores (art. 8).

Por último, todavía está pendiente la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del

⁵Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE núm. 201, de 17 de julio de 1998.

⁶Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio de 1998 por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE núm. 201, de 17 de julio de 1998.

⁷Vid. VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos europeo y nacional*, MTAS, Madrid, 2001, ISBN: 9788484170488, p. 2.

⁸También recoge esta finalidad la jurisprudencia del TJCE, entre otras, en la STJCE de 26 de mayo de 2005 (C-478/03, asunto Celtec Ltd contra John Astley y otros) [TJCE 2005\146].

⁹VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión ...*, op. cit., p. 14.

¹⁰GHOSHEH, N.S. and GILL, C., “Transfer of Undertakings Directive: The History of a European Union Social Policy Directive” [online]. *International Journal of Employment Studies*, Vol. 10, núm. 1, April 2002, pp. 45-73. Availability: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=297512059292845;res=IELBUS>, ISSN: 1039-6993, [consultado el 16 de junio 2020].

Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019¹¹, que está en vigor desde el 16 de julio de 2019.

La trasposición de la norma supondrá una reforma de nuestro sistema concursal de gran calado, ya que incentiva la reestructuración preventiva y tiene por objeto facilitar que los empresarios de buena fe, que se encuentren en situación de sobreendeudamiento, dispongan de una segunda oportunidad y queden liberados de sus deudas, después de un tiempo razonable.

El nuevo sistema exigirá la reforma de los instrumentos preconcursales, ya que lo que se persigue es articular medios de alerta del riesgo de insolvencia; regular de forma completa y coherente los procedimientos de reestructuración preventiva de las deudas; simplificar el derecho concursal, aligerar costes y ampliar las posibilidades del beneficio de liberación de deudas. Es decir, se trata de articular sistemas que permitan evitar que la mayor parte de los concursos acaben en la liquidación de la empresa¹².

En la actualidad, sin embargo, el legislador español ha optado por refundir los textos legales vigentes. Por tanto, es previsible que el Estado solicite a la Comisión la prórroga máxima de un año por especiales dificultades para su aplicación, ya que, en la propia introducción del TRLC se advierte que una de las finalidades que persigue es constituir una base idónea para acometer, de forma más ordenada, clara y sistemática la inexcusable transposición de la referida Directiva de la Unión Europea de 20 de junio de 2019.

Volviendo al objeto de este estudio, la cuestión central será dilucidar cuál ha sido la concreta opción del legislador español sobre la materia. En caso de que la conclusión sea favorable a la aplicación de las garantías de la sucesión, será obligado analizar cuál es el orden jurisdiccional competente para resolver si se produce o no una transmisión de empresa en los casos de adquisición de una unidad productiva en el seno de un procedimiento concursal.

Nos encontramos ante una materia que está a caballo entre el ámbito laboral y el mercantil. En la parte empleadora concurren dos sujetos, uno de ellos, necesariamente sometido al orden civil, dada su situación concursal, pero el otro -la empresa adquirente-, generalmente será una entidad ajena al ámbito concursal.

La situación se complica porque las ventas, en sede concursal, deben ir autorizadas por el juez del concurso. Este órgano jurisdiccional no solo tiene esta competencia, sino que puede efectuar otros pronunciamientos como fijar las responsabilidades derivadas de la misma.

¹¹Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). DOUE L 172/18, de 26 de junio de 2019.

¹²Introducción del TRLC.

De otra parte, tenemos a los trabajadores afectados con el conjunto de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral. Su inclusión en un expediente de regulación de empleo concursal, que, necesariamente, ha de ir autorizado por el juez del concurso, puede determinar la extinción de la relación laboral con los derechos inherentes.

Ahora bien, si consideramos que nuestro ordenamiento permite aplicar la normativa de la sucesión, es obligado preguntarse si existe alguna vía legal para que el trabajador se oponga a su inclusión en el referido expediente de regulación de empleo concursal, o si es posible que, de forma directa o indirecta, impugne la decisión que autoriza las extinciones colectivas.

Por otro lado, en relación a los créditos, lógicamente, los puramente laborales podrán verse afectados por la posible aplicación de la institución de la sucesión de empresa y el régimen de responsabilidad solidaria que establece el artículo 44.3 TRLET. En este punto, será necesario analizar cuál es el concreto alcance de la autorización del juez del concurso. Su posible vinculación, más allá del ámbito civil y en concreto, la posible vinculación del orden jurisdiccional social.

También es relevante delimitar el ámbito objetivo de la referida responsabilidad, así como los concretos plazos, tanto de ejercicio de las acciones, como de la citada responsabilidad solidaria.

Por último, en esta materia, destaca el régimen de las obligaciones de Seguridad Social. Se trata de una cuestión que no afecta directamente a la jurisdicción social, sino a la contencioso-administrativa, por lo que, baste aquí indicar que antes de las reformas de los años 2014 y 2015, era destacable el silencio legal existente sobre esta materia, a diferencia de lo que ocurría con otras obligaciones de naturaleza pública como las tributarias. A estas últimas aludía la disposición final undécima de la LC, que exoneraba al adquirente de hacer frente a los referidos créditos públicos. La exoneración de responsabilidad está recogida en el artículo 42.1.c) LGT.

En cambio, antes de la reforma operada en la LC por el RDL 11/2014, los artículos 104.1 y 127.2 LGSS imponían la responsabilidad solidaria en materia de cotización y de prestaciones en los supuestos de sucesión. Incluso, en modificaciones ulteriores de la normativa de Seguridad Social, no se estableció ninguna exoneración al respecto.

Esta situación legal dio lugar a una incertidumbre interpretativa que llevó a los órganos judiciales a considerar, de forma mayoritaria, que era posible exonerar la responsabilidad de la empresa adquirente, seguramente movidos por el interés de dotar de mayor seguridad a las operaciones de enajenación de unidades productivas de empresas en concurso, considerando necesario ofrecer al adquirente una información precisa sobre el volumen de las cargas.

La nueva redacción del artículo 149 LC no generó dudas, aunque la imposición de hacer frente a las deudas de Seguridad Social, como ha destacado la doctrina más autorizada, seguramente haya generado mayores dificultades para la venta de unidades productivas¹³.

Estos son, en términos generales, todos los aspectos que trataré de analizar a lo largo de los ocho capítulos en los que se divide y estructura esta tesis.

En primer lugar, abordaré la institución laboral de la sucesión de empresa, primero desde un punto de vista general y, luego, desde la perspectiva concursal, es decir, partiendo de la situación de concurso de la empresa que vende activos con la preceptiva autorización del juez del concurso.

En el segundo término, trataré de exponer el régimen jurídico del expediente de regulación de empleo concursal, partiendo de conceptos básicos del derecho laboral, como regulación supletoria de la normativa concursal.

Finalmente, expondré las conclusiones que he alcanzado sobre todas las cuestiones que he ido anticipando.

¹³Vid., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales de las adquisiciones de empresas”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, ISBN9788490205273, p. 609.

En el mismo sentido, ORELLANA CANO, A. M^a., *La problemática laboral en el concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, ISBN13:9788491434153, p. 399 y ss.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA.VV.	Autores varios
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AIE	Agrupación de interés económico
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto de Tribunal Superior de Justicia
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
AJ 1ª I e I	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJS	Auto del Juzgado de lo Social
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889
Cco	Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885
CE	Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
D	Decreto
DL	Decreto Ley
DERE	Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de despidos colectivos. BOE núm. 141 de 14 de junio de 2011
ERE	Expediente de regulación de empleo
ERTE	Expediente de regulación temporal de empleo
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social

ISM	Instituto Social de la Marina
JM	Juzgado de lo Mercantil
J de 1ª I e I	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
JS	Juzgado de lo Social
L	Ley
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000
LGP	Ley General de Presupuestos del Estado
LGSS	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. BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RPAD	Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985
RPDC	Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de los despidos colectivos y de suspensión de contratos y de reducción de jornada. BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SMI	SMI
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SJ 1ª I e I	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. BOE núm. 127, de 7 de mayo
TRLET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

TRLGSS

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015

**LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO
CONCURSAL**

“Análisis jurisprudencial de la normativa laboral y concursal”

**TRANSFER OF UNDERTAKING AND COLLECTIVE DISMISSAL IN BANKRUPT
COMPANIES**

“Analysis of labour and bankruptcy law cases”

I. LA SUCESIÓN DE EMPRESA.

1. INTRODUCCIÓN.

La sucesión de empresa se regula en el artículo 44 TRLET. Este artículo no ha introducido ningún cambio respecto a la normativa anterior. Ha mantenido la redacción del precedente artículo 44 ET.

La norma procede de la L 12/2001¹⁴, que incorporó a nuestro derecho interno las modificaciones de la Directiva 98/50/CE, respecto a la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero y trató de reforzar las garantías de los trabajadores ante los cambios de empleador.

Como establece su exposición de motivos, alguna de las modificaciones que introduce se dirigen a reforzar las garantías en los supuestos de sucesión de empresa, “en particular, a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica”.

De acuerdo con el artículo 44 TRLET, la sucesión se produce cuando se transmiten los elementos productivos necesarios para que la actividad continúe. Esto es, cuando se transmite una empresa en su conjunto, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, entendida como entidad económica organizada de forma estable. Dicha entidad ha de contar con un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria.

Aunque se trata de una cuestión muy polémica, a efectos de una inicial aproximación doctrinal a la materia, sería posible destacar como circunstancia fundamental, que el elemento transmitido pueda ser explotado económicamente de forma independiente y sea capaz de ofrecer bienes o servicios en el mercado¹⁵.

Simplificando mucho las cosas, dado que más adelante ampliaremos este concepto, podríamos decir que, en principio, una unidad económica organizada de manera estable implica un conjunto de elementos materiales y personales que permiten desarrollar una actividad económica propia. Ha de estar suficientemente estructurada y, además, debe ser autónoma. Su consideración como tal vendrá dada no solo por los elementos del activo material, sino por otros factores como el valor del activo inmaterial, el tipo de empresa de que se trate, el grado de analogía de la actividad desarrollada antes y después de la transmisión, o la posible asunción de una parte significativa de la

¹⁴L 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001.

¹⁵Definición dada por GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de derecho del trabajo*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ISBN 978-84-9119-012-7, p. 610.

plantilla de la anterior¹⁶.

En cualquier caso, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada¹⁷.

La definición de entidad económica organizada de forma estable puede estructurarse en dos conceptos. En primer lugar, podemos hablar de la unidad productiva autónoma y, en segundo término, de la entidad económica organizada.

El concepto de unidad productiva autónoma se recoge en el artículo 44.2 del TRLET y en el artículo 1.b) de la Directiva 2001/23/CE.

Por su parte, la entidad económica independiente hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica y que persigue un objetivo propio¹⁸.

En lo que respecta a los elementos que la integran, en primer lugar, es necesario que concurra un elemento subjetivo, que viene determinado por el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

El segundo elemento que podríamos destacar es de naturaleza objetiva. He de puntualizar que estoy efectuando una aproximación genérica a los elementos que pueden determinar la existencia de una sucesión de empresa, por lo que, con independencia de los matices que luego desgranaré, creo que puede ser ejemplificativo hablar del elemento objetivo, ya que tal identificación es concordante con la inicial postura del legislador europeo.

Partiendo de esta premisa, podríamos indicar que, en principio, es necesario que ese conjunto de elementos permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, ha de tratarse de una unidad o un conjunto de medios organizados con la finalidad de desarrollar una actividad económica, de naturaleza esencial o accesorio. La simple transmisión de bienes no es suficiente. Es necesario que los mismos constituyan una base económica suficiente de cara a la continuidad de la actividad empresarial¹⁹.

¹⁶En este sentido, destacan las SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65], de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99], de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45], de 26 de septiembre de 2000 (C-175/99, asunto Mayeur) [TJCE 2000\212], de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05, asunto Jouni y otros) [TJCE 2007\233] y de 29 de julio de 2010 (C-151/09, asunto UGT) [TJCE 2010\241], entre otras.

¹⁷Así lo establece la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard) [TJCE 1995\154].

¹⁸STJCE de 11 de marzo de 1997, (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

¹⁹En este sentido destaca la STS, Sala Cuarta, de 19 de marzo de 2002 (Rec. 4216/2000) [RJ 2002\6465] que rechaza la existencia de sucesión en un supuesto en el que tras la transmisión solo habían permanecido los muebles y los equipos

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, entre las cuales se encuentra el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. La transmisión o no de elementos materiales como edificios u otros bienes muebles. El valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. Que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. Que se haya transmitido o no la clientela. Finalmente, deberá analizarse el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

En términos generales, parece que la jurisprudencia europea parte de los conceptos organización y estabilidad para delimitar el ámbito objetivo de la sucesión de empresa. Se habla de un conjunto organizado de elementos patrimoniales, ya sean materiales o inmateriales, o de un conjunto, también organizado, de personas que permitan el desarrollo de una actividad económica. De este modo, el desarrollo de una actividad similar no implica necesariamente que haya sucesión, lo relevante será que se haya transmitido esa unidad organizada de forma estable.

Al margen de que se haya admitido la denominada sucesión de plantillas, para supuestos en los que la actividad descansa en la mano de obra, lo cierto es que la concepción de la sucesión es básicamente patrimonialista. El concepto entidad económica al que se refiere la STJUE de 24 de enero de 2002 (Asunto Temco)²⁰, parece haber dejado atrás los iniciales presupuestos, mucho más amplios, utilizados por sentencias previas, como la STJCE de 14 de abril de 1994 (Asunto Schmidt)²¹, en las que se afirmaba que la falta de transmisión de elementos patrimoniales no excluía la existencia de transmisión, siendo suficiente con que se concurriera el requisito de la identidad de la entidad económica.

En cualquier caso, debe considerarse que los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc., son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse de forma aislada²².

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 TRLET, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular. Uno de los elementos fundamentales para ello es

informáticos de la anterior empresa, pero dichos bienes no constituían un soporte económico suficiente para que continuase la acción empresarial.

²⁰STJCE de 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29].

²¹STJCE de 14 de abril de 1994 (C-392/92, Schmidt) [TJCE 1994\54].

²²SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65].

que continúe, de forma efectiva, la explotación, o bien que se reanude²³.

Por último, se requiere un negocio traslativo que permita el tracto directo entre el nuevo y el anterior empresario.

2. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA. EMPLEADOR Y TRABAJADOR.

Desde el punto de vista empresarial debe producirse un el cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Así lo establece el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE. Por tanto, se requiere la concurrencia de dos sujetos, esto es, el empresario cedente y el cesionario.

El cedente es cualquier persona física o jurídica que pierda la condición de empleador como consecuencia del traspaso, conforme establece el artículo 2.1.a) de la Directiva. También lo es la empresa del grupo al que estaban destinados los trabajadores de forma permanente sin contrato de trabajo²⁴.

El cesionario es cualquier persona física o jurídica que pase a ostentar la condición de empleador respecto de una empresa, centro de actividad o parte de estos, como consecuencia de la misma transmisión [art. 2.1.b) Directiva 2001/23/CE], debiendo interpretarse las excepciones de forma estricta²⁵.

En el ámbito empresarial se incluyen las empresas públicas²⁶ y privadas [art. 1.1.c) Directiva 2001/23/CE]²⁷, que ejerzan una actividad económica con o sin ánimo de lucro, así como las empresas de trabajo temporal y los grupos de empresas. Las referencias a empresas que actúen en el mercado sin ánimo de lucro, si bien puede parecer chocante, ha sido explicada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, que no pueden verse mermados por esta circunstancia, siendo así que una entidad que actúe en el mercado, desarrollando una actividad económica, debe ser considerada empresa, aun cuando no tenga ánimo de lucro²⁸.

²³SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65] y de 11 de marzo de 1997, (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

²⁴En este sentido se pronuncia la STJUE de 21 de octubre de 2010 (C-242/2009, asunto Albron Catering BC) [TJCE 2010\313].

²⁵STJUE de 11 de junio de 2009 (C-561/07, asunto Comisión/Italia) [TJCE 2009\168].

²⁶STJCE de 15 de octubre de 1996 (C-298/1994, asunto Henke) [TJCE 1996\182].

²⁷Artículo añadido por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio.

²⁸En este sentido, STJCE de 8 de junio de 1994 (C-382/1992) [TJCE 1994\96].

En lo que respecta a empresas de trabajo temporal, es necesario que los elementos de explotación, que hayan sido objeto de traspaso, constituyan un “un conjunto operacional autosuficiente”²⁹.

Por su parte, los grupos de empresa también pueden verse afectados por la Directiva 2001/23/CE, ya que es posible considerar cedente a la empresa del grupo a la que los trabajadores estaban destinados de manera permanente, sin que, sin embargo, estuvieran vinculados a esta mediante un contrato de trabajo³⁰.

Por otro lado, en la otra parte de la operación sucesoria se encuentran los trabajadores, esto es, quienes estén vinculados con la empresa cedente por una relación laboral. El concepto comprende toda aquella persona protegida por la legislación del estado miembro [art. 2.1.c) Directiva 2001/23/CE], incluido el personal de alta dirección³¹.

De acuerdo con la directiva no es posible excluir a los trabajadores en función de la modalidad contractual, esto es, porque tengan un contrato a tiempo parcial, una relación laboral por tiempo determinado o porque hayan sido puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal [arts. 2.2.a), b) y c) Directiva 2001/23/CE].

La Directiva se aplica a las relaciones laborales nacidas antes de la sucesión³² y que estén vivas al tiempo de la misma³³. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha establecido que la fecha que se debe considerar es la de la transmisión, esto es, el momento preciso en el que la operación de transmisión se haya producido, sin tener en cuenta el período más o menos largo durante el que esta se desarrolle y sin que pueda ser fijada una fecha distinta de forma unilateral por el cedente o por el cesionario³⁴.

Por último, la Directiva no obliga a los Estados Miembros a fijar normas que impongan la transmisión al adquirente de obligaciones relativas a trabajadores no empleados en la empresa al tiempo de la sucesión. De hecho, el ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (asunto Briot)³⁵ descarta

²⁹En este sentido se pronuncia la STJCE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05, asunto Mohamed Jouini) [TJCE 2007\233].

³⁰Así lo indica la STJUE de 21 de octubre de 2010 (C-242/2009, asunto Albron Catering BC) [TJCE 2010\313].

³¹Así lo estableció la STS, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 4146/2010) [RJ 2012\1094].

³²STJUE de 7 de febrero de 1985 (C-135/83, asunto Abels) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0135>].

³³STJUE de 7 de febrero de 1985, C-19/83, asunto Wendelboe [<http://curia.europa.eu/juris/>].

³⁴En este sentido se pronuncia la STJCE de 26 de mayo de 2005 (C-478/03, asunto Celtec) [TJCE 2005\146].

³⁵ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (C-386/09, asunto Briot) [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78728&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1426819>].

aplicar la directiva a un contrato temporal extinguido antes del traspaso.

3. ELEMENTO OBJETIVO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA.

El elemento objetivo tiene dos vertientes. De un lado, está el objeto de la transmisión y, de otro, el negocio traslativo. El objeto de la transmisión puede venir constituido por la empresa en su totalidad o por unidades más reducidas de la misma que reúnan determinadas características. Tras la redacción dada por la Directiva 98/50/CE, el artículo 1.1.a) de la Directiva 2001/23/CE establece que el ámbito de aplicación de la norma incluye los traspasos de centros de actividad y también los traspasos de partes de empresas. Por tanto, además de la empresa, la sucesión puede versar sobre centros de actividad y también sobre una parte de la empresa.

Sin perjuicio de ello, el artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE establece que el traspaso puede afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya sea esencial o accesorio. Se trata del concepto de unidad productiva autónoma que ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia y que, examinaré a continuación.

En el mismo sentido, el artículo 44 TRLET admite tres posibles objetos de sucesión. De una parte, nos encontraríamos con la empresa en su totalidad. De otro lado, estaría el centro de trabajo y, por último, las unidades productivas autónomas de la misma. Respecto al concepto empresa no es posible obviar el amplio debate doctrinal que, tradicionalmente, diferenció dos tipos de entidades económicas que pueden definir a una realidad empresarial susceptible de dar lugar al fenómeno de la sucesión de empresa. De una parte, estaría la empresa en el sentido material, en la que adquieren singular relevancia los elementos patrimoniales y, de otra, la empresa que se caracteriza por la actividad económica “netamente desmaterializada”, en la que destaca, fundamentalmente, la mano de obra³⁶.

Por otro lado, como he dicho, el elemento objetivo comprende también el negocio traslativo. Este aspecto será abordado una vez terminado el análisis de la unidad productiva.

3.1. La unidad productiva autónoma. Concepto.

Al inicio del presente capítulo, he realizado una inicial aproximación al concepto de unidad productiva autónoma, por lo que procederé ahora a ampliar esas primeras consideraciones.

³⁶CRUZ VILLALÓN, J. y ASQUERINO LAMPARERO, M. ^a J., “El empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230/2020, parte Crónicas, ISSN 2444-3476, pp. 77.

El concepto de unidad productiva es diferente al de empresa y al de centro de trabajo. El término empresa supone una organización económica en su conjunto. El centro de trabajo se caracteriza por la autonomía organizativa y la base locativa. Por su parte, la unidad productiva autónoma tiene una base, claramente, funcional y presupone la entrega de todos los elementos esenciales que sean necesarios para asegurar la continuidad o, al menos, la de aquellos que puedan constituir “un soporte productivo dotado de autonomía funcional”³⁷, por lo que constituye una parte o una unidad de la empresa que está dotada de autonomía productiva y que, por lo tanto, funciona o puede funcionar de modo autónomo³⁸. El hecho de que se trate de un concepto diferente al de centro de trabajo, desde el punto de vista funcional, determina que la unidad productiva autónoma puede tener una dimensión tanto superior como inferior al centro de trabajo³⁹.

Como antes expuse, el concepto de unidad productiva se recoge en el artículo 44.2 del TRLET y en el artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE. Se trata de un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales, que resultan idóneos para desarrollar una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios en el mercado y que persigue un objetivo propio⁴⁰. No es necesario que dicha unidad mantenga la concreta organización establecida por el empresario, sino que basta con que se mantenga el vínculo funcional entre los distintos factores de producción transmitidos⁴¹.

Por tanto, se trata de unidades empresariales con capacidad de producción independiente, tal como ha reconocido en múltiples ocasiones la doctrina, destacando su autonomía desde el punto de vista finalístico y el hecho de configurarse como unidad susceptible de ser explotada de forma autónoma o independiente del complejo empresarial del que forma parte⁴². En el mismo sentido se

³⁷Con estos argumentos la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 28 de noviembre de 2006 (Rec. 2489/2006) [AS 2007\878].

³⁸GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R., “La difusa noción de “unidad productiva autónoma” como objeto de transmisión: apuntes al hilo de algunos pronunciamientos recientes”, *Revista de información laboral*, núm. 9, parte editorial, 2017, BIB 2017\13136, p. 7.

³⁹SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Clarooscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10/2001, parte Tribuna, BIB 2001\1007.

⁴⁰En este sentido se pronuncian las SSTJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45], de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, asunto Carlito Abler y otros) [TJCE 2003\386] y de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres y Gul Demir contra Securicor Aviation (Germany) LtdKötter Aviation Security G) [TJCE 2005\406].

⁴¹Sobre esta cuestión destaca la STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto Ferreira da Silva [TJCE 2015\368].

⁴²MONEREO PÉREZ, J. L., «La transmisión parcial de empresas: el “centro de trabajo” y la “unidad productiva autónoma”», *Documentación laboral*, núm. 52, 1997, ISSN 0211-8556, pp. 57-87.

ha pronunciado el Tribunal Supremo⁴³. Ahora bien, en cualquier caso, la autonomía funcional de la unidad en cuestión ha de ser previa a la transmisión⁴⁴.

La entidad económica ha de estar organizada de forma estable. Esto es, su actividad no puede limitarse a la ejecución de una obra determinada⁴⁵ y, además, es necesario que la actividad empresarial o profesional esté en funcionamiento al tiempo de la transmisión y que continúe tras el traspaso.

La unidad productiva, por tanto, se caracteriza por la idoneidad que presentan un conjunto de elementos patrimoniales para ser susceptibles de una explotación económica independiente, es decir, para ofrecer bienes y servicios en el mercado⁴⁶, inmediatamente después de la transmisión.

Es importante que lo transmitido sea un conjunto organizado y no meros “elementos patrimoniales aislados”⁴⁷. De ahí que, por ejemplo, en supuestos en los que solo se transmite el bien inmueble en el que se venía desarrollando la actividad económica, cuando esta se ha paralizado, pero no los elementos materiales en los que esta descansaba, se rechaza la existencia de sucesión, ya que no estamos ante una unidad productiva autónoma, como destaca la STS, Sala Cuarta, de 24 de septiembre de 2012⁴⁸.

Del mismo modo, en casos en los que no se transmiten elementos materiales, personales, ni tampoco los locales en los que se desarrolla la actividad, no cabe considerar que lo transmitido sea una unidad productiva autónoma. Así se razona en la STS, Sala Cuarta, de 23 noviembre 2016⁴⁹, en un supuesto de sucesión de contratas en el que no había transmisión de elementos patrimoniales. Se carecía de infraestructura y organización empresarial básica y tampoco se había producido traspaso de personal.

Tampoco hay sucesión cuando lo que realmente se produce es la creación de una nueva entidad, aunque desarrolle la misma actividad, como destaca la STS, Sala Cuarta, de 16 de

⁴³En este sentido se pronuncian las SSTS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/1993) [RJ 1994\8531], de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003) [RJ 2004\7162], de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006) [RJ 2008\4224], de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997] y de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010) [RJ 2011\2734], entre otras.

⁴⁴Así lo recoge la STJUE de 6 de marzo de 2014 (C- 458/12, asunto Lorenzo Amatori y otros [TJCE 2014\60].

⁴⁵STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard) [TJCE 1995\154].

⁴⁶SSTS, Sala Cuarta, de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997] y de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010) [RJ 2011\2734].

⁴⁷Así lo establece la STS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113]. Doctrina anterior en la STS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1986 [RJ 1986\5902] y que reiteran las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016 (Rec. 224/2015) [RJ 2016\4407] y de 14 de abril de 2016 (Rec. 35/2015) [RJ 2016\2225].

⁴⁸STS, Sala Cuarta, de 24 de septiembre de 2012 (Rec. 3252/2011) [RJ 2012\10287].

⁴⁹STS, Sala Cuarta, de 23 noviembre 2016 (Rec. 795/2015) [RJ 2016\6193].

diciembre de 1998⁵⁰.

Por otro lado, la mera transmisión de determinados elementos patrimoniales y algunos trabajadores tampoco puede considerarse como unidad productiva autónoma, en términos de la STS, Sala Cuarta, de 17 de julio de 1998⁵¹.

No obstante, es necesario examinar cada supuesto de forma exhaustiva, pues existen casos en los que la transmisión de un departamento, que forma parte integrante de la empresa, puede constituir una unidad productiva autónoma, de acuerdo con los criterios de la STJUE de 6 de marzo de 2014 (Lorenzo Amatori)⁵². Lo relevante será la preexistencia de la unidad productiva que se pretende transmitir y ello exige que, en este tipo de supuestos, se deban valorar las concretas características de la transmisión. En especial, el hecho de que disponga de un conjunto de elementos materiales y personales específicamente asignados al desarrollo de la concreta actividad encomendada y el importe al que ascienda la referida actividad económica. Sobre esta cuestión se pronuncia la STS, de Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2017⁵³, que analiza un supuesto en el que el objeto de transmisión eran varios departamentos comerciales dedicados a labores de recobros e impagados de dos entidades bancarias. El Tribunal Supremo consideró que constituían unidades productivas autónomas de carácter estable, pues desarrollaban una actividad económica muy relevante y además contaban con un conjunto de medios organizados dotados de infraestructura material y personal específica.

No existe una unidad productiva autónoma, sin embargo, cuando lo que se cede es la gestión de determinados servicios, aunque se ponga a disposición del cesionario el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad⁵⁴.

Tampoco se produce transmisión global de la empresa ni de una unidad productiva cuando la adquisición no deriva directamente de la entidad titular que desarrollaba la actividad, sino de terceros, salvo que se acredite fraude de ley, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014⁵⁵, incluso si, con posterioridad, se produce una reunificación de los locales y de la

⁵⁰STS, Sala Cuarta, de 16 de diciembre de 1998 (Rec. 3590/1997) [RJ 1998\10516].

⁵¹En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 17 de julio de 1998 (Rec. 4223/1997) [RJ 1998\6527]. Analiza un supuesto en el que se habían transmitido dieciocho vehículos y nueve trabajadores de la primera empresa pasaron a la segunda, pero no constaba que el actor prestara servicios en la unidad a la que pertenecían dichos camiones.

⁵²STJUE de 6 de marzo de 2014 (C-458/12, asunto Lorenzo Amatori) [TJCE 2014\60].

⁵³STS, de Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 165/2016) [JUR 2018\15926]. La sentencia recoge la doctrina de la previa STS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016 (Rec. 224/2015) [RJ 2016\4407]. En el mismo sentido, la STS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016 (Rec. 224/2015) [RJ 2016\4407].

⁵⁴STSJ de Madrid, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 1379/2013) [AS 2014\871].

⁵⁵STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013) [RJ 2014\2769] y de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113].

infraestructura para desarrollar una actividad similar a la anterior. De este modo, supuestos en los que se transmiten elementos materiales a un tercero que luego los arrienda a una empresa, pueden dar lugar a una sucesión empresarial, como analiza la STS, Sala Cuarta, de 7 de febrero de 2012⁵⁶, en un caso de transmisión de bienes a una empresa que, a su vez, los había puesto a disposición de una tercera empresa, mediante un contrato de arrendamiento.

Por su parte, los supuestos de externalización de distintas ramas de actividad de una empresa constituyen una transmisión lícita y real de los medios humanos y materiales necesarios para desarrollar las actividades segregadas, pero no una sucesión, según establece la STS, Sala Cuarta, de 14 de febrero de 2011⁵⁷.

Tampoco se aplica la normativa de la sucesión de empresas en los casos de “salvamento” o “reflotación” de empresas por los propios trabajadores⁵⁸. Se trata de un criterio flexible que parte de considerar que los trabajadores que se ven afectados por el cese de la empresa, se lanzan a un nuevo proyecto, empleando algunos elementos patrimoniales y alguna de las relaciones comerciales de la anterior, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capitalizado de las prestaciones de desempleo. Esa actuación sería lícita y además merecedora de la protección del ordenamiento jurídico laboral, pero no es una sucesión empresarial. Lo mismo ocurre cuando la empresa despide a todos los trabajadores y estos constituyen una nueva sociedad, aportando el mobiliario y los equipos informáticos que se les habían entregado en pago de sus liquidaciones, manteniendo la misma actividad, en el local alquilado por los propietarios⁵⁹.

Ahora bien, merece la pena destacar que esta doctrina del Tribunal Supremo respecto a que los supuestos de creación de “una nueva empresa a partir de las cenizas de una anterior, ya sin actividad” no pueden considerarse como sucesión empresarial, parte de considerar que en el momento en que se pone en marcha la nueva sociedad, no existe ya una organización empresarial que reúna las condiciones necesarias para determinar la existencia de una sucesión de empresa. Este argumento parece chocar con la doctrina europea que, en la actualidad, tiende a utilizar criterios funcionales frente a los tradicionales criterios organizativos. Es lo que ocurre en la STJUE 9 de septiembre 2015 (asunto Ferreira da Silva)⁶⁰, en la que se pone el acento en el mantenimiento de los

⁵⁶STS, Sala Cuarta, de 7 de febrero de 2012 (Rec. 199/2010) [ROJ: STS 2278/2012].

⁵⁷STS, Sala Cuarta, de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010) [RJ 2011\2734].

⁵⁸DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, ISSN 1137-5868, p. 247-248.

⁵⁹SEMPERE NAVARRO, “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 9-10, Parte Tribuna, 2014, BIB 2014\90, p. 15, apartado 2.F.

⁶⁰STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, asunto Ferreira da Silva) [TJCE 2015\368].

vínculos funcionales de interdependencia y de complementariedad, más que sobre el elemento organizativo. De este modo, se establece que el mantenimiento del vínculo funcional existente entre los distintos factores transmitidos, permite al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa.

Finalmente, tampoco se produce sucesión en los casos de venta de acciones entre sociedades, conforme razona la STS, Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2012⁶¹.

En otros supuestos, sin embargo, sí se produce la sucesión legal, por ejemplo, cuando, como consecuencia de la externalización empresarial, se transmitan elementos materiales, o cuando se produzca la asunción de buena parte de la plantilla. En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014⁶², al indicar que la existencia de sucesión vendrá determinada por la transmisión de una organización, esto es, de un conjunto de medios organizados para un fin, que es el factor objetivo necesario para la aplicación de la Directiva europea y del artículo 44 TRLET⁶³.

También habrá sucesión en los supuestos de externalización de los servicios de restauración en un centro privado de atención a discapacitados, como examina la STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2002⁶⁴. En dicho supuesto, la empresa principal había cedido a otra, en arrendamiento, los locales destinados a cocina y también los útiles de limpieza. Esto es una cesión de una unidad productiva autónoma, porque, como razona el Alto Tribunal, el hecho de que el título de transmisión fuera un contrato de arrendamiento, no es un obstáculo legal, pues para ser empresario no es preciso ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino que basta poseer la titularidad del negocio.

La externalización de una actividad concreta, que sea perfectamente diferenciable, también constituye una sucesión empresarial, de conformidad con la STS, Sala Cuarta, de 14 de abril de 2016⁶⁵, cuando se transmiten los medios materiales y personales con los que se venía realizando la actividad, que además se atribuyen, en exclusiva, a la misma.

⁶¹STS, Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2012 (Rec. 3754/2011) [RJ 2012\11280].

⁶²STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014].

⁶³Tomando como base este argumento, la referida sentencia desestima la existencia de sucesión empresarial en un supuesto de externalización en el marco de un despido colectivo, pues en ese supuesto solo se habían transferido determinados elementos materiales (la producción de noticias, la realización de programas, etc...), pero no un conjunto de medios organizados. Con mayor amplitud, ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Dimensión laboral de la sucesión de empresas en el actual contexto económico”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coor.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Cinca, Madrid, 2016, ISBN 978-84-16668-03-8, pp. 123-148.

⁶⁴STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/2002) [RJ 2003\1962].

⁶⁵STS, Sala Cuarta, de 14 de abril de 2016 (Rec. 35/2015) [RJ 2016\2225].

De igual modo, se reconoce la existencia de sucesión en las SSTS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre 2017⁶⁶, en casos de reversión a la Administración Pública de un servicio, inicialmente externalizado, asumiendo esta, el desarrollo de la actividad con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista y devueltos tras su finalización, pero sin hacerse cargo de los trabajadores, ya que existe transmisión de los elementos patrimoniales imprescindibles para llevar a cabo el servicio. Estas sentencias matizan que la jurisprudencia sobre no subrogación, en supuestos de reversión de contrataciones en Administraciones Públicas está referida a los casos en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, o en la inaplicación del convenio que imponía la subrogación, que es lo que ocurría en los supuestos analizados por las SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre 2016 y de 4 de octubre de 2017⁶⁷.

En sentido semejante se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2020⁶⁸, que analiza un caso de reversión del servicio de comedor de escuelas infantiles desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que, a su vez, acuerda la gestión del mismo con los mismos medios que habían venido utilizando las anteriores contratistas y que eran titularidad del consistorio. En este caso se entendió que no había duda de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio, pues se habían entregado los elementos patrimoniales inevitables para la continuidad de la actividad, o lo que es lo mismo, se había producido una transmisión de un conjunto de instalaciones y medios que conformaban una determinada actividad económica que mantenía su identidad, tras la reasunción del servicio por parte del Ayuntamiento.

No obstante, en los supuestos en los que se produce la extinción de un contrato de arrendamiento sin reversión de la actividad al propietario, no se produce sucesión de empresa, ya que aquella exige la efectiva reversión del servicio o actividad al arrendador. Es decir, que este continúe desarrollando la actividad y, además, que se produzca la transmisión de elementos patrimoniales para llevar a cabo la misma. Se exceptúa, sin embargo, el caso de que la actividad descansa, de forma preponderante, sobre la mano de obra, pues en tal supuesto, como luego veremos, podrá producirse la transmisión de elementos personales, es decir, una "sucesión de plantilla"⁶⁹.

Por otro lado, constituye una sucesión de empresa, según la STS, Sala Cuarta, de 18 de

⁶⁶SSTS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre 2017 (Recs. 2612/2016 [RJ 2017\4447], 2650/2016 [RJ 2017\4477], 2629/2016 [RJ 2017\4527] y 2832/2016 [RJ 2017\4481]).

⁶⁷SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre 2016 (Rec. 1674/2015) [RJ 2017\206] y de 4 de octubre de 2017 (Rec. 2389/2015) [RJ 2017\4742].

⁶⁸STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2020 (Rec. 1916/2017) [ROJ: STS 1137/2020].

⁶⁹Así lo establece la STS, Sala Cuarta, de 4 de octubre de 2017 (Rec. 2389/2015) [RJ 2017\4742].

septiembre de 2014⁷⁰, la creación de sociedades mercantiles para que asuman determinadas áreas de la actividad principal y propia, cuando las actividades segregadas disponen de un conjunto organizado de elementos materiales y personales que permite su desarrollo. Lo mismo ocurre en los supuestos en que una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, es disuelta por acuerdo del órgano ejecutivo. Si su actividad se transmite habrá sucesión, como recoge la STJUE de 20 de julio de 2017 (Piscarreta)⁷¹, pero siempre que, tras la transmisión, la unidad mantenga su identidad.

También se produce sucesión de empresa cuando se transmiten a la sucesora los locales, la cartera de clientes, los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad y, además, también parte de la plantilla⁷². En estos casos, la obligación de subrogación del personal solo excluye a aquellos trabajadores que presten servicios en centros de trabajo o unidades productivas autónomas e independientes del departamento o departamentos que hayan sido adquiridos. Es decir, la transmisión de una empresa afecta necesariamente a todos sus departamentos, por lo que la exclusión de alguno de los que son imprescindibles para la adecuada gestión de la misma, supone un fraude de ley. Los únicos que pueden quedar al margen de la transmisión son, como decimos, los centros de trabajo autónomos o las unidades productivas autónomas.

Por tanto, lo esencial, reitero, es que se transmita una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, de carácter esencial, aunque no es preciso que dicha autonomía sea absoluta en el momento inmediatamente anterior a la transmisión. Lo que ha de mantenerse es el vínculo funcional entre los factores de producción transmitidos⁷³. Por ello, es irrelevante que existan conexiones entre la unidad transmitida y el resto de la empresa, como estar bajo una única dirección general y de personal, o que exista un único control de contabilidad, o, incluso, que la actividad se desarrolle en el mismo centro. Lo esencial es que se trate de una unidad productiva diferenciada, susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar de modo autónomo, aunque sea necesario dotarla de vida propia, es decir, de aquellos soportes complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada⁷⁴.

En definitiva, podríamos decir que, de un lado, la aportación de bienes materiales aislados que no permitan la continuidad de la actividad y la correlativa aportación por la adquirente de bienes indispensables para la continuación de la misma actividad empresarial, puede determinar la

⁷⁰STS, Sala Cuarta, de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 130/2013) [RJ 2014\4953].

⁷¹STJUE de 20 de julio de 2017 (C-416/16, asunto Piscarreta) [JUR 2017\200816].

⁷²STS, Sala Cuarta, de 14 marzo 2017 (Rec. 229/2015) [RJ 2017\1487].

⁷³Así lo recoge la STJCE de 12 de febrero de 2009 (C-466/07, asunto Klarenberg) [TJCE 2009\29].

⁷⁴Esta circunstancia se destaca en la STS, Sala Cuarta, de 25 de abril de 1988 [RJ 1988\3021].

inexistencia de sucesión⁷⁵.

Este concepto teórico es fácil de comprender. No obstante, en numerosas ocasiones, su aplicación práctica no es sencilla. El examen de las distintas resoluciones judiciales dictadas sobre la materia pone de manifiesto que estamos ante una cuestión extremadamente casuística. Los distintos elementos fácticos concurrentes son los que permitirán determinar cuando estamos ante una unidad productiva independiente y cuando no.

En cualquier caso, los elementos fundamentales que se deben considerar son la naturaleza de la actividad que se viene desarrollando en la empresa (tanto la principal como las accesorias) y la concreta contribución de la unidad objeto de transmisión, a la realización de aquella.

El concepto actividad económica adquiere una relevancia fundamental de cara a determinar si se ha producido una sucesión de empresa. Dicho concepto comprende cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y excluye las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público⁷⁶.

En este sentido diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han delimitado el concepto de actividad económica. De este modo, se han considerado actividades económicas los servicios auxiliares de las escuelas públicas como el mantenimiento o la limpieza⁷⁷; la ayuda a domicilio de personas necesitadas y la vigilancia de un depósito sanitario⁷⁸; la actividad de publicidad e información realizada por una empresa contratista para un municipio⁷⁹; los servicios de gestión de telecomunicaciones para una administración pública⁸⁰; los servicios hospitalarios y asistencia sanitaria, aunque se presten en el marco del sistema público de Seguridad Social⁸¹; la actividad de gestión de un aeropuerto, aunque comprenda funciones propias de autoridad pública⁸² o los servicios de colocación laboral⁸³.

⁷⁵En este sentido destaca la STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015 (Rec. 15/2014) [RJ 2015\471], que indica que lo fundamental no es la inversión en medios materiales que haga la empresa adquirente, sino la necesidad de los mismos para la puesta en marcha o la continuidad de la actividad.

⁷⁶STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246]. También las SSTJCE de 15 de octubre de 1996 (C-2908/94, asunto Henke) [TJCE 1996\182], de STJCE de 1 de julio de 2008 (C-49/07, asunto Motoe) [TJCE 2008\148].

⁷⁷STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246].

⁷⁸STJCE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo) [TJCE 1998\309].

⁷⁹STJUE de 26 de septiembre de 2000 (C-175/99, asunto Mayeur) [TJCE 2000\212].

⁸⁰STJUE de 14 de septiembre de 2000, (C-343/98, asunto Collino) [TJCE 2000\195].

⁸¹STJUE de 12 de julio de 2001 (C-157/99, asunto Smits) [TJCE 2001\196].

⁸²STJCE 24 de octubre de 2002 (C-82/01, asunto Aeroports de París) [TJCE 2002\299].

⁸³STJCE de 8 de junio de 2000 (C-258/98, asunto Giovanniotros) [TJCE 2000\128].

En cambio, otras actividades como el control de la navegación aérea⁸⁴, o la vigilancia de la contaminación⁸⁵, no se consideran actividad económica⁸⁶. Además, se incluyen en la Directiva tanto actividades privadas como públicas, con o sin ánimo de lucro⁸⁷.

Por otro lado, es necesario considerar, entre otras circunstancias, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión⁸⁸. Esa identidad puede resultar de que se trate de una actividad realizada, esencialmente, mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos, sea coincidente.

Ahora bien, es necesario tener presente que, aunque concurren actividades similares o, incluso, idénticas en la nueva empresa y la saliente, esto no implica que necesariamente estemos ante una unidad económica que mantiene su identidad, ya que esta circunstancia se pone de manifiesto en otros elementos como el personal, la organización del trabajo o los métodos de explotación⁸⁹.

Además, adquiere singular relevancia la determinación de los elementos materiales comprendidos en el negocio y también es trascendente que sean fundamentales o no para la efectiva materialización de la actividad⁹⁰.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia europea podríamos establecer que, entre otros, los elementos fundamentales que determinan la existencia de una transmisión de una unidad económica que conserva su identidad son los siguientes. El tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; la continuidad de la actividad; el grado de analogía entre las actividades; la duración

⁸⁴STJCE de 19 de enero de 1994 (C-364/92, Eurocontrol) [TJCE 1994\3].

⁸⁵STJCE de 18 de marzo de 1997, C-343/95), Calí y Fligi [TJCE 1997\54].

⁸⁶Con mayor amplitud, vid. MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “La decisiva influencia del derecho europeo en la sucesión de empresas: la directiva 2001/23 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017, ISBN: 9788491525516, p. 33-59, con cita de LÓPEZ PARADA, R., Jornada de estudio: Efectos laborales de la municipalización de servicios públicos y situación de los trabajadores indefinidos no fijos. Ponencia “Procedimientos de municipalización de contrata de servicios públicos y sus efectos laborales”, facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 8 de octubre de 2015, organizada por la Universidad de Castilla-La Mancha y CELDS, con la colaboración de CCOO y la editorial Bomarzo.

⁸⁷La STJUE de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98, asunto Collino y Chiappero) [TJCE 2000\195] estableció que es irrelevante que el personal transferido y la actividad desarrollada esté integrada en una Administración Pública.

⁸⁸STJCE de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99].

⁸⁹STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto asunto Clece S.A.) [TJCE 2011\4].

⁹⁰STJCE de 7 de marzo de 1996 (asunto Merks) [TJCE 1996\41], de 15 de diciembre de 2005 (C- 232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres y Gul Demir contra Securicor Aviation (Germany) LtdKötter Aviation Security G [TJCE 2005\406] y de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto CLECE S.A.) [TJCE 2011\4].

que pueda haber tenido la eventual suspensión de la actividad y la transmisión de elementos materiales e inmateriales, de la clientela o de la mayor parte del personal directivo⁹¹. En cualquier caso, siempre se debe realizar una evaluación conjunta y no aislada de los distintos elementos que se acaban de citar.

Ahora bien, en los casos en los que la transmisión no comprenda elementos materiales ni inmateriales y el adquirente tampoco se haga cargo de una parte sustancial de la plantilla del anterior, no es posible la aplicación de la Directiva 2001/23/CE⁹². Así, a título de ejemplo, no se produce transmisión de empresa en supuestos en los que no se transmitan los elementos esenciales de la explotación que permitan una gestión económica independiente⁹³.

Los diferentes elementos que se mencionan, esto es, la transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc, son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse aisladamente⁹⁴.

Como recoge la inicial STJCE de 18 de marzo de 1986 (Asunto Spijkers)⁹⁵, para considerar si se ha producido una sucesión empresarial es necesario analizar “todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión”. Esta sentencia cita, entre los elementos relevantes, el tipo de empresa; que haya habido o no transmisión de bienes inmateriales al tiempo de la transmisión; que el adquirente se haya hecho cargo de los trabajadores; haya transmitido o no clientela; el grado de analogía entre las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de la actividad. En dicho análisis global ha de considerarse especialmente cuál es el elemento esencial en el que descansa la actividad empresarial y, en el caso

⁹¹En este sentido se pronuncia la STJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65] y la STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto Clece) [TJCE 2011\4].

Ahora bien, el hecho de que no se transmitan activos no siempre es relevante, pues la valoración de la transmisión de una entidad económica ha de ponerse en relación con el tipo de empresa o de centro de actividad, como establece la STJC de 7 de marzo de 1996 (Caso Albert MerckxPatrick Neuhuys contra Ford Motors Company Belgium SA.) [TJCE 1996\41].

⁹²Con tales argumentos se expresa la STJUE de 25 de enero de 2001 (C- 172/99, asunto Oy Liikenne) [TJCE 2001\22].

⁹³STJCE de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres y Gul Demir contra Securicor Aviation (Germany) LtdKötter Aviation Security G [TJCE 2005\406].

⁹⁴STJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65] y de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [TJCE 1997\45], de 7 de marzo de 1996 (asunto Merks) [TJCE 1996\41], de 15 de diciembre de 2005 (C- 232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres y Gul Demir contra Securicor Aviation (Germany) LtdKötter Aviation Security G [TJCE 2005\406] y de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto CLECE S.A.) [TJCE 2011\4].

⁹⁵STJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65].

de que haya sido objeto de transmisión, habrá sucesión de empresa⁹⁶.

Otra circunstancia relevante es que la transmisión se refiera a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se ciña a la realización o ejecución de una obra determinada⁹⁷. La estabilidad es compatible, no obstante, con el cierre temporal, por ejemplo, en casos de actividades estacionales⁹⁸.

Ahora bien, la importancia que cada uno de estos criterios pueda tener en la determinación de la existencia de una sucesión de empresa depende, fundamentalmente, de la actividad que se desarrolle, o incluso de los medios de producción o de explotación utilizados. A título de ejemplo, la transmisión de elementos materiales puede ser el elemento esencial para considerar la existencia de sucesión de empresa, como ocurrió en el asunto examinado en la STJUE de 9 de septiembre de 2015 (asunto Joao Filipe Ferreira da Silva)⁹⁹. En dicho supuesto, meses después de la disolución de una empresa del sector de transporte aéreo, la principal accionista de la misma comenzó a realizar los vuelos comprometidos. Asumió el pago de las rentas de los contratos de *leasing* de los aviones y usó los equipos, oficinas y otros bienes inmuebles de aquella. Además, contrató a algunos de sus trabajadores para realizar las mismas funciones que se hacían con anterioridad. El hecho de que se hubiera subrogado en los contratos de *leasing* de los aviones y los hubiera usado de manera efectiva permitió considerar acreditado el empleo de los elementos indispensables para realizar la actividad. Además, la subrogación en los contratos de vuelos chárter implicaba la captación de clientela y la reanudación de esta actividad ponía de manifiesto que la actividad había continuado, prácticamente, sin suspensión. Por su parte, la asunción de trabajadores para realizar las mismas funciones implicaba la utilización de parte del personal de la cedente.

Como se aprecia, la naturaleza de la actividad desarrollada tiene una relevancia fundamental en el análisis de cada caso concreto. Incluso, doctrinalmente, se ha destacado la necesidad de examinar no solo el tipo de actividad, sino los concretos métodos de producción y explotación

⁹⁶Así lo puntualiza la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (ADIF) [TJCE 2015\283], en un supuesto en el que la actividad descansaba, de forma especial, en el equipamiento y en las instalaciones. La reversión de tales elementos a la empresa principal determinó la existencia de sucesión. En el mismo sentido se pronuncian las SSTJUE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45], de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309 y TJCE 1998\308], de 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco) [TJCE 2002\29] y la STJUE, de 29 de julio de 2010 (C-151/09, asunto Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción) [TJCE 2010\241].

⁹⁷En este sentido, la STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard) [TJCE 1995\154].

⁹⁸Así se pronuncia la STJCE de 15 de junio de 1988 (C-101/87, asunto Bork International) [TJCE 1988\167].

⁹⁹STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, asunto Ferreira da Silva) [TJCE 2015\368].

empleados¹⁰⁰.

Esta doctrina europea se ha admitido por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Destaca la STS, Sala Social, de 5 de marzo de 2013¹⁰¹, que analiza un supuesto de sucesión de contratas de vigilancia y servicios auxiliares de información en grandes superficies comerciales y resume los elementos a los que alude la STJUE de 18 de junio de 1986 (asunto Spijkers)¹⁰², que deben examinarse de forma global, en función de las concretas circunstancias del caso.

3.2. Unidad productiva autónoma. Elementos.

La transmisión de una unidad productiva puede derivar de la puesta a disposición de elementos materiales, inmateriales, o, incluso, solo de elementos personales, como la mano de obra. A continuación, trataré de analizar, brevemente, cada uno de ellos.

3.2.1. Elementos materiales e inmateriales.

Respecto a los elementos materiales, en primer lugar, legislativamente, el concepto de sucesión ha ido ligado al traspaso de los elementos materiales organizados para llevar a cabo una actividad económica, tal como se establecía en la Directiva 98/50/CE.

Antes de su publicación, la jurisprudencia apostaba por una concepción de la sucesión de empresa mucho más funcional, ligada a la actividad, en la que la falta de transmisión de elementos materiales, no impedía apreciar que el conjunto de la operación constituía una sucesión empresarial y, por lo tanto, considerar, en su caso, la existencia de una unidad dotada de identidad propia.

Precisamente, la identidad de la entidad económica era lo que permitía considerar la existencia de sucesión y esa identidad estaba ligada a aspectos como la continuidad de la misma actividad o de una actividad análoga¹⁰³, más que a la transmisión de elementos materiales en sentido estricto.

¹⁰⁰CAVAS MARTÍNEZ, F., “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Europeo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 2005, BIB 2005, 2804, p. 650.

¹⁰¹STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 3984/2011) [RJ 2013\3649].

¹⁰²STJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65].

¹⁰³STJCE de 14 de abril de 1994 (C-392/92, Schmidt) [TJCE 1994\54]. En ella, se analiza un supuesto de descentralización de la actividad de limpieza realizada por una sola empleada. El Tribunal considera que, aunque la actividad es accesoria y no tiene relación con el objeto social de la empresa, ello no excluye que esté dentro del ámbito de aplicación de la directiva, pues el criterio determinante de la existencia de sucesión de empresa es el mantenimiento de la identidad empresarial.

El legislador, sin embargo, optó por situar el elemento material en el centro de la cuestión¹⁰⁴, de modo que la entidad económica pasó a considerarse como un conjunto organizado de medios para llevar a cabo una determinada actividad económica.

Paralelamente, el Tribunal de Justicia fue acogiendo este concepto material de la sucesión y, por ejemplo, la sentencia de 11 de marzo de 1997 (asunto Ayse Süzen)¹⁰⁵ habla de conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica. De este modo, abandona las iniciales posturas funcionales, ligadas al concepto de identidad o similitud de la actividad, estableciendo que la mera pérdida de una actividad –en ese caso, una contrata de prestación de servicios–, no implica la existencia de sucesión de empresa, pues una entidad económica no puede verse reducida a la actividad concreta de la que se encarga¹⁰⁶.

De este modo, la transmisión pasa a descansar sobre el concepto entidad económica organizada de forma estable. Por tanto, como destaca la STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard)¹⁰⁷, la actividad que desarrolle la referida entidad económica no puede limitarse a la mera ejecución de una obra ya iniciada por la anterior, con la finalidad de que la termine. Este tipo de transmisiones solo pueden incluirse en el ámbito de la Directiva si van acompañadas de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de la actividad de la empresa cedente de forma estable. De acuerdo con esta interpretación, cuando una empresa se limita a poner a disposición del nuevo empresario algunos trabajadores y los materiales destinados a garantizar la realización de los trabajos de que se trata, no podemos considerar que exista una transmisión de una entidad organizada.

Ahora bien, como ha destacado doctrina más autorizada, el fenómeno de la sucesión empresarial entraña una pluralización empresarial que se produce de forma sucesiva y se caracteriza por una pluralidad jurídica y económica, que están vinculadas entre sí por la unidad contractual¹⁰⁸. Este hecho evidencia que no solo el elemento material debe ser el preponderante, sino que es necesario tener en cuenta el conjunto de elementos que rodean este supuesto de pluralización empresarial, incluso en actividades que dependen de estos elementos de naturaleza material.

¹⁰⁴VALDÉS DAL-RÉ, F., *La transmisión de empresa...*, op. cit., pp. 35 y ss.

¹⁰⁵STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

¹⁰⁶Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores como las SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo) [TJCE 1998\309], de 10 de diciembre de 1998 (C-127/96, C-229/96 y C-74/97, asunto Hernández Vidal) [TJCE 1998\308] o STJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98, Asunto Allen) [[TJCE 1999\283], entre otras.

¹⁰⁷STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rygaard) [TJCE 1995\154].

¹⁰⁸En este sentido, vid., LANTARÓN BARQUÍN, D., “Pluralización empresarial y superación del carácter bilateral de la relación laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Actualidad Laboral-La Ley, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9020-394-1, pp. 241.

En este sentido se ha pronunciado, más recientemente, el Tribunal europeo, matizando sus iniciales pronunciamientos respecto al elemento material. Considera que la falta de transmisión de elementos del activo no supone, necesariamente, la exclusión de la transmisión de empresa. Por el contrario, se trata únicamente de un factor que se ha de tomar en cuenta, junto al resto de circunstancias concurrentes. Así lo expresa la STJUE de 27 de febrero de 2020 (asunto C-298/18)¹⁰⁹, al resolver un supuesto en el que se transmitía un servicio público de transporte. La empresa adquirente había contratado a la mayor parte de los conductores, pero no se había producido cesión de elementos materiales –autobuses- como consecuencia de la normativa técnica y medioambiental vigente, que exigía una antigüedad de la flota no superior a quince años y además cumplir, al menos, la norma medioambiental -“Euro 6”-.

El Tribunal europeo tiene en cuenta que nos encontramos ante una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, pero cuando no se adquieran dichos medios por requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el organismo público adjudicador, ello no obsta a que la reanudación de la actividad pueda calificarse como transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho, como la contratación de la mayor parte de la plantilla o la continuación, sin interrupción, de la actividad, permitan considerar que la unidad económica conserva su identidad.

De otra parte, no es necesaria la transmisión de la propiedad. Por el contrario, es suficiente la mera puesta a disposición de los elementos que conforman una unidad productiva. A título de ejemplo, podemos pensar en un supuesto de reversión de un servicio, a través del cual se ponen a disposición de la empresa contratista determinados elementos materiales, como locales, grúas o el equipamiento necesario para realizar la actividad.

De hecho, la transmisión de la titularidad puede ser irrelevante cuando los elementos fundamentales para el desarrollo de la actividad sean el equipamiento y las instalaciones¹¹⁰. Lo mismo ocurre cuando se transmite una actividad a otra empresa mediante la concertación de un contrato de gestión de servicios públicos y se ponen a su disposición las infraestructuras y el equipamiento que son necesarios para su desarrollo y, luego, se asume la explotación de la actividad, pero sin subrogar al personal¹¹¹.

De otra parte, cabe que el elemento fundamental para el desarrollo de la actividad sea de naturaleza inmaterial, como ocurre con el fondo de comercio. En este caso, la transmisión de tal elemento puede determinar la existencia de sucesión. En este sentido se pronuncia la STJUE de 26

¹⁰⁹STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-298/18) [JUR 2020\62648].

¹¹⁰STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14, asunto Adif) [TJCE 2015\283].

¹¹¹STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14, asunto Aira Pascual) [TJCE 2015\283].

de noviembre de 2015 (asunto Adif)¹¹². En dicho supuesto se trataba de un servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de un puerto. Se habían puesto a disposición de la contratista los locales, grúas y el equipamiento para realizar la actividad. La sentencia realiza un análisis conjunto de las circunstancias fácticas, esto es, la transmisión de elementos materiales, la asunción de los trabajadores, la clientela, la analogía entre las actividades desarrolladas, la duración de la suspensión del servicio y el valor de los elementos inmateriales. Aunque concluye que el elemento fundamental para el desarrollo de la actividad es el equipamiento, sin embargo, también considera relevante el valor que tienen los elementos inmateriales para determinar la existencia de una posible sucesión de empresa.

Por otro lado, es necesario hacer una breve mención a la clientela, ya que es uno de los elementos que puede ser objeto de transmisión. Si este elemento es esencial en el ejercicio de la actividad, también puede determinar la existencia de una sucesión empresarial¹¹³. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto de una nueva adjudicación de un servicio de restauración de un hospital. La clientela puede encontrarse “cautiva”, por lo que la transmisión de la misma puede ser el elemento determinante de la declaración de existencia de sucesión. Se trata del supuesto examinado en la STJUE de 20 de noviembre de 2003 (asunto Abler)¹¹⁴, en la que el Tribunal de Justicia consideró que la falta de asunción de la plantilla no era un dato determinante para excluir la existencia de una sucesión empresarial, dado que se había producido una transmisión de elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad y, además, era claro que el nuevo adjudicatario se había hecho cargo de la clientela, al encontrarse esta “cautiva”.

Posteriormente, la STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-194/18, asunto Dodic)¹¹⁵ también pone el acento en la efectiva transmisión de la clientela como elemento fundamental para determinar la existencia de una sucesión de empresa. En aquel supuesto, la actividad desarrollada era la gestión de instrumentos financieros. El elemento inmaterial era, por lo tanto, el preponderante en el desempeño de la actividad. Como expresa la sentencia, “la gestión de su contabilidad, los demás servicios de inversión y los servicios accesorios, así como la tenencia de los archivos, a saber, la documentación relativa a los servicios y a las actividades de inversión prestadas a los clientes, participan de la identidad de la entidad económica de que se trata”, por tanto, “la transmisión de esos elementos está supeditada necesariamente a la aceptación expresa o tácita de los clientes, ya que, en un contexto como el del litigio principal, una empresa que cesa su actividad no puede

¹¹²STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2010 (Rec. 136/2007) [RJ 2010\5256].

¹¹³Conforme a la doctrina de la STJE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14, asunto ADIF) [TJCE 2015\283].

¹¹⁴Este supuesto se examinó en la STJUE de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, asunto Abler) [TJCE 2003\386].

¹¹⁵STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-194/18, asunto Dodic) [JUR 2019\144657].

obligar a sus clientes a confiar la gestión de sus títulos a la empresa de su elección”. Los clientes son, por lo tanto, libres de decidir si transfieren sus títulos a la nueva entidad, de ahí que, la acreditación de una efectiva cesión de la clientela, sea un elemento fundamental para determinar la existencia de una auténtica sucesión de empresa.

3.2.2. La plantilla.

También puede suceder que la plantilla sea el elemento preponderante para el desarrollo de la actividad, es decir, cabe la posibilidad de que la sucesión se produzca como consecuencia de la asunción de la plantilla.

Existen determinados sectores económicos en los que los elementos materiales están reducidos a la mínima expresión y en los que la actividad empresarial se basa en la mano de obra.

Esto ocurre, básicamente, en los sectores de limpieza, vigilancia e información, seguridad, atención a personas necesitadas, o embalaje, entre otros. En este tipo de ámbitos, un conjunto organizado de trabajadores, específicamente, destinados a una actividad común, de forma estable, puede constituir una unidad económica. Por ejemplo, cuando tras la resolución de un contrato de limpieza, el arrendatario del servicio la encomienda a una nueva contrata concertada con otro empresario, sin transmisión de elementos materiales, se produce sucesión de empresa¹¹⁶.

También cuando el servicio prestado es una actividad de atención a domicilio de personas necesitadas¹¹⁷ o cuando la actividad de limpieza no se externaliza, sino que se asume por la empresa principal. Es irrelevante que se trate de una actividad principal o accesorio¹¹⁸, siempre que se asuma al personal, como puntualiza la STJUE de 20 de enero de 2011¹¹⁹, ya que en caso de que la referida actividad continúe, pero contratando nuevo personal, no habrá sucesión de plantilla, pues la mera continuidad de la actividad no permite considerar que la entidad económica mantenga su

¹¹⁶Como estableció la STJUE de 11 de marzo de 1997 (Asunto Suzen) [JCE 1997\45]. En el mismo sentido, la STJUE, de 29 de julio de 2010 (C-151/09, asunto Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción) [TJCE 2010\241]. También la STJUE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05, asunto Mohamed Jouiniotros contra Princess Personal Service GmbH.) [TJCE 2007\233] respecto a empresas de trabajo temporal.

¹¹⁷Así lo consideraron las SSTJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309 y TJCE 1998\308].

¹¹⁸En este sentido, las SSTJUE de 10 de diciembre de 1998 C-173/96 y C-247/96, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309 y TJCE 1998\308]. También la también en la STJUE de 24 de enero de 2002 (C-51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29].

¹¹⁹STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto Clece S.A.) [TJCE 2011\4].

identidad¹²⁰.

Los grupos de trabajadores que tienen suficiente autonomía son aquellos cuyos responsables ostentan facultades de organización, relativamente, libres e independientes. Pueden ordenar y dar instrucciones al grupo, así como organizar el trabajo sin intervención de otras estructuras empresariales (STJUE, asunto UGT), aunque también cabe que el empresario ejerza su influencia en el grupo mediante instrucciones como ocurría en el asunto Hidalgo¹²¹.

La denominada “sucesión de plantilla” ha sido admitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 20, 21 y 27 de octubre de 2004¹²², aunque con matices. Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de la época que seguían sosteniendo lo que podría denominarse una concepción patrimonialista de la sucesión de empresa. Destaca, en este sentido la STS, Sala Cuarta, de 3 de junio de 2005¹²³, que rechaza que la asunción de la plantilla pueda ser un criterio determinante de la existencia de una sucesión legal de empresa¹²⁴.

Por tanto, el criterio tradicional de la jurisprudencia, en relación a los supuestos en los que se produce una sucesión de contratas, centraba la cuestión en la transmisión de elementos patrimoniales, ya fueran de naturaleza material o inmaterial, de modo que, si no se transmitía una empresa, como organización de medios susceptibles de desarrollar de forma autónoma una actividad, no se producía una sucesión legal¹²⁵.

¹²⁰Con mayor amplitud, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Recientes respuestas de la jurisprudencia europea en materia de reestructuración de empresas: transmisión de empresas, despidos colectivos y tutela de los créditos laborales”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012, ISSN 1576-169X, Nº. 49, 2012, pp. 5-12.

¹²¹Más ampliamente, vid., ARASTREY SAHÚN, L., “La sucesión de empresa desde la perspectiva de Derecho de la Unión Europea: doctrina del TJUE y del TS”, en GUTIÉRREZ VELASCO, I (coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del derecho social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, ISBN 978-84-9143-442-9, p. 128.

¹²²SSTS, Sala Cuarta, de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003) [RJ 2004\7162], de 21 de octubre de 2004 (Rec. 5075/2003) [RJ 2004\7341] y de 27 de octubre de 2004 (Rec. 899/2002) [RJ 2004\7202]. Seguida por las SSTs, Sala Cuarta, de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003) [RJ 2005\5736], de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006) [RJ 2008\4224], de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997], de 23 de octubre de 2009 (Rec. 2684/2008) [RJ 2009\5734], de 7 de diciembre de 2009 (Rec. 2686/2008) [RJ 2010\256], de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010) [RJ 2012\106], de 20 de noviembre de 2012 (Rec. 3900/2011) [RJ 2013\1471] y de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 3056/2011) [RJ 2012\9985], entre otras.

¹²³STS, Sala Cuarta, de 3 de junio de 2005 (Rec. 1822/2004) [RJ 2005\5981].

¹²⁴Más ampliamente, MERINO SEGOVIA, A., “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: Un marco normativo insuficiente y deficiente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, ISSN 1138-8692, p. 76.

¹²⁵BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantilla a través de cesión de contrato ex convenio colectivo, “extinciones asimiladas” y despido colectivo nulo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6, parte Artículos doctrinales, 2017, ISSN 0214-6045, pp. 23-24.

Se admitió, sin embargo, la sucesión legal, como “sucesión de plantillas”, en la STS, Sala Cuarta, de 27 de junio de 2008¹²⁶, para la actividad de limpieza y mantenimiento. El hecho de que la empresa se hubiera hecho cargo de una parte significativa de la plantilla determinó que se considerase como una unidad económica independiente el objeto de transmisión, aunque no se hubiera producido transmisión patrimonial alguna y existiera una absoluta falta de coincidencia entre el objeto social y la actividad de la contratada¹²⁷.

Esta doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores. Pero la STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2011¹²⁸ acoge ya, sin matices, la doctrina del Tribunal de Justicia relativa a la sucesión de plantillas¹²⁹. En la misma se aborda un supuesto en el que, al finalizar una contrata, se produce una nueva adjudicación a otra empresa. Esta subroga a treinta y seis trabajadores, de los cuarenta y seis con que contaba la anterior. La empresa adjudicataria no había celebrado ningún contrato con la anterior contratista y se había visto obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales. Pero lo relevante era que la actividad descansaba, fundamentalmente, en el capital humano. Se trata del concepto de empresa como actividad económica desmaterializada, en el que adquiere singular relevancia la mano de obra¹³⁰.

La asunción de la doctrina de la sucesión de plantillas es clara, pues la sentencia indica expresamente que la sucesión empresarial no requiere un contrato de cesión de la actividad ni de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad. Esto ocurre cuando hay una sucesión en una contrata, se han encomendado las mismas labores y se ha empleado a la mayor parte de los trabajadores de la anterior adjudicataria. Además, en ese concreto caso, uno de los trabajadores subrogados era el encargado general de control de personal y distribución de trabajos, lo que revelaba que el conjunto de trabajadores empleados constituía una unidad económica que tenía su propia entidad, porque la actividad descansaba fundamentalmente en la mano de obra. Por ello, razona el Tribunal, “nos encontramos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantillas”, sin que el hecho de que la recurrente haya

¹²⁶STS, Sala Cuarta, de 27 de junio de 2008 (Rec. 4773/2006) [RJ 2008\4557].

¹²⁷STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2010 (Rec. 2300/2009) [RJ 2010\6798], respecto a limpieza. Para la actividad de mantenimiento SSTS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 2004 (Rec. 899/2002) [RJ 2004\7202] y de 27 de junio de 2008 (Rec. 4773/2006) [RJ 2008\4557].

¹²⁸STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010) [RJ 2012\106].

¹²⁹Con mayor amplitud, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contratas globales en la jurisprudencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, parte Art. Doctrinal, 2014, BIB 2014\4496.

¹³⁰CRUZ VILLALÓN, J. y ASQUERINO LAMPERO, M.ª J., “El empresario”, op. cit., p. 77.

aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano”.

Como indica la doctrina más autorizada¹³¹, a partir de esta sentencia el Tribunal Supremo ha fijado los criterios determinantes para considerar la existencia de una sucesión de empresas en la modalidad de sucesión de plantillas, que son los siguientes.

En primer lugar, es necesario que una empresa contratista o adjudicataria de servicios suceda a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades, por cuenta de un tercero, que sería el empresario principal.

En segundo lugar, la sucesión de contratas o adjudicaciones deriva de que la empresa principal haya dado por terminada la relación contractual con la saliente y haya encomendado a la nueva adjudicataria actividades o servicios sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior.

Además, la nueva adjudicataria ha de haber incorporado a una parte importante de la plantilla de la anterior, ya sea en términos cuantitativos o cualitativos.

Por último, el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata debe ser la mano de obra organizada o la organización de trabajo¹³².

Tras estos pronunciamientos iniciales, la jurisprudencia ha consolidado estos criterios. Destaca, entre otras, la STS Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013¹³³, porque recuerda el importante cambio jurisprudencial derivado de la asunción de la doctrina de la sucesión de plantillas. Tradicionalmente, se exigía que el objeto de la transmisión fuera un conjunto organizado de personas y elementos que permitiese el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Ahora bien, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados, de forma duradera, a una actividad común, puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sin necesidad de transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario y sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las

¹³¹GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Transmisión de empresas y ...”, op. cit., p. 250.

¹³²GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Transmisión de empresas y ...”, op. cit., p. 251.

¹³³STS Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 3984/2011) [RJ 2013\3649]. En el mismo sentido, la STS, Sala Cuarta de 28 de febrero de 2013 (Rec. 542/2012) [RJ 2013\2398], para actividades de seguridad.

partes del contrato de trabajo¹³⁴.

En definitiva, la sucesión de plantillas se caracteriza porque la empresa entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente los servicios o actividades por cuenta de un tercero. Dichos servicios o actividades han de ser sustancialmente iguales. La adquirente ha de incorporar al desempeño de los mismos a una parte importante de la plantilla, ya sea cualitativa o cuantitativamente y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades ha de ser la mano de obra organizada.

De otro lado, en términos generales, la jurisprudencia exige que la adquirente haya asumido a una parte sustancial de la plantilla¹³⁵. Se ha considerado sustancial la asunción de un porcentaje equivalente al ochenta por ciento de la plantilla¹³⁶. Idéntica consideración merecen los supuestos en los que dicha asunción se acerca a la mitad de la plantilla¹³⁷.

Además, la sucesión de empresas derivada de la asunción de plantilla puede producirse, bien a nivel global, por centros de trabajo, o bien, por unidades productivas autónomas. La STS, Sala Cuarta, de 9 de julio de 2014¹³⁸ especifica que, en los casos de contratos marco de servicios auxiliares, para que opere la sucesión en la modalidad de sucesión de plantillas, es suficiente con que la asunción del personal se produzca en cualquiera de los ámbitos en los que la transmisión tenga lugar¹³⁹.

En otros casos, en los que se produce la externalización de un servicio, aun cuando afecte a la práctica totalidad de la plantilla, no hay sucesión si no se transmite ni la organización ni los

¹³⁴También se ha considerado que otras actividades como los servicios auxiliares y accesorios de los aeropuertos descansan fundamentalmente en la mano de obra. En este sentido se pronuncian las SSTS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010) [RJ 2012\106] y de 28 de febrero de 2012 (Rec. 1885/2011) [RJ 2012\4026].

¹³⁵STS, Sala Cuarta, de 17 de junio de 2008 (Rec. 4426/2006) [RJ 2008\4229].

¹³⁶En la STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010) [RJ 2012\106] se analiza un caso en el que la plantilla asumida había alcanzado los umbrales del ochenta por ciento y el ochenta y cuatro por ciento del total. La STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 3984/2011) [J 2013\3649], considera sustancial asumir el setenta y cuatro por ciento de la plantilla.

¹³⁷STS, Sala Cuarta, de 9 de abril de 2013 (Rec. 1435/2012) [RJ 2013\5127].

¹³⁸STS, Sala Cuarta, de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/2013) [RJ 2014\4637].

¹³⁹Con mayor amplitud, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Transmisión de empresas y ...”, op. cit., p. 230 y ss.

En este sentido destacan las SSTS, Sala Cuarta, de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/2013) [RJ 2014\4637], de 10 de julio de 2014 (Rec. 1051/2013) [RJ 2014\4774] y de 12 de marzo de 2015 (Rec. 1480/2014) [ROJ: STS 1541/2015], que recuerdan que la sucesión de empresas derivada de la asunción de plantilla puede producirse a nivel global, por centros de trabajo o unidades productivas autónomas.

servicios, ya que se considera que no ha habido un traslado efectivo del negocio¹⁴⁰.

De otra parte, no solo se atiende al número de afectados por la sucesión, sino también a la relevancia que tienen los puestos efectivamente transferidos dentro de la organización del servicio. Así, en casos en los que se asume a menos de la mitad del personal, si esta es una parte esencial del servicio, dada la forma de organización diaria, puede producirse una sucesión de empresas. En este sentido se pronuncia la STS, Sala cuarta, de 9 de abril de 2013¹⁴¹, que considera que se produce sucesión por asunción de plantilla en un supuesto en el que la empresa había asumido solo a tres de las siete personas que prestaban servicios en la empresa cedente. La sentencia razona que, aunque el personal asumido no alcanzaba la mitad de la plantilla destinada al servicio, debe considerarse parte esencial del mismo, dada la forma en la que este se organizaba diariamente¹⁴².

Por tanto, de acuerdo con los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, el criterio de la sucesión de plantillas no solo es cuantitativo, sino también cualitativo. Esto determina que los órganos jurisdiccionales deban analizar no solo el número real de trabajadores asumidos, sino también las funciones que cada uno de los operarios de la plantilla desempeña en la organización del servicio o unidad objeto de traspaso¹⁴³.

Además de lo anterior, es conveniente tener presente que, como se ha destacado por parte de determinados sectores doctrinales, es necesario examinar cada supuesto de forma amplia, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en las que se produce la asunción de plantilla. Por ejemplo, considerando las diferencias que pueden derivar de que la sucesión sea total o parcial¹⁴⁴.

Por otro lado, como apunté desde el inicio, estamos ante una materia tremendamente casuística. Prueba de ello es que existen pronunciamientos que permiten excluir de la sucesión de plantillas actividades como los servicios de restauración, los informáticos o las actividades de suministro de radiofármacos y gestión de residuos radioactivos. Se considera que dichas actividades no descansan en la mano de obra, por lo que solo se producirá sucesión si la transmisión va

¹⁴⁰La STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014] razona que tampoco se produce sucesión, aun cuando afecte a la totalidad de la plantilla, en los supuestos de asunción de un servicio público por parte de un Ayuntamiento. SSTS, Sala Cuarta, de 11 de junio de 2012 (Rec. 1886/2011) [RJ 2012\8334], de 26 de enero de 2012 (Rec. 917/2011) [RJ 2012\2462] y de 30 de mayo de 2011 (Rec. 2192/2010) [RJ 2011\5818].

¹⁴¹En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 9 de abril de 2013 (Rec. 1435/2012) [RJ 2013\5127].

¹⁴²La contrata se organizaba con un auxiliar de servicios veinticuatro horas todos los días del año, un auxiliar de servicios de las 10 horas a las 22 horas de lunes a sábados laborales y un auxiliar de servicios de las 10 horas a las 22 horas los domingos y festivos de apertura.

¹⁴³Con más amplitud, ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Dimensión laboral ...”, op. cit., pp. 123 y ss.

¹⁴⁴Con mayor detalle, MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “La decisiva influencia ...”, op. cit., pp. 33 y ss.

acompañada de los medios materiales que permitan el desarrollo de la actividad¹⁴⁵.

No obstante, también existen pronunciamientos discrepantes, como la STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2015¹⁴⁶, que declara que existe sucesión de plantillas en una sucesión de contratas de servicios para el soporte a las aplicaciones de los sistemas de información corporativos de los centros de distrito, centros de salud y centros de urgencias en un supuesto en el que la nueva adjudicataria no había querido subrogar al personal con categoría de auxiliar técnico informático. También la STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2015, en un caso de sucesión de contratas para la actividad de servicios auxiliares de una gran superficie de hipermercados, en el que se prestaban servicios de información y atención al cliente a la entrada del supermercado, custodia de instalaciones, control de tránsito en zonas reservadas y orientación de clientes, entre otros¹⁴⁷.

Otras sentencias, como la STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015¹⁴⁸, declaran que no hay sucesión de plantillas en el sector del *Contac center* (servicios de atención telefónica). En ella se examina un supuesto en el que el convenio colectivo imponía la obligación de subrogar y se discutía si se había producido una sucesión legal en la modalidad de sucesión de plantillas. La relevancia de este pronunciamiento estriba en que la sentencia declara que el coste de la mano de obra era superior al coste de los medios materiales puestos por la empresa entrante y el Tribunal Supremo matiza que lo relevante no el coste de las inversiones realizadas, sino la necesidad de las mismas. Expresamente indica que “la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad”. En ese supuesto, se considera que dicha necesidad era evidente porque, sin las inversiones realizadas por la nueva contratista y demás medios materiales puestos por ella, los trabajadores que había asumido de la anterior, no habrían podido desarrollar la

¹⁴⁵SSTS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2007 (Rec. 3994/2006) [RJ 2008\1460], de 25 de junio de 2003 (Rec. 4913/2000) [RJ 2005\4441] y de 29 de febrero de 2000 (Rec. 4949/1998) [J 2000\2413].

Respecto a la restauración, STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 202/2010) [RJ 2012\4023].

Sobre servicios informáticos, las SSTS, Sala Cuarta, de 23 de octubre de 2009 (Rec. 2684/2008) [RJ 2009\5734], de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997], de 15 de julio de 2013 (Rec. 1377/2012) [RJ 2013\6760]. También, las SSTSJ de Cantabria, Sala Social, de 30 de octubre de 2014 (Rec. 660/2014) [ROJ: STSJ CANT 1103/2014], de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 698/2014) [ROJ: STSJ CANT 1117/2014]. Las SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 31 de marzo de 2014 (Rec. 1516/2012) [ROJ: STSJ M 4344/2014] y de 20 de diciembre de 2013 (Rec. 1573/2013) [ROJ: STSJ M 18148/2013] para la actividad de los centros de llamadas. Para la actividad de venta al por menor de gasolina, destaca la STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013) [RJ 2014\2769].

¹⁴⁶STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2015 (Rec. 348/2014) [ROJ: STS 1755/2015].

¹⁴⁷STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2015 (Rec. 1480/2014) [ROJ: STS 1541/2015]. Se trataba de servicios de información y atención al cliente a la entrada del hipermercado, custodia de instalaciones, control de tránsito en zonas reservada, control de entrada y orientación de clientes, entre otros.

¹⁴⁸STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015 (Rec. 15/2015) [ROJ: STS 474/2015].

actividad. Destaca, además, que la empresa había aportado la organización del servicio y el saber hacer como empresa, lo que impidió considerar la existencia de sucesión de plantilla y de sucesión legal del artículo 44 TRLET.

En el mismo sentido y para el mismo sector de actividad, se pronuncia la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020¹⁴⁹.

También, en sentido semejante se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 3 de marzo de 2020¹⁵⁰, que niega la existencia de sucesión, porque la actividad contratada requería el despliegue de medios, tanto humanos como materiales, para el cumplimiento de los fines de la contrata. Esta circunstancia impide admitir la sucesión de plantillas, ya que, aunque se habían contratado a diecisiete de los veinte trabajadores de la anterior, la actividad no descansaba, de forma esencial, en la mano de obra.

Como se advierte, la jurisprudencia parte de la efectiva asunción de la plantilla y de la naturaleza de la actividad que se viene desarrollando. Ahora bien, nos movemos en un ámbito en el que es difícil establecer reglas o pautas generales que permitan homogenizar la aplicación de la denominada “sucesión de plantillas”.

Como se ha visto, la naturaleza de la actividad que se continúa desarrollando es un elemento fundamental para establecer si cabe o no considerar su existencia. De hecho, la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto Oy Liikenne)¹⁵¹, interpretando el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE, estableció que cuando el elemento esencial para el desarrollo de una determinada actividad no es la plantilla, la existencia de sucesión empresarial deberá determinarse, exclusivamente, en función de los medios patrimoniales que se hayan transferido, siendo completamente indiferente que no se asuma la plantilla¹⁵².

De este modo, parece que la determinación de la existencia de una sucesión de empresa pasa por valorar, en cada concreto supuesto, una pluralidad de elementos entre los que, necesariamente, se encuentra el tipo o naturaleza de la actividad que desarrolla la empresa o la unidad productiva transmitida y los medios de producción empleados para ello¹⁵³. Pero además también el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la

¹⁴⁹STS, Sala Cuarta, de 6 de febrero de 2020 (Rec. 2651/2017) [ROJ: STS 846/2020].

¹⁵⁰STS, Sala Cuarta, de 3 de marzo de 2020 (Rec. 3439/2017) [ROJ: TS 851/2020].

¹⁵¹STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/2014, asunto Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y Otros [TJCE 2015\283].

¹⁵²También en este sentido la STJCE de 25 de enero de 2001 (C- 172/99, asunto Oy Liikenne) [TJCE 2001\22].

¹⁵³LÓPEZ VILLALBA, M., “Traspaso de plantilla y patrimonio en la sucesión de empresa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 919, parte Comentario, 2016, BIB 2016\3113. En el mismo sentido, STS, Sala Cuarta, de 29 de mayo de 2008 (Rec. 3617/2006) [RJ2008\4224].

transmisión; que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; que se haya transmitido o no la clientela; el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, pues una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa¹⁵⁴.

En los casos en los que la plantilla sea suficiente para considerar la existencia de una unidad productiva autónoma, en el sentido que apuntan las SSTS, Sala Cuarta, de 20, 21 y 27 de octubre de 2004¹⁵⁵, es necesario que esa efectiva asunción de plantilla se produzca¹⁵⁶. Sobre esta cuestión se pronuncia la STJCE de 11 de marzo de 1997 (asunto Ayse Süzen)¹⁵⁷, que considera que la Directiva 2001/23/CE, no es aplicable a una situación en la que produce una sucesión en la actividad de limpieza cuando la operación no va acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

Cuando la nueva empresa no ha asumido a la plantilla de la anterior, ni ha continuado la actividad con dichos trabajadores, en principio, no cabe entender que se haya producido una sucesión y los trabajadores no podrán solicitar su transmisión¹⁵⁸. La “sucesión ideal”, en cuanto a “deber ser en términos jurídicos”¹⁵⁹, solo se produce cuando se ha existido asunción de plantilla. Sobre esta idea parecen construirse algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la STS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2016¹⁶⁰, que, aunque parte de que la actividad de prestación del servicio de comedor escolar depende exclusivamente de la mano de obra, sin embargo, considera que hay sucesión cuando la actividad puede continuar con personal propio de la sucesora tras la finalización del contrato¹⁶¹. A mi juicio, se trata de un supuesto ciertamente

¹⁵⁴En el mismo sentido destaca la STS, Sala Cuarta, de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003) [RJ 2004\7162].

¹⁵⁵SSTS, Sala Cuarta, de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003) [RJ 2004\7162], de 21 de octubre de 2004 (Rec. 5075/2003) [RJ 2004\7341] y de 27 de octubre de 2004 (Rec. 899/2002) [RJ 2004\7202].

¹⁵⁶Estas sentencias siguen la doctrina de las SSTJCE, de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309], de 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29] y de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246].

¹⁵⁷STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

¹⁵⁸DE LA CERA, M.^a E., “Luces y sombras de la sucesión de empresa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, parte Artículo, 2017, BIB 2017\720.

¹⁵⁹Voto particular formulado a la STS, Sala Cuarta, de 4 de febrero de 2014 (Rec. 347/2013) [RJ 2014\1999], formulado por el Excmo. Sr. D. Desdentado Bonete, A., al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Gilolmo López, J.L.

¹⁶⁰SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2016 (Rec. 1674/2015) [RJ 2017\206].

¹⁶¹En ese caso, de una Consejería de Educación, en un supuesto de reversión del servicio prestado.

chocante, pues las instalaciones y los demás elementos materiales habían sido objeto de reversión. Además, en cualquier caso, esto permitiría a la nueva adquirente decidir, de forma unilateral cuándo quiere subrogar al personal de la anterior, ya que, si no lo hace, nunca se produciría una sucesión de empresas.

Ahora bien, en los casos en los que haya una efectiva sucesión de plantilla, la consecuencia es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogar los contratos de parte de los trabajadores. Si se ha producido una sucesión en el sentido establecido por el artículo 44 TRLET, la sucesora pasa a ser, en virtud de disposición legal, empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada.

La negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de los trabajadores afectados configura un despido al margen de la legalidad, que podrá calificarse como improcedente o nulo, según las circunstancias concurrentes.

De este modo, si la empresa sucesora estima que, por razones productivas, organizativas o de otra clase no necesita a toda la plantilla de la unidad productiva, deberá proceder a la extinción de los contratos por las vías previstas en la normativa, pero no puede negar la sucesión de empresas.

Como destaca la STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo 2017¹⁶², respecto a una sucesión de contratas, la reducción que pueda sufrir la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior. En caso de existir dificultades para cumplir esa obligación solo cabe acudir a la vía del despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por el art. 41 del TRLET¹⁶³.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Social, de 21 de abril 2017¹⁶⁴, que avala el despido colectivo y la medida de reducción salarial adoptadas por causas organizativas y productivas derivadas de la reducción de una contrata. La referida sentencia considera que no existe vulneración del artículo 44 TRLET, ya que la causa de las medidas no es la sucesión empresarial, sino la reducción del objeto de la contrata decidida por la empresa principal, que se produce con independencia de la sucesión, pues se hubiera producido igual si la contratista fuese la misma.

También, en este sentido, la STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2017¹⁶⁵, en un caso de

¹⁶²STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo 2017 (Rec. 1984/2015) [RJ 2017\3027].

¹⁶³En dicho supuesto la empresa adoptó la medida de despido por causas objetivas y la medida se declara procedente. La sentencia reitera la doctrina de las SSTS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2014 (Rec. 1777/2013) [RJ 2014\4426], de 17 de septiembre de 2014 (Rec. 2069/2013) [RJ 2014\5041] y 3 de marzo de 2015 (Rec. 1070/2014) [RJ 2015\1431], que establecen que la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior.

¹⁶⁴STS, Sala de lo Social, de 21 de abril 2017 (Rec. 258/2016) [RJ 2017\2689].

¹⁶⁵STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2017 [RJ 2017\1098].

reducción de una contrata de limpieza en el que resultó acreditada la causa productiva u organizativa que permitía el despido procedente e indemnizado de los trabajadores, al no existir circunstancias excepcionales que permitiesen considerar que la empresa pudiera recolocar a los afectados en otras contratas diferentes.

Con similares argumentos se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 10 de enero de 2017¹⁶⁶. El Alto Tribunal reconoce que la inicial contratista puede disminuir el personal por causas objetivas cuando durante la ejecución de la contrata se reduce su volumen. Esta sentencia indica que, en los casos en los que la reducción viene impuesta por el propio pliego de condiciones, es la nueva contratista la que puede efectuar dicha minoración de la plantilla. No obstante, cuando no se acredita la necesidad de reducción del objeto de la contrata, no se consideran válidas tales medidas¹⁶⁷.

Por último, la obligación de subrogar al personal opera cuando venga impuesta por el convenio colectivo aplicable¹⁶⁸. Pero si la actividad desarrollada en la unidad productiva depende fundamentalmente de la mano de obra, la sucesión derivada de la asunción del personal impuesta por el convenio, no sería una sucesión convencional, sino legal, dado que el TRLET y, en concreto, el artículo 44 TRLET, constituye un mínimo legal imperativo que obliga a la empresa adquirente a garantizar el conjunto de derechos y garantías establecidos en la ley. En este sentido se pronunció ya la STJUE de 24 de enero de 2002 (Temco)¹⁶⁹, que ya destacó la irrelevancia de que la asunción de personal derive de la imposición de una norma convencional. En el mismo sentido se habían pronunciado nuestros tribunales nacionales¹⁷⁰. La jurisprudencia del TS, sin embargo, había establecido que, en los supuestos de asunción de personal derivados del convenio colectivo, nos encontramos ante una sucesión de tipo convencional y no legal y, por tanto, los efectos eran los expresamente previstos en el convenio colectivo aplicable¹⁷¹.

El Alto Tribunal ha modificado esta doctrina a partir de la STS de 27 de septiembre de 2018¹⁷² para adaptarla a la STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo)¹⁷³. De acuerdo con la nueva

¹⁶⁶STS, Sala Cuarta, de 10 de enero de 2017 (Rec. 1077/2015) [ROJ: STS 251/2017].

¹⁶⁷STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2017 (Rec. 2309/2015 [RJ 2017\678]).

¹⁶⁸CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R, “Empresario”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 166, 2014, ISSN 2444-3476, pp. 45-60.

¹⁶⁹STJUE de 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29].

¹⁷⁰Entre otras, destaca la SAN, Sala Social, de 30 de octubre de 2014 (Rec. 149/2014) [AS 2014\2832]. Esta sentencia ha sido parcialmente casada por la STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 140/2015) [ROJ: STS 3200/2016].

¹⁷¹En este sentido se pronuncian las SSTS de 31 de mayo de 2018 (Rec. 25896/2016) [ROJ: STS 2349/2018], de 9 de mayo de 2018 (Rec. 3065/2016) [ROJ: STS 1987/2018], de 10 de abril de 2018 (Rec. 3684/2016) [ROJ: STS 1681/2018].

¹⁷²STS de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016) [ROJ: STS 3545/2018].

doctrina, la transmisión de empresa constituirá una sucesión legal en los supuestos de sucesión de contratas en los que se produzca una transmisión de una entidad económica independiente, si se trata de actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial y se ha producido una asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata, ya sea en términos cuantitativos o cualitativos, siendo irrelevante que la referida asunción de personal derive de una imposición del convenio colectivo aplicable.

Como se recoge expresamente en el fundamento de derecho séptimo, el resumen de la nueva doctrina es el siguiente: “A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional. B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen “siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario”. C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una “sucesión de plantilla” no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas. D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral”.

3.2.3. Actividad económica.

El concepto actividad económica adquiere una relevancia fundamental de cara a determinar si se ha producido una sucesión de empresa. Dicho concepto comprende “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”¹⁷⁴ y excluye las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público¹⁷⁵.

En este sentido, diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han delimitado el concepto de actividad económica. De este modo, se han considerado actividades económicas los servicios auxiliares de las escuelas públicas como el mantenimiento o la limpieza¹⁷⁶; la ayuda a domicilio de personas necesitadas y la vigilancia de un depósito sanitario¹⁷⁷;

¹⁷³STJUE 11 julio 2018 (C-60/17, Somoza Hermo) [ROJ: PTJUE 183/2018].

¹⁷⁴STJUE de 25 de octubre de 2001 (C-475/99, asunto Ambulanz Glöckner) [TJCE 2001\294], de 24 de octubre de 2002 (C-82/01, asunto Aéroports de Paris/Comisión) [TJCE 2002\299].

¹⁷⁵STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246]. También las SSTJCE de 15 de octubre de 1996 (C-2908/94, asunto Henke) [TJCE 1996\182], de 1 de julio de 2008 (C 49/07, asunto Motoe) [TJCE 2008\148].

¹⁷⁶STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246].

la actividad de publicidad e información realizada por una empresa contratista para un municipio¹⁷⁸; los servicios de gestión de telecomunicaciones para una administración pública¹⁷⁹; los servicios hospitalarios y asistencia sanitaria, aunque se presten en el marco del sistema público de Seguridad Social¹⁸⁰; la actividad de gestión de un aeropuerto, aunque comprenda funciones propias de autoridad pública¹⁸¹ o los servicios de colocación laboral¹⁸².

En cambio, otras actividades como el control de la navegación aérea¹⁸³, o la vigilancia de la contaminación¹⁸⁴, no se consideran actividad económica¹⁸⁵.

Además, se incluyen en la Directiva tanto actividades privadas como públicas, con o sin ánimo de lucro, como recuerda la STJUE de 14 de septiembre de 2000 (Collino y Chiappero)¹⁸⁶ al indicar que es irrelevante que el personal transferido y la actividad desarrollada esté integrada en una Administración Pública.

Por otro lado, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1992 (Redmond Stichtin)¹⁸⁷, entre las circunstancias que han de considerarse, se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar de que se trate de una actividad realizada esencialmente mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas o una parte sustancial de los mismos sea coincidente.

Ahora bien, es necesario tener presente que el hecho de que concurren actividades similares o, incluso, idénticas en la nueva empresa y la saliente, no implica que estemos ante una unidad económica que mantiene su identidad, ya que esta circunstancia exige valorar otros elementos como el personal, la organización del trabajo o los métodos de explotación¹⁸⁸.

Otro de los elementos decisivos para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 TRLET, es que la explotación continúe o se

¹⁷⁷STJCE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asuntos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal) [TJCE 1998\309].

¹⁷⁸STJUE de 26 de septiembre de 2000 (asunto Mayeur) [TJCE 2000\212].

¹⁷⁹STJUE de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98, asunto Collino) [TJCE 2000\195].

¹⁸⁰STJUE de 12 de julio de 2001 (C-157/99, asunto Smits y Peerbooms) [TJCE 2001\196].

¹⁸¹STJUE 24 de octubre de 2002 (C-82/01, asunto Aeroports de París) [TJCE 2002\299].

¹⁸²STJUE de 8 de junio de 2000 (C-258/1999, asunto asunto Giovanniotros) [TJCE 2000\128].

¹⁸³STJUE de 19 de enero de 1994 (C-364/92, Eurocontrol) [TJCE 1994\3].

¹⁸⁴STJUE de 18 de marzo de 1997 (C-343/95, asunto Calí y Fligi) [TJCE 1997\54].

¹⁸⁵Con mayor amplitud, MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “La decisiva influencia ...”, op. cit., p. 33 y ss.

¹⁸⁶STJUE de 14 de septiembre de 2000 (C-343/98, asunto Collino) [TJCE 2000\195].

¹⁸⁷STJCE de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99].

¹⁸⁸STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto asunto Clece S.A.) [TJCE 2011\4].

reanude¹⁸⁹.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de mayo de 2013¹⁹⁰, ha puntualizado que es necesaria la continuidad de la actividad para que la venta de una unidad productiva pueda ser considerada sucesión de empresa, a efectos jurídico-laborales. Ha de haberse producido la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales que sean suficientes, por sí mismos, para seguir con la explotación empresarial. De este modo, cuando no hay continuidad ni disponibilidad de la explotación porque estaba interrumpida al tiempo de la toma de posesión del adquirente y, además, los elementos materiales vendidos no bastaban para desarrollar la actividad empresarial, no es posible entender que se haya producido la sucesión¹⁹¹.

Tampoco cuando la actividad no se ha reanudado, como ocurrió en el pronunciamiento de la STS, Sala Cuarta, de 21 de abril de 2015¹⁹², en un caso de cierre de la cafetería sita en la sede de la Intervención General del Estado, como consecuencia de la realización de obras de mejora en sus instalaciones y posterior adjudicación provisional a una nueva empresa. La falta de transmisión de elementos materiales y el hecho de que la actividad no se hubiera reanudado al tiempo de resolución del recurso, determinaron la declaración de inexistencia de sucesión empresarial. La sentencia concluye que solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicarlos a la misma actividad productiva anterior, cuando la empresa esté en funcionamiento. Además, se apunta que, en supuestos en los que el objeto social de la adquirente y la anterior son diferentes, tampoco puede imponerse dicha exigencia¹⁹³.

La continuidad en la actividad supone mantener una explotación empresarial “viva”, que es lo que permite considerar la permanencia de su identidad¹⁹⁴. Por lo que no se produce esta circunstancia cuando se crea una nueva empresa a partir de las cenizas de una anterior, ya sin

¹⁸⁹SSTJCE de 18 de marzo de 1986 (24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65] y de 11 de marzo de 1997 (asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45].

¹⁹⁰STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013 (Rec. 825/2012) [RJ 2013\5155].

¹⁹¹En la STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012 (Rec. 1108/2011) [AS 2012\1914], la actividad de la unidad productiva enajenada había cesado. Pero se habían transmitido los elementos patrimoniales necesarios para su puesta en funcionamiento, lo que determinó que se estimase la existencia de sucesión.

¹⁹²STS, Sala Cuarta, de 21 de abril de 2015 (Rec. 91/2014) [RJ 2015\2177].

¹⁹³En dicho caso, las actividades eran claramente dispares -finanzas y hostelería-.

En idéntico sentido se pronuncian las SSTS, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2013 (Rec. 684/2012) [RJ 2013\2131], de 12 de febrero de 2013 (Rec. 685/2012) [RJ 2013\3051], de 20 de diciembre de 2012 (Rec. 527/2012) [RJ 2013\1421], de 19 de diciembre de 2012 (Rec. 4036/2011) [RJ 2012\11250], de 14 de noviembre de 2012 (Rec. 3024/2011) [RJ 2013\176] y de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 3023/2011) [RJ 2012\9992], entre otras.

¹⁹⁴STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2002 (Rec. 4293/2000) [RJ 2002\6235]. En el mismo sentido, la STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 988/2012) [RJ 2013\5721].

actividad, aunque sí es posible que se produzcan ceses temporales de actividad, como estableció la STJUE 7 de agosto 2018 (C-472/16), Colino Sigüenza¹⁹⁵, que consideró que una suspensión temporal de cinco meses de una escuela de música municipal no obsta a que se pueda considerar que la entidad económica ha conservado su identidad.

Tampoco se produce sucesión en supuestos de empresas declaradas en situación de concurso, cuando hayan cesado en su actividad productiva al tiempo del nacimiento de las nuevas y los elementos productivos subsistentes no sean suficientes para afirmar la continuidad de la actividad¹⁹⁶.

En cambio, sí se producirá cuando la unidad adquirida en virtud de venta judicial lleva consigo los elementos primordiales básicos para que los trabajadores continúen con la misma actividad y esta sigue realizándose. La sucesión se producirá aunque la adjudicación se produzca en un proceso hipotecario y el adquirente sea una entidad bancaria¹⁹⁷.

También se aplican las garantías de la sucesión de empresa cuando la continuidad de la actividad a cargo de un tercero, se examina antes de la declaración de quiebra o insolvencia, aunque el procedimiento se realice por parte del futuro síndico de la quiebra, nombrado por un Tribunal, quien además ejecutará el plan trazado inmediatamente después de que se declare la quiebra. En estos casos no es aplicable la excepción prevista en el artículo 5.1 de la citada Directiva 2001/23/CE, pues este tipo de procedimientos previos a la quiebra no son equivalentes a un procedimiento de insolvencia análogo, que se haya abierto con vistas a la liquidación de los bienes

¹⁹⁵STJUE 7 de agosto 2018 (C-472/16, asunto Colino Sigüenza) [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204741&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4748691>].

¹⁹⁶Así lo recoge la STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2002 (Rec. 4293/2000) [RJ 2002\6235].

¹⁹⁷STSJ de Castilla La Mancha, Sala Social, de 25 de julio de 2012 (Rec. 17/2012) [AS 2012\2591]. En dicho supuesto, la nueva sociedad laboral que continuó con la actividad de la precedente se había constituido cuando la anterior había dejado de existir, era una masa integrada por un pasivo que superaba al activo, por lo que carecía de capital social y de organización, por lo que no podía considerarse como unidad productiva autónoma. Aunque había utilizado bienes de la anterior, lo cierto es que los tenían cedidos a título de arrendamiento y permanecían hipotecados y gravados con cargas superiores a su valor. La sentencia puntualiza que no se niega la posibilidad de que las ventas en caso de situaciones de “quiebra” puedan determinar una sucesión de empresa, sino de que en ese concreto supuesto, no se dan las circunstancias particulares que permitan declarar dicha situación.

En ese caso, la valoración de la prueba llevó a la Sala a considerar acreditado que en la finca rústica objeto de adjudicación seguía desarrollándose la actividad, pues al tiempo de la adjudicación contaba con los elementos necesarios para la realización de los trabajos de explotación.

del cedente [STJUE de 22 de junio 2017 (Federatie Nederlandse Vakvereniging)]¹⁹⁸.

Por último, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1992 (Redmond Stichtin)¹⁹⁹, entre las circunstancias que se deben considerar en la valoración del mantenimiento o reanudación de la actividad, se encuentra el grado de analogía de las actividades desarrolladas antes y después de la transmisión. Esa identidad puede resultar de que se trate de una actividad que descansa esencialmente en la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores sea coincidente.

3.2.4. El negocio traslativo.

La transmisión de elementos materiales puede producirse mediante cualquier tipo de negocio jurídico traslativo. Como ha destacado la doctrina científica “el negocio jurídico en virtud del cual se cede la empresa puede ser traslativo del dominio de ésta o de su mero goce”²⁰⁰.

El artículo 1.a) de la Directiva 2001/23 es muy amplio, ya que habla de “cesión contractual” o de “fusión” y lo mismo ocurre con el tenor literal del artículo 44 TRLET, que se refiere al “cambio de titularidad”. Esto permite considerar que comprende cualquier supuesto de cambio de titularidad, ya sea por actos “inter vivos” o “mortis causa” directos o indirectos. Como recoge la STJCE de 2 de diciembre de 1999 (Asunto Allen)²⁰¹, el ámbito de aplicación de la directiva comprende cualquier tipo de cambio que se produzca en la persona del empleador.

De hecho, la inexistencia de un vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario es irrelevante para excluir la sucesión, ya que esta puede producirse por etapas, a través de la intervención de un tercero²⁰² que, además, no es necesario que ceda la propiedad a la empresa sucesora. En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2005 (Nurten Güney-Görres), antes citada y la STJCE de 25 de enero de 2001 (Oy Liikenne)²⁰³, que recuerda que la Directiva 2001/23/CE se aplicará a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, siendo irrelevante que se haya transmitido la propiedad, o haya existido un tracto directo entre cedente y cesionario.

¹⁹⁸STJUE de 22 de junio 2017 (C-126/16, asunto Federatie Nederlandse Vakvereniging y Otros contra Statens energimyndighet) [TJCE 2017\99].

¹⁹⁹STJCE de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99].

²⁰⁰MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998, ISBN: 84-309-3220-8, p. 428.

²⁰¹STJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98, Asunto Allen) [TJCE 1999\283].

²⁰²STS, Sala Cuarta, de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997] y de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/2002) [RJ 2003\1962]. STJUE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Süzen) [JCE 1997\45].

²⁰³STJUE de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04 y 233/04) y la STJCE de 25 de enero de 2001 (C- 172/99, asunto Oy Liikenne) [TJCE 2001\22].

Incluso se admite la sucesión cuando la transmisión se produzca entre dos sociedades del mismo grupo, con idénticos propietarios, misma dirección, instalaciones y que trabajen en la misma obra, siempre que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica. Esta doctrina se recoge en la STJCE de 2 de diciembre de 1999 (Allen)²⁰⁴, en un supuesto en el que una de las sociedades del grupo subcontrata a otra del mismo grupo para realizar trabajos de perforación de minas.

En el mismo sentido destacan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 y de 7 de diciembre de 2011²⁰⁵. El razonamiento que emplean descansa en el hecho de que el aspecto realmente determinante de la sucesión es la continuidad de la actividad empresarial.

Por otro lado, como digo, no es exigible que el transmitente sea propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino que lo único que ha de poseer es la titularidad del negocio, como recoge la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (Adif) y la STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2007. En el mismo sentido, se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2010, que recuerda que la transmisión de una unidad productiva autónoma comprende supuestos en los que se traspasa el fondo comercial y los medios humanos y materiales necesarios para el desarrollo de la actividad²⁰⁶.

De este modo, la transmisión puede realizarse mediante la venta de activos a un tercero, que luego los arrienda a la nueva empresa. Así se ha declarado en la STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012²⁰⁷, en un supuesto de externalización de un servicio informático que constituía una unidad productiva autónoma. La sucesión se había producido como consecuencia de que la nueva empresa realizaba la misma actividad, utilizaba los elementos patrimoniales de la cedente y había asumido una parte significativa de la plantilla. El hecho de que la transmisión se hubiera realizado mediante la venta de activos patrimoniales a un tercero, que luego los había arrendado a la nueva empresa se consideró, de todo punto, irrelevante.

Tampoco es necesaria una total independencia entre las empresas, como recuerda la STJUE de 6 de marzo de 2014 (Amatori)²⁰⁸, por lo que es posible que una de ellas tenga el control sobre la otra.

²⁰⁴STJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98, asunto Allen) [TJCE 1999\283].

²⁰⁵En este sentido las SSTS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 202/2010 [RJ 2012\4023] y de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010 [RJ 2012/106].

²⁰⁶STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/2014, Asunto Adif) [TJCE 2015\283] y SSTS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 3994/2006) [RJ 2008\1460] y de 12 de mayo de 2010 (Rec. 136/2007) [RJ 2010\5256].

²⁰⁷STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 202/2010) [RJ 2012\4023].

²⁰⁸STJUE de 6 de marzo de 2014, (C- 458/12, asunto Amatori) [TJCE 2014\60].

En principio, negocios jurídicos como la compraventa, la venta en subasta pública²⁰⁹, el arrendamiento de industria²¹⁰, la donación, la permuta, el usufructo, la cesión contractual, o las operaciones de fusión o absorción²¹¹ son, entre otros muchos, negocios jurídicos “inter vivos” que pueden determinar una sucesión empresarial²¹². Lo relevante será que la unidad transmitida perviva y ello vendrá determinado por la existencia de un vínculo funcional de interdependencia y complementariedad de los distintos factores de producción transmitidos²¹³.

Por el contrario, los fenómenos derivados de la adquisición de acciones o participaciones sociales, aunque determinen cambios en cuanto al control del capital social, no son supuestos de sucesión, ya que el empresario sigue siendo la misma entidad²¹⁴.

La escisión de sociedades tampoco determina necesariamente una sucesión de empresa, ya que la descentralización productiva es lícita en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se adopten las prevenciones necesarias para salvaguardar los derechos de los trabajadores²¹⁵.

Como ha sostenido la doctrina, lo fundamental es que continúe la misma actividad empresarial o profesional²¹⁶, aunque debe ir acompañada de la transmisión de elementos materiales o inmateriales²¹⁷, siendo así que, en determinados sectores de actividad, es suficiente con que la transferencia se refiera a la mano de obra, como recogen las SSTJUE de 25 de enero de 2001 (Oy Liikenne)²¹⁸ y de 24 de enero de 2002 (Temco Service Industries)²¹⁹.

²⁰⁹Venta judicial de un establecimiento sanitario por empresa del mismo ramo que asume la plantilla es una sucesión. En este sentido, la STS, Sala Cuarta, de 2 de julio de 1993 (Rec. 3700/1992) [RJ 1993\5541], aunque se admite que no haya sucesión cuando son los trabajadores los que se la adjudican cuando la empresa está en quiebra, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2002 (Rec. 4293/2000) [RJ 2002\6235].

²¹⁰STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 202/2010) [RJ 2012\4023].

²¹¹STS, Sala Cuarta, de 30 de septiembre de 2003 (Rec. 88/2002) [RJ 2003\7450].

²¹²STS, Sala Cuarta, de 23 de octubre de 2009 (Rec. 2684/2008) [RJ 2009\5734].

²¹³Así lo establece la STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, asunto Ferreira Da Silva) [TJCE 2015\368].

²¹⁴DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa...”, op. cit., p. 245. Así lo recogen las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998) [RJ 1999\4660], de 22 de marzo de 1991 [RJ 1991\1891] y de 19 de enero de 1987 [RJ 1987\65].

²¹⁵DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa ...”, op. cit., p. 245. En este sentido, destaca la STS, Sala Cuarta, de 24 de julio de 1989 [RJ 1989\5908].

²¹⁶Como razona SEMPERE NAVARRO, A.V., “Lo importante (más que la realidad jurídico-formal) es que prosiga la misma actividad empresarial, de modo que habrá subrogación, aunque formalmente se presente todo como si hubiere finalizado su actividad la vieja empresa y la nueva no tuviera nada que ver con ella (...)”. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Un comentario ...”, op. cit., p. 4.

²¹⁷Así lo establece la STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Suzen) [JCE 1997\45].

²¹⁸STJUE de 25 de enero de 2001 (C- 172/99, asunto Oy Liikenne [TJCE 2001\22].

²¹⁹STJUE 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29].

Ahora bien, es importante destacar que la fecha de la transmisión viene determinada por el concreto momento en el que esta se produce. De ahí que las relaciones laborales existentes entre la empresa cedente y los trabajadores se transmitan únicamente en dicha fecha²²⁰.

²²⁰STJCE de 26 de mayo de 2005 (C-478/03, asunto Celtec Ltd contra John Astley y otros) [TJCE 2005\146].

II. LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

1. OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN.

El artículo 44.1 TRLET establece que “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral”.

Se trata de una garantía frente a la extinción del contrato. El fenómeno de la transmisión empresarial no constituye una causa válida de despido para la empresa cedente ni tampoco para la cesionaria.

La sucesión no determina la extinción del contrato de trabajo, sino que, por el contrario, cuando concurren los requisitos exigidos, opera por imperativo legal y al adquirente se le impone la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario saliente. Para ello no es preciso el acuerdo expreso de las partes, ni tampoco consentimiento de los trabajadores²²¹.

En cambio, la cesión contractual que se haya producido al margen de los requisitos legales exigidos por el artículo 44 TRLET, requiere el consentimiento expreso o tácito del trabajador para su validez²²².

Podríamos establecer que, sin lugar a dudas, esta garantía constituye una excepción a la regla general vigente en el derecho civil de que cambio de deudor requiere el consentimiento acreedor (art. 1.205 CC). La justificación de esta excepción hay que buscarla en el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE y, en concreto, en el derecho a la estabilidad en el empleo.

Los supuestos de sucesión de empresa se caracterizan porque la unidad transmitida, ya sea la empresa en su conjunto, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, continúa explotándose, a pesar del cambio de titularidad de la explotación. Ello que determina que, lógicamente, se mantengan las mismas posibilidades de empleo para los trabajadores y que las relaciones laborales de la empresa cedente se traspasen al cesionario.

Desde luego, ni la Directiva 2001/23/CE, ni tampoco el artículo 44 TRLET, impiden la oposición de los trabajadores a la subrogación derivada de la sucesión de empresa. Si la oposición

²²¹Tal como destaca, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2016 (Rec. 2911/2014) [RJ 2016\2933]. En el mismo sentido, la STS, de Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 165/2016) [JUR 2018\15926], en un supuesto de transmisión de un departamento comercial de cobros e impagos de una entidad bancaria.

²²²Así lo establece la STS, Sala Cuarta, de 3 de junio de 2005 (Rec. 1822/2004) [RJ 2005\5981].

del trabajador es libre, su negativa podrá considerarse como una baja voluntaria. Pero no será así cuando dicha oposición obedezca a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en cuyo caso, la ruptura de la relación laboral será imputable al empresario cesionario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la referida Directiva, tal como razona la STJCE de 12 de noviembre de 1998 (Europièces SA)²²³ y en tales casos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el contrato de trabajo propuesto por el cesionario implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador.

En los supuestos en los que se incumpla esta obligación, esto es, cuando no se incorpore al trabajador a su nuevo puesto de trabajo en la empresa adquirente, se produce un despido, ya que, como he dicho, el mero cambio de titularidad de una empresa no es una causa válida de extinción de los contratos de trabajo.

Por otro lado, el mecanismo subrogatorio exige que el contrato de trabajo se encuentre vivo. De hecho, el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE establece que “los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso”. Como se aprecia, el precepto parte de la subsistencia de la relación laboral. También el artículo 44 TRLET asume esta circunstancia, pues solo en el caso de que la relación laboral esté viva es posible que se produzca la novación subjetiva en el contrato. En tal supuesto, la transferencia de las relaciones laborales se produce por el mero hecho de la transmisión²²⁴.

La subrogación, por tanto, no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas, tal como recoge, entre otras, la ya lejana STS, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1997²²⁵. Dicha sentencia analiza un supuesto en el que se había producido la válida extinción de los contratos de trabajo antes de la transmisión de empresa por mutuo acuerdo entre las partes.

Tampoco opera la sucesión cuando la relación laboral se había extinguido antes de la transmisión y luego el despido se declara improcedente²²⁶, pues la obligación de subrogación y la responsabilidad solidaria que imponen los apartados primero y tercero del artículo 44 TRLET, son dos responsabilidades distintas y la extinción de la relación no obsta a la responsabilidad solidaria.

²²³STJCE de 12 de noviembre de 1998 (C-399/96, asunto Europièces SA) [TJCE 1998\271].

²²⁴Así lo como recoge la STJCE de 14 de noviembre de 1996 (C-305/94, asunto Claude Rotsart) [TJCE 1996\215].

²²⁵STS, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996) [RJ 1997\618], de 15 de abril de 1999 (Rec. 734/1998) [RJ 1999\4408] o de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113].

²²⁶STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

Por tanto, el presupuesto necesario para la operatividad de la garantía de subrogación es que los contratos de trabajo de la empresa cedente se encuentren vigentes al tiempo de la sucesión. En tal supuesto, la transferencia de las relaciones laborales se produce en la fecha de la transmisión de la empresa, sin que sea posible fijarla en una fecha distinta, a elección del cedente o del cesionario, como ha destacado la jurisprudencia europea²²⁷.

El ámbito de la sucesión comprende los derechos y obligaciones que los trabajadores hubieran adquirido y consolidado en el momento de la transmisión, con exclusión de las meras expectativas de derechos futuros²²⁸. Los trabajadores subrogados no pueden exigir el reconocimiento de los derechos que correspondan a los trabajadores de la empresa adquirente en la que se incorporan²²⁹, aunque las posibles situaciones de desigualdad derivadas puedan, lógicamente, ser superadas a través de la negociación colectiva²³⁰.

En definitiva, la sucesión, por sí misma, no extingue la relación laboral, de modo que el nuevo empresario queda subrogado en los contratos de trabajo, en los términos fijados en el apartado primero del artículo 44 TRLET.

Sobre este efecto subrogatorio se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2016²³¹. Esta sentencia recuerda que el artículo 44.1 TRLET tiene como presupuesto básico la subsistencia de la relación laboral, esto es, que esté viva al tiempo del negocio traslativo. De ahí que el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE establezca que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo “existente en la fecha del traspaso” pasen al cesionario como consecuencia del traspaso.

La obligación vincula incluso cuando el contrato que se ha suscrito de forma fraudulenta. En tales casos, el empresario sucesor debe asumir dichos contratos, pero en su verdadero alcance y naturaleza, con independencia de la denominación que le hayan dado las partes contratantes²³².

²²⁷En este sentido destaca la STJCE de 14 de noviembre de 1996 (C-305/94, asunto Claude Rotsart) [TJCE 1996\215].

²²⁸SSTS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 1998 (Rec. 4424/1997) [RJ 1998\10509] y de 15 de marzo de 2002 (Rec. 990/2001 [RJ 2002\9506].

²²⁹Así lo recogen las SSTs, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2004 (Rec. 66/2004) [RJ 2005\1595] y de 12 de enero de 2005 (Rec. 10/2004 [RJ 2005\1499].

²³⁰Doctrina derivada de la STS, Sala Cuarta de 12 de enero de 2005 (Rec. 10/2004 [RJ 2005\1499].

²³¹STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2016 (Rec. 336/2015) [RJ 2016\2698].

²³²En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 1997 (Rec. 2925/1996) [RJ 1997\9179], al establecer que el nuevo titular está obligado a situarse en la posición jurídica del anterior y debe asumir los contratos de trabajo en su verdadero alcance y naturaleza, cualquiera que fuera la denominación que le hayan dado las partes contratantes. De este modo, las posibles irregularidades en la contratación no constituyen ningún obstáculo de cara a la subrogación, todo ello sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante.

Por otro lado, la subrogación opera en el ámbito concreto en el que se haya producido la transmisión. Es decir, puede producirse, bien en la totalidad de la empresa, en el centro de trabajo, o bien en la concreta unidad productiva autónoma que haya sido objeto de traspaso. Por tanto, los efectos jurídicos que se generan por la aplicación del artículo 44.1 TRLET solo afectan a los trabajadores asignados a la concreta unidad afectada por la sucesión²³³.

En los supuestos en los que haya trabajadores que presten servicios indistintamente para varias unidades de la empresa, el efecto subrogatorio no operará de forma proporcional, sino que solo comprenderá aquellos trabajadores que pertenezcan a la unidad de negocio que es objeto de transmisión, dentro de los cuales, no obstante, podrán verse incluidos aquellos que presten servicios de forma no solo exclusiva en la referida unidad, sino también de forma prevalente en la misma²³⁴.

El efecto jurídico inmediato que produce la obligación de subrogar al personal es, como venimos estudiando, la continuidad de las relaciones laborales, esto es, la empresa adquirente se subroga en los derechos y obligaciones de la cedente. En este sentido, el artículo 44 TRLET exige, como ya hemos visto, que los contratos de los trabajadores estén vigentes al tiempo de la sucesión.

De este modo, la garantía de mantenimiento del empleo no rige en los supuestos en los que los contratos laborales se han extinguido previa y válidamente. En principio, son extinciones válidas de los contratos de trabajo todas aquellas que se funden en cualquier causa prevista en el artículo 49.1 TRLET, por lo que la obligación de subrogación no se proyectará sobre los trabajadores que hayan visto extinguidos válidamente sus contratos de trabajo antes de la transmisión.

La aplicación de la regla anterior es cuestionable en los supuestos en los que se alegue la concurrencia de fraude de ley en la extinción. Esto es, cuando se ponga de manifiesto que antes de la concertación del negocio jurídico que ocasione la sucesión, se hayan producido extinciones contractuales que no deriven de causas legales justificadas, sino que den cobertura formal a las extinciones contractuales, con la única finalidad de evitar la aplicación de la obligación de subrogación prevista en el artículo 44.1 TRLET. En tales casos, no es necesario que exista connivencia entre las empresas cedente y cesionaria, basta con que conste el ánimo de perjudicar los derechos de los trabajadores²³⁵. De este modo, la adopción de despidos objetivos procedentes, o incluso de un despido colectivo justificado, inmediatamente, antes de una transmisión de empresa, puede conllevar un importante riesgo de fraude.

Es necesario recordar que el fraude de ley no se presume, sino que, por el contrario, es

²³³ Así se establece en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 17 de junio de 2015 (Rec. 1548/2014 [RJ 2015\3659], de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/2013) [RJ 2014\4637], o de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 1334/2012) [RJ 2013\7927].

²³⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Dir.), “Aspectos laborales...”, op. cit., pp. 1056-1057.

²³⁵ STS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113].

necesaria su prueba²³⁶, que corresponde a la parte que lo invoca²³⁷. Como establece la STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 2007²³⁸, el fraude es un “conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma”.

En relación a la prueba del fraude de ley, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 12 de mayo de 2009²³⁹ ha admitido la posibilidad de acreditarlo no solo mediante la prueba directa, sino también a través de las presunciones. En este último caso, entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir debe existir un enlace preciso y directo.

Es evidente que la acreditación de la concurrencia de fraude no es algo sencillo, pero lo cierto es que pueden existir ciertos indicios que permitan disipar dudas al respecto. En primer lugar, podría considerarse el número de extinciones acordadas, de modo que una extinción de la totalidad de la plantilla podría constituir un indicio de fraude, pues estando pendiente la transmisión de la empresa, no parece muy lógico, de cara a la continuidad de la actividad, que se prescindiera de la totalidad de la plantilla.

En segundo término, cuando la medida de extinción de contratos es colectiva, puede tener singular relevancia el hecho de que no se haya hecho mención a la posibilidad de transmisión de la empresa durante el período de consultas, dado el deber de buena fe que rige la negociación²⁴⁰.

Además de los referidos indicios, cobra singular relevancia la proximidad temporal entre las extinciones y la transmisión de la empresa, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014²⁴¹, al examinar un supuesto en el que se había acordado un despido colectivo inmediatamente antes del pacto empresarial por el que se subarrendaba una estación de servicio. Las circunstancias relativas a la forma y, especialmente, al momento en el que se produjo la transmisión fueron las que determinaron la conclusión de existencia de una actuación fraudulenta. En primer lugar, la sentencia tiene en cuenta que la adquirente había asumido, de forma inmediata, todos los elementos materiales y patrimoniales de la explotación y, sin embargo, no se había producido la asunción de la

²³⁶SSTS, Sala Cuarta, de 16 de febrero de 1993 (Rec. 2655/1991) [RJ 1993\1174], de 18 de julio de 1994 (Rec. 137/1994) [RJ 1994\7055] y de 21 de junio de 2004 (Rec. 3143/2003) [RJ 2004\7466], entre otras muchas.

²³⁷SSTS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 2007 (Rec. 401/2006) [RJ 2007\3616] y de 21 de junio de 2004 (Rec. 3143/2003) [RJ 2004\7466].

²³⁸STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 2007 (Rec. 401/2006) [RJ 2007\3616].

²³⁹STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2009 (Rec. 2497/2008) [RJ 2009\3252].

²⁴⁰Con mayor amplitud, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4/2015, parte Art. Doctrinal, 2015, ISSN 0214-6045, pp.41-47.

²⁴¹STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013) [RJ 2014\2769].

plantilla, que había sido despedida previamente, de forma claramente injustificada. De ahí concluye la existencia del elemento intencional, esto es, de la voluntad de defraudar la normativa legal aplicable, pues el pacto relativo a la transmisión se había alcanzado a los pocos días de la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla. Este hecho pone de manifiesto que se habían empleado los mecanismos previstos en el artículo 51 del entonces ET como norma de cobertura para burlar la aplicación del artículo 44 del mismo ET y también la voluntad empresarial de eludir la aplicación de la normativa relativa a la sucesión de empresas.

En el mismo sentido destaca la STJCE de 15 de junio de 1988 (Bork International)²⁴², que recuerda que para apreciar la posible existencia de fraude es necesario considerar las circunstancias objetivas en las que se ha producido el despido de los trabajadores, entre las que cobra singular relevancia el hecho de que se haya producido en una fecha próxima a la de la transmisión. En dicho supuesto, el propietario de la empresa se había hecho cargo de la unidad enajenada una vez expirado el contrato de arrendamiento concertado sobre la misma. El objetivo perseguido era venderla a un tercero, que había continuado la explotación de forma ininterrumpida e inmediata a la terminación del contrato de arrendamiento, empleando a algo más de la mitad del personal del arrendatario anterior. En este caso, la inmediatez con la que se había producido la continuidad de la explotación también fue el elemento clave para determinar la existencia de una actuación fraudulenta.

Respecto a esta cuestión de la proximidad temporal entre las extinciones acordadas y la transmisión de la empresa, es conveniente recordar que en los supuestos en los que se advierte un período de espera para efectuar el cambio de titularidad, equivalente al plazo que tiene el trabajador para accionar contra el despido, esto es, el plazo de caducidad de veinte días -tratando de impedir que los trabajadores puedan demandar-, entra en juego la doctrina denominada “efecto Lázaro” o resurrección de acciones de despido caducadas, que es una proyección del fraude de ley. Esta doctrina permite declarar la improcedencia de un despido, aunque haya pasado el referido plazo de caducidad para entablar la correspondiente demanda. Se trata de una doctrina jurisprudencial que hace resurgir una relación laboral ya extinguida cuando se producen ciertas circunstancias en los supuestos de sucesión de empresas. No solo se aplica a los casos de extinciones contractuales, sino que se extiende a reclamaciones relativas a condiciones laborales y de Seguridad Social existentes antes de la transmisión. Los requisitos para que pueda operar se resumen en que debe existir una extinción contractual que se haya llevado a cabo con una intención defraudatoria.

Otros supuestos de fraude se advierten en el ámbito de la contratación pública y están

²⁴²STJCE de 15 de junio de 1988 (C-101/87, asunto Bork International) [TJCE 1988\167].

ligados a los casos de extinción de la personalidad jurídica de determinados entes públicos, como ocurrió en los supuestos de extinción de los consorcios andaluces que iban seguidos de la asunción de competencias y funciones por parte de otro ente público. Destacan, en este sentido, las SSTS, Sala Cuarta, de 16 de abril de 2014 y 20 de mayo de 2014²⁴³, que declararon la nulidad de los despidos colectivos acordados, al constatar que la única finalidad era eludir la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

La doctrina derivada de estas sentencias se ha aplicado en casos semejantes, si bien con resultados dispares. Cobra singular relevancia la STS, Sala Cuarta, de 26 de junio de 2014²⁴⁴, en la que el Tribunal Supremo declara la existencia de responsabilidad solidaria de las demandadas, esto es, de la Agencia de Protección de Datos de una Comunidad Autónoma y de la propia Administración autonómica. También la STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2014²⁴⁵, que analiza un supuesto en el que, como consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica de una agencia estatal se produjo la extinción de setenta y siete contratos de trabajo. El personal funcionario, así como los contratados con carácter indefinido habían sido subrogados por la Dirección General correspondiente, de conformidad con lo establecido en la propia normativa autonómica, que además establecía el traspaso de su patrimonio y de sus funciones a la Administración. En este caso no se apreció la existencia de fraude de ley (a diferencia de los casos de los consorcios andaluces), ya que los despidos se habían acordado en la propia ley autonómica y no se consideró factible que fuera el propio legislador quien incurriera en un fraude de ley. De este modo, se estimó que los despidos no se habían realizado para tratar de evitar la aplicación del mecanismo subrogatorio, sino porque venían impuestos en la propia ley autonómica. De ahí que, aunque se considera la existencia de sucesión, su alcance se fija en función de lo expresamente previsto en la norma autonómica –en este caso, excluía al personal temporal–.

Paralelamente, la jurisprudencia europea ha admitido que los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que hayan sido despedidos, de modo fraudulento, poco tiempo antes de la transmisión, vinculan al cesionario, incluso si después de la transmisión la nueva adquirente no se ha hecho cargo de dichos trabajadores. En este sentido se pronuncia la STJCE de 12 de marzo de 1998 (*Jules Dethier Equipement SA*)²⁴⁶, que recuerda que aunque el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, reconoce el derecho del empresario cedente y del cesionario a despedir por razones

²⁴³SSTS, Sala Cuarta, de 16 de abril de 2014 (Rec. 152/2013) [RJ 2014\3279] y 20 de mayo de 2014 (Rec. 153/2013) [RJ 2014\4355].

²⁴⁴STS, Sala Cuarta, de 26 de junio de 2014 (Rec. 219/2013) [RJ 2014\4392].

²⁴⁵STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2014 (Rec. 231/2013) [RJ 2014\6420].

²⁴⁶STJCE de 12 de marzo de 1998 (C- 319/94, asunto *Caso Jules Dethier Equipement SA contra Jules DassySovam SPRL*) [TJCE 1998\45].

económicas, técnicas o de organización a aquellos trabajadores que hayan sido ilegalmente despedidos por el cedente, poco tiempo antes de la transmisión de empresa, sin embargo, dichos trabajadores pueden invocar frente al cesionario la ilegalidad de dicho despido.

2. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE TRAS LA TRANSMISIÓN.

De acuerdo con el art. 44.4 TRLET, salvo pacto en contrario²⁴⁷, las relaciones se regirán por el convenio colectivo que estuviese en vigor en el momento de la transmisión. Su vigencia se mantiene hasta la fecha prevista para su expiración e incluso durante su posible ultraactividad.

Se trata de un precepto que es acorde con el contenido del artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE, que impone al cesionario la obligación de mantener las mismas condiciones laborales pactadas en el convenio colectivo de la empresa cedente, al menos hasta la fecha de extinción o expiración de la referida norma colectiva o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio. El “pacto en contrario” al que alude el precepto se refiere a aquel que se haya realizado una vez producida la transmisión y no antes. De ahí que las modificaciones de las condiciones laborales que se hayan producido como consecuencia de un acuerdo adoptado con anterioridad, carezcan de validez²⁴⁸.

La norma, sin embargo, no impone al empresario adquirente una vinculación respecto del convenio colectivo del que no sea parte. Este empresario no está vinculado a convenios colectivos posteriores a aquel que esté vigente al tiempo de la sucesión²⁴⁹.

Como recoge la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Österreichischer Gewerkschaftsbund)²⁵⁰, dentro de las condiciones laborales a las que alude el precepto se encuentran las fijadas en convenios colectivos que mantienen sus efectos en las relaciones laborales,

²⁴⁷Debe ser suscrito por los representantes legales de los trabajadores, que serán los del art. 44.5 TRLET y por el nuevo adquirente. MERCADER UGUINA, J.R., “La sucesión de empresa” en CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M.^a y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2014, ISBN 978-84-9898-809-3, pp. 508-509.

Respecto a los representantes de los trabajadores, el art. 44.5 ET garantiza la continuidad de los órganos de representación, salvo que la unidad productiva pierda autonomía. En este caso parece que serían aplicables los art. 67.1.5 TRLET. Vid., DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa ...”, op. cit., pp. 257, apartado 4.2.3 y MERCADER UGUINA, J.R., “La sucesión ...”, op. cit, p. 509.

Si carece de órganos de representación lo razonable será considerar la promoción de nuevas elecciones. Vid. MERCADER UGUINA, J.R., “La sucesión ...”, op. cit., p. 510.

²⁴⁸En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 146/2013) [RJ 2014\2945].

²⁴⁹Así lo recoge la STJCE de 9 de marzo de 2006 (C-499/04, asunto Werhof) [TJCE 2006\66].

²⁵⁰STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-328/13, asunto Österreichischer) [TJCE 2014\220].

aunque hayan sido denunciados, pero siempre que no sea aplicable un nuevo convenio colectivo.

La obligación de mantener el convenio colectivo de la empresa cedente comprende no solo el convenio vigente, sino también los posteriores que lo complementen²⁵¹.

Sobre el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos, es pertinente destacar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2014 (Österreichischer Gewerkschaftsbund)²⁵². Esta sentencia considera posible que una regulación nacional sobre la ultraactividad de los convenios colectivos puede afectar a lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE. De este modo, la empresa cesionaria queda vinculada por el convenio colectivo que se venía aplicando a los trabajadores afectados cuando este está en el período de ultraactividad, ya que la finalidad perseguida por la normativa europea es evitar que los trabajadores afectados por la sucesión pasen a una situación que pueda ser menos favorable para sus intereses²⁵³.

La misma solución se daba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La ya lejana STS, Sala Cuarta, de 11 de octubre de 2002²⁵⁴, estableció que, aunque el convenio colectivo aplicable en la empresa cedente se encontrase en situación de ultraactividad, era aplicable. Se considera que esta situación no es subsumible en ninguna de las dos previsiones que contempla la Directiva como límite, ya que el convenio no se ha extinguido, ni tampoco se ha acreditado la existencia de uno nuevo que rija las relaciones laborales de los trabajadores cedidos.

En el mismo sentido se pronuncia la posterior STS, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2011²⁵⁵, que reitera la obligación de la empresa adquirente de respetar el convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo y que se encontraba en fase de ultraactividad al tiempo de la transmisión. Esta sentencia puntualiza que dicha obligación subsiste, hasta que entre en vigor o sea aplicable un nuevo convenio, salvo que se haya alcanzado un pacto en contrario tras la transmisión.

²⁵¹Así lo destaca la STJUE de 27 de abril de 2017 (C-680/2015, asunto Asklepios) [TJCE 2017\104], apartados 19 a 22.

²⁵²STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C-328/13, asunto Österreichischer Gewerkschaftsbund contra Wirtschaftskammer Österreich) [TJCE 2014\220].

²⁵³El supuesto analizado trataba de un grupo de empresas con convenio colectivo que traslada toda su actividad a una filial del mismo grupo, pero con condiciones laborales menos favorables, reguladas por otro convenio colectivo diferente. El día antes de la transmisión se denuncian ambos convenios, por lo que la empresa cesionaria decide unilateralmente reducir los salarios de los trabajadores afectados, aplicándoles condiciones más desfavorables que las que se les venía aplicando antes de la sucesión. Con mayor amplitud, ALONSO, R., “En una sucesión de empresa, la cesionaria mantendrá las condiciones laborales del convenio de la cedente a los trabajadores afectados, aunque el convenio haya perdido su vigencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, parte Fichas de Jurisprudencia, 2015, BIB 2014\4480, pp. 189-191.

²⁵⁴STS, Sala Cuarta, de 11 de octubre de 2002 (Rec. 920/2002) [RJ 2002\10682].

²⁵⁵STS, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2011 (Rec. 132/2010) [RJ 2011\3823].

Todo lo anterior implica que el referido convenio colectivo solo dejará de aplicarse en los casos en los que pierda vigencia como consecuencia de la entrada en vigor de uno nuevo, o en aquellos otros en los que exista un pacto entre la empresa y los legales representantes de los trabajadores, que así lo establezca de forma expresa²⁵⁶.

Respecto a los acuerdos, son válidos los que acuerden la prórroga de la ultraactividad del convenio siempre y cuando se adopten expresamente por una comisión negociadora que esté válidamente constituida²⁵⁷.

En cualquier caso, es necesario que se trate de un convenio colectivo estatutario, ya que los de naturaleza extraestatutaria no son aplicables a la unidad que haya sido transmitida, como destaca la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2010²⁵⁸, puesto que un convenio de este tipo no se integra en el sistema de fuentes de la relación laboral. No aparecen incluidos dentro del art. 3.1 TRLET, carecen de eficacia normativa y solo pueden producir efectos entre las partes que los hayan suscrito. Además, sostener lo contrario, determinaría que se hiciera prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial.

También se exige que el acuerdo se adopte tras la transmisión de la empresa. Esto excluye las decisiones unilaterales y los posibles acuerdos individuales con los trabajadores de renuncia al anterior convenio y de vinculación a otro nuevo. En consonancia con ello, se rechazan los acuerdos con la representación legal de los trabajadores que se hayan suscrito antes de la transmisión, pues la norma otorga participación a los trabajadores afectados a través de sus representantes, posibilitando, de este modo, que participen en la determinación de la regulación aplicable a sus relaciones laborales, una vez producida la sucesión de empresa.

Hay que tener en cuenta que el artículo 44.5 TRLET establece que, cuando la unidad transmitida conserva su autonomía, se mantiene el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad. Por ello, en tales casos, los únicos legitimados para negociar y suscribir estos pactos de homogeneización serán dichos órganos de representación legal de los trabajadores en la empresa. En cambio, en los supuestos de integración de la unidad transferida en la empresa adquirente, los legitimados para negociar serán los órganos de representación de esta última, una vez que se haya producido la adaptación que sea pertinente, en cuanto a su número y composición, como consecuencia de la incorporación de los trabajadores

²⁵⁶En este sentido se pronuncia la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246].

²⁵⁷STS, Sala Cuarta, de 20 diciembre 2016 (Rec. 9/2016) [RJ 2016\6515].

²⁵⁸STS, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2010 (Rec. 139/2009) [RJ 2010\3606].

cedidos²⁵⁹.

Todo lo anterior determina que cabe la posibilidad de que, dentro de una misma empresa existan trabajadores que, realizando las mismas funciones, estén sometidos a convenios colectivos diversos.

Ahora bien, el obligado respeto de las condiciones laborales procedentes del convenio colectivo de la anterior empleadora y vigentes al tiempo de la transmisión, no impide que las condiciones laborales futuras puedan ajustarse a las nuevas normas pactadas por el nuevo empresario. Como recuerda la STJUE de 6 de abril de 2017 (ISS Facility Services)²⁶⁰, es posible modificar las condiciones laborales tras una sucesión de empresa, siempre que el cambio no se base en la propia la sucesión y siempre que lo permita la legislación del Estado Miembro.

La obligación que establece el artículo 44.4 TRLET no es incompatible, por ejemplo, con un posible pacto con los legales representantes de los trabajadores que unifique las estructuras salariales²⁶¹. Este acuerdo debe aplicarse íntegramente, esto es, sin acudir a técnicas de espiguelo²⁶².

Cabe, por tanto, que mediante el pacto al que alude el artículo 44.4 TRLET, se adelante la aplicación del convenio colectivo de la empresa adquirente. Pero este acuerdo no puede servir para imponer a los trabajadores cedidos condiciones que sean, en su conjunto, menos favorables a las previstas en el convenio colectivo vigente en la empresa cedente antes de la transmisión. En caso contrario, podría verse fácilmente frustrado el objetivo pretendido por la Directiva, perjudicando el efecto útil de la misma²⁶³.

De otra parte, el empresario adquirente solo está obligado a respetar las condiciones existentes al tiempo de la transmisión, pero no a mantener de forma indefinida aquellas otras condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que aplicaba la empresa transmitente. Sostener lo contrario supondría imposibilitar cualquier intento de regulación homogénea en estos supuestos de integración en la misma entidad empresarial. En este sentido se pronuncia la Sentencia

²⁵⁹DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Externalización de actividades y determinación de condiciones laborales aplicables a los trabajadores subrogados. Inadecuación del procedimiento de modificación del art. 44.9 ET (Comentario a la SAN de 14 de julio de 2014, Rº 108/2014)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, parte Art. Doctrinal, 2014, ISSN 0214-6045, pp. 167-193.

²⁶⁰STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15, asunto Unionen) [TJCE 2017\125]. Se trataba de una cuestión relativa al derecho sueco respecto a los períodos de preaviso del convenio colectivo de la empresa cedente, que estaban vinculados a la antigüedad de los trabajadores cedidos; la empresa adquirente había dejado de aplicar esos períodos de preaviso.

²⁶¹En este sentido, STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 2003 (Rec. 40/2002) [RJ 2003\3586].

²⁶²Sobre esta cuestión destaca la STS, Sala Cuarta, 4 de junio de 2008 (Rec. 1771/2008) [RJ 2008\7541].

²⁶³Así se deduce de la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C 108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246].

del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de junio de 2011²⁶⁴, que además recuerda que los derechos derivados de la norma colectiva aplicable en la empresa cedente solo han de mantenerse respecto a trabajadores afectados por la transmisión, pero no respecto a aquellos otros que hayan sido contratados con posterioridad, a los que se debe aplicar el convenio colectivo vigente dentro del ámbito funcional propio de la empresa adquirente.

No obstante, es conveniente tener presente el pronunciamiento de la STJUE de 27 de abril de 2017 (Asklepios)²⁶⁵, que establece que cuando el derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación del deber de mantenimiento de los derechos y obligaciones, es admisible el pacto de que su relación laboral se regule tanto por el convenio colectivo en vigor en la fecha de la transmisión como por los convenios posteriores que lo completan, modifican o sustituyen.

Por otro lado, respecto al reconocimiento de derechos previstos en el convenio colectivo de la empresa cedente, que están ligados al desarrollo de una actividad determinada, como ocurre con la actividad de transporte aéreo de pasajeros y el derecho a recibir billetes gratuitos de avión, se ha reconocido la obligación de mantener dicho derecho aun cuando la empresa cesionaria no se dedique a la referida actividad. Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 3 de octubre 2017²⁶⁶, interpretando el convenio colectivo de la empresa adquirente, que así lo establecía.

3. MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES.

Los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 2001/23/CE reconocen esta garantía de mantenimiento de las condiciones de trabajo que venían disfrutando los trabajadores. Las referidas normas establecen que los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo vigente en la fecha de traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

En nuestro derecho interno esta garantía viene recogida en el artículo 44.1 TRLET, que establece que el nuevo empresario queda “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de

²⁶⁴Sala Cuarta, de 27 de junio de 2011 (Rec. 205/2010) [RJ 2011\6090]. También, en este sentido, la STS, Sala Cuarta, de 6 de octubre de 2015 (Rec. 268/2014) [RJ 2015\5503].

²⁶⁵STJUE de 27 de abril de 2017 (C-680/15 y C-681/15, asunto Asklepios) [TJCE 2017\104].

²⁶⁶STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre 2017 (Rec. 2179/2015) [RJ 2017\4311]. Se trataba de trabajadores de una compañía aérea que fueron subrogados por otra empresa que no era compañía aérea. Se reconoció el derecho al disfrute de billetes de cortesía gratuitos o con descuento. Esta sentencia reitera doctrina SSTs, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2016 (Rec. 882/2015) [RJ 2016\5168] y 30 septiembre 2016 (Rec. 3930/2014) [RJ 2016\5155], de 4 octubre 2016 (Rec. 689/2015) [RJ 2016\5093] y de 3 mayo 2017 (Rec. 2356/2015) [RJ 2017\2743].

Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”.

Se trata de una obligación que, lógicamente, rige respecto a los contratos que se encuentren vivos al tiempo de la sucesión, aunque existen obligaciones que nacen tras la extinción del contrato laboral como ocurre con las derivadas de la Seguridad Social complementaria. Tras la reforma del artículo 44.1 TRLET por la L 12/2001, queda claro que están incluidas en el ámbito de protección²⁶⁷. Aunque el artículo 3.4 de la Directiva establece que no se transferirán los derechos y obligaciones de los trabajadores recogidos en regímenes de protección social complementarios, también reconoce la posibilidad de que los Estados Miembros adopten medidas para proteger los derechos a prestaciones de jubilación recogidos en dichos planes. Por tanto, es evidente que el legislador español ha mejorado la protección dispensada por la Directiva al incluir en el apartado primero del artículo 44 TRLET los compromisos de pensiones y demás obligaciones en materia de protección social complementaria adquiridos por el cedente²⁶⁸.

La Directiva 2001/23/CE trata de garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario. Establece una obligación de subrogación en las mismas condiciones laborales que las que tenían reconocidas con la empresa cedente. Se trata de derechos indisponibles, por lo que no es posible que el cesionario modifique a la baja dichas condiciones, ni siquiera contando con el consentimiento de los trabajadores²⁶⁹. En cambio, es posible que se modifiquen determinados aspectos como los salarios de los trabajadores cuando el traspaso se haya producido en favor de una empresa pública, para ajustarlos a la normativa vigente, siempre que se tenga en cuenta la antigüedad de los mismos a efectos del cálculo²⁷⁰. Pero si el contrato de trabajo se rescinde como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada en perjuicio de los derechos del trabajador, la rescisión no se considerará voluntaria sino imputable al empresario²⁷¹.

En cualquier caso, es conveniente tener presente que la referida Directiva admite la modificación de las condiciones laborales siempre que el derecho nacional aplicable lo admita. De este modo, lo único que se prohíbe es que la modificación se produzca como consecuencia exclusiva de la transmisión de empresa, como puntualiza la STJCE de 12 de noviembre de 1992

²⁶⁷DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa ...”, op. cit., pp. 255-256, apartado 4.2.2.

²⁶⁸Vid., en este sentido, ARASTREY SAHÚN, L., “La sucesión de empresa ...”, op. cit., p. 141.

²⁶⁹STJUE de 6 de noviembre de 2003 (C-4/01, asunto Martin y otros) [TJCE 2003\367].

²⁷⁰STJUE de 11 de noviembre de 2004 (C-425/02, asunto Delahaye) [TJCE 2004\388].

²⁷¹STJCE de 12 de noviembre de 1998 (C-399/96, asunto Caso Europièces SA contra Wilfried Sanders Automotive Industries Holding Company SA.) [TJCE 1998\271].

(Anne Watson)²⁷². Dicha sentencia interpreta el contenido del artículo 3 de la Directiva y sostiene que debe interpretarse en el sentido de que, en el momento de la transmisión, las condiciones del contrato no pueden modificarse. Pero no se opone a una modificación de la relación laboral con el nuevo empresario, en la medida en que el derecho nacional aplicable la admita en supuestos distintos al de transmisión de empresa²⁷³.

En nuestro derecho interno, la trasposición de esta garantía se encuentra en el apartado noveno del artículo 44 TRLET, que reconoce la posibilidad de que las empresas cedente o cesonaria puedan adoptar medidas como traslados o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, colectivas o individuales. Quedan al margen, únicamente, aquellas medidas que entren dentro del denominado *ius variandi* empresarial. Estas últimas podrán adoptarse sin necesidad de abrir período de consultas con la representación legal de los trabajadores²⁷⁴. Paralelamente, los representantes legales de los trabajadores podrán emitir un informe respecto a las medidas que la empresa pretenda adoptar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.5.d) TRLET.

La norma establece que dichas medidas deberán sujetarse al procedimiento de consultas regulado en los artículos 40.1 y 41.4 TRLET, que se rige por el deber de negociar de buena fe. También podrán adoptar otro tipo de medidas laborales con ocasión de la transmisión como despidos colectivos o despidos objetivos individuales, pero sujetándose siempre a un período de consultas con los legales representantes de los trabajadores que, además, deberá celebrarse con la suficiente antelación.

Por tanto, lo que se admite es que una vez que se haya producido la transmisión, se pueda iniciar un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 TRLET con los representantes de los trabajadores. El cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 44.9 TRLET es imperativo, como recuerda la STS, Sala Cuarta, de 11 de febrero de 2015²⁷⁵, pues no es admisible que a los trabajadores cedidos se les apliquen, desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesora, las condiciones pactadas en el seno de esta, sin respetar las de origen y sin haberse iniciado el trámite del artículo 41 TRLET para llevar a cabo una

²⁷²STJCE de 12 de noviembre de 1992 (C-209/91, asunto Anne Watson Rask y Kirsten Christensen contra ISS Kantenservice A/S) [TJCE 1992\184].

²⁷³En el mismo sentido se pronuncia la posterior STJUE de 14 de septiembre de 2000 (C 343/98, asunto Collino) [TJCE 2000\195].

²⁷⁴Medidas que no supongan una modificación funcional sino solo un ajuste de las funciones correspondientes al puesto de trabajo, así como las relativas, por ejemplo, a la aplicación de normas internas de la empresa, no precisan a la apertura del período de consultas al que nos venimos refiriendo.

En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales ...” op. cit., p. 1065.

²⁷⁵STS, Sala Cuarta, de 11 de febrero de 2015 (Rec. 2613/2013) [RJ 2015\677].

modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo²⁷⁶.

De otra parte, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 23 de marzo 2017²⁷⁷, esta obligación de mantener las condiciones de trabajo en la empresa saliente no puede eludirse por un pacto colectivo negociado por la nueva empresa, una vez que ha transcurrido un breve espacio de tiempo desde la subrogación. En dicho supuesto el pacto era fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación. Además, incluía un efecto retroactivo, que hacía que, a la plantilla subrogada se le aplicasen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante, de modo que la sucesión empresarial se producía con una clara alteración de las condiciones para los trabajadores, contraviniendo las disposiciones convencionales y legales que establecen la garantía de mantenimiento de las condiciones laborales²⁷⁸.

4. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS TRABAJADORES.

En principio, la sucesión no afecta a la representación legal o sindical en la empresa. Como recoge la STJUE, de 29 de julio de 2010²⁷⁹, el artículo 6.1.1 de la Directiva 2001/23/CE contiene la regla general relativa a la representación de los trabajadores y dispone que, en los casos en los que

²⁷⁶En el mismo sentido, la STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2016 (Rec. 42/2015) [RJ 2016\5304], que, analizando una modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada en un supuesto de sucesión de empresa, establece que no es posible modificar las condiciones contractuales a la baja como consecuencia de una transmisión de empresa. Solo cabe que la empresa cedente y la cesionaria inicien el procedimiento regulado en el artículo 41 ET con los legales representantes de los trabajadores.

En sentido semejante se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 4010/2015) [RJ 2016\6188] que declara la nulidad de una modificación sustancial de condiciones de trabajo porque solo se había producido un cumplimiento formal y no material de los trámites del art. 41 ET, ya que el acuerdo de modificación se había negociado solo con la representación de los trabajadores de la nueva empresa con la finalidad de homogenizar las condiciones de trabajo de la plantilla.

En idéntico sentido destaca la STS, Sala Cuarta, de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 1516/2016) [RJ 2017\5333], que rechaza la validez de una modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por un acuerdo negociado antes de la transmisión que entra en vigor muy poco tiempo después de que la misma tenga lugar.

²⁷⁷STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo 2017 (Rec. 377/2016) [RJ 2017\1353]. La sentencia reitera la doctrina de las previas SSTS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2016 (Rec. 4177/2015) [RJ 2017\114]. En el mismo sentido, STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo 2017 (Rec. 1414/2016) [RJ 2017\2979].

²⁷⁸STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2018 (Rec. 439/2017) [JUR 2018\44058].

²⁷⁹STJUE, de 29 de julio de 2010 [C-151/09, asunto UGT] [TJCE 2010\241].

la empresa, el centro de actividad o una parte de los mismos conserve su autonomía, tanto el estatuto como la función de los representantes de los trabajadores afectados por una transmisión subsistirán en los términos y en las condiciones existentes antes de la fecha en la que aquella se haya producido.

A tal efecto, se considera intrascendente el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos, si no disponen de las facultades de organizar directamente a los trabajadores. La autonomía se mantiene cuando los responsables de esta entidad conservan “la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario”.

En consecuencia, el mandato representativo se extingue cuando, la autonomía de la unidad transferida desaparece como consecuencia de la transmisión, pues su conservación determinaría la concurrencia de una doble representación.

A nivel interno, la STS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1990²⁸⁰, ya reconocía que el mero cambio formal de titularidad de los centros de trabajo no extingue el mandato de los legales representantes de los trabajadores, si la actividad continúa con idénticas funciones y con el mismo número de trabajadores.

Por tanto, no se pierde la condición de representante legal cuando la unidad en la que el trabajador fue elegido se mantiene. Lo que se exige es que ámbito electoral subsista como entidad económica autónoma. No ocurrirá en los supuestos en los que se produzca su desaparición como consecuencia de operaciones de fusión, absorción o integración en la organización empresarial de la nueva adquirente²⁸¹.

La autonomía que exige el artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE no es un concepto equivalente al de “identidad”, al que se refiere el artículo 1.1.b) de la misma norma. La autonomía debe manifestarse y apreciarse una vez que se advierta la existencia de una sucesión de empresa, mientras que la identidad es un requisito imprescindible para que se produzca el fenómeno de la sucesión, lo que exige que esta última debe estar presente en el momento en el que tenga lugar la concreta operación de transmisión en la que se base.

La cuestión relativa a la representación legal de los trabajadores en situaciones de sucesión

²⁸⁰STS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1990 (Rec. 207/1990) [RJ 1990\6453].

²⁸¹Con mayor amplitud, vid., SEMPERE NAVARRO, “Un comentario al art. 44 ...”, op. cit., ep. 4. B.

de empresa fue abordada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia. La STS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1990²⁸² reconoció que el mero cambio formal de titularidad de los centros de trabajo no extingue el mandato de los legales representantes de los trabajadores, si la actividad continúa con idénticas funciones y con el mismo número de trabajadores.

Como recoge la STS, Sala Cuarta, de 28 de abril de 2017²⁸³, se trata de una de las excepciones de la regla general que exige la subsistencia del centro de trabajo para que pueda mantener la condición de miembro del comité de empresa. Si el centro afecto a la transmisión desaparece, pero mantiene su autonomía, conforme dispone el artículo 44.5 TRLET, se mantiene la representación.

Otra de las excepciones a esta regla general, es el supuesto que resuelve la STS, Sala Cuarta, de 5 de diciembre de 2013²⁸⁴, cuando los miembros del comité de empresa son trasladados a otro centro de trabajo junto a parte relevante de la plantilla del centro originario, que además fueron sus electores y el centro carece de otra representación.

Por último, también se admite en los casos en los que el cierre del centro se haya producido por fraude de ley o por una maquinación que tenga por objeto el cierre del centro para conseguir, precisamente, la finalización anticipada del mandato representativo de los trabajadores.

Por tanto, se mantiene la condición de representante legal cuando la unidad en la que el trabajador fue elegido se mantiene, pero se exige que el ámbito electoral subsista como entidad económica autónoma. Como estableció la STS de 10 de diciembre de 2013²⁸⁵, el mantenimiento del mandato depende de la subsistencia de la unidad productiva trasferida, como entidad económica autónoma, pero constituida, asimismo, como unidad electoral.

De este modo, la autonomía que exige la normativa sobre transmisión de empresa para el mantenimiento del mandato representativo de los trabajadores, no se entiende en términos puramente organizativos o funcionales, sino en sentido de autonomía a efectos electorales. El mantenimiento de la representación de los trabajadores no depende de la transmisión, ya que la representación del personal no puede quedar afectada por un acto discrecional del empresario, sino solo por las circunstancias en las que se produce.

Esto determina que, en casos en los que el ámbito de representación para el que habían sido elegidos los trabajadores afectados por un traspaso, no sea el del centro de trabajo en que prestaban sus servicios, sino que comprenda varios centros más, que no sean objeto de transmisión y que, por

²⁸²STS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1990 (Rec. 207/1990) [RJ 1990\6453].

²⁸³STS, Sala Cuarta, de 28 de abril de 2017 (Rec. 124/2016) [RJ 2017\2768].

²⁸⁴STS, Sala Cuarta, de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 278/2013) [RJ 2013\8343].

²⁸⁵STS de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 635/2012) [RJ 2014\1227].

tanto, siguen perteneciendo a la saliente, no se mantendrá el mandato representativo²⁸⁶.

La condición de representantes de los trabajadores que se ha adquirido a través del proceso electoral regulado en el Título II TRLET se extingue cuando desaparece la base objetiva sobre la que operó la elección. En este sentido, aplicando la referida doctrina, se pronuncia la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 26 de noviembre de 2018²⁸⁷. En dicho supuesto, la actora no había sido elegida para el específico centro de trabajo en el que prestaba servicios y que había sido objeto de transmisión, sino que el proceso electoral del que derivaba su mandato había comprendido todos los centros de trabajo de la empresa. Por tanto, el ámbito de su representación no solo comprendía el del centro de trabajo en el que prestaba y continuaba prestando servicios, sino el de varios otros centros que seguían perteneciendo a la empresa saliente, por lo que, como consecuencia de la subrogación empresarial, había perdido su condición de representante de los trabajadores, ya que no existía una entidad económica dotada de autonomía que sirviera de base objetiva para la constitución de la correspondiente institución representativa.

Por último, debo destacar que en los supuestos en los que se pierde la condición de representante legal de los trabajadores, en principio se pierden las garantías previstas en las disposiciones legales, aunque existen precisiones respecto a esta regla general. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, las garantías de inmunidad y de indemnidad previstas en el apartado c) del artículo 68 TRLET, prohíben que sean despedidos o sancionados durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a la fecha de expiración de su mandato. Se trata de la lógica consecuencia del mandato contenido en el artículo 6.2 de la Directiva 2001/23/CE, que, para los supuestos de extinción del mandato de los representantes de los trabajadores por causa de la sucesión, garantiza que continúen beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica de los Estados Miembros. Sobre esta cuestión se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 2013²⁸⁸, que, en un supuesto de despido improcedente, reconoce el derecho a optar entre la indemnización y la readmisión a un representante legal de los trabajadores que, tras la sucesión, había perdido dicha condición.

²⁸⁶En este sentido se pronuncian las SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de mayo de 2011 (Rec. 1186/2011) [AS 2011\1915] y Extremadura, de 21 de enero de 2004 (Rec. 830/2003) [AS 2004\619], entre otras.

²⁸⁷STSJ de Cantabria, Sala Social, de 26 de noviembre de 2018 (Rec. 680/2018) [JUR 2018\328037].

²⁸⁸STS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 635/2012) [RJ 2014\1227].

4.1. Sujetos de los deberes de información y consulta.

Los deberes de información y consulta se regulan en los apartados cuarto a décimo del artículo 44 TRLET. Podemos hablar de sujetos activos y pasivos.

Los sujetos pasivos de la información son los representantes de los trabajadores, o los propios trabajadores afectados en los casos en los que no exista órgano de representación legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.7 TRLET. En cualquier caso, los trabajadores, individualmente considerados, deben ser informados por sus representantes legales, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 64.7.e) TRLET.

El artículo 44 TRLET habla de los representantes legales de los trabajadores afectados por la sucesión. Doctrinalmente, se ha planteado la cuestión de a qué representación se refiere el precepto. Se abren dos opciones. La primera, sería una concepción amplia, conforme a la cual los sujetos pasivos serían los representantes del conjunto de trabajadores afectados por la transmisión.

La segunda, una interpretación estricta, de acuerdo con la cual el precepto se referiría a los representantes de la unidad productiva o centro que sea objeto de la transmisión, en el caso de la empresa cedente. En el de la empresa adquirente, se trataría de los representantes de la unidad en la que se integran.

Soy partidaria de la concepción amplia. Creo que la interpretación conjunta de los apartados primero y cuarto del artículo 44 TRLET conducen a esta conclusión, así como también la interpretación finalista del precepto.

Es necesario partir de que la sucesión puede referirse, como hemos estudiado, a la empresa en su conjunto o a unidades inferiores, como un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. Por ello, si bien en el primer caso -sucesión de toda la empresa- los trabajadores afectados van a ser los subrogados, sin embargo, en los supuestos de transmisión de unidades inferiores, no tiene por qué producirse esta coincidencia. La sucesión puede afectar a otros grupos distintos de trabajadores que puedan ver modificada su relación laboral como consecuencia de la transmisión, sin formar parte del colectivo objeto de traspaso. Es lo que ocurre con los trabajadores de la empresa adquirente que estén prestando servicios en el centro de trabajo o en la unidad productiva en la que se vayan a integrar los trabajadores subrogados, o, en el caso de la empresa cedente, aquellos trabajadores que deban ser reorganizados tras la transmisión de una determinada unidad o centro de trabajo.

Además, si partimos de que esta obligación persigue la finalidad de notificar a los trabajadores las consecuencias derivadas del cambio de organización empresarial tras la sucesión, parece lógico pensar que los sujetos pasivos de dicha obligación deban ser todos los trabajadores

que, de cualquier modo, puedan verse afectados por dichos cambios²⁸⁹.

Por otro lado, los sujetos activos son los que deben aportar la información. Son los empresarios cedente y cesionario que hayan adoptado la decisión de llevar a cabo una sucesión empresarial. Dichos empresarios tendrán la misma obligación de informar a la representación legal de los trabajadores cuando dicha decisión se haya adoptado por las empresas que ejerzan control sobre aquellos, ya que el deber de información no puede resultar afectado por la concreta estructura empresarial de que se trate²⁹⁰.

4.2. Objeto del deber de información.

Como apunté antes, en caso de que vayan a modificarse las condiciones laborales, debe abrirse un período de consultas con los representantes de los trabajadores (art. 44.9 TRLET), que debe sustanciarse de acuerdo con las reglas de la buena fe negocial.

La norma no regula el concreto procedimiento de consultas, no establece plazos ni tampoco fija la legitimación para negociar, por lo que lo más razonable será analizar lo que se exija legalmente para cada una de las medidas concretas que se pretendan adoptar²⁹¹.

Conviene matizar que el precepto solo cita expresamente los procedimientos relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la movilidad geográfica (arts. 40 y 41 TRLET).

Ahora bien, parece razonable entender que otros procedimientos de gran trascendencia y calado en las relaciones laborales del personal afectado por la sucesión, como los despidos colectivos o las suspensiones de contratos de trabajo, deban sustanciarse de acuerdo con su normativa respectiva, esto es, conforme a las prescripciones de los artículos 51, 52 y 47 TRLET.

Otro tipo de medidas de menor envergadura o de menor trascendencia en el grupo de trabajadores afectados, quedarán sujetas al procedimiento de consultas que regula el apartado noveno del artículo 44 TRLET²⁹². Es lo que ocurriría con medidas de alcance individual, como traslados individuales o plurales que no alcancen los umbrales del artículo 40 TRLET, o modificaciones sustanciales individuales o plurales, por debajo de los límites del artículo 41 TRLET y también con otras medidas que no generen una importante modificación de las condiciones

²⁸⁹En este sentido, vid., TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los casos de cambio de titularidad empresarial”, *Revista Española de derecho del trabajo*, núm. 152, 2011, ISSN 0212-6095, pp. 1003-1022.

²⁹⁰TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y ...”, op. cit., pp. 1003-1022.

²⁹¹MERCADER UGUINA, J.R., “La sucesión ...”, op. cit., p. 511.

²⁹²TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y ...”, op. cit., pp. 1003-1022.

laborales previas.

De otra parte, como indiqué antes, la transmisión, por sí misma, no constituye una causa válida de modificación de condiciones laborales, pero es posible que las mismas se revisen y se modifiquen, empleando para ello los mecanismos previstos en el apartado noveno del artículo 44 TRLET, esto es, mediante la apertura de un periodo de consultas que puede terminar con acuerdo.

Ahora bien, conforme a dicho precepto, el cedente o el cesionario que quieran adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrán obligados a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores.

De acuerdo con el tenor literal del precepto, debemos considerar que los acuerdos a los que se refiere son los que afectan a los trabajadores del empresario cedente y a los del adquirente. Se trata de acuerdos que pueden adoptar cada uno de los empresarios con sus respectivos trabajadores, pero no pueden afectar al grupo de trabajadores cedidos.

La norma establece la legitimación para negociar, cuando indica que las medidas laborales que pretendan adoptar cualquiera de ellos “en relación con sus trabajadores”, están sujetas a referida obligación de iniciar un periodo de consultas. El precepto está en consonancia con el artículo 7 de la Directiva, que establece, de forma quizá más clara, que “si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación a sus trabajadores respectivos, están obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de los trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”. Además, esta ha sido la mayoritaria interpretación de la doctrina²⁹³, que suscribo.

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.6 TRLET, el deber de información comprende los siguientes aspectos. Debe indicarse la fecha prevista de la transmisión. Los motivos, es decir, informar sobre el sentido económico de la operación de transmisión. Las medidas previstas y también las consecuencias tanto jurídicas, económicas como sociales que afecten a los trabajadores.

Respecto a la fecha, parece que lo trascendente será indicar la fecha de efectividad de la transmisión.

Sobre los motivos de la transmisión parece razonable que se aporte una información que permita al órgano de representación legal de los trabajadores conocer las circunstancias que han dado lugar a la sucesión. Es decir, aunque la norma es un poco escueta y no especifica el contenido que la información debe cubrir, parece lógico pensar que busca una información con contenido

²⁹³MOLERO MARAÑÓN, M.^a L. y VALDÉS DAL RÉ, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, p. 143.

material y no meramente formal²⁹⁴.

La información sobre las medidas propuestas se refiere a cuestiones relativas al convenio colectivo aplicable en la empresa, los posibles sistemas de retribución que sean diferentes a los propios de la empresa precedente, o aquellas modificaciones que no supongan una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni tampoco una movilidad geográfica.

De otra parte, lo referente a las consecuencias jurídicas y económicas comprende, entre otras, la información necesaria sobre aspectos que supongan movilidad geográfica, o medidas de extinción de contratos de trabajo²⁹⁵.

Esta información ha de ser proporcionada tanto por el cedente como por el cesionario antes de la transmisión y con antelación suficiente. Parece que el único requisito claro respecto al momento en el que debe facilitarse la información es que debe producirse “antes” de que esta tenga lugar, por lo que entiendo que, en caso de duda, deben ser los órganos jurisdiccionales quienes, a la luz de las circunstancias concurrentes, determinen si la antelación con la que se ha suministrado la información ha sido suficiente.

Es cierto que por parte de algún sector doctrinal se ha reivindicado la conveniencia de fijar un plazo de entrega de la información o, al menos, establecer algún “parámetro conforme al cual pudiera valorarse la anticipación con la que se suministra”²⁹⁶, pero considero innecesaria tal precaución. Una excesiva regulación podría ir en detrimento del contenido que se podría facilitar. Entiendo que se trata de procedimientos negociales ágiles que no deben ser constreñidos en aras a facilitar la capacidad negociadora de las partes.

Por último, hay que tener en cuenta que el incumplimiento de este deber de información a los legales representantes de los trabajadores, no afecta al cambio de titularidad, es decir, no es un requisito que afecte a la validez de dicho cambio, tal como establece la STS, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 1989. En cambio, cuando la sucesión de empresa viene impuesta por el convenio colectivo, la subrogación puede operar, aunque se entregue la documentación incompleta, pero siempre que no falte la documentación imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone, como fija la STS, Sala Cuarta, de 11 de marzo de 2003²⁹⁷.

²⁹⁴Vid., en este sentido, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y ...”, op. cit., p. 1003-1022.

²⁹⁵Con mayor amplitud, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales ...”, op. cit., p. 1063.

²⁹⁶En este sentido, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y ...”, op. cit., p. 1003-1022.

²⁹⁷STS, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8046) y de 11 de marzo de 2003 (Rec. 2252/2002) [RJ 2003\3353].

5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

Cuando la transmisión de la empresa o de la unidad productiva autónoma se produzca en virtud de actos *inter vivos*, se establece una responsabilidad solidaria durante tres años para el empresario entrante y el saliente. En los supuestos de fallecimiento del empresario, la responsabilidad de los herederos está garantizada por las normas generales en materia de sucesión, salvo que la herencia se acepte a beneficio de inventario (art. 659 y ss. CC)²⁹⁸.

Esta responsabilidad está regulada en el artículo 44.3 TRLET y guarda una clara relación con el apartado primero del artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE que admite que los Estados Miembros establezcan, después de la fecha del traspaso, una responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario, en relación a las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso²⁹⁹.

Se trata de una responsabilidad que viene impuesta por la ley y es de carácter indisponible, lo que hace que los posibles pactos entre cedente y cesionario no puedan oponerse frente a terceros, es decir, frente a particulares como los trabajadores, o frente a entidades de derecho público como la TGSS³⁰⁰.

Dicha responsabilidad comprende, en principio, las obligaciones laborales no satisfechas, que hayan nacido antes del negocio traslativo y que estén dentro del concreto ámbito en el que la sucesión tenga lugar. En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 10 de julio de 2014³⁰¹, que analiza un supuesto de sucesión en la modalidad de asunción de plantilla³⁰². La sentencia destaca que, en los casos en los que se produce este tipo de sucesión, aun cuando se haya asumido a una parte importante de la plantilla -en el supuesto, más del setenta por ciento-, las obligaciones derivadas solo afectan a los concretos ámbitos en los que la sucesión tenga lugar, ya sea la empresa, uno o varios centros de trabajo o unidades productivas autónomas en las que se haya asumido la plantilla.

Por otro lado, la referida responsabilidad comprende todas las obligaciones laborales nacidas

²⁹⁸Así lo recoge la STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 3442/2001) [RJ 2003\6108]. Esta doctrina se reitera en la posterior STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

²⁹⁹STJUE de 5 de mayo de 1988 (C-147/87, asunto Berg y Besselsen) [TJCE 1988\154].

³⁰⁰Con mayor amplitud, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales ...”, op. cit., p. 1061-1062.

³⁰¹STS, Sala Cuarta, de 10 de julio de 2014 (Rec. 1051/2013) [RJ 2014\4774].

³⁰²Se trataba de una sucesión en una contrata de servicios auxiliares. El Tribunal Supremo destaca que en los casos de sucesión de contratas no se produce una sucesión legal de empresas. Lo que se produjo en ese caso fue una asunción de la mayor parte de la plantilla, que permaneció prestando servicios en los mismos centros de trabajo donde lo hacía antes, lo que determinó una sucesión en la modalidad de sucesión de plantillas.

antes de la sucesión. Dentro de su ámbito están incluidas las obligaciones de Seguridad Social complementaria. Pero solo comprende aquellos derechos y obligaciones realmente existentes al tiempo de la transmisión, no las meras expectativas legales o futuras, como se desprende de la STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 2003³⁰³, que establece que solo integran esta obligación solidaria los derechos que el trabajador hubiese consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial.

Ahora bien, hay que puntualizar que, en determinados supuestos, se incluye dentro de esta obligación, la responsabilidad en el abono de daños que se hayan producido antes de la transmisión de la empresa, como los que estén pendientes de generarse como consecuencia de una infracción cometida antes de la sucesión. Son los supuestos de indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales. A ellos se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017³⁰⁴, que establece que la responsabilidad solidaria no solo comprende las obligaciones ya reconocidas al tiempo de la sucesión, sino también aquellas otras que estén pendientes de generarse.

También los casos de recargo de prestaciones por incumplimientos que hubieran tenido lugar antes de la sucesión, como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016³⁰⁵.

La extensión de la responsabilidad derivada del recargo de prestaciones es una cuestión polémica, pues supone declarar la responsabilidad de una empresa en materia de prevención de riesgos laborales en supuestos en los que no ha tenido la vigilancia ni la posibilidad de adoptar medidas de prevención del riesgo³⁰⁶.

La sentencia de mayo de 2016 establece que la responsabilidad solidaria no solo alcanza a los recargos que se hayan impuesto antes de la transmisión, sino a aquellos otros reconocidos

³⁰³STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 2003 (Rec. 40/2002) [RJ 2003\3586].

³⁰⁴STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 2820/2015) [RJ 2017\3503]. La citada sentencia reitera la doctrina de las SSTs, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) [RJ 2015\1250], de 14 de abril de 2015 (Rec. 962/2014) [RJ 2015\2806], de 5 de mayo de 2015 (Rec. 1075/2014) [RJ 2015\2408], de 8 de junio de 2016 (Rec. 1103/2015) [RJ 2016\3177] y 20 de abril de 2017 (Rec. 1826/2015) [RJ 2017\2006], sobre responsabilidad en supuestos de sucesión empresarial.

³⁰⁵STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 1042/2014) [RJ 2016\2493]. En el mismo sentido, destacan, entre otras, las SSTs, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) [RJ 2015\1250], de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 1258/2014) [RJ 2016\168] y de 25 de febrero de 2016 (Rec. 846/2014) [RJ 2016\744].

³⁰⁶Vid., en este sentido, CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “La intransferibilidad de la responsabilidad empresarial en los supuestos de sucesión de empresa [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6561)], *Aranzadi Social*, Vol. 5, núm. 6, 2012, ISSN 1889-1209, p. 228.

después, derivados de incumplimientos previos³⁰⁷. Se trata de una interpretación más adecuada a la naturaleza y a la dinámica de las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales, dado que estas suelen tener una manifestación tardía, en relación con la fecha en la que la enfermedad inicia su evolución³⁰⁸. Además, dicha interpretación es acorde con el principio de primacía del derecho de la Unión, esto es, a la Directiva 78/855/CEE³⁰⁹, interpretada por la STJUE de 5 de marzo de 2015 (Modelo Continente Hipermercados SA)³¹⁰.

También es destacable que la referida responsabilidad no solo se produce en los casos en los que la transmisión derive de una operación de fusión por absorción de sociedades, sino a cualquier supuesto de cesión global de activos y pasivos desde la empresa sucedida a la sucesora³¹¹.

Por otro lado, en cuanto al alcance de esta obligación solidaria, es conveniente indicar que, en los casos de sucesión de contratas, quedan comprendidos todos los créditos generados por la empresa cedente como los que se hayan generados por anteriores contratistas del servicio. Así lo precisa la STS, Sala Cuarta, de 11 de mayo de 2017³¹².

Finalmente, se trata de una garantía para el cobro de los créditos que puedan ostentar los trabajadores, pero también para los empresarios adquirentes, ya que la obligación no aparece configurada como ilimitada, sino que, por el contrario, se encuentra limitada temporalmente. Esto es, la norma establece un plazo de tres años.

Se ha sostenido que el plazo de los tres años es una excepción al plazo general de prescripción de un año del artículo 59 TRLET, pero también se ha defendido que, en realidad, no es un plazo de prescripción, sino que la norma solo opera sobre la responsabilidad del nuevo adquirente, fijando un período máximo durante el cual puede hacerse valer la responsabilidad solidaria, siempre y cuando la deuda reclamada no se encuentre prescrita³¹³.

³⁰⁷Esta sentencia rectifica el criterio de la previa STS, Sala Cuarta, de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2784/2013) [RJ 2014\5849], que sostenía que la responsabilidad solidaria solo alcanzaba a aquellas prestaciones reconocidas antes de la sucesión, pero no a las reconocidas con posterioridad, aunque derivasen de incumplimientos previos.

³⁰⁸PANIZO ROBLES, J.A., “El Tribunal Supremo reafirma su doctrina: el recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención de riesgos laborales se transmite en los casos de sucesión de empresas (STS de 13 de octubre de 2015; rcud 2166/2014)”, *Aranzadi digital*, núm. 1, parte Estudios y Comentarios, 2016, BIB 2016\663, ep. III.4.

³⁰⁹Directiva del Consejo 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. Diario Oficial n.º L 295 de 20 de octubre de 1978.

³¹⁰STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13, asunto Modelo Continente Hipermercados SA contra Autoridade para as Condições de Trabalho [TJCE 2015\99]).

³¹¹PALOMINO SAURINA, P., “Transmisión del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en caso de sucesión de empresas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, parte Art. Doctrinal, 2015, BIB 2015\17112, ep. III.

³¹²STS, Sala Cuarta, de 11 de mayo de 2017 (Rec. 1921/2015) [RJ 2017\2497].

³¹³GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales ...”, op. cit., p. 1060.

A raíz del pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018³¹⁴, debemos entender que el plazo de prescripción de la deuda salarial es el general del artículo 59.1 TRLET -un año-, mientras el artículo 44.3 TRLET regula el plazo de ejercicio de la acción frente al adquirente. Por tanto, es un plazo de caducidad, que requiere que la acción frente al transmitente esté viva y solo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. De este modo, la responsabilidad del adquirente solo se puede reclamar durante los tres primeros años posteriores a la sucesión empresarial.

6. OBLIGACIONES ANTERIORES Y POSTERIORES A LA SUCESIÓN.

Como acabo de exponer, el artículo 44 TRLET impone una obligación solidaria al empresario cedente y al adquirente respecto al cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos laborales.

En principio, esta obligación comprende las nacidas antes del negocio traslativo que, además, se refieran a relaciones laborales que estén vivas al tiempo de la sucesión. Sobre este tipo de responsabilidad no se plantean dudas interpretativas, de modo que el cesionario debe responder solidariamente con el cedente de todas aquellas obligaciones laborales y de Seguridad Social no satisfechas, durante tres años. Se trata de una consecuencia lógica del deber de subrogación empresarial, que es inherente al fenómeno de la sucesión empresarial. Como consecuencia del mismo el adquirente se convierte en el nuevo empleador de los trabajadores afectados por la transmisión de la empresa o de la concreta unidad de negocio que se haya transferido y los trabajadores conservan la totalidad de los derechos y condiciones laborales que tenían con el anterior, todo ello, sin perjuicio de las ulteriores modificaciones que, tras la transmisión, pueda adoptar el nuevo adquirente, sujetándose siempre a las prescripciones legales.

El mayor problema que suscita la referida obligación solidaria es determinar cuál es el concreto ámbito que abarca. Es decir, si se pueden incluir aquellas obligaciones laborales no satisfechas por el empresario cedente, relativas a contratos ya extinguidos al tiempo de la sucesión empresarial. Debemos plantearnos si el legislador español ha ido más allá de la protección dispensada en la Directiva. La respuesta la encontramos en la jurisprudencia, que ha extendido esta responsabilidad a las obligaciones laborales nacidas antes de la sucesión y relativas a contratos ya extinguidos.

Por tanto, podemos decir que la responsabilidad solidaria no solo alcanza a las obligaciones

³¹⁴STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Rec. 78/2016) [ROJ: STS 1702/2018].

derivadas de contratos que estén vivos al tiempo de la transmisión, sino que comprende aquellas otras que procedan de contratos ya extinguidos y que no hayan sido satisfechas. Destacan, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 y de 4 de octubre de 2003, cuya doctrina es reiterada en la posterior sentencia de 30 de noviembre de 2016³¹⁵.

El Alto Tribunal reconoce que es necesario partir de que la sucesión de empresa no extingue la relación laboral. Por el contrario, como establece el apartado primero del artículo 44 TRLET, el empresario adquirente queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, en los términos expresamente previstos en la norma, que incluyen los compromisos de pensiones -en los términos de su normativa específica- y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Si partimos de la propia doctrina del Tribunal Supremo sobre el efecto subrogatorio previsto en el artículo 44.1 TRLET³¹⁶, que solo se impone respecto a las relaciones laborales que estén vivas en el momento de la transmisión, podríamos alcanzar la conclusión de que la obligación solidaria tampoco abarca aquellas obligaciones laborales que deriven de contratos ya extinguidos y que estén pendientes de cumplimiento.

Ahora bien, si, por el contrario, partimos de la evolución histórica del precepto, la conclusión es claramente distinta. Como destaca el Tribunal Supremo, el precepto tiene su antecedente en el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944³¹⁷. La norma solo establecía la obligación de subrogación del empresario adquirente en las relaciones laborales, sin fijar ningún tipo de responsabilidad solidaria. A pesar de ello, las sentencias del extinto TCT interpretaron que el efecto subrogatorio incluía la obligación de hacer frente, de forma solidaria, a las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo tanto vigentes como extinguidos. La STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016³¹⁸, cita varias sentencias del citado Tribunal central de Trabajo³¹⁹.

Posteriormente, el ET recogió y mejoró la redacción del artículo y le añadió la obligación de informar a los representantes legales de los trabajadores y la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante tres años. La doctrina del Tribunal Supremo siguió considerando que esta

³¹⁵STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 3442/2001) [STS 5027/2003] y (Rec. 1973/2002) [STS 5047/2003]. STS, Sala Cuarta, de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [RJ 2003\7378]. STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

³¹⁶STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2016 (Rec. 336/2015) [RJ 2016\2698].

³¹⁷D de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, BOE de 24 de febrero de 1944.

³¹⁸STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

³¹⁹SSTCT de 2 de mayo de 1967, de 16 de diciembre de 1967, de 16 de noviembre de 1981 y de 2 de septiembre de 1986. Pero obvia otros pronunciamientos del mismo Tribunal Central de Trabajo, que rechazan esta posibilidad, como ocurre con la STCT de 10 de enero de 1989 [RTCT 1989\539].

responsabilidad comprendía las obligaciones derivadas de contratos ya extinguidos a la fecha de la sucesión³²⁰.

La reforma operada por la L 21/2001, siguió imponiendo la referida responsabilidad solidaria con la única diferencia de que la situó en el apartado tercero del entonces artículo 44 ET. Lo mismo ocurrió con el deber de información a los representantes legales de los trabajadores, que aparece en el apartado sexto del mismo artículo. Por tanto, dichos deberes aparecieron, por vez primera, al margen del deber de subrogación empresarial del apartado primero del artículo 44 ET.

La evolución histórica del precepto avala la conclusión de que se trata de deberes u obligaciones distintas e independientes. Por un lado, está la obligación de subrogar y, por otro, la responsabilidad solidaria derivada de la transmisión.

La literalidad de la norma impide distinguir entre obligaciones anteriores y posteriores, ya que, según razona el Alto Tribunal, subrogarse no es más que asumir la posición jurídica de otro. Desde el punto de vista lógico y sistemático, la conclusión es la misma, pues la norma se refiere a las transmisiones *inter vivos*, lo que resulta lógico ya que la responsabilidad de los herederos en casos de transmisión por causa de muerte está prevista en el CC. Ello lleva a considerar que, al no estar prevista esta responsabilidad en el CC, la precisión relativa al tipo de negocio jurídico (*inter vivos*) avala la conclusión de que se incluyen las deudas derivadas de relaciones laborales ya extinguidas. Además, hay que tener en cuenta que no se trata de una responsabilidad por deudas ajenas, sino que se establece una responsabilidad solidaria que permite la reclamación al verdadero deudor.

En definitiva, resulta clara la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria durante los tres años posteriores a la sucesión. Esta responsabilidad comprende las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión, dentro de las que deben entenderse incluidas aquellas que deriven de la eventual declaración de improcedencia de un despido anterior a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas. Generalmente, dichas obligaciones serán de naturaleza pecuniaria, pero nada obsta a que se trate de obligaciones de hacer relacionadas con las consecuencias legales derivadas de la sentencia de despido, cuando esta se dicta tras la transmisión, abriendo el plazo para optar entre la indemnización y la readmisión del trabajador, como ocurrió en la referida sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016.

Por último, para las obligaciones posteriores, la responsabilidad se limita a supuestos en que la sucesión sea constitutiva de delito, conforme dispone el artículo 44.3.2 TRLET.

³²⁰SSTS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 1988 [RJ 1988\5497] y 22 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8858].

III. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL CONCURSO.

1. INTRODUCCIÓN.

Una vez examinados los aspectos fundamentales de la regulación del instituto de la sucesión de empresa en nuestro ordenamiento jurídico laboral, procede abordar la regulación del ámbito concursal, en donde las ventas de unidades productivas son operaciones que se producen con enorme habitualidad. Este examen resulta imprescindible para, luego, poder analizar las consecuencias que puede tener el cambio de titularidad de una unidad productiva en las relaciones laborales.

Antes de la aprobación del TRLC, la LC regulaba la venta de la unidad productiva en varias fases del concurso. Los artículos 43, 100, 146 bis, 148 y 149 LC fijaban la normativa aplicable. Las operaciones de venta podían comprender la totalidad de la empresa, unidades productivas autónomas o elementos patrimoniales aislados y se podían producir en las distintas fases del concurso.

La normativa concursal ha sufrido una importante reforma en esta materia, que se inicia en el año 2014 con el RDL 11/2014, continúa a través de la L 9/2015 y, a falta de trasposición de la Directiva 2019/1023, de momento, culmina con la aprobación del TRLC.

El TRLC la regula a lo largo de los capítulos segundo y tercero del título cuarto del libro primero, dedicado al concurso de acreedores. En concreto, el régimen de la enajenación de unidades productivas se concentra en la subsección tercera de la sección segunda del capítulo tercero. El legislador ha reorganizado y sistematizado una materia, que antes estaba regulada, de forma dispersa, a lo largo de las distintas fases del concurso, tratando de aportar claridad y de solventar los distintos problemas interpretativos que han ido surgiendo en la práctica.

De otro lado, en el ámbito europeo, de momento, la norma aplicable es la Directiva 2001/23/CE. Como sabemos, esta norma procede de la previa Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, que fue sustituida por la Directiva 98/50/CE y codificada luego en la Directiva 2001/23/CE.

La inicial redacción de la Directiva no recogía la aplicación de la norma a empresas en situación de quiebra, pues la actual redacción del artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, no se produjo hasta la Directiva 98/50/CE.

No obstante, la jurisprudencia interpretó que la norma era aplicable en los supuestos en los que el procedimiento en cuestión tenía por objeto la continuidad empresarial, no siendo aplicable, sin embargo, en los casos en los que la finalidad perseguida era la liquidación de la empresa, como

se interpreta, entre otras, en la STJUE de 12 de noviembre de 1998 (asunto Eurpièces)³²¹. Por tanto, el criterio determinante de la aplicación del instituto de la sucesión era la finalidad o el objetivo perseguido por el procedimiento de quiebra o insolvencia.

La actual Directiva 2001/23/CE se aplica a los traspasos de empresas, centros de actividad, o de parte de ellos. El principio básico del que parte la norma es el mantenimiento de las relaciones laborales y de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de traspaso de la empresa (arts. 3 y 4). La Directiva 2001/23/CE se aplica a los traspasos de empresas, centros de actividad, o de parte de ellos [art. 1.1.a)]. El artículo 1.1.b) define el traspaso partiendo del concepto de identidad. El traspaso al que alude la Directiva es el que comprende una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya sea esencial o accesoria.

Por su parte, el apartado primero del artículo 3 de la Directiva establece que, en los casos de sucesión empresarial, se producirá una cesión de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo existentes a la fecha del traspaso del empresario cedente al cesionario.

De otro lado, el apartado primero del artículo 4 prohíbe que se acuerden despidos basados exclusivamente en el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos. Por tanto, cuando dicho traspaso tenga lugar, se producirá la cesión de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo existentes a la fecha del traspaso al nuevo adquirente (art. 3.1). Pero esta regla general, según el artículo 5.1, no será de aplicación a las empresas en situación de quiebra o insolvencia, salvo que la legislación interna del Estado Miembro disponga lo contrario de forma expresa.

En estos casos, es decir, cuando el Estado Miembro haya hecho uso de la habilitación que le concede el artículo 5.1 de la Directiva y haya decidido considerar aplicable la sucesión a supuestos de insolvencia, el artículo 5.2.a) permite que dicho Estado modere la responsabilidad de la empresa adquirente. El único límite que fija es que dicho estado cuente con una protección para los trabajadores que sea equivalente a la que dispensa la Directiva 80/987/CEE³²², que regula la protección de los trabajadores asalariados en casos de insolvencia.

De forma alternativa, se admite que, por un lado, el cesionario, el cedente o la persona o personas que ejerzan las funciones de este y, por otro, los representantes legales de los trabajadores pacten cambios en las condiciones contractuales con la finalidad de mantener las oportunidades de

³²¹STJUE de STJCE de 12 de noviembre de 1998 (C-399/96, asunto Caso Eurpièces SA) [TJCE 1998\271].

³²²Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE 283, de 28 de octubre de 1980.

empleo (art. 5.2.b). Esta posibilidad también se establece para los casos de crisis económica grave declarada por una autoridad pública bajo el control de la autoridad judicial, siempre que la norma que ampara dicha situación se hubiera publicado antes del 17 de julio de 1998 (art. 5.3).

Finalmente, la Directiva recoge una cláusula de garantía de los derechos de los trabajadores en el artículo 5.4, en la que dispone que los Estados Miembros deberán adoptar las medidas que consideren oportunas para evitar que se prive a los trabajadores de los derechos y garantías previstos para los supuestos de sucesión empresarial.

Recapitulando, en lo que ahora nos interesa, en primer lugar, la regla general es la inaplicación de las garantías inherentes a la sucesión a las empresas en situación de concurso de acreedores (art. 5.1).

En segundo término, la excepción a dicha regla es que el Estado Miembro establezca, de forma expresa, la aplicación de la normativa de la sucesión (art. 5.1). En este último caso, se abren dos posibilidades. Por un lado, cabe que el régimen sucesorio se aplique en su totalidad y, por otro, que se fije un régimen especial de sucesión de empresa en el concurso. Este régimen especial puede caracterizarse por la limitación de la responsabilidad del nuevo adquirente [art. 5.2.a)], o por admitir los pactos sobre las condiciones contractuales para garantizar la supervivencia de la empresa en el mercado. En cualquier caso, la excepción es aplicable a todas las empresas que se encuentren sometidas a un procedimiento de quiebra o insolvencia análogo supervisado por una autoridad pública, con independencia de la finalidad perseguida con dicho procedimiento, esto es, no es necesario que a través del mismo se pretenda obtener la liquidación de activos de la empresa³²³.

Finalmente, en los supuestos de crisis económica grave que no impida la continuidad de la actividad empresarial, en principio, serán aplicables las garantías previstas para la sucesión de empresas. No obstante, cabe que los Estados Miembros acuerden la aplicación del régimen previsto en el apartado b) del artículo 5.2 de la Directiva, en los supuestos antes indicados.

Partiendo de este marco normativo, la primera cuestión que se debe abordar a lo largo de este estudio es la relativa a la opción del legislador español en esta materia. Es decir, si en la trasposición de la Directiva, ha optado por excluir del régimen de sucesión a las empresas en crisis (regla general), o si, en cambio, ha articulado la “disposición en contrario” a la que alude el artículo 5.1 y en qué concretos términos.

El tema reviste un particular interés incluso desde la perspectiva constitucional, pues hay que tener presente que el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía

³²³ORELLANA CANO, N., “La liquidación y las administraciones Públicas. La sucesión de empresa”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., *Las administraciones públicas en el concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta), p. 413.

de mercado y fija los límites que han de respetar los poderes públicos al establecer medidas que tengan incidencia en el sistema económico vigente. Como se apunta desde ciertos sectores, cabe plantear la posible adecuación al mandato constitucional de la aplicación de la institución de la sucesión de empresas al ámbito del concurso³²⁴.

En primer lugar, es conveniente recordar que hasta la entrada en vigor de la LC, la doctrina se cuestionaba la posible aplicación del anterior artículo 51.11 ET a los procesos concursales³²⁵, alertando de la conveniencia de que la nueva ley abordase dicha cuestión.

La derogación de este precepto no supuso un importante cambio, pues se limitó a reiterar el concepto de sucesión de empresa del artículo 44 ET, haciéndolo extensivo a los casos de venta judicial³²⁶. Luego, hasta la reforma operada por el RDL 3/2012, el apartado undécimo del artículo 51 ET³²⁷ estableció que, en los casos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma, era aplicable el artículo 44 ET, siempre que lo vendido comprendiese los elementos necesarios y suficientes para la continuidad de la actividad empresarial³²⁸.

La LC introdujo el artículo 57 bis ET³²⁹, que, con una redacción idéntica a la del actual artículo 57 TRLET, dispuso que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las

³²⁴CANCHO MAÑA, A., “Impedimentos al desarrollo de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española. La sucesión de empresa en los procedimientos concursales”, en ACEDO PENCO, A. (Dir.), *Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, 2014, ISBN 978-84-9031-944-4, p. 64.

³²⁵GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, ISBN13:9788484063629, p. 232 y ss.

³²⁶El artículo 51.11 ET, en la redacción vigente hasta el 1 de septiembre de 2004 establecía que: “En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. No obstante, si la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto”.

Vid., CRUZ VILLALÓN, J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Empresario”, *Justicia Laboral*, núm. 53, Lex Nova, Valladolid, 2013, ISSN 1576-169X, p. 11.

³²⁷El artículo 51 ET fue redactado por el número tres del artículo 18 del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³²⁸Antes del 12 de febrero de 2012, la redacción del art. 51.11 ET era la siguiente: “En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. No obstante, si la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto”.

³²⁹Precepto añadido por el apartado segundo de la DF 14ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Actual artículo 57 TRLET.

especialidades previstas en la Ley Concursal”.

La norma emplea la técnica de la remisión normativa, pues reenvía a las especialidades previstas en la normativa concursal³³⁰. Por tanto, será necesario examinar cuáles son las especialidades que dicha legislación prevé en cada una de las fases del concurso, a fin de determinar el régimen legal que nuestro ordenamiento otorga a los supuestos de sucesión de empresas en situación concursal.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado por vez primera la excepción del artículo 5.1 de la Directiva en la STJUE 22 de junio de 2017 (Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros)³³¹. La cuestión sometida a consideración era el posible mantenimiento de los derechos de los trabajadores en un caso de traspaso de empresa en el que la explotación había continuado, aunque con menos trabajadores de los existentes con anterioridad. En concreto, se preguntaba al Tribunal si los artículos 3 y 4 de la Directiva se aplican cuando el traspaso se produce tras una declaración de quiebra, en el contexto de un *pre-pack* preparado con anterioridad y ejecutado inmediatamente después de esta, en el que un futuro síndico, nombrado por un Tribunal, examina las posibilidades de que un tercero prosiga con la actividad. El Tribunal se decantó por una interpretación estricta del artículo 5.1, de acuerdo con la cual no es posible su aplicación en los casos en los que nos encontremos ante una operación que prepare la quiebra, pero que no desemboque en ella. La norma se refiere a procedimientos de quiebra o de insolvencia análogos que se abran con la finalidad de liquidar los bienes del cedente y este requisito no se cumple cuando estamos ante un procedimiento que tiene por objeto la continuidad de la actividad de la empresa.

A mi juicio, es una interpretación acertada, ya que estos procedimientos atienden a dos finalidades distintas. El primero persigue la satisfacción de los intereses de los acreedores, mientras que el segundo trata de salvaguardar “el carácter operativo de la empresa o de sus partes viables”. Las operaciones de *pre-pack* tratan de reactivar las partes viables de la empresa, una vez que se declare la quiebra, con la finalidad de preservar tanto su valor como los puestos de trabajo. Por ello, no es posible privar a los trabajadores de los derechos reconocidos en la Directiva en los casos de transmisión total o parcial de la empresa. Su protección es prioritaria frente a la satisfacción de los intereses de los acreedores. La excepción al mantenimiento de los derechos y obligaciones parece que está ligada a procedimientos que tienden a la liquidación, ya que, en puridad, en ellos no existe la posibilidad de mantener los contratos ni la actividad empresarial.

³³⁰MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 86.

³³¹STJUE 22 de junio de 2017 (C-126/16, asunto Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros contra Statens energimyndighet) [TJCE 2017\99].

2. LA NORMA ESPECIAL ESPAÑOLA.

2.1. Fases del concurso.

La LC regulaba las ventas de unidades productivas de forma dispersa, a lo largo de las tres fases del concurso.

Es necesario recordar que la primera fase del concurso es la denominada fase común. En esta fase, la concursada puede presentar una propuesta anticipada de convenio desde la fecha de la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que el deudor no esté incurso en las prohibiciones que, actualmente, regula el artículo 335 TRLC³³².

Cuando la propuesta anticipada de convenio se presente con la propia solicitud de concurso voluntario, deberá ir acompañada de las adhesiones de acreedores de cualquier clase, cuyos créditos alcancen la décima parte del pasivo presentado por el deudor o una quinta parte del mismo en el resto de los casos (art. 334 TRLC). La aprobación requerirá la aceptación de los acreedores con las mayorías del pasivo concursal exigidas por la ley (art. 381 TRLC).

La segunda fase es la de convenio. Se abre una vez finalizada la fase de común cuando no existe propuesta de liquidación ni propuesta anticipada de convenio (art. 306 TRLC), aunque también puede abrirse junto a la fase común, de forma paralela a esta, pero teniendo en cuenta que no es posible aprobar el convenio si no existe lista de acreedores definitiva formulada por la administración concursal³³³. En términos generales, esta fase persigue lograr los votos necesarios para la aprobación del convenio. El artículo 318.2 TRLC prohíbe los convenios de liquidación, por lo que el convenio deberá garantizar la continuidad de la actividad, ya sea por el deudor o por terceros.

Finalmente, la fase de liquidación corresponde al momento en el que se procede a la realización del activo para afrontar el pago a los acreedores. Esta última fase puede desarrollarse, bien mediante el correspondiente plan de liquidación que elaborará la administración concursal y que precisará de aprobación judicial, o bien a través de la aplicación de las reglas supletorias previstas en el capítulo tercero del título octavo del libro primero del TRLC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 415, apartados primero y segundo del TRLC.

Antes de la reforma legal de la LC, operada en septiembre de 2014, el artículo 149.2 LC era

³³²El plazo de presentación viene regulado en el art. 333 TRLC.

³³³FUENTES BUJALANTE, A., “El convenio en el concurso”, en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, Aranzadi, Pamplona, 2014, ISBN 9788490594650, pp. 570-571.

el único que mencionaba la existencia de una sucesión de empresa. Dicha regulación admitía la venta de la empresa o de unidades productivas autónomas en las distintas fases del concurso, pero solo contenía una mención expresa a la sucesión en la fase de liquidación sin plan. El precepto establecía que, cuando se transmitía una empresa en su globalidad o una entidad económica con identidad propia, se producía una sucesión de empresa “a efectos laborales”.

Por su parte, el artículo 43.2 LC se refería a la enajenación de bienes y derechos, pero sin mencionar el fenómeno sucesorio. El artículo 100.2 LC admitía la proposición de enajenación del conjunto de bienes afectos a la actividad o de determinadas unidades productivas, pero sin hacer alusión al carácter autónomo de las mismas y el artículo 148.1 LC se refería a la venta en globo de la empresa o de cada unidad productiva, también sin añadir calificativo alguno.

2.1.1. Fase común.

El artículo 43.2 LC, con un contenido idéntico al actual artículo 205 TRLC, admitía la venta de bienes y derechos, con autorización judicial, en la fase común del concurso³³⁴. El precepto hablaba de bienes, en general, lo que podía comprender la totalidad de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas, incluyendo la venta de la explotación del negocio.

Esta definición genérica y amplia de lo que podía ser objeto de transmisión, llevó a considerar que no existía impedimento legal para autorizar, por vía del referido artículo 43.2 LC, la venta de una unidad productiva³³⁵. Además, existía un criterio, prácticamente unánime, en los juzgados de lo mercantil de aplicación analógica de los anteriores artículos 100.2³³⁶ y 149 LC³³⁷ a la fase común del concurso.

La preferencia legal por la enajenación unitaria de los bienes de la concursada, como garantía de continuidad de la empresa³³⁸, llevaba a aceptar la posibilidad de realizar dichas

³³⁴En este sentido se pronuncian los AAJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 463/2013) [AJM IB 66/2013], AJM núm. 6 de Madrid, de 7 de octubre de 2013 (Proc. 5/2012) [AJM M 52/2013], AJM núm. 6 de Madrid, de 30 de abril de 2013 (Proc. 5/2012) [AJM M 19/2013] y AJM núm. 1 Badajoz, de 19 de junio de 2012 (Proc. 73/2011) [AJM BA 72/2012].

³³⁵AJM núm. 9 de Barcelona, de 6 de septiembre de 2012 (Proc. 436/2012) [AJM B 41/2012] y AJM núm. 1 de Santander, de 14 de abril de 2014 (Proc. 480/2013).

³³⁶El contenido de este artículo se encuentra en el artículo 324.2 TRLC, que remite a las reglas especiales establecidas en la ley para las transmisiones de unidades productivas.

³³⁷Las reglas supletorias para la liquidación sin plan se encuentran en los artículos 420 y 421 TRLC, que no contienen ninguna referencia a las ventas de unidades productivas.

³³⁸Esta preferencia se contenía en el artículo 149.1. 1ª LC, que se corresponde con el artículo 421 TRLC.

operaciones de venta. Se consideraba que existía un evidente riesgo de que los ofertantes perdieran el interés en adquirir la unidad productiva y también se tenía en cuenta la posible devaluación que podían sufrir los activos, que podía dar lugar a ofertas sensiblemente inferiores a las presentadas durante la fase común.

Finalmente, se entendía que dichas operaciones no agravaban la situación de insolvencia de la concursada cuando existían serios problemas de tesorería y de cumplimiento de los contratos en vigor³³⁹. El único requisito que se exigía para estas ventas en fase común era que se diese la publicidad del artículo 188 LC³⁴⁰.

La venta podía solicitarse por escrito, con amparo en lo dispuesto en el artículo 43.2 LC (actual artículo 205 TRLC) o venir prevista en un convenio anticipado, de conformidad con lo establecido en el artículo 104.1 LC, cuyo contenido recoge ahora el artículo 333 TRLC, con una redacción semejante, si bien, omite la referencia a la falta de petición de la liquidación por parte del deudor. Pero era necesario que no se hubiera instado la liquidación y que no concurriesen las prohibiciones del artículo 105 LC, cuyo contenido y estructura reproduce ahora el actual artículo 335 TRLC.

La selección de las distintas ofertas, en uno y otro caso, pasaba por valorar los siguientes extremos. Debía considerarse el mayor beneficio para el concurso en trámite. Para ello, era necesario tener en cuenta no solo el importe de la contraprestación económica, sino que, además, debía considerarse la posibilidad de la pervivencia de la empresa en el mercado y la continuidad del empleo³⁴¹, la protección de los trabajadores, el mantenimiento de la plantilla y de las condiciones laborales³⁴², el ahorro en costes salariales y las mayores garantías de cobro de los oferentes³⁴³.

³³⁹AJM núm. 10 de Barcelona, de 19 de diciembre de 2013 (Proc. 745/2013) [AJM B 65/2013].

³⁴⁰El contenido de este artículo se recoge en el art. 517 TRLC, que está estructurado en cuatro párrafos, pero que conserva, prácticamente, la misma redacción del previo art. 188 LC.

En este sentido se pronuncian los AJM núm. 1 de Santander, de 14 de abril de 2014 (Proc. 480/2013), AJM núm. 9 de Barcelona, de 6 de septiembre de 2012 (Proc. 436/2012) [AJM B 41/2012], AJM núm. 10 de Barcelona, de 23 de mayo de 2012 (Proc. 14/2012) [AJM B 39/2012], AJM núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013 (Proc. 380/2013) [AJM M 57/2013], AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 463/2013) [AJM IB 66/2013] y AJM núm. 2 de Oviedo, de 28 de enero de 2014 (Proc. 58/2013) [AJM O 32/2014], entre otros.

³⁴¹AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 463/2013) [AJM IB 66/2013].

³⁴²AJM núm. 10 de Barcelona, de 19 de diciembre de 2013 (Proc. 745/2013) [AJM B 65/2013].

³⁴³En el AJM núm. 9 de Barcelona, de 6 de septiembre de 2012 (Proc. 436/2012) [AJM B 41/2012] se autoriza la oferta que suponía un mayor ahorro en costes salariales, al hacerse cargo la oferente de un mayor número de trabajadores, además del equipo de dirección de la concursada, evitando así los posibles costes derivados de ulteriores indemnizaciones por despido.

No obstante, tras el RDL 11/2014, el artículo 43.3 LC *in fine*³⁴⁴ incluyó, de forma expresa, la venta de unidades productivas de bienes o servicios, remitiéndola al régimen específico del artículo 146 bis LC (actuales artículos 222, 223 y 224 TRLC).

La redacción del precepto se mantuvo tras la reforma operada por L 9/2015, si bien la remisión al artículo 146 bis LC pasó al apartado cuarto del artículo 43 LC.

2.1.2. Fase de convenio.

La fase de convenio tiene carácter subsidiario porque se abre una vez finalizada la fase común, siempre que no exista propuesta de liquidación ni propuesta anticipada de convenio. Pueden solicitar su apertura tanto el deudor como los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del pasivo (arts. 337 y 338 TRLC)³⁴⁵.

El convenio se celebra entre el deudor y los acreedores en junta³⁴⁶. Se trata de un negocio jurídico complejo, en el que confluyen factores contractuales caracterizados por el interés privado y factores procesales de interés público³⁴⁷. No puede perseguir la liquidación de la concursada³⁴⁸, sino que debe partir de la continuidad de la actividad empresarial, ya sea total o parcial³⁴⁹.

Tiene un contenido necesario y otro potestativo. El necesario está compuesto por las propuestas de quita y espera.

De forma alternativa, el artículo 100.2, en su párrafo tercero, establecía que el convenio

³⁴⁴El párrafo final del número 3 del artículo 43 LC fue introducido por el apartado 1 del número dos del artículo único del RDL 11/2014.

³⁴⁵Los artículos 337 y 338 TRLC, que regulan los supuestos en los que se puede presentar propuesta de convenio por el concursado o por los acreedores. La redacción es muy semejante a la del artículo 113 LC, con la única salvedad de que ya no se exceptúan los supuestos de haber solicitado la liquidación o no haber presentado propuesta anticipada de convenio.

³⁴⁶La junta se regulaba en los artículos 116 a 126 LC, actuales artículos 360 a 379 TRLC. Artículos 121.4, 122.1 y 124 LC fueron modificados por los apartados 5º y 7º del número uno del artículo único del RDL 11/2014, de 5 de septiembre.

³⁴⁷Se trata de la denominada “tesis Garrigues”. Autores, como VAQUER, F. J., consideran que su naturaleza se ha visto claramente alterada tras la aprobación de la LC, ya que se ha extendido el interés público al contenido del convenio. Vid. VAQUER, F. J., “El convenio como medio para la continuidad de la actividad empresarial”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, Parte Problemas y Cuestiones, BIB 2011\903.

³⁴⁸Este artículo fue modificado por el apartado 4 del número uno del artículo único del RDL 11/2014. Actualmente, su contenido se encuentra recogido en el artículo 318 TRLC.

³⁴⁹ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., “Contenido de la propuesta de convenio (art. 100)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas/Thomson, 1ª Ed., Pamplona, ISBN 84-470-2321-4, p. 1869.

podía contener propuestas adicionales de enajenación de la totalidad de la empresa, de parte de ella o de bienes y derechos individuales³⁵⁰. Estas propuestas alternativas, a través de las que se puede producir la venta a un tercero de todo o parte de la empresa, son las que nos interesan a efectos de la posible sucesión.

El artículo 100.2 LC, en la redacción anterior a septiembre de 2014, establecía que las proposiciones de venta podían abarcar el conjunto de bienes y derechos del concursado que estuvieran afectos a su actividad empresarial o profesional, o bien determinadas unidades productivas. Necesariamente, debían incluir el compromiso del adquirente respecto a la continuidad de la actividad y al pago de los créditos de los acreedores.

Por tanto, las propuestas de venta podían afectar a la empresa en su conjunto o a determinadas unidades productivas autónomas. Es decir, las operaciones de transmisión podían recaer sobre el elemento objetivo de la sucesión, esto es, sobre una unidad productiva autónoma o sobre una entidad económica que mantiene su identidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE y artículo 44.2 TRLET.

La LC obligaba al adquirente a continuar la actividad empresarial o profesional y a asumir las deudas frente a los acreedores. Parecía imponer una obligación de subrogación, aunque de forma muy matizada, pues la misma quedaba condicionada al compromiso expreso del adquirente. Es decir, según la literalidad del precepto, era el adquirente quien debía asumir o no dicha obligación. Esto suponía una clara diferencia entre el régimen concursal y el laboral ordinario, pues, en este último, la obligación legal opera de un modo automático³⁵¹.

Por otro lado, el efecto lógico derivado de la asunción de este compromiso era que el adquirente quedaba subrogado en la posición jurídica del cedente. En principio, esta circunstancia solo producía una novación subjetiva en los contratos de trabajo³⁵² y no su extinción, lógicamente, sin perjuicio de las medidas que pudiera adoptar el adquirente con posterioridad, conforme a la regulación laboral³⁵³.

A partir del dictado del RDL 11/2014, el artículo 100.2 LC admitió incluir en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado que

³⁵⁰El artículo 100.2 LC fue redactado por el apartado 4 del número uno del artículo único del RDL 11/2014. Actualmente, su contenido se encuentra en los artículos 320 y 324 TRLC. En este último precepto se regulan las proposiciones alternativas consistentes en la venta del conjunto de bienes y derechos de la masa activa o de determinadas unidades productivas con compromiso de continuidad de la actividad. El apartado segundo del citado artículo 324 TRLC remite a las reglas especiales previstas para la enajenación de unidades productivas.

³⁵¹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 89.

³⁵²No produciría la extinción de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 ET.

³⁵³Las medidas a adoptar eran las previstas en el artículo 44.9 ET.

estuvieran afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas autónomas.

El régimen legal derivado de la promulgación de la posterior L 9/2015 remitía al contenido del artículo 146 bis LC³⁵⁴. El referido precepto exigía el compromiso del adquirente de mantener la actividad.

Respecto al pago de los créditos de los acreedores, entre los que se incluyen los laborales, la norma de remisión -art. 146 bis LC- solo obligaba al pago de los no satisfechos, ya fueran concursales o contra la masa, en los casos de asunción expresa por parte del adquirente. Pero se añadían dos matices que actuaban como límites expresos a la declaración de voluntad del adquirente. La norma establecía la salvedad de que existiese “disposición en contrario” y también dejaba al margen el contenido del artículo 149.4 LC (actual artículo 221 TRLC), que se refería, de forma expresa, al fenómeno sucesorio, si bien dentro de las reglas supletorias para la liquidación sin plan. La literalidad del precepto hacía pensar que la mención de la “disposición en contrario” se refería a los casos en los que era aplicable el régimen del artículo 44 ET³⁵⁵, como analizaré más adelante.

Por tanto, en términos generales, las excepciones previstas en la norma permitían colegir que, a partir de septiembre de 2014, ya no quedaba al arbitrio del adquirente la asunción de las deudas anteriores a la transmisión. Por el contrario, cuando la venta de la unidad productiva reunía los elementos característicos de una sucesión de empresa, quedaba sometida al régimen del artículo 44 ET, como disposición en contrario que limitaba la autonomía de la voluntad.

Además, el hecho de que el citado artículo 146 bis LC incluyera un inciso final en el que añadía la frase, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 LC”, conducía a pensar que este precepto era extensible a cualquier tipo de venta de unidad productiva y no solo a las que tenían lugar en la fase de liquidación sin plan³⁵⁶.

2.1.3. Fase de liquidación.

Esta fase se puede abrir de oficio o a instancia del deudor o de cualquiera de los acreedores,

³⁵⁴Redacción dada por el apartado 4 del número uno del artículo único del RDL 11/2014, de 5 de septiembre. Actualmente, el contenido del artículo 146 bis LC se encuentra en los artículos 222 a 224 TRLC.

³⁵⁵El artículo 146.bis.4 LC fue introducido por el apartado 3 del número dos del artículo único del RDL 11/2014, de 5 de septiembre.

³⁵⁶SENET MARTÍNEZ, S., “La venta de la unidad productiva a la luz de las últimas reformas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 26, 2017, ISSN 1698-4188, pp. 95-116.

mediante auto, al que se dará la misma publicidad que al auto de declaración de concurso, tal como antes establecían los artículos 142 y 143 LC y ahora lo hacen los artículos 406 a 410 TRLC.

Tiene por objeto la liquidación de los bienes y derechos que conforman la masa activa y es posible que la liquidación se efectúe con plan de liquidación (art. 415 TRLC) o sin él, aplicándose en este caso, las reglas supletorias del artículo 420 y concordantes TRLC.

El plan de liquidación ha de presentarlo la administración concursal en la forma dispuesta en el artículo 293 TRLC, bien en su informe preceptivo, o bien mediante escrito presentado dentro de los quince días siguientes a la notificación de la apertura de la fase de liquidación, aunque el artículo 416 TRLC admite la prórroga de este plazo por otros quince días, cuando la complejidad del asunto lo justifique (anterior art. 148.1 LC). Se trata de un plan sobre la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso. Siempre que sea posible, debe contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos que integren la masa activa.

El TRLC establece que, durante los quince días siguientes a la propuesta del plan, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones y propuestas de modificación (art. 418.1 TRLC, anteriormente, este precepto se encontraba en el art. 148.2 LC).

Por su parte, los órganos de representación de los trabajadores también tienen derecho a informar sobre el plan de liquidación, así como a formular observaciones y propuestas de cambio (anterior art. 148.3 LC). El juez mercantil resuelve mediante auto recurrible en apelación ante la respectiva Audiencia Provincial³⁵⁷.

La ley preveía la posibilidad de que el plan contemplase medidas de extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo. En estos casos, establecía que, con carácter previo a la aprobación del mismo, debía darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 LC, que, regulaba los procedimientos colectivos de extinción, suspensión y modificación de los contratos de trabajo en el seno del concurso, que eran aplicables a la fase de liquidación, conforme

³⁵⁷La reforma del artículo 148.2 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, simplificó la norma, estableciendo un único trámite según el cual el juez mercantil debía resolver sobre la aprobación o no del plan, una vez transcurrido el plazo de alegaciones, en atención al interés del concurso. Podía aprobarlo íntegramente, o en parte, ya sea modificándolo o acordando la aplicación de las reglas supletorias del artículo 149 LC. Antes de la referida reforma solo cabían estas modificaciones cuando no se habían formulado observaciones o propuestas alternativas. En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 94.

Actualmente, la aprobación del plan de liquidación se regula en el artículo 419 TRLC, que tiene un contenido, prácticamente, idéntico al anterior artículo 148.2 LC.

disponía el artículo 148 LC. Actualmente, este tipo de medidas se regulan en la sección cuarta del capítulo cuarto, del título tercero, del libro primero del TRLC, en los artículos 169 a 189.

En caso de no existir plan de liquidación o cuando este no hubiera regulado todos los aspectos de la liquidación, se aplicaban las reglas supletorias del artículo 149 LC, que reiteraban la preferencia por la enajenación global de la empresa o de sus unidades productivas. Establecían los criterios de selección de las distintas ofertas de compra. La forma en que debía realizarse la venta, en atención a que los bienes estuvieran o no afectos a créditos con privilegio especial, diferenciando según subsistiese o no la garantía y regulaban la facultad judicial de acordar adjudicaciones entre ofertas que no distasen de la inferior en más del diez por ciento, cuando se considerase que garantizaban mejor la continuidad de la empresa, de la unidad productiva, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores.

Al igual que en el caso de existencia de plan, si la venta implicaba extinciones, suspensiones o modificaciones de las condiciones laborales de carácter colectivo, se aplicaba el procedimiento del artículo 64 ET.

Por último, el artículo 149 LC, en su párrafo segundo, contenía una mención expresa a la sucesión de empresa. Establecía que “cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa”.

Tras la L 9/2015, la norma continuó refiriéndose a las ventas de unidades productivas autónomas, empleando una redacción prácticamente idéntica a la anterior. El apartado primero del artículo 149.1 LC recogía, como regla general, la enajenación unitaria de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado, aunque admitía que el juez del concurso acordase la realización aislada de bienes cuando lo considerase más conveniente para los intereses del concurso, previo informe de la administración concursal.

Además, cabía que la realización de los bienes se llevase a efecto mediante la enajenación de directa, o a través de persona o entidad especializada, cuando la subasta quedase desierta o cuando el juez considerase que era la forma más idónea, siempre previo informe de la administración concursal. Dichas resoluciones judiciales debían acordarse previa audiencia de los representantes legales de los trabajadores y si suponían una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, traslados colectivos o la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, debían adoptarse a través del procedimiento regulado en la LC.

Las reglas que regulaban las operaciones de enajenación de bienes y derechos de la masa activa eran las del plan de liquidación y, en su defecto, las previstas en la LEC para el

procedimiento de apremio.

Por otro lado, respecto a la enajenación de la empresa en su conjunto o de unidades productivas susceptibles de funcionamiento autónomo, lo único que puntualizaba la norma a partir del año 2015 era que, en tales casos, la sucesión de empresa se producía tanto a efectos laborales como de Seguridad Social.

2.2. Regulación de la Ley Concursal de 2003.

La inicial regulación concursal nos situaba ante un escenario complejo. La LC regulaba la venta de la totalidad de la empresa o de sus unidades productivas en las distintas fases del concurso, pero solo contenía una mención expresa a la sucesión en la fase de liquidación sin plan. Como consecuencia de ello, se planteaba si la sucesión de empresa solo era aplicable en este concreto supuesto. Esta cuestión tenía indudable trascendencia en el marco de las relaciones laborales, dada la función de garantía de la estabilidad del empleo que cumple el instituto de la sucesión de empresa³⁵⁸.

Como apunté antes, el artículo 149.2 LC empleaba, prácticamente, los mismos términos que el artículo 44.2 TRLET para referirse a la sucesión de empresa. Las escasas referencias a la unidad productiva llevaron a considerar que las transmisiones podían comprender unidades productivas con identidad propia, pero también otras carentes de ella. Respecto a este último supuesto, no surgía ninguna duda interpretativa, pues una unidad sin autonomía no constituye un presupuesto de sucesión de empresa. La praxis judicial puso de manifiesto que los problemas surgían cuando el objeto de transmisión comprendía la globalidad de la empresa o unidades productivas que reunían los requisitos del artículo 44.2 TRLET.

En los casos de solicitud de venta global de una empresa o de una unidad productiva independiente, era necesario determinar si se producía una sucesión de empresa. Es decir, si la LC era la disposición en contrario a la que alude la Directiva 2001/23/CE.

En principio, la falta de referencia expresa a la sucesión en los artículos 43.2, 100.2 y 148 LC, hacía pensar que la norma especial concursal no contenía la “disposición en contrario” del artículo 5.1 de la Directiva.

No obstante, esta conclusión no era del todo clara, pues se advertía que el artículo 100.2 LC imponía al adquirente el compromiso de continuar la actividad y, además, el pago de los créditos de los acreedores “en los términos establecidos en el convenio”. Esta expresión admitía dos

³⁵⁸STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 1988 (STS 1251/1988) [RJ 1988\948].

interpretaciones. De un lado, cabía considerar que la asunción de deudas solo se refería a los créditos sujetos al convenio, dejando al margen los propios de la sucesión de empresas. Pero también era posible entender que podía incluir los créditos laborales y de Seguridad Social, mediante el correspondiente pacto expreso y, por tanto, fijar en el convenio que la venta de la unidad daba lugar a una sucesión empresarial.

La primera opción creo que era fácilmente rechazable, ya que, en tal caso, la norma sería una mera reiteración de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 LC, que regulaban los límites subjetivos y la eficacia novatoria del convenio (actuales arts. 399 y 398 TRLC, respectivamente).

Por su parte, la segunda interpretación tampoco ofrecía mucha claridad, ya que solo permitía admitir la sucesión en fase de convenio cuando así lo hubieran dispuesto las partes de forma expresa.

Además, el interrogante que generaba la dicción legal era el concreto alcance del pacto. Parecía claro que cuando se regulaban todos los efectos de la sucesión en el convenio, las partes quedaban sometidas al concreto régimen pactado³⁵⁹, que, lógicamente, podía incluir la limitación de responsabilidad por salarios e indemnizaciones cubiertas por el FOGASA. Pero en los casos en los que el convenio solo establecía que se producía una sucesión empresarial, surgía el interrogante de si era posible aplicar la referida limitación de responsabilidad por deudas.

Desde luego, creo que, si se parte del principio de libertad de pacto, la consecuencia lógica era considerar que, en defecto de pacto, debía aplicarse el régimen ordinario de la sucesión. En cualquier caso, la redacción legal estaba muy lejos de ser clara y de ofrecer un mínimo de seguridad jurídica en la práctica.

De otra parte, en la fase de liquidación se abrían dos posibilidades. Cuando la liquidación se llevaba a efecto mediante el correspondiente plan, este, al igual que el convenio de asunción, podía establecer que la transmisión de la empresa o de la unidad productiva independiente quedase dentro del artículo 44 ET, con los mismos efectos que acabo de exponer para los supuestos de convenio anticipado.

Si la transmisión se producía sin plan de liquidación, la regla aplicable era la del artículo 149.2 LC. En este caso, no cabía limitar la aplicación del artículo 44 ET, más allá de lo expresamente establecido. La norma regulaba una sucesión de empresa que se producía por imperativo legal. Establecía que, cuando concurriesen los requisitos del artículo 44 ET, se producía una sucesión “a efectos laborales”. El referido precepto, por tanto, contenía la excepción a la norma general. Imponía la aplicación de la sucesión de empresa, pero limitaba sus efectos en sentido prácticamente idéntico al art. 5.2.a) de la Directiva.

³⁵⁹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral ...*, op. cit., pp. 89 a 92.

Como hemos visto, antes de la reforma del año 2014, la venta de la totalidad de la empresa concursada o de sus unidades productivas podía suponer la continuidad de la actividad empresarial o profesional. El artículo 100.2 LC condicionaba la propuesta de enajenación al compromiso expreso del adquirente de continuar la actividad de las unidades productivas. El supuesto reflejado en la norma contenía los tres elementos fundamentales de la sucesión de empresa que regula el actual artículo 44 TRLET, esto es, el negocio traslativo, la unidad productiva autónoma y la continuidad de la actividad.

Los artículos 148.1 y 149.1. 1ª LC no efectuaban referencia expresa a la continuidad de la actividad. Por tanto, el adquirente podía continuar o no con la actividad, pues no se exigía el expreso compromiso, que, sin embargo, sí regía en la fase de convenio.

Ahora bien, con independencia de ello, lo cierto es que, en la práctica, el mantenimiento de la actividad empresarial era uno de los elementos fundamentales en la selección y aprobación de las distintas ofertas de compra, junto a otros criterios como la conservación de los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los acreedores³⁶⁰.

Como se aprecia, la regulación contenida en nuestra normativa especial era ciertamente compleja, pues la excepción a la regla general se contemplaba a través de una norma de aplicación subsidiaria³⁶¹. Por ello, quizá un amplio sector doctrinal consideró que el convenio -anticipado o de asunción- o el plan de liquidación eran los instrumentos hábiles para regular la aplicación de la sucesión de empresa, pero en el caso de que no lo hicieran, sería aplicable el régimen del artículo 44 ET, ya fuera limitando la responsabilidad solidaria de la adquirente³⁶² o sin limitación alguna³⁶³.

El complejo entramado legal empezó a aclararse a partir del dictado del RDL 11/2014, que introdujo el artículo 146 bis en la LC, para regular los efectos de la transmisión de una unidad productiva. Lo ubicó en la sección segunda del capítulo segundo del título quinto. En dicho artículo se establecía que la transmisión de una unidad productiva producía la cesión al adquirente de los derechos y obligaciones contractuales cuya resolución no hubiera sido instada. Por tanto, el

³⁶⁰En este sentido destacan los AAJM núm. 2 de Barcelona, de 22 de abril de 2014 (Proc. 210/2013) [AJM B 36/2014], JM núm. 9 de Barcelona, de 6 de septiembre de 2012 (Proc. 436/2012) [AJM B 41/2012], JM núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013 (Proc. 380/2013) [AJM M 57/2013], JM núm. 6 de Madrid, de 30 de abril de 2013 (Proc. 5/2012) [AJM M 19/2013], JM núm. 2 de Oviedo, de 28 de enero de 2014 (Proc. 58/2013) [AJM O 32/2014], JM núm. 1 de Badajoz, de 19 de junio de 2012 (Proc 73/2011) [AJM BA 72/2012].

³⁶¹Como indica ETXARANDIO HERRERA, E., en nuestro ordenamiento jurídico no existe una excepción de primer grado, sino que la aplicación del art. 44 ET se salva a través de una norma subsidiaria. Vid. ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, op. cit., p. 280.

³⁶²ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y ...”, op. cit., pp. 266, 273 y 274.

³⁶³MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral ...*, op. cit., pp. 87, 91 y 95.

adquirente se subrogaba en la posición contractual del cedente sin necesidad de consentimiento. Además, tenía lugar la cesión de contratos administrativos y de licencias y autorizaciones afectas a la unidad productiva³⁶⁴, siempre que la actividad continuase. Por último, establecía, como regla general, que la transmisión no llevaba aparejada la obligación de pago de créditos anteriores, con las salvedades previstas.

Por tanto, en septiembre de 2014, la regulación concursal mantenía una clara preferencia por la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, pues el artículo 100.2 LC admitía la venta “del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas” y los artículos 148.1 y 149.1. 1ª LC también recogían el carácter preferente de “la venta unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor”.

De este modo, con independencia de la situación de crisis económica, la normativa de septiembre de 2014 partía de favorecer continuación de la actividad profesional o empresarial, tal como expresamente establecía el artículo 44.1 LC, al indicar que la declaración de concurso no interrumpía la continuación de la actividad profesional o profesional. Se trataba de una opción lógica, pues, incluso en los supuestos de concursos dirigidos a la solución liquidatoria, el artículo 191.ter.2 LC (actual art. 529 TRLC) imponía la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento, salvo la de aquellos que estuvieran vinculados a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva.

En definitiva, la opción legal trataba de conservar la actividad empresarial y profesional en la medida de lo posible y, con ello, los contratos afectos a la misma, incluidos los laborales, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 44.1 LC (actual art. 111.1 TRLC, con idéntico contenido).

Tras la referida reforma, los artículos 43.4 y 100.2 LC remitieron la regulación de las ventas de unidades productivas al régimen del artículo 146 bis LC³⁶⁵.

La regla primera del apartado cuarto del referido artículo 146.bis. 4.1ª LC reguló las transmisiones de unidades productivas. Contenía una regla general que exoneraba al adquirente de una unidad productiva del pago de las obligaciones pendientes que pudiera tener la empresa concursada, que fueran anteriores a la operación jurídica de transmisión. Ahora bien, esta regla general tenía varias excepciones.

En primer lugar, se exceptuaba el supuesto de que el adquirente asumiese dicha obligación de pago, de forma voluntaria.

En segundo término, que el adquirente fuese una persona especialmente relacionada con el

³⁶⁴Se regirán por lo dispuesto en el artículo 226 de la LCSP.

³⁶⁵El artículo 43.4 LC, tras la reforma operada por la L 9/2015, de 25 de mayo, remitió también al artículo 149 LC.

concurado.

Por último, se añadía el supuesto de que existiese “disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4 LC”.

Por tanto, el precepto establecía un mandato general de no transmisión de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Pero dicha norma no operaba en los casos en los que se hubiera producido una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 149.4 LC. Conforme al referido artículo, en los casos en los que la venta tuviera por objeto una entidad económica que mantuviese su identidad, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”, se consideraba que se había producido una sucesión de empresa tanto a efectos laborales como de Seguridad Social. Por tanto, en tales casos, la subrogación en los contratos era obligada, así como la asunción de las obligaciones legales derivadas tanto laborales como de Seguridad Social³⁶⁶.

Por el contrario, la mera venta de activos que no constituyesen una unidad económica, en el sentido recogido en el referido artículo 149.4 LC, no determinaba la existencia de una sucesión empresarial, ni generaba ningún tipo de obligación de subrogación, ni de responsabilidad solidaria por deudas pendientes para el adquirente de dichos activos.

La expresa mención en el artículo 146.bis.4 LC al artículo 149.4 LC, permitía considerar que se había suprimido el carácter de regulación supletoria que tenía el anterior artículo 149.2 LC. De este modo, el precepto que regulaba todas las transmisiones de unidades productivas en el ámbito concursal, con independencia de la fase en la que se hubiera producido la transmisión, era el artículo 149.4 LC. Dicha norma operaba siempre como límite frente a la posible exoneración de responsabilidad del adquirente de una unidad productiva.

Además, la nueva redacción de ambos preceptos (arts. 146.bis y 149.4 LC) permitía considerar que la LC había previsto un régimen especial de sucesión en el ámbito del concurso. Por tanto, era posible concluir, de forma clara, que en nuestro ordenamiento existía la norma en contrario del artículo 5.1 de la Directiva 2001/23.

Posteriormente, la L 9/2015 no modificó la redacción dada al artículo 149 LC por el RDL de

³⁶⁶PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913, ap. 2.B).

También, en este sentido, TUSET DEL PINO, P., “Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso”, *Revista de información laboral*, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181.

2014. La única novedad reseñable fue que la norma ya no se refería a las reglas supletorias de liquidación, sino que hablaba de reglas “legales” de liquidación. Esto permitió considerar que contenía el régimen jurídico aplicable a cualquier tipo de enajenación producida en fase de liquidación, ya fuera una liquidación con plan o sin él.

Como consecuencia de todo ello, la conclusión era que en nuestro ordenamiento jurídico era aplicable el régimen de la sucesión de empresa a los supuestos de empresas en concurso y el juez del concurso solo tenía habilitación legal para exonerar al adquirente de las obligaciones laborales anteriores a la transmisión que estuvieran garantizadas por el FOGASA.

Esta interpretación era coherente con el contenido del artículo 57 bis ET, que remitía, igual que hace ahora el artículo 57 TRLET, a las especialidades de la LC. Era evidente que existía un régimen general de sucesión empresarial que no se podía obviar, que era el previsto en el artículo 44 ET.

Una de las especialidades que preveía la LC era la posibilidad de limitar la responsabilidad del adquirente en los términos del artículo 149.4 LC. El referido precepto permitía al juez concursal acordar la no subrogación del adquirente “en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”.

La segunda especialidad, era la posibilidad de suscribir acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de trabajo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores con la finalidad de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo.

Por tanto, el precepto estaba en clara consonancia con el contenido del artículo 5.2 de la Directiva 2001/23, que admite modificar la responsabilidad del adquirente, ya sea, limitándola, o bien pactando nuevas condiciones de trabajo. Esto es, precisamente, lo que permitía el artículo 149.4 LC al recoger las opciones previstas en el artículo 5.2, apartados a) y b) de la Directiva 2001/23.

Desde la perspectiva jurisprudencial, conviene puntualizar que, respecto a la existencia o inexistencia de disposición en contrario del artículo 5.1 de la Directiva europea ha estado muy lejos de ser pacífica. De hecho, las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia han mantenido posturas divergentes al respecto.

En primer lugar, se muestran a favor de la existencia de norma en contrario, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, entre otras, en las sentencias de 4 de junio de 2015³⁶⁷, de 19 de febrero de 2016³⁶⁸ y de 9 de marzo de 2016³⁶⁹, que expresamente recogen que en

³⁶⁷STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de junio de 2015 (Rec. 300/2015) [JUR 2015\160269].

³⁶⁸STSJ de Cantabria, Sala Social, de 19 de febrero de 2016 (Rec. 300/2015) [ROJ: STSJ CANT 342/2016].

el ámbito concursal rigen las especialidades previstas en su normativa propia, esto es, la limitación de responsabilidad del anterior artículo 149.4 LC, pero en lo no regulado por ella, debe aplicarse el régimen legal de la sucesión.

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTSJ de Castilla León, Sala Social, de 31 de mayo de 2015³⁷⁰ y de 30 de junio de 2017³⁷¹, que igualmente parten de que en el ámbito concursal se aplican las especialidades de la LC, que permiten limitar el alcance de las obligaciones del adquirente, pero en todo lo demás, rige el régimen general legal.

En contra de esta postura destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de febrero de 2016³⁷² y de 17 de mayo de 2016³⁷³ que, partiendo de las previas consideraciones de la STSJ de Cataluña, Sala Social (Pleno), de 19 de febrero de 2016³⁷⁴, relativas a la regulación anterior a septiembre de 2014, consideran que en nuestro ordenamiento no existe la disposición en contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva europea, de modo que cuando se produce una venta de una unidad productiva, es obligado respetar los términos en los que se haya aprobado, especialmente, los relativos a la exoneración de las responsabilidades propias del régimen de sucesión de empresa.

La disparidad de criterios se advierte entre resoluciones dictadas por la misma Sala de Cataluña. Destacan, especialmente, las sentencias de fecha 21 de octubre de 2015 y 19 de junio de 2015³⁷⁵, cuya contradicción ha sido resuelta por la STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018³⁷⁶. Esta sentencia, dictada en unificación de doctrina, aclara la cuestión, pues establece, de forma expresa, que nuestro ordenamiento dispone de una norma de carácter imperativo, que es el artículo 44 TRLET, que rige en el ámbito del procedimiento concursal y, en concreto, en las operaciones de venta de unidades productivas que sean autorizadas por el juez del concurso.

La sentencia puntualiza además que esta interpretación era aplicable ya durante la regulación anterior a septiembre del año 2014. De hecho, a lo largo del fundamento de derecho sexto destaca que la adición a la LC del artículo 146 bis LC, por las reformas de 2014 y 2015, no supone que “con anterioridad no se produjera sucesión de empresa en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en fase de convenio”, ya que la prescripción legal de no exoneración en las deudas frente

³⁶⁹STSJ de Cantabria, Sala Social, de 9 de marzo de 2016 (Rec. 27/2016) [ROJ: STSJCAN 419/2016].

³⁷⁰STSJ de Castilla León, Sala Social, de 31 de mayo de 2015 (Rec. 340/2017) [ROJ: STSJCL 2163/201].

³⁷¹STSJ de Castilla León, Sala Social, de 30 de junio de 2017 (Rec. 408/2017) [JUR 2017\200046].

³⁷²STSJ de Cataluña, Sala Social, de 29 de febrero de 2016 (Rec. 6944/2015) [ROJ: STSJCAT 1923/2016].

³⁷³STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de mayo de 2016 (Rec. 490/2016) [JUR 2016\155889].

³⁷⁴STSJ de Cataluña, Sala Social, de 19 de febrero de 2016 (Rec. 3271/2015) [AS 2016\469].

³⁷⁵SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 21 de octubre de 2015 (Rec. 3148/2015) [AS 2015\2406] y de 19 de junio de 2015 (Rec. 2649/2015) [JUR 2015\190833].

³⁷⁶STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

a los trabajadores no se ha introducido *ex novo* por vía del artículo 146 bis -añadido por la Ley 9/2015-, sino que se mantiene la tutela que antes se otorgaba a dichos créditos.

En apoyo de este argumento destaca el apartado IV del preámbulo de la referida L 9/2015, en donde se dice que el citado artículo 146 bis LC arbitra mecanismos de exención de deudas previas, salvo en determinados casos especiales que, por su singularidad, “siguen mereciendo” una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o frente a los trabajadores. Por tanto, resulta claro que, como sostiene el Alto Tribunal, la norma mantiene la especial tutela que ya brindaba la anterior normativa.

Por último, conviene puntualizar que este criterio, sin embargo, es refutado por la STS, Sala Tercera, de 29 de enero 2018³⁷⁷, que, analizando un supuesto de responsabilidad por deudas de Seguridad Social, declara que, en el marco de un concurso, la adquirente de una empresa no es responsable solidaria de las deudas de la concursada cedente. La redacción del artículo 149.2 LC, anterior al año 2014, solo hablaba de que producía efectos laborales, lo que permite entender excluidas las deudas de la Seguridad Social. En el mismo sentido se pronuncian las posteriores sentencias de la Sala Tercera, de 2 de diciembre de 2019³⁷⁸ y de 11 de marzo de 2020³⁷⁹, entre otras.

Discrepo de la interpretación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, sin embargo, comparto plenamente la que efectúa la Sala Cuarta, especialmente, respecto a la cuestión de que ya antes de las reformas de los años 2014 y 2015, era incontestable la aplicación imperativa del artículo 44 TRLET a los supuestos de transmisión de unidades productivas en el seno del concurso.

Entiendo que el régimen de la sucesión de empresa era aplicable en el ámbito del concurso, al margen de lo que resolviese el juez mercantil a la hora de aprobar la adjudicación de una unidad productiva autónoma.

En este sentido he de puntualizar que antes de la reforma, el artículo 100.2 LC –relativo a la fase de convenio-, si bien no contenía una expresa mención al régimen de la sucesión de empresa, sí aludía a ella de forma implícita.

Hay que tener en cuenta, como antes apunté, que el precepto imponía al adquirente el compromiso de continuar la actividad y, además, el pago de los créditos de los acreedores. Esta frase permitía entender incluidas responsabilidades diferentes a las fijadas en los artículos 134 a 136 LC, como podían ser las obligaciones solidarias por créditos salariales y de Seguridad Social, que son propias de la sucesión de empresa³⁸⁰. Además, la norma puntualizaba que estas obligaciones -

³⁷⁷STS, Sala Tercera, de 29 de enero 2018 (Rec. 3384/2015) [ROJ: STS 336/2018].

³⁷⁸STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 2019 (Rec. 5147/2017) [RJ 2019\4855].

³⁷⁹STS, Sala Tercera, de 11 de marzo de 2020 (Rec. 1541/2018) [RJ 2020\757].

³⁸⁰ETXARANDIO HERRERA E., “Grupos de empresas y ...”, op. cit., p. 266. Este autor señala que es posible exonerar al adquirente de asumir el pago de los créditos concursales no reconocidos, de los privilegiados no adheridos al

diferentes a las de los arts. 134 a 136 LC- se podían imponer “en los términos establecidos en el convenio”.

Por tanto, cabía que el convenio estableciese la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente respecto a estos créditos y, con ello, de forma implícita, estaba reconociendo la aplicación del art. 44 ET como norma de derecho imperativo necesario. De modo que, en caso de que el convenio no manifestase nada al respecto, era obligado estar al contenido del art. 44 ET siempre que lo enajenado fuera una unidad productiva dotada de autonomía y de sustantividad. Por el contrario, si el objeto de transmisión estuviera constituido por meros elementos activos que no permitiesen realizar una actividad económica esencial o accesorio, ninguna consecuencia se derivaría, ya que no sería aplicable el art. 44 ET.

Lo mismo ocurría con el plan de liquidación regulado en el art. 148 LC, pues al igual que el convenio de asunción, podía establecer que la transmisión quedase incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo 44 ET.

La nota discordante del 148 LC era el apartado cuarto, que obligaba a acudir al trámite del artículo 64 LC para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, estableciendo que “previamente a la aprobación del plan, debía darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 LC”-.

Como se razona en la STS de 27 de febrero de 2018, lo cierto es que esta previsión ya nos daba la pista de lo que el legislador pretendía. La remisión al procedimiento del art. 64 LC no era casual. Obedecía al hecho de que, en el concurso, eran aplicables las reglas del art. 44 ET. En caso contrario, sería innecesario regular la forma en la que se puede aligerar la carga laboral para un supuesto de transmisión, pues si no fuera aplicable el art. 44 ET, el nuevo empresario, adquirente de la unidad productiva, podría, libremente, prescindir de los contratos ligados a la unidad objeto de adquisición, al no estar obligado a la subrogación del personal, ni limitado por la prohibición de no despedir.

Esta argumentación llega a la misma conclusión que he avanzado más arriba y es que el régimen de la sucesión de empresa era -y es- aplicable en el ámbito del concurso, al margen de lo que resolviese el juez a la hora de aprobar la adjudicación de una unidad productiva autónoma.

No obstante, debo destacar que no comparto la premisa de la que parte el argumento del

convenio y de los créditos contra la masa y, por otro lado, que serán lógicos los pactos en los que el adquirente asuma la responsabilidad por créditos contra la masa y privilegiados afectos a los bienes transmitidos o créditos con privilegio general abstenidos o no reconocidos del art. 134 LC. Por tanto, en caso de inexistencia de tales pactos, deberá abonar los créditos concursales asumidos en las condiciones de quita y espera que se hayan establecido.

Tribunal Supremo. La sentencia razona que el carácter imperativo de la norma estatutaria (art. 44 ET) solo podría eludirse en caso de que existiera una disposición que estableciera que, en caso de concurso, no podía operar la sucesión de empresa. Pues bien, no comparto esta premisa porque considero que el análisis de esta cuestión debe partir de la literalidad del artículo 5.1 de la Directiva 2001/23/CE. De acuerdo con dicha norma, la regla general es la no aplicación de las garantías propias de la sucesión de empresa a los casos de insolvencia que estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. La excepción a dicha regla general es la que exige una disposición expresa en contrario. Es decir, para que puedan aplicarse los derechos y garantías propios de la sucesión de empresas en el ámbito del concurso es preciso que exista una disposición legal que así lo establezca. Al margen de esta cuestión puramente formal, comparto el resto de argumentos de la Sala Cuarta del Alto Tribunal.

3. LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL.

3.1. Normativa concursal durante el estado de alarma.

El pasado 7 de mayo de 2020 se publicó en el BOE el TRLC³⁸¹. Como establece su introducción, la nueva norma surge como respuesta a la necesidad de contar con un texto refundido en materia concursal, “dadas las dificultades de lectura e interpretación que suscitaban las sucesivas reformas operadas” en la normativa vigente. De ahí que la norma no se limite a reordenar la dispersión normativa existente, sino que efectúe una nueva redacción de los numerosos preceptos a fin de facilitar su comprensión³⁸².

Hay que tener en cuenta que la ley del año 2003 sufrió veintiocho reformas legislativas. De ahí, la necesidad de “refundir, armonizar, clarificar y ordenar” las distintas disposiciones en materia concursal.

De otra parte, el texto también pretende servir de base para acometer la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023, que España todavía tiene pendiente.

Además, la norma nace en un momento marcado por la crisis sanitaria derivada de la pandemia originada por el COVID-19, que ha dado lugar a la adopción de varias medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal, como las adoptadas

³⁸¹Fecha de entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2020 (Disposición final segunda).

³⁸²PÉREZ L., “El texto refundido de la Ley Concursal y su obsolescencia programada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 963/2020, parte Comentario, BIB 2020\12294.

en el RDL 16/2020³⁸³. Este RDL, que ha sido derogado recientemente por la L 3/2020³⁸⁴, trató de complementar las medidas ya adoptadas por el previo RDL 11/2020³⁸⁵, que había extendido a las empresas en situación de concurso la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo, en los términos del RDL 8/2020³⁸⁶.

La norma abordó distintas cuestiones de suma relevancia. Entre ellas, las modificaciones del convenio concursal para aquellos convenios que se encuentren en periodo de cumplimiento (art. 8), fijando que podían presentarse durante un año después de la declaración del estado de alarma. La L 3/2020 fija el fin de dicho plazo el 14 de marzo de 2021 y puntualiza que el juez dará traslado al concursado de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio que presenten los acreedores hasta el día 31 de octubre de 2020.

Se aplazó el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación durante un año, a contar desde la declaración del estado de alarma (art. 9). Por su parte, la L 3/2020, de nuevo, fija el fin de dicho plazo el día 14 de marzo de 2021 y añade que determinados créditos tendrán la consideración de créditos contra la masa en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años, a contar desde el 14 de marzo de 2020.

Se regularon los acuerdos de refinanciación, admitiendo que, durante el plazo de un año desde la declaración del estado de alarma, el deudor comunicase al juzgado que había iniciado o pretendía iniciar negociaciones con los acreedores para modificar el acuerdo en vigor o para alcanzar uno nuevo (art. 10). Nuevamente, la L 3/2020 mantiene la medida, fijando el fin de dicho plazo el día 14 de marzo de 2021.

Se reguló un régimen especial para la solicitud de declaración de concurso de acreedores, estableciendo que, hasta la fecha de 31 de diciembre de 2020 (la L 3/2020 puntualiza que este día está incluido en el plazo), no existía obligación de solicitar la declaración de concurso y que, hasta esa fecha, los jueces no admitirían a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas durante el estado de alarma (art. 11). Además, la L 3/2020 especifica que en los casos en los que el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta

³⁸³ RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020.

³⁸⁴ L 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

³⁸⁵ RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020.

³⁸⁶ RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

anticipada de convenio (hasta el 31 de diciembre de 2020), no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación.

De igual modo, se estableció una financiación de pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor en los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma (art. 12). De nuevo, en este aspecto, las modificaciones de la L 3/2020 se ciñen a la fijación del día 14 de marzo de 2022, como fecha de inicio del cómputo del plazo y a puntualizar cuestiones relativas a los privilegios que pudieran corresponder a los créditos de los acreedores.

También se abordó la impugnación del inventario y de la lista de acreedores para los concursos en los que no se hubiera presentado el inventario provisional y para aquellos otros que se declarasen dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma (art. 13). Por su parte, la L 3/2020 fija ahora que estos procedimientos no precisarán la celebración de vista, salvo que el juez del concurso considere lo contrario (hasta el día 14 de marzo de 2022).

De otro lado, se reguló el régimen de enajenación de la masa activa. Se primó la venta extrajudicial, con la excepción de las ventas de unidades productivas que podrían realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, o bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la ley (art. 15). Por su parte, la L 3/2020 otorgó carácter preferente a la subasta telemática (art. 10).

Además, se fijaron normas respecto a la aprobación del plan de liquidación (art. 16), la agilización del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 17) o la suspensión de la causa de disolución por pérdidas (art. 18). Estos preceptos fueron parcialmente modificados por el artículo 11 L 3/2020, que modifica el régimen de aprobación del plan de liquidación; el artículo 12 L 3/2020, que modifica el régimen de agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y el artículo 13 L 3/2020, que mantiene el régimen de suspensión de la causa de disolución por pérdidas.

Por último, se otorgó carácter preferente a la tramitación de los incidentes concursales en materia laboral; a las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; a las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; a los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; a la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente y a la adopción de medidas cautelares. La L 3/2020 añadió a estos procedimientos urgentes, el concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa.

Hay que tener en cuenta además que, conforme establece la disposición adicional primera, el régimen de la L 3/2020 se aplica a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su

entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de iniciación del proceso en que aquellas se produzcan. Se exceptúan las que se hubieran iniciado bajo la vigencia del RDL 16/2020, conforme a lo previsto en los artículos 3 a 5 del citado RDL, a las que se aplicarán dichos artículos hasta su conclusión.

Por lo tanto, parece que la citada normativa trata de salvar o mantener la economía de aquellas empresas que, antes de la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. Una de las medidas que se articula para ello es el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación. La otra medida es facilitar la modificación del convenio, del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado. Además, trata de atender a las necesidades temporales de financiación y de evitar un posible aumento de la litigiosidad.

Ahora bien, se trata de medidas con un ámbito objetivo y temporal de aplicación limitado. Se ciñen a las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad derivados de la referida crisis sanitaria durante el estado de alarma y durante el tiempo posterior a la finalización del mismo. Como expresamente recoge la introducción del nuevo TRLC, lo cierto es que se producirá concurrencia temporal entre el referido texto refundido y las normas excepcionales adoptadas durante el estado de alarma, aunque cada una de ellas, regirá en su respectivo ámbito de aplicación.

3.2. El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal 1/2020.

El nuevo TRLC se estructura en tres libros. El libro primero se divide, a su vez en catorce títulos y regula el concurso de acreedores. Aborda la declaración del concurso; los órganos del concurso; los efectos de la declaración del concurso; la masa activa; la masa pasiva; el informe de la administración concursal; el convenio concursal; la liquidación de la masa activa; el pago a los acreedores concursales; la calificación del concurso; la conclusión y reapertura del concurso de acreedores; las normas procesales generales, procedimiento abreviado, incidente concursal y sistema de recursos; la publicidad del concurso y los concursos de acreedores con especialidades.

El libro segundo regula el derecho preconcursal. Se organiza en cuatro títulos. Regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; los acuerdos de refinanciación; el acuerdo extrajudicial de pagos y las especialidades del concurso consecutivo.

Por último, el libro tercero se ocupa de las normas de derecho internacional privado. Se divide en cuatro títulos. Regula las disposiciones generales; la ley aplicable; el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia y la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia.

El nuevo texto se ocupa de la masa activa en el título cuarto del libro primero. En el capítulo

segundo regula el inventario de la masa activa. Dicho capítulo se abre con el artículo 200 TRLC, que recoge la definición de unidad productiva. Se trata de un precepto que no tiene correlativo en el anterior texto de la LC y que adquiere una singular relevancia por cuanto define a la unidad productiva en idénticos términos que el artículo 44.2 TRLET, indicando que “se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria” (art. 200.2 TRLC).

La norma continúa regulando las reglas de conservación de la masa activa a lo largo del capítulo tercero. Este capítulo se divide en dos secciones. La sección primera se ocupa del deber de conservación de la masa, fijando, en el artículo 204 TRLC, igual que hacía el anterior artículo 43 LC, que el ejercicio de las facultades de administración y disposición se realizará por la administración concursal en el modo más conveniente para el interés del concurso.

Por su parte, la sección segunda, se ocupa de la enajenación de la masa activa. Esta sección se divide en cuatro subsecciones. La primera de ellas contiene las reglas generales y comprende los artículos 205 a 208 TRLC, que, básicamente, ordenan y sintetizan el contenido de los apartados segundo y tercero del artículo 43 LC. Esto es, el artículo 205 TRLC recoge la regla general de prohibición de enajenación. Establece que, hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación, los bienes y derechos de la masa activa no se pueden enajenar o gravar sin autorización del juez del concurso.

El artículo 206 TRLC regula las excepciones a la prohibición de enajenar, que comprenden los bienes inherentes al ejercicio de la actividad y los que sean indispensables por exigencias de tesorería derivadas de la tramitación del concurso, así como para garantizar la viabilidad de la unidad productiva. El precepto añade, entre las excepciones, un supuesto, que es el relativo a la venta de bienes que no sean necesarios para la actividad, en los casos en los que la oferta coincida con el valor inventariado del bien. De este modo, se incluye una excepción que antes se encontraba contenida entre las funciones de la administración concursal, esto es, en el anterior artículo 33.1.b). 3ª LC, mejorando la sistemática legal y ofreciendo una regulación conjunta y completa de las excepciones a la regla de prohibición de enajenación.

Finalmente, los artículos 207 y 208 TRLC, que recogen el contenido de los anteriores artículos 150 y 151 LC, respectivamente, se ocupan de las ventas de bienes y derechos litigiosos y de las prohibiciones a los administradores concursales de adquirir bienes y derechos de la masa activa.

La subsección segunda regula las enajenaciones de bienes afectos a privilegio especial, en los artículos 209 a 214 TRLC. Previamente, esta materia se regulaba en los artículos 155.4. 1ª, 33.1.f). 2ª, 155.4. 3ª, 155.3. 1ª, 33.1.d). 5ª y 149.2 LC. La subsección tercera recoge las reglas relativas a la enajenación de unidades productivas en los artículos 215 a 224 TRLC. Por último, la

subsección cuarta se ocupa de la cancelación de las cargas, a lo largo del artículo 225 TRLC, que se corresponde con el anterior artículo 149.5 LC.

De toda la regulación contenida en el capítulo tercero del título cuarto, voy a destacar la relativa a la venta de unidades productivas, esto es, el contenido de la subsección tercera de la sección segunda.

El TRLC comienza refiriéndose a la forma en la que se puede llevar a efecto la enajenación de unidades productivas. El texto del artículo 215 TRLC, que no tiene un correlativo en la anterior LC, se refiere a la subasta judicial y extrajudicial, incluyendo también la electrónica, con la salvedad de que el juez autorice algún otro modo de los previstos en la ley. La norma ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 15 RDL 16/2020 y el artículo 11 L 3/2020. He de destacar que dichas normas son perfectamente compatibles, pues, si bien, la normativa excepcional prima las subastas extrajudiciales, expresamente, excepciona los supuestos de ventas de unidades productivas o de la empresa en su conjunto, otorgando carácter preferente a las subastas telemáticas.

El artículo 220 TRLC establece que, en las resoluciones que dicte el juez del concurso sobre enajenaciones de unidades productivas, deben ser oídos los representantes legales de los trabajadores y, en caso de que impliquen la necesidad de adoptar medidas colectivas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión y reducción de jornada, será obligado estar a lo dispuesto en materia de contratos, es decir, remite al contenido del expediente de regulación de empleo concursal, que se regula ahora en los artículos 169 a 189 TRLC.

La norma recoge, solo parcialmente, el mandato del anterior artículo 100.2 LC, que establecía la necesidad de dar audiencia a los representantes legales de los trabajadores en los casos en los que las proposiciones del convenio incluyeran el compromiso del adquirente de continuar la actividad empresarial o profesional. El TRLC generaliza el referido trámite de audiencia para todas las fases del concurso y no contiene referencia alguna al resto de la regulación contenida en el citado artículo 100.2 LC. El precepto aludía a los créditos pendientes, remitiéndolos al régimen del artículo 146 bis LC. Ahora la responsabilidad por créditos, al igual que el deber de subrogación de la plantilla tienen un régimen propio que rige para todos los supuestos de transmisión de unidades productivas.

El artículo 221.1 TRLC, bajo la rúbrica, “sucesión de empresa”, establece que, en los casos de enajenación de unidades productivas, se considerará, “a los efectos laborales y de seguridad social, que existe una sucesión de empresa”, recogiendo el contenido del anterior artículo 149.4 LC.

La obligación de subrogación se regula en el artículo 222 TRLC, que recoge el contenido del artículo 146 bis LC, que, como sabemos, se ocupaba de las especialidades de la transmisión de unidades productivas.

El párrafo primero del referido artículo 222 TRLC establece que, en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad que en ella se desarrolle, sin necesidad de consentimiento de la otra parte. El contenido es similar al del artículo 146.bis.1 LC, aunque contiene matices que conviene destacar. El artículo 146 bis LC indicaba que, en estos casos, se cedían al adquirente “los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la actividad cuya resolución no hubiera sido acordada”. La redacción era un tanto confusa, porque parecía incluir tanto la obligación de subrogación en los contratos de la plantilla como la responsabilidad solidaria. Ahora parece claro que la ley distingue, de forma nítida, las obligaciones de subrogación y las derivadas de la responsabilidad solidaria por créditos pendientes.

Los apartados segundo y tercero del citado artículo 222 TRLC se refieren a los contratos administrativos y a las licencias y autorizaciones administrativas. Su contenido reproduce lo dispuesto en el artículo 146.bis 1 y 2 LC, sin ningún tipo de modificación. Lo mismo ocurre con el artículo 223 TRLC, que se ocupa de las exclusiones a la subrogación por voluntad del adquirente. El precepto reproduce el mismo contenido del anterior artículo 146.bis.3 LC, que dejaba fuera de la obligación de subrogación las licencias, autorizaciones o contratos no laborales en los que el adquirente hubiera manifestado expresamente su voluntad de no subrogarse.

La responsabilidad solidaria aparece regulada en el artículo 224 TRLC, que se ocupa de los efectos sobre los créditos pendientes de pago. Se trata de un precepto que tiene su precedente en el artículo 146.bis.4 LC. El contenido del apartado primero, párrafos primero y segundo del artículo 224 TRLC, es prácticamente idéntico al artículo 146.bis.4 LC. Establece que la transmisión de una unidad productiva no lleva aparejada la obligación de pago de créditos pendientes antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, con las excepciones siguientes. En primer lugar, cabe que el adquirente expresamente los asuma y, en segundo término, es posible que así lo imponga una disposición legal.

Ahora bien, el precepto introduce una tercera excepción en el párrafo tercero, que se refiere a los supuestos en los que haya una sucesión respecto a créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva. En dicho supuesto la norma establece que el juez concursal puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte garantizada por el FOGASA.

La nueva disposición legal unifica, en un solo precepto, la regulación que antes se contenía en los artículos 146.bis.4 y 149.4 LC. Con ello se simplifica el régimen legal. La responsabilidad por créditos pendientes se regula, íntegramente, dentro de la sección que se ocupa de las transmisiones de unidades productivas, dejando atrás la remisión a preceptos supletorios de la liquidación sin plan que generaban confusión.

La nueva redacción deja clara la opción legislativa. Es evidente ahora que el legislador ha hecho uso de la opción prevista en el artículo 5.2.a) de la Directiva 2001/23/CE. La norma expresa en contrario que exige la normativa europea se encuentra en la propia legislación concursal. Los artículos 215 TRLC y siguientes, que se ubican en la subsección tercera de la sección segunda del capítulo tercero del título cuarto del libro primero del TRLC, imponen la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que comprendan un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio. Por tanto, se advierte que la normativa acoge, de forma definitiva, la unidad productiva como elemento definidor del fenómeno sucesorio, admitiendo la posibilidad de su enajenación no solo en fase de liquidación, sino también en las anteriores fases del concurso³⁸⁷.

Además, se regula la obligación de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a) de la Directiva, esto es, limitando la responsabilidad del adquirente mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

En definitiva, considero que el nuevo texto refundido unifica la regulación de las enajenaciones de las unidades productivas y la simplifica.

En primer lugar, define lo que debe entenderse por unidad productiva y, acto seguido, regula, de forma pormenorizada, el procedimiento de enajenación y sus concretos efectos. Se abandona así la anterior dispersión normativa y se unifica la regulación, de modo que las enajenaciones, cualquiera que sea la fase en la que se produzcan, van a tener un régimen normativo unificado. Ya no es necesario acudir a normas de derecho supletorio, como las contenidas en la regulación de la fase de liquidación sin plan, sino que todo el régimen de la sucesión de empresa se encuentra regulado en el capítulo segundo del título cuarto del libro primero del TRLC.

Por otro lado, es claro que la sucesión de empresa solo se va a producir cuando concurren los requisitos del artículo 200 TRLC, esto es, cuando tenga lugar una transmisión de un conjunto de bienes y derechos organizados para una actividad económica esencial o accesorio. Por tanto, se ha superado, definitivamente, el debate doctrinal respecto a los efectos derivados de la venta de activos que carezcan de autonomía y de sustantividad propias.

La subsección tercera de la sección segunda del capítulo tercero del título cuarto del libro

³⁸⁷En este sentido, SALINAS ADELANTADO, C., “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, *Diario LA LEY*, núm. 9652, de 12 de junio de 2020, [en línea], consultado el 17 de junio de 2020.

primero del TRLC se ocupa de la regulación del régimen de la sucesión de empresa en el concurso, por lo que la remisión del artículo 57 TRLET a las especialidades de la legislación concursal, debe entenderse referida a los artículos que esta comprende, esto es, los artículos 215 a 224 TRLC.

Se impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que tengan lugar dentro del procedimiento concursal y que comprendan un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 y 221.1 TRLC. Estos preceptos establecen que, en caso de enajenación de una unidad productiva -en el sentido fijado en el artículo 200 TRLC-, se entenderá que existe una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social.

El TRLC regula las obligaciones de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a), esto es, limitando la responsabilidad mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

La obligación de subrogación se recoge en el artículo 222 TRLC y comprende todos los contratos afectos a la continuidad de la actividad de la unidad productiva que sea objeto de enajenación.

Por su parte, la responsabilidad por créditos pendientes se regula, íntegramente, dentro del artículo 224 TRLC, dejando atrás la técnica de la remisión a preceptos supletorios que generaban confusión, dado que no reza fácilmente comprensible que una regla como la prevista en el artículo 149 LC, que excepcionaba el régimen general de la Directiva, se ubicara en una norma de aplicación supletoria, pensada para los casos en los que no hubiera plan de liquidación.

La nueva regulación deja clara la opción legislativa. Es incontestable ahora que el legislador ha hecho uso de la opción prevista en el artículo 5.2.a) de la Directiva 2001/23/CE. La norma expresa en contrario que exige se encuentra en la propia norma concursal. La legislación concursal impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que comprendan un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio. Además, regula las obligaciones de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a), esto es, limitando la responsabilidad mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

En este aspecto me parece loable la nueva sistemática legal el TRLC, que concentra la regulación de las ventas de unidades productivas, superando la anterior dispersión normativa y aclarando, de forma definitiva, la opción elegida por el legislador.

Aunque considero que, tras las reformas de los años 2014 y 2015, esta cuestión ya había sido abordada y, a mi juicio, resuelta legislativamente, lo cierto es que, en la práctica judicial no

habían calado los referidos cambios. Prueba de ello son los dispares criterios de las jurisdicciones implicadas, especialmente, la contencioso-administrativa y la social. Por ello, considero que el nuevo TRLC merece, en este punto, una valoración claramente positiva.

IV. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

La normativa concursal regula los efectos de la situación de crisis de la empresa sobre los contratos de trabajo tomando como base el esquema tradicional de la regulación laboral. No obstante, el elenco de medidas de regulación de empleo que pueden adoptarse en la situación de concurso es más amplio que el del originario expediente laboral.

A pesar de ello, la normativa concursal diseña un procedimiento muy cercano al del antiguo expediente de regulación de empleo laboral, que, como sabemos, actualmente recogen los artículos 169 a 189 TRLC. Además de las medidas que el entonces vigentes ET contemplaba como básicas, esto es, las extinciones de contratos y las suspensiones y reducciones de jornada, admite otras, en principio, ajenas a los expedientes de regulación de empleo laborales, como son las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y los traslados colectivos³⁸⁸.

Por tanto, se articula un sistema semejante al extinto expediente de regulación de empleo, si bien el órgano competente para conocer en este caso no es la autoridad administrativa, sino el juez del concurso. Así lo disponía el artículo 8.2 LC y luego, el artículo 53 TRLC, en consonancia con el artículo 86.ter.1. 2º LOPJ.

El cauce previsto para el mismo era el fijado en el artículo 64 LC y, tras la publicación del TRLC, su tramitación se regula en la sección cuarta del capítulo cuarto del título tercero del libro primero del TRLC, que comprende los artículos 169 a 189 TRLC.

Para entender este diseño es conveniente recordar, de forma esquemática, los orígenes de la regulación laboral que, como veremos, han sufrido una notable transformación tras las reformas legales del año 2012.

Tradicionalmente, la regulación de las medidas colectivas de extinción, suspensión de contratos y reducción de jornada estaba ligada a la autorización administrativa, entendida como garantía de los derechos de los trabajadores, en especial, de sus derechos de participación³⁸⁹.

Centrándonos en la medida de extinción contractual, las primeras referencias a la crisis en el trabajo o crisis en la empresa se encuentran en la regulación de los denominados Jurados Mixtos y del Paro Obrero. La L de 27 de noviembre de 1931³⁹⁰, dedica el capítulo XI a los denominados “juicios de despido”. Los aspectos más relevantes de la misma afectan a la regulación tanto

³⁸⁸Modificación operada por L 38/2011, de 10 de octubre, que introdujo la referencia a los traslados colectivos.

³⁸⁹VALDÉS DAL-RÉ, F., “Intervención administrativa y despidos económicos; funciones, disfunciones y tópicos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, ISSN 0213-0556, pp. 21-27.

³⁹⁰L de 27 de noviembre de 1931, sobre creación y organización de los Jurados Mixtos Profesionales, Gaceta de Madrid núm. 332, de 28 de noviembre de 1931.

sustantiva como procesal del despido. Admiten como causa de despido la “crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo que se trate”, etc³⁹¹.

Posteriormente, la L de 25 de junio de 1935³⁹², autorizaba al “Ministro del Ramo” para establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, una vez oído el Jurado Mixto correspondiente y se facultaba a la empresa para elegir entre ambas medidas³⁹³.

Esta norma no tuvo mucha eficacia en la práctica, lo que determinó que se promulgase el D de 29 de agosto de 1935, que refundió la legislación sobre Jurados Mixtos³⁹⁴. En su artículo único se regulaba la intervención del Jurado Mixto en los supuestos de crisis empresariales. Esta consistía en emitir un dictamen respecto a la posibilidad de evitar el despido mediante turnos de trabajo o reducciones por días semanales de labor. Si el informe consideraba que era posible acudir a las referidas medidas alternativas al despido, se elevaba al Ministerio de Trabajo, que era el órgano encargado de decidir y, en caso contrario, esto es, si el Jurado Mixto consideraba que era imposible evitar el despido, entonces la empresa quedaba autorizada para efectuar los despidos que considerase necesarios.

Por tanto, se establecía un sistema de intervención de los representantes sindicales y empresariales encargados de verificar la viabilidad de las medidas alternativas al despido. En caso de acuerdo, la empresa quedaba autorizada para acordar las medidas extintivas. A falta de acuerdo, cabía la posibilidad de impugnación ante la autoridad administrativa competente, que era el Ministerio de Trabajo. Se articulaba un sistema semejante al derogado expediente de regulación de empleo, en el que la Autoridad Laboral decidía si autorizaba o no la medida de despido colectivo³⁹⁵.

La intervención administrativa en el proceso de despido en supuestos de crisis empresariales o de trabajo se instaura con el D de 26 de enero de 1944³⁹⁶, que regula el denominado expediente de crisis. Exigía la previa autorización administrativa del organismo competente, que era

³⁹¹Artículo 46 de la L de 27 de noviembre de 1931. El artículo 47 de la misma norma establecía que el “obrero podría acudir reclamando contra el despido al Jurado Mixto”.

³⁹²L de 25 de junio de 1935, de medidas transitorias para remediar el paro obrero, Gaceta de Madrid núm. 177, de 26 de junio de 1935.

³⁹³Artículo 12 de la L de 25 de junio de 1935.

³⁹⁴D de 29 de agosto de 1935, Gaceta de Madrid núm. 288, de 15 de octubre de 1935.

RÍOS MESTRE, J. M^a., *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, 2012, ISBN 978-84-470-3882-4, pp. 194 y ss.

³⁹⁵Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 99, 2009, ISSN 0213-0750, pp. 21-54.

³⁹⁶D de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944.

la Delegación de Trabajo de la provincia en donde radicase la empresa o la Dirección General de Trabajo en los casos en los que la trascendencia social de las medidas así lo aconsejaban.

Tras la promulgación de la Orden de 23 de abril de 1947³⁹⁷, la falta de autorización administrativa determinaba la nulidad de la decisión empresarial de despido acordada por el empresario por suspensión o cese de sus actividades.

Por su parte, el D de 16 de junio de 1954 crea la Caja Nacional de Paro Tecnológico, que reguló los subsidios temporales de los trabajadores cuyo cese se hubiera producido como consecuencia de la autorización oficial³⁹⁸, mediante el procedimiento regulado en el D de 26 de enero de 1944³⁹⁹.

Posteriormente, se dictaron, entre otras normas, la Orden de 31 de marzo de 1955⁴⁰⁰, el DL de 21 de julio de 1959, sobre ordenación económica⁴⁰¹ y el D 2082/1959, de 26 de noviembre⁴⁰². Ninguna de estas normas admitía la intervención de las representaciones colectivas de los trabajadores.

No es hasta la promulgación del D 3090/1972⁴⁰³, cuando se permite intervenir en el expediente de crisis a los representantes de los trabajadores. Esta norma mantuvo la obligatoriedad de la autorización administrativa⁴⁰⁴, pero atribuyó legitimación a los trabajadores para iniciar el expediente, a través de sus representantes sindicales.

Con la aprobación de la L 16/1976⁴⁰⁵ se recupera la intervención de los representantes de los trabajadores y se les permite introducir un informe previo a la resolución administrativa.

El RDL17/1977⁴⁰⁶ otorga plena validez al pacto entre el empresario y los trabajadores afectados por el despido, pues la Autoridad Laboral podría autorizar directamente el expediente de regulación de empleo, o bien, acordar la continuación del procedimiento.

³⁹⁷Orden de 23 de abril de 1947, BOE núm. de 25 de abril de 1947.

³⁹⁸La causa del cese se regulaba en el artículo 1, en donde se citaban las “mejoras de carácter técnico o nuevos métodos de trabajo que den lugar al incremento en su productividad”.

³⁹⁹D de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944.

⁴⁰⁰Se trata de una norma de desarrollo que sigue remitiendo al expediente regulado en el Decreto de enero de 1944.

⁴⁰¹DL de 21 de julio de 1959, sobre ordenación económica. BOE núm. 174, de 22 de julio de 1959.

⁴⁰²D 1118/1960, de 2 de junio, sobre capacitación profesional de trabajadores en paro. BOE núm. 143, de 15 de junio de 1960.

⁴⁰³L 22/1972, de 10 de mayo, de aprobación del III Plan de Desarrollo Económico y Social. BOE núm. 113, de 11 de mayo de 1972.

⁴⁰⁴Según la rúbrica del Capítulo II, podía tratarse de la extinción, suspensión o modificación de la relación laboral por causas económicas o tecnológicas.

⁴⁰⁵L 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976.

Con la aprobación del ET, se limitan sustancialmente las facultades de la Autoridad Laboral. En caso de acuerdo, estaba obligada a autorizarlo salvo que apreciase la concurrencia de dolo, coacción o abuso de derecho⁴⁰⁷.

Tras el ET, la principal reforma operada en el régimen del despido fue la derivada de la L 11/1994⁴⁰⁸, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, por la que se modifican determinados artículos del ET, de la entonces vigente LPL y de la LISOS.

La regulación reglamentaria del despido colectivo se produjo dos años después con la aprobación del RD 43/1996⁴⁰⁹. Dicha norma estableció el procedimiento del despido colectivo, desarrollando el contenido del artículo 51.1 y siguientes del ET.

El sistema establecido se basaba en la continuidad de la autorización administrativa y la participación de los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas. El procedimiento tenía dos fases. La primera de información o consultas con intervención de la empresa, la representación legal de los trabajadores y la Autoridad Laboral. La segunda era una fase con intervención puramente administrativa, sin presencia de ninguna otra representación.

Como indicaba la doctrina, lo cierto es que se trataba de una doble fase interrelacionada entre sí⁴¹⁰, pues la actuación de la Autoridad Laboral se iniciaba en el período de consultas y continuaba hasta la resolución, lo mismo que las negociaciones, que podían mantenerse hasta la misma fecha de la resolución, a fin de conseguir un acuerdo⁴¹¹. Por tanto, la reforma de 1994, mantuvo el sistema de autorización administrativa, si bien reduciendo las facultades discrecionales de la misma⁴¹².

⁴⁰⁶RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1977.

⁴⁰⁷CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de ...”, op. cit., pp. 137 y ss.

⁴⁰⁸L 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

⁴⁰⁹RD 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. BOE núm. 44, de 20 de febrero de 1996.

⁴¹⁰MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, ISBN 978-84-8193-599-8, pp. 211 y 212.

⁴¹¹PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Dirs.), *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2012, ISBN-13: 9788415000501, pp. 87 y ss.

⁴¹²Vid. CRUZ VILLALÓN, (Coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, ISBN 84-309-2847-2, pp. 171-180.

Las reformas laborales del año 2009, esto es, el RDL 2/2009⁴¹³ y la L 27/2009⁴¹⁴ fueron de menor calado que las producidas en el año 2010.

En la anualidad de 2010, el RDL 10/2010⁴¹⁵ y la L 35/2010⁴¹⁶ cobran una importancia capital en cuanto al régimen del despido colectivo. Estas normas redefinen las causas del despido económico, ampliándolas y conectando el requisito de la razonabilidad con la contribución de la medida a mejorar la situación de la empresa y a prevenir una evolución negativa mediante una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado, o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Se unifica el tratamiento de la causa en el despido objetivo, tanto individual como colectivo, facilitando su tramitación. El preaviso se reduce a quince días y se califican como improcedentes los defectos de forma⁴¹⁷.

Respecto a los expedientes de regulación de empleo, se contempla la denominada comisión *ad hoc* para los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores y se regula la posibilidad de acudir a sistemas extrajudiciales de solución de conflictos en el período de consultas. Se contemplan medidas de recolocación, acciones de formación o reciclaje profesional y se impone una mayor rapidez en la resolución administrativa, para el caso de acuerdo (siete días).

Posteriormente, se publicó el DERE, que derogó al anterior RD 43/1996. Las líneas generales de la nueva regulación fueron el mantenimiento de la autorización administrativa, la exigencia de causa justificada y la prevalencia del acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores. Se mantuvo el esquema tradicional de solicitud a la Autoridad Laboral competente con simultánea comunicación a la representación legal de los trabajadores, acompañadas de la documental adecuada a la causa. Se regulaba la celebración del período de consultas. En caso de alcanzarse un acuerdo debía autorizarse la decisión, salvo concurrencia de dolo, fraude, abuso de derecho o coacción y, en defecto de acuerdo, también debía autorizarse

⁴¹³RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

⁴¹⁴L 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

⁴¹⁵RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010.

⁴¹⁶L 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 227, de 18 de septiembre.

⁴¹⁷BOE de 14 de junio de 2011. Vid., BLASCO PELLICER, A., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2012”, en ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J. M.^a, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 9788498769685, pp. 60 y 80.

siempre que constase justificada la causa. Para el supuesto de falta de acreditación de la causa, la resolución debía ser desestimatoria.

Esta larga tradición de vincular el despido colectivo a la autorización administrativa se rompe con las reformas operadas en el año 2012, que suprimen este requisito, dejándolo subsistente solo para los supuestos de fuerza mayor y modificándolo en los restantes casos por un mecanismo de mera supervisión.

El régimen de autorización previa no está expresamente previsto en el marco de la regulación internacional. Destaca la Recomendación núm. 119 de 1963⁴¹⁸, que fue sustituida por el Convenio núm. 158 de la OIT de 1982⁴¹⁹ y la recomendación núm. 166, también del año 1982, que regula la terminación de la relación de trabajo. El artículo 13 del convenio núm. 158 de la OIT se ocupa de los derechos de participación de los representantes de los trabajadores y el artículo 14 fija un papel bastante secundario a la autoridad pública⁴²⁰, encomendándole funciones de mera recepción de la obligada comunicación empresarial del proyecto de despido colectivo, que habrán de remitirse “lo antes posible”.

Por su parte, la Carta Social Europea del Consejo de Europa firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961, que fue ratificada por España el 29 de abril de 1980 y está en vigor desde el 5 de junio de 1980 en la versión revisada hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, reconoce el derecho de los trabajadores a la protección frente al despido (art. 24) y el derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo (art. 29)⁴²¹.

Tampoco en el ámbito europeo se prevé dicho régimen de autorización previa. Sobre los despidos colectivos destaca la Directiva 75/129/CEE⁴²², que fue modificada por la Directiva 92/56/CE⁴²³. Ambas han sido codificadas en la Directiva 98/59/CE, 1998⁴²⁴.

⁴¹⁸Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119). Reemplazada por la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166).

⁴¹⁹Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

⁴²⁰PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Dirs.), *La intervención pública ...*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁴²¹La Carta Social Europea revisada entró en vigor el 1 de julio de 1999. La han ratificado treinta y cuatro países. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero pospuso su ratificación por la necesidad de adaptar la legislación española.

⁴²²Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE núm. 48/19, de 22 de febrero de 1975.

⁴²³Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE núm. 245/3, de 26 de agosto de 1992.

La Directiva 75/129/CEE delimitó los criterios cuantitativos para la consideración del despido colectivo y la necesidad de articular un período de consultas con los representantes de los trabajadores de cara a la consecución de un acuerdo, pero solo obligaba a la empresa a comunicar a la autoridad pública competente la decisión, sin incorporar la necesidad de autorización administrativa.

Por su parte, la Directiva 92/56/CE regula el contenido del período de consultas. Incorpora la referencia a las medidas de acompañamiento destinadas a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2), haciendo una referencia más directa que la anterior a la noción de “plan social”⁴²⁵.

Finalmente, la Directiva 98/59/CE reagrupa los textos precedentes con mínimas modificaciones formales. Por tanto, en el marco europeo no se exige la autorización previa que nuestro ordenamiento jurídico mantuvo hasta febrero de 2012.

Por otro lado, las reformas del año 2012 han ampliado las posibilidades de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público. La disposición adicional vigésima del ET⁴²⁶ extendía la posibilidad del despido por estas causas a las Administraciones Públicas y al resto de entidades y organismos que forman parte del sector público.

Actualmente, este mandato se encuentra en la disposición adicional decimosexta del TRLET, que mantiene una redacción, prácticamente idéntica, a la precedente.

Se distingue, por lo tanto, entre la Administración en sentido estricto y el resto del sector público. La determinación de los entes que forman parte del denominado sector público se efectúa mediante la técnica de la remisión expresa. El apartado primero de la referida disposición adicional decimosexta remite a lo dispuesto en el artículo 3.1 LCSP.

Por tanto, la opción legislativa ha consistido en la remisión a la LCSP. Es cierto que podría haberse remitido a otras normas puramente administrativas, como la LGPE, o a la normativa europea SEC 94⁴²⁷, pero al haberlo hecho así, debe interpretarse que están incluidas, además de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las entidades Gestoras de la Seguridad Social, los Organismos Públicos, las Universidades, así como

⁴²⁴Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE núm. 225, de 12 de agosto de 1998.

⁴²⁵RÍOS MESTRE, J. M^a., *Despido colectivo y ...*, op. cit., pp.177 y ss.

⁴²⁶Redacción según la disposición adicional segunda de la L 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁴²⁷Reglamento (UE) núm. 549/2013 del parlamento europeo y del consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. DOCE núm. 174, de 26 de junio de 2013.

las empresas públicas a las que se refiere el artículo 3.1.d) LCSP, que cuenten con una participación pública superior al cincuenta por ciento de su capital.

Parece que el legislador, consciente de las opiniones y argumentos reacios a la admisibilidad de la causa económica en las Administraciones Públicas, ha optado por regular una causa específica que habilita al despido objetivo económico en el ámbito de la Administración⁴²⁸. No obstante, resulta llamativo que en estas situaciones de crisis se haya prohibido legalmente acudir a mecanismos menos traumáticos como los de reducción de jornada o suspensión temporal de contratos de trabajo (disposición adicional 17ª TRLET)⁴²⁹. Además, se ha modificado el contenido del artículo 52.e) TRLET, en relación al despido objetivo del personal de entidades sin ánimo de lucro⁴³⁰, suprimiendo la referencia a las Administraciones Públicas.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Inicialmente, la LC solo preveía la posibilidad de adoptar medidas laborales de carácter colectivo. El artículo 8.2 (actual art. 53 TRLC) atribuía al juez del concurso la competencia para conocer de las extinciones, suspensiones y modificaciones colectivas, al igual que lo hacía el artículo 63.1 del Anteproyecto y el Proyecto de LC.

⁴²⁸Antes de la reforma de 2012, existían criterios discrepantes respecto a esta cuestión en las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia. Destaca, en este sentido, la STSJ de Valencia, Sala Social, de 12 de diciembre de 1997 (Rec. 3776/1996) [ROJ: STSJ CV 1459/1997].

En el mismo sentido se pronunciaron varios de los Juzgados de lo Social de Barcelona, negando la posibilidad del despido por causas económicas en las Administraciones Públicas, ya que la situación económica negativa era difícilmente predicable en las mismas. La Administración carece de ánimo de lucro y está destinada a la prestación de servicios públicos. Por este motivo no podían encontrarse en dicha situación, ya que su endeudamiento obedecería a su propia finalidad.

Por el contrario, SSTSJ de Extremadura, Sala Social, de 18 de mayo de 1998 (Rec. 245/1998) [AS 1998\5528] y de Cataluña, Sala Social, de 2 de octubre de 1998 (Rec. 9185/1997) [AS 1998\4195], de 16 de diciembre de 2003 (Rec. 341/2002) [AS 2004\320] y de 2 de enero de 2010 (Rec. 6115/2009) [AS 2004\320].

Vid. PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Dirs.), *La intervención pública ...*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁴²⁹La disposición adicional 17ª TRLET concede a las Administraciones públicas, la posibilidad de adoptar medidas extintivas, sin embargo, veda que, ante la eventual concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción, se adopten medidas menos drásticas, como serían las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada, salvo para aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos en el mercado. Antes del TRLET, la regulación se encontraba en la disposición adicional 21ª ET.

⁴³⁰Redacción según la disposición adicional decimoctava de la L 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Por tanto, parecía claro que las medidas individuales quedaban al margen del expediente concursal. Solo se exceptuaban las medidas que afectaran al personal de alta dirección que regulaba el artículo 65 LC -actual artículo 186 TRLC- y también de las medidas de resolución contractual, que se colectivizaban conforme a lo dispuesto en el artículo 64.10 LC.

No obstante, el artículo 64.1 LC, en su inicial redacción, disponía que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, así como las suspensiones o extinciones colectivas de las relaciones laborales, debían tramitarse ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el referido artículo.

La redacción de este precepto generaba dudas interpretativas, ya que aludía a “los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales”. La colocación del adjetivo “colectiva” en la oración hacía pensar que la norma exigía que las extinciones debían ser colectivas, a diferencia de lo que ocurría con las suspensiones y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, para las que admitía que fueran tanto individuales como colectivas.

También generaba dudas la redacción del párrafo segundo del mismo artículo 64 LC, que disponía que tanto la administración concursal como el deudor o los trabajadores podían solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo.

El artículo citaba las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin añadir el adjetivo “colectivas”, para luego referirse a las suspensiones y extinciones colectivas de contratos⁴³¹. Esta redacción permitía sostener que solo se exigía que fueran colectivas las extinciones y las suspensiones de contratos, pero no las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La doctrina mayoritaria interpretó los referidos preceptos de la LC, sosteniendo que las medidas de suspensión contractual debían formar parte del expediente concursal tanto si eran colectivas como individuales⁴³².

⁴³¹El referido artículo 64.2 LC, en la redacción original, establecía que “La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado”.

⁴³²Vid., a título de ejemplo, RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2003, ISSN 0213-7097, p. 367. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, p. 527. También GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., “Aspectos laborales de la nueva Ley

El criterio doctrinal fue confirmado tras la reforma operada en la LC por el número cuatro del artículo único de la L 38/2011. Dicha reforma añadió un apartado segundo al referido artículo 8.2 LC, que contenía la definición de suspensión colectiva, mediante la remisión a lo dispuesto en el artículo 47 ET e incluía la reducción temporal de la jornada diaria de trabajo.

La redacción de este precepto parecía un tanto contradictoria, pues, tras enunciar la competencia para conocer de las medidas de suspensión colectivas, la norma remitía la definición de lo que es una medida de suspensión con carácter colectivo a una norma estatutaria, que era el artículo 47 ET, que no diferenciaba entre suspensiones colectivas e individuales.

La contradicción existente debía resolverse teniendo en cuenta esta remisión al artículo 47 ET. El referido artículo había sido reformado por la L 35/2010 (contenido respetado por la reforma de 2012) y su contenido debía aplicarse al procedimiento concursal. De este modo, tanto las suspensiones colectivas como individuales debían ser autorizadas por el juez del concurso, pues en el régimen laboral el referido artículo no diferenciaba –tampoco lo hace ahora, tras la aprobación del TRLET- en función del número de afectados, sometiendo tanto las suspensiones colectivas como individuales de contratos de trabajo al obligatorio período de consultas⁴³³.

Ahora bien, en la actualidad, la redacción del artículo 53 TRLC, aclara, de forma definitiva, la cuestión. El párrafo primero del citado artículo 53 TRLC atribuye al juez mercantil la competencia exclusiva y excluyente para conocer, entre otras, de las acciones sociales que tengan por objeto modificaciones sustanciales de contratos de trabajo que sean colectivas conforme a lo dispuesto en la normativa laboral, lo que excluye las modificaciones sustanciales individuales.

En el mismo sentido, el artículo 169 TRLC se refiere, exclusivamente, a las citadas medidas laborales cuando tienen carácter colectivo, remitiéndolas a la regulación de la subsección primera de la sección cuarta del capítulo cuarto, del título tercero del libro primero del TRLC (arts. 169 a 189 TRLC).

Por tanto, en la actualidad, es claro que el ámbito de aplicación del expediente de regulación de empleo concursal se ciñe a las medidas laborales colectivas, persistiendo como única excepción, las medidas individuales que puede adoptar la administración concursal respecto al personal de alta dirección, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 TRLC.

Concursal”, *Justicia Laboral*, núm. 15, 2003, ISSN 1576-169X, p. 26. En idéntico sentido, MERCADER UGUINA J.R y ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., “Comentario a los arts. 64 y 65” en ROJO A. y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentario de...*, op. cit., p. 1200.

⁴³³Vid., en este sentido, ORELLANA CANO, N., “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso...*, op. cit., p. 85.

Partiendo de estas consideraciones iniciales, es necesario analizar cada una de las concretas medidas a las que hace referencia la normativa concursal. Para ello, debemos partir de los conceptos del derecho laboral, ya que la norma concursal no regula tales extremos.

1.1. Extinciones colectivas de contratos de trabajo.

1.1.1. Concepto.

La extinción colectiva de contratos de trabajo está relacionada con el número de trabajadores afectados por la medida. El artículo 51.1 TRLET establece unos umbrales que delimitan el despido colectivo objetivo y el individual derivado de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

Se definen como colectivos los despidos que, en un período de noventa días, afecten, al menos, a diez trabajadores en empresas que cuenten con menos de cien; al diez por ciento de la plantilla en empresas entre cien y trescientos trabajadores o a treinta trabajadores en empresas de más de trescientos. También, las extinciones que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa siempre que el número de afectados sea superior a cinco trabajadores y la medida derive del cese total de la actividad por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

En el ámbito europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha perfilado el concepto de despido colectivo desde la perspectiva de la directiva 98/50/CE, dado que la misma no contiene una definición del mismo.

El Tribunal de Justicia europeo considera que se trata de un concepto que debe ser objeto de interpretación uniforme, dado que no se ha producido una remisión expresa al derecho de los Estados Miembros.

Desde esta perspectiva, destaca la STJUE de 12 de octubre de 2004⁴³⁴, cuando establece que el concepto de despido comprende cualquier tipo de extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, adoptada sin su consentimiento, lo que comprende tanto las decisiones extintivas adoptadas por el empresario como las derivadas de una decisión judicial.

Además, han de computarse la totalidad de las extinciones, sin que sea posible excluir, ni siquiera temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores, ya que la normativa europea tiene como finalidad la protección equitativa de los derechos de los trabajadores en los distintos

⁴³⁴STJCE de 12 de octubre de 2004 (C-55/02, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal) [TJCE 2004\376]. En este asunto, se debatía si el derecho portugués era contrario a la directiva europea, ya que limitaba el concepto de despido colectivo a los despidos tecnológicos y estructurales y no incluía a todos los despidos derivados de razones ajenas a la voluntad de los trabajadores.

Estados Miembros y, de forma correlativa, hacer que las cargas derivadas de los despidos colectivos sean, a su vez, equivalentes, para las empresas en los distintos Estados Miembros. Esto implica que, si bien es posible que los Estados Miembros regulen esta cuestión, solo pueden modificar el régimen europeo para mejorar la protección de los trabajadores, pero nunca para empeorarla⁴³⁵.

Por tanto, en el cómputo del número de extinciones en el período de referencia se tendrán en cuenta todas las producidas por iniciativa del empresario o por decisión judicial, en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador⁴³⁶, distintos de los previstos en el artículo 49.1 c) TRLET⁴³⁷, siempre que su número alcance, al menos, a cinco⁴³⁸.

El inicial artículo 64.1 LC establecía el carácter colectivo de la medida sin fijar este límite mínimo de los cinco trabajadores y, por ello, la práctica judicial mercantilista aplicaba este artículo, en lugar del artículo 51.1 ET⁴³⁹.

La posterior redacción del artículo 64.1 LC, primero por el artículo 12 RDL 3/2009⁴⁴⁰ y luego, por el número cuarenta y ocho del artículo único de la L 38/2011, omitió la referencia a la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la empresa. Por ello, desde entonces,

⁴³⁵STJUE de 18 de enero de 2007 (C-385/05, asunto Confédération générale du travail). En este asunto se planteaba la adecuación del derecho francés la normativa europea. El código de trabajo preveía que se computaran, dentro de los umbrales del despido colectivo, las extinciones de trabajadores con contrato indefinido, con contrato de duración determinada y trabajadores a tiempo parcial. Pero en el año 2005 se produjo una reforma legislativa que excluía a los trabajadores que tuvieran menos de veintiséis años, cualquiera que fuera la naturaleza de su contrato. El órgano jurisdiccional remitente consideraba que la norma podía producir efectos perniciosos, dado que en centros de trabajo que contasen con más de veinte trabajadores, pero en los que, al menos once de ellos, tuvieran menos de veintiséis años, podría determinar que el empresario quedara exonerado de dar cumplimiento a los requisitos de la directiva europea en materia de despido colectivo.

El Tribunal de Justicia consideró que la norma francesa no se ajustaba al derecho europeo. Indica que es cierto que los Estados Miembros tienen un amplio margen para adoptar medidas de promoción de empleo, pero ello no puede implicar que quede vacío de contenido un principio fundamental del derecho europeo. La finalidad de la directiva es garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y equiparar las cargas derivadas de los despidos colectivos. Pero las normativas nacionales solo pueden modificar los umbrales fijados en la normativa europea, mejorando la protección de los trabajadores, no empeorándola.

⁴³⁶La STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 52/2013) [ROJ: STS 5943/2013] consideró computables los despidos disciplinarios y los despidos objetivos declarados improcedentes tanto en conciliación judicial como extrajudicial, o con finiquitos firmados.

⁴³⁷Expiración del tiempo convenido, o realización de la obra o servicio.

⁴³⁸Cuando la plantilla de la empresa no alcanza el mínimo de cinco trabajadores el despido es plural y no colectivo. STSJ de Cantabria, Sala Social, de 14 de febrero de 2017 (Rec. 8/2017) [ROJ: STSJ CANT 72/2017].

⁴³⁹En este sentido, AJM núm. 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005 (Auto núm. 67/2005) [AC 2005\332].

⁴⁴⁰RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. BOE núm. 78, de 31 marzo de 2009.

parece claro que debe aplicarse lo dispuesto en el citado artículo 51.1 TRLET, con el umbral mínimo de los cinco trabajadores afectados, pues la legislación laboral es la normativa supletoria, como disponía el anterior artículo 64.11 LC y, en la actualidad, establece el artículo 169.2 TRLC. Considero que esta interpretación debe mantenerse tras la entrada en vigor del TRLC, pues los artículos 169 y 171 TRLC siguen sin hacer referencia a la extinción colectiva de los contratos de la totalidad de la plantilla, respetando, en este punto la anterior redacción del artículo 64.1 LC.

Por otro lado, a la luz de la doctrina europea ha surgido la cuestión relativa al ámbito de referencia sobre el que han de operar los umbrales numéricos recogidos en dicho artículo⁴⁴¹. Esta cuestión se origina a partir de las discrepancias advertidas entre el artículo 1 de la Directiva 98/59/CE y el artículo 51 TRLET. La Directiva parte de dos ámbitos temporales, el de treinta y el de noventa días, mientras el TRLET solo contempla la franja temporal de noventa días. Además, la norma parte de un ámbito concreto, que es el centro de trabajo, que no se contempla en nuestra normativa nacional, que, únicamente, se refiere a la empresa en su globalidad.

De este modo, los concretos parámetros de la Directiva europea son los siguientes. Serán colectivos los despidos que, en el período de treinta días, afecten, al menos, a diez trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente a más de veinte y a menos de cien trabajadores. También los que, en el mismo lapso temporal, comprendan, al menos, el diez por ciento del número de los trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente, como mínimo, a cien y, como máximo, a trescientos trabajadores, así como los que afecten, al menos, a treinta trabajadores en centros de trabajo que afecten habitualmente a un mínimo de trescientos.

Por otro lado, también serán colectivos aquellos que, en un período de noventa días, afecten, al menos, a veinte trabajadores y ello con independencia del número de trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados (art. 1.1 Directiva 98/59/CE).

Sobre esta cuestión, cobra singular relevancia la STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto Rabal Cañas)⁴⁴², que reitera los pronunciamientos de la previa STJUE de 30 de abril de 2015

⁴⁴¹STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/2016) [RJ 2016 4654].

⁴⁴²STJUE de 30 de mayo de 2015, (asunto C-392/13, Rabal Cañas), [TJCE 2015, 24]. El supuesto de hecho del que partía la sentencia era el siguiente. Se trataba de una empresa que contaba con dos centros de trabajo, uno de ellos ubicado en Madrid con ciento sesenta y cuatro trabajadores y otro en Barcelona con veinte empleados.

El 20 de julio de 2012 la empresa había despedido a catorce trabajadores del centro de Madrid, alegando descenso en la facturación durante tres trimestres consecutivos y pérdidas durante el año 2011. En agosto se habían extinguido dos contratos de trabajo en el centro de Barcelona y en septiembre un contrato del centro de Madrid.

En octubre y noviembre se extinguieron otras cinco relaciones laborales, tres del centro de Madrid y dos del de Barcelona. Se trataba de contratos de duración determinada.

En diciembre de 2012, el Sr. Rabal y otros doce trabajadores del centro de Barcelona fueron despedidos por causas económicas, organizativas y productivas. Dicho centro se cerró y los siete trabajadores restantes fueron trasladados al

(asunto asunto USDAW)⁴⁴³. Ambas sentencias parten de que la Directiva 98/59/CE impone obligaciones de información y consulta en los supuestos de despidos colectivos. Según la Directiva, como hemos visto, es colectivo el despido por causa no inherente al trabajador que afecta al menos a veinte trabajadores en un período de noventa días, sea cual sea el número de trabajadores empleados en el centro o centros de trabajo afectados.

El Tribunal de Justicia declara, en primer lugar, que el concepto “centro de trabajo” es un concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los

centro de Madrid. El Sr. Rabal impugna su despido. Solicita la declaración de nulidad porque la empresa habría eludido la aplicación del procedimiento previsto para el despido colectivo.

La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona suscitaba las siguientes cuestiones:

1ª.- Si es posible que una normativa interna como el artículo 51 ET restrinja el concepto de despido colectivo a las extinciones derivadas de causas económicas, organizativas y de la producción.

2ª.- Si a efectos del cálculo para determinar la posible concurrencia de un despido colectivo pueden computarse las extinciones individuales por finalización de la contratación de duración determinada, como las contempladas en el artículo 49.1.c) ET (tiempo, obra o servicio determinados).

3ª.- Si el concepto de despido colectivo efectuado en el marco de contratos de trabajo celebrados por duración o tarea determinadas se define a través de un criterio estrictamente cuantitativo del artículo 1, apartado 2, párrafo primero, letra a), o requiere además que la causa de extinción colectiva derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración, servicio u obra.

4ª.- Si el concepto “centro de trabajo” que sirve para delimitar el despido colectivo es compatible con una normativa de derecho interno que fija el ámbito del cómputo de los umbrales numéricos en el conjunto de la empresa.

⁴⁴³STJUE de 30 de abril de 2015, (C-80/14, asunto USDAW) [TJCE 2015,25]. En ese caso, las empresas eran dos Sociedades dedicadas al sector de la gran distribución en el Reino Unido. Explotaban cadenas de tiendas y habían sido declaradas en concurso de acreedores, lo que las llevó a iniciar procedimientos de regulación de empleo que afectaron a miles de trabajadores en todo el Reino Unido. Una de las trabajadoras despedidas, la Sra. Wilson y una organización sindical con más de cuatrocientos treinta mil afiliados en el Reino Unido interpusieron sendos recursos y solicitaron que las empresas fueran condenadas a abonar las denominadas “indemnizaciones de protección” a los trabajadores despedidos porque no se había seguido el procedimiento de consulta previa antes del despido colectivo, como exigía el derecho británico.

En primera instancia se concedieron dichas indemnizaciones a los trabajadores. Pero se denegó el pago a unos cuatro mil quinientos trabajadores porque habían prestado servicios en centros de trabajo con menos de veinte trabajadores. Cada uno de estos centros debía ser tenido en cuenta de forma separada y de este modo, no alcanzaban los umbrales establecidos para el procedimiento de consulta previa.

La *Court of Appeal*, ante la que se interpuso recurso de apelación, preguntó al TJUE si la expresión “al menos igual a 20” que figura en la Directiva se refiere al número de despidos en el conjunto de centros de trabajo afectados durante el período de noventa días o al número de despidos en cada uno de esos centros. También solicita que el TJUE clarifique el concepto “centro de trabajo”, que la Directiva no define.

En la misma línea STJUE de 13 de mayo de 2015, (C- 182/2013, asunto Lyttle) [TJCE 2015, 187].

Estados Miembros. Por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el Derecho de la Unión.

De este modo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podría definirse como una “entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo estas tareas”⁴⁴⁴. No es necesario que la entidad en cuestión esté dotada de autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica, ni que disponga de una dirección con competencias para realizar los despidos colectivos.

La sentencia concluye indicando que, cuando una empresa incluye varias entidades, el “centro de trabajo” es la unidad a la que están adscritos para desempeñar su cometido los trabajadores afectados por la medida de despido.

La normativa europea no rechaza que el legislador nacional pueda utilizar el cómputo de trabajadores despedidos en función de la empresa en su globalidad, cuando esta cuente con varios centros de trabajo. Pero puntualiza que este módulo de cálculo solo puede emplearse cuando sea más favorable para garantizar el procedimiento de información y consulta previsto en los artículos 2 y 4 de la Directiva (art. 51 TRLET y RPDC). Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar la opción que garantice una mayor protección de los trabajadores en cada caso concreto.

Como recoge la sentencia del TSJUE de 30 de mayo de 2015 (asunto Rabal Cañas)⁴⁴⁵, la sustitución del término “centro de trabajo” por “empresa”, como ocurre en la normativa española y en la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo⁴⁴⁶, solo puede considerarse favorable para

⁴⁴⁴Se trata de un concepto que ha sido perfilado por la jurisprudencia europea, por ejemplo, en las SSTJUE de 7 de diciembre de 1995 (C-449/93, asunto Rockfon) [TJCE 1995\218] y de 15 de febrero de 2007 (C-270/05, asunto Athinaiki Chartopoïia) [TJCE 2007\33]. En esta última sentencia, la empresa contaba con tres unidades de producción separadas, localizadas en tres ciudades distintas. Cada unidad contaba con su equipamiento y personal técnico, funcionaba de modo independiente, pero las decisiones estratégicas se adoptaban desde la central. La empresa había decidido el cierre de una de ellas por causas económicas y el despido de la totalidad de la plantilla. En el período de consultas la empresa entregó a los representantes de los trabajadores los documentos de la unidad de producción que cerraba, pero no los generales de la sociedad. El Tribunal de Justicia resolvió que era un centro de trabajo al que era aplicable la directiva europea.

⁴⁴⁵STJUE 30 de mayo de 2015 (C-392/13, asunto Rabal Cañas) [TJCE 2015, 24].

⁴⁴⁶SSTS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2014 (Rec. 64/2013) [ROJ: STS 750/2014], de 28 de octubre de 2013 (Rec. 2689/2012) [ROJ: STS 6571/20], de 17 de enero de 2011 (Rec. 75/2010) [ROJ: STS 211/2011] y de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1878/2008) [ROJ: STS 3672/2009]; STSJ de Cataluña, Sala Social, de 2 de febrero de 2010 (Rec. 7177/2009) [ROJ: STSJ CAT 1206/2010]; STSJ del País Vasco, Sala Social, de 9 de julio de 2013 (Rec. 14/2013) [ROJ:

los trabajadores cuando “dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requeridos por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, para aplicar la calificación de “despido colectivo”⁴⁴⁷.

Parece que el TJUE establece que el ordenamiento jurídico español debe ajustarse a la Directiva y, por ello, debe partir del centro de trabajo y no de la empresa como unidad de referencia para el cálculo del número de trabajadores previsto en el artículo 51.1 TRLET⁴⁴⁸. Por tanto, parecen superadas las tradicionales consideraciones de que nuestro sistema jurídico era más beneficioso que la normativa europea en la configuración del despido colectivo, al partir de un marco temporal más amplio (noventa días) y de un ámbito (la empresa) también más amplio que el centro de trabajo⁴⁴⁹. La toma en consideración de la empresa como ámbito de aplicación de los umbrales numéricos del artículo 51.1 TRLET se consideró también en la jurisprudencia como una mejora en la protección de los derechos de los trabajadores ⁴⁵⁰.

STSJ PV 1162/2013] y STSJ de Navarra, Sala Social, de 13 de mayo de 2013 (Rec. 95/2013) [ROJ: STSJ NA 145/2013], entre otras.

⁴⁴⁷En el supuesto, sin embargo, los despidos no alcanzaban los umbrales del artículo 51.1.b) TRLET, a nivel de empresa (los dos centros de trabajo) ni tampoco el umbral del artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 89/59/CE, de 20 de julio de 1998, dado que el centro de trabajo de Barcelona no empleaba a más de veinte trabajadores. El TJUE considera que no es aplicable la Directiva a este concreto supuesto y, por ello, entiende que no es necesario responder a la cuestión de si es posible que la normativa interna restrinja el concepto de despido colectivo a las extinciones derivadas de causas económicas, organizativas y de la producción. Rechaza la inclusión en el cómputo, a efectos del despido colectivo, de los contratos finalizados por vencimiento del plazo legal o convencionalmente fijado y entiende que dicha exclusión deriva directamente del tenor y sistema de la Directiva. Por último, desestima que deba considerarse un criterio cualitativo, además del cuantitativo, a efectos de la delimitación del despido colectivo, ya que el artículo 1 de la Directiva solo exige que la causa del despido no sea inherente a la persona del trabajador, por lo que debe rechazarse la tesis de vincula la causa de los despidos colectivos a un mismo marco de contratación colectiva, por una misma duración o una misma tarea.

⁴⁴⁸En este sentido se pronuncia, entre otras, la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 29 de mayo de 2015 (Rec. 202/2015) [ROJ: STSJ CANT 354/2015] modifica el criterio y considera que la unidad de referencia es el centro de trabajo y no la empresa.

⁴⁴⁹MONEREO PÉREZ, J.A., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, ISBN 978-84-8193-599-8, pp. 85-86 y NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996, ISBN: 84-470-0823-1, pp. 99-102.

⁴⁵⁰STS, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1878/2008) [ROJ: STS 3672/2009]. En relación a los expedientes de regulación de empleo previos a las reformas de 2010 y 2012, esta sentencia consideraba que la regulación española era más favorable no solo por la unidad de referencia (empresa), sino también por la exigencia de justificar la causa

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha analizado la primacía del Derecho de la Unión y sus límites, entre otras, en la STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2016⁴⁵¹. Parte de que, en los litigios entre particulares, una Directiva que no ha sido correctamente transpuesta, no admite eficacia directa. No obstante, aplica el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión y destaca que la interpretación conforme al mismo exige contrastar la legislación interna con la Directiva a través del denominado “test de conformidad”. Dicho test obliga a integrar la norma interna con las exigencias claras, rotundas e incondicionadas de la Directiva, no incorporadas por el legislador nacional⁴⁵². Luego emplea los criterios teleológicos y sistemáticos de interpretación para concluir que el ordenamiento jurídico laboral español no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial, sino que, por el contrario, “los asimila y equipara en su tratamiento jurídico”.

De este modo, el artículo 51.1 TRLET puede ser interpretado conforme al Derecho de la Unión, no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo en la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en cualquiera de sus centros de trabajo que cuenten con más de veinte trabajadores. Por ello, deben calificarse como despidos colectivos las extinciones de contratos que superen los umbrales del referido artículo 51.1 TRLET, tomando como ámbito de referencia la totalidad de la empresa, pero también aquellas otras que se excedan de los mismos umbrales respecto a un solo centro de trabajo que habitualmente cuente con más de veinte trabajadores. De este modo, se ha completado el criterio de la STS, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2009⁴⁵³. En el mismo sentido se pronuncian varias sentencias posteriores, destacando, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 14 de julio de 2017⁴⁵⁴.

extintiva y por imponer la previa autorización administrativa, requisitos que no se exigen en la Directiva europea. En el mismo sentido, la posterior STS, Sala Cuarta, de 8 de julio de 2012 (Rec. 2341/2011) [ROJ: STS 5663/2012].

451 STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/2016) [RJ 2016 4654]. Este criterio se sigue en sentencias posteriores, como las SSTs, Sala Cuarta, de 13 de junio de 2017 (Rec. 196/2017) [ROJ: STS 2480/2017], de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 62/2017) [ROJ: STS 3681/2017], de 10 de octubre de 2017 (Rec. 86/2017) [ROJ: STS 3906/2017], entre otras.

452 El límite del principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión se encuentra en que no es posible forzar la interpretación de la norma hasta el punto de que resulte incompatible con el derecho nacional. En este sentido destaca la STJUE de 23 de abril de 2009 (C-378 a 380/2007, asunto Angelidaki) [TJCE 2009\94].

453 STS, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1878/2008) [ROJ: STS 3672/2009].

Vid., en este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “La reformulación jurisprudencial del art. 51 ET: la STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/2016) [RJ 2016 4654] fija que un despido es colectivo si supera el umbral legal en un único centro de trabajo con más de 20 trabajadores”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, parte Art. Doctrinal, 2016, BIB 2016/85586.

454 STS, Sala Cuarta, de 14 de julio de 2017 (Rec. 74/2017) [ROJ: STS 3229/2017].

La detenida lectura de los criterios jurisprudenciales me permite concluir que el ámbito del centro de trabajo solo puede ser considerado en los casos en los que, una vez aplicado el ámbito de la empresa, resulte que no estamos ante un despido colectivo, pero siempre que el centro cuente con un mínimo de veinte trabajadores⁴⁵⁵.

Por otro lado, en los supuestos en los que el despido afecte a menos de veinte trabajadores, aun cuando estos conformen la totalidad de la plantilla del mismo, no será posible considerar la existencia de un despido colectivo cuando no se alcanzan los umbrales previstos en el ámbito de la empresa y las extinciones no derivan del cese total de la actividad⁴⁵⁶.

Desde mi punto de vista la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia es una especie de espiguelo⁴⁵⁷ entre nuestro derecho interno y la normativa europea. De una parte, se considera que, conforme a la Directiva 98/59 y a la doctrina del Tribunal de Justicia, solo es posible aplicar la normativa reguladora del despido colectivo en los casos de centros de trabajo que cuenten con más de veinte trabajadores. De otra parte, se sostiene que nuestro ordenamiento jurídico contiene una regla más favorable a las disposiciones de la Directiva, conforme a la cual es posible considerar como despido colectivo el que alcance a la totalidad de la plantilla, pero solo en los casos en los que la plantilla exceda de cinco trabajadores y las extinciones deriven del cese de la actividad.

La primera consideración me parece que no se ajusta al tenor de nuestra legislación interna ni tampoco al de la Directiva. Según la Directiva, en el ámbito temporal de los noventa días, el umbral mínimo de los veinte trabajadores se refiere al mínimo de afectados, no a la plantilla del centro de trabajo. Por su parte, nuestra norma interna no contempla el centro de trabajo, ni, por lo tanto, un número mínimo de trabajadores que lo integren. Considero que lo más favorable para garantizar el procedimiento de información y consulta del despido colectivo sería trasponer los

⁴⁵⁵STS, Sala Cuarta de 6 de abril de 2017 (Rec. 3566/2015) [ROJ: TS 1759/2017].

⁴⁵⁶SSTS, Sala Cuarta, de 13 de junio de 2017 (Rec. 196/2016) [ROJ: STS 2480/2017] y de 14 de julio de 2017 (Rec. 74/2017) [ROJ: STS 3229/2017].

⁴⁵⁷En opinión de MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., se trata de una especie de espiguelo entre ambas normas, pues el Tribunal Supremo aplica la regla primera del artículo 51 ET, pero acomodándola al mínimo de trabajadores de plantilla que no están contemplados en la norma española. La autora sostiene que sería más adecuado al tenor literal de la norma española, aplicar los umbrales del artículo 51 ET a la unidad de referencia “centro de trabajo”, sin considerar el mínimo de los veinte trabajadores y que sería conveniente la modificación del artículo 51 ET para incorporar como ámbito de referencia el centro de trabajo en lugar de la empresa.

Vid., MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documentación Laboral*, núm. 11, 3, 2017, (Ejemplar dedicado a la extinción colectiva de contratos de trabajo. Instrumentos de flexibilidad interna de las relaciones laborales), ISSN 0211-8556, pp. 48-50.

criterios europeos de forma directa, es decir, sustituyendo el término empresa por el de centro de trabajo, de modo que cualquier despido que afecte a más de veinte trabajadores, dentro de un plazo de noventa días, es colectivo con independencia del número de trabajadores con que cuente el referido centro.

La segunda consideración, sin embargo, deriva de una circunstancia que no está prevista en la Directiva, pero sí en nuestra norma interna, que considera colectivo el despido que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa siempre que esta cuente con un número superior a cinco trabajadores y derive del cese de actividad. La aplicación literal de la excepción, esto es, sin posibilidad de extensión más allá de lo concretamente previsto en ella, que es la que sostiene el Tribunal Supremo, me parece acertada. Nuestra normativa, en este punto, es más favorable que la europea. El ámbito espacial que contempla -la empresa- es más amplio que el centro de trabajo. Restringir la excepción al ámbito único de la empresa y dejarlo al margen del centro de trabajo, es una opción legislativa que me parece conciliable con la Directiva. Es cierto que pueden quedar al margen de los procedimientos de información y consulta del despido colectivo, los supuestos de extinciones de contratos de la totalidad de un centro de trabajo, que además se cierre por cese de actividad. Ahora bien, este efecto no es contrario a la normativa europea, pues lo cierto es que tales supuestos no están contemplados ni en la normativa interna ni tampoco en la Directiva 98/59, que exige un mínimo de veinte trabajadores, ya sean afectados o integrantes del centro de trabajo, en función del concreto umbral temporal considerado.

En definitiva, coincido con las posturas doctrinales que propugnan una modificación del contenido del artículo 51.1 TRLET a fin de adaptarlo a los cánones europeos. Esta adaptación podría efectuarse sustituyendo el término empresa por el centro de trabajo, sin perjuicio de mantener la excepción relativa al cese de la totalidad de la plantilla que exceda de cinco trabajadores y derive del cese total de actividad, ya que la misma supone, como he dicho, una mayor protección vinculada exclusivamente al ámbito de la empresa.

De otra parte, el concepto “centro de trabajo” es diferente del enunciado en la Directiva 2001/23/CE, como “parte de centro de actividad”. No se liga al hecho de que el centro pueda ser objeto de transmisión autónoma, es decir, una unidad productiva no es un concepto absolutamente idéntico al de “centro de trabajo”.

El centro de trabajo, además de ser una unidad económica diferenciada que mantiene su identidad, como establece la Directiva de sucesión de empresas, ha de contar con las notas de permanencia y estabilidad y, además, las funciones o tareas que tenga encomendadas han de poder especificarse de forma diferenciada.

También analiza este extremo la citada STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2016. En ella se establece que el artículo 1.1 de la Directiva 98/59/CE se refiere a centros de trabajo que cuenten

con más de veinte trabajadores. Por ello, en el marco de la empresa, una entidad diferenciada que disponga de cierta permanencia y estabilidad, esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y disponga de un conjunto de trabajadores, medios técnicos y de un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas puede constituir un centro de trabajo, siempre que cuente con un número de trabajadores superior a veinte⁴⁵⁸.

Por otro lado, se considera despido colectivo cuando la empresa, en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el artículo 51 TRLET, realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo. 52.c) TRLET en número inferior a los umbrales señalados, sin que concurran nuevas causas que lo justifiquen. Dichas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas⁴⁵⁹.

Respecto a la forma en que debe efectuarse el cómputo del plazo de noventa días al que hace referencia el artículo, en principio, se computa hacia atrás desde la fecha de cualquier despido. Pero nada impide que la norma funcione de manera sucesiva, de modo que cualquier despido abra, hacia atrás, el período de cómputo de noventa días, debiendo entenderse que las extinciones previas que no hayan sido impugnadas, se mantienen⁴⁶⁰.

El *dies ad quem* es la fecha en la que se acuerda la extinción⁴⁶¹. Por tanto, el cómputo del plazo de noventa días parte de la fecha de extinción de cada contrato, de modo que dicha fecha constituye el *dies ad quem* del período inicial y el *dies a quo* del siguiente período.

Así lo establece la STS, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2012⁴⁶², al indicar que cada despido que se enjuicie desempeña una especie de doble papel. Esto es, opera como fecha final del cómputo de los umbrales numéricos del artículo 51 TRLET, que obliga a contar hacia atrás las extinciones

⁴⁵⁸La aplicación de esta doctrina al caso lleva al Tribunal Supremo a concluir que, en este supuesto, el centro de trabajo reunía los requisitos, tanto cualitativos como cuantitativos exigidos, para considerar el despido colectivo. Se trataba del despido de doce trabajadores en un centro de trabajo donde trabajaban setenta y siete personas y la empresa empleaba a más de tres mil.

⁴⁵⁹STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 2002 (Rec. 2643/2001) [RJ 2002\5679].

⁴⁶⁰STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 2002 (Rec. 2643/2001) [RJ 2002\5679].

⁴⁶¹STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2013 (Rec. 1362/2012) [RJ 2013\2851].

⁴⁶²STS, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2012 (Rec. 2724/2011) [ROJ: STS 4641/2012], seguida por las SSTs, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 52/2013) [ROJ: STS 5943/2013], de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 334/2013 [ROJ: STS: 6530/2013], de 23 de enero de 2013 (Rec. 1362/2012) [RJ 2013\2851], de 11 de febrero de 2014 (Rec. 323/2013) [RJ 2014\1856], de 9 de abril de 2014 (Rec. 2022/2013) [RJ 2014\2601] y de 9 de julio de 2014 (Rec. 1767/2012) [RJ 2014\4261].

que se hayan producido hasta el tope de los noventa días y, además, como día inicial del cómputo para despidos objetivos que se produzcan con posterioridad⁴⁶³.

No obstante, es conveniente matizar que no se trata de un tiempo elástico que permita extender el ámbito del despido colectivo. Por el contrario, la parte que pretenda la aplicación de la cláusula antifraude, prevista en el último inciso del artículo 51.1 TRLET, deberá identificar la extinción contractual que considera que es el último cese. A partir de este se establecerá el período de noventa días computable⁴⁶⁴.

Por otro lado, deben excluirse del cómputo los despidos derivados de la ineptitud del trabajador y de su falta de adaptación a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo⁴⁶⁵, siempre que resulten procedentes. Tampoco computarán las extinciones de los contratos temporales derivadas de la propia causa de temporalidad, pues el artículo 51 TRLET los excluye de forma expresa.

Es conveniente destacar, sin embargo, que la STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2013⁴⁶⁶, incluye las extinciones de contratos temporales fraudulentos, esto es, aquellos cuya temporalidad, sea meramente formal⁴⁶⁷. Este criterio lo corrobora la STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto Pujante Rivera)⁴⁶⁸, al establecer que no hay que incluir en el cómputo los contratos de

⁴⁶³MARTÍN VALVERDE, A., “El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos (1)”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013, ISSN 0213-7097, p. 7.

⁴⁶⁴Como establece la STS de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 62/2017) [ROJ: STS: 3681/2017], los períodos sucesivos de noventa días a los que alude la referida cláusula antifraude del artículo 51.1 ET, no constituyen “variedad extendida del despido colectivo”. El cómputo se efectúa desde la fecha de la última extinción contractual computable, hacia atrás.

⁴⁶⁵Tradicionalmente, se excluían los supuestos de absentismo del artículo 52.d) TRLET, pero actualmente, hay que tener en cuenta que el precepto ha sido derogado por RDL 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2020 y por la L 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE núm. 194, de 16 de julio de 2020.

⁴⁶⁶STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 52/2013) [ROJ: STS 5943/2013].

⁴⁶⁷En el mismo sentido se pronuncian las SSTs, Sala Cuarta, de 8 de julio de 2012 (Rec. 2341/2011) [ROJ: STS 5663/2012], de 3 de julio de 2012 (Rec. 1744/2011) [ROJ: STS 5932/2012] y de 3 de julio de 2008 (Rec. 1657/2011) [ROJ: STS 5928/2012] y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, destacando, entre otras, la STSJ de Castilla León, Sala Social, de 7 de noviembre de 2012 (Rec. 1518/2012) [AS 2013\530].

⁴⁶⁸En idéntico sentido se pronuncia la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14, asunto Pujante Rivera) [TJCE 2015, 245]. La sentencia recuerda que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinada deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de la

duración determinada si finalizan, bien en la fecha fijada en el contrato, o bien cuando se finaliza la obra. De ello se deduce que, si son fraudulentos o se extinguen antes de la referida fecha, se incluyen en el cálculo.

Tampoco se tienen en cuenta los despidos disciplinarios declarados procedentes y las extinciones contractuales derivadas de cláusulas debidamente consignadas. Respecto a las resoluciones contractuales derivadas de los artículos 40 y 41 TRLET, pueden ser excluidas del cómputo⁴⁶⁹, aunque, como luego expondré, también pueden incluirse en el cómputo de los umbrales del despido.

Se computan, sin embargo, los despidos derivados de fuerza mayor, de la extinción de la personalidad jurídica del empresario, las extinciones por muerte, jubilación e incapacidad del empresario, los declarados nulos o improcedentes y los objetivos amparados en la letra c) del artículo 52 TRLET⁴⁷⁰.

Tras la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto Pujante Rivera)⁴⁷¹, se incluyen también los supuestos de extinciones indirectas, esto es, los casos en los que la extinción del contrato de trabajo se produzca por la voluntad del trabajador como reacción ante una previa modificación de condiciones de trabajo derivada de la situación de crisis empresarial, que finalmente es indemnizada como despido improcedente⁴⁷². Esta sentencia ha dado una nueva vuelta de tuerca a la forma de

Directiva, en el centro de trabajo de que se trate. Si fuera de otro modo, podría privarse al conjunto de los trabajadores empleados por dicho centro de los derechos que les reconoce la Directiva, lo cual menoscabaría su efecto útil.

⁴⁶⁹STSJ Cataluña, Sala Social, de 18 de marzo de 2009 (Rec. 8935/2008) [JUR 2009\384811], de 2 de febrero de 2010 (Rec. 7170/2009) [JUR 2010\158026] y de 14 de febrero de 2012 (Rec. 6579/2011) [JUR 2012\111357], entre otras.

⁴⁷⁰STS, Sala Cuarta, de 3 de julio de 2012 (Rec. 1744/2011) [ROJ: STS 5932/2012]. En el mismo sentido, STSJ Castilla-León, Sala Social, de 7 de noviembre de 2012 (Rec. 1945/2012) [AS 2013\530] y STJS Cataluña, Sala Social, de 19 de febrero de 2009 (Rec. 8063/2008) [AS 2009\330].

⁴⁷¹STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14, asunto Pujante Rivera) [TJCE 2015\245].

⁴⁷²La sentencia parte de las previas SSTJUE de 12 de octubre de 2004 (C-55/02, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal) [TJCE 2004\376], de 7 de septiembre de 2006 (C-187/05, asunto Georgios Agorastoudis) [TJCE 2006\235] y de 9 de julio de 2015 (C-229/14, asunto Ender Balkaya) [TJCE 2015\284] e indica que el concepto despido que utiliza la Directiva 98/59 engloba cualquier tipo de extinción no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”. La Directiva tiene como finalidad reforzar la protección de los trabajadores ante decisiones empresariales que, finalmente, produzcan la ruptura del vínculo laboral, por ello, no es posible efectuar una interpretación restringida del concepto.

Vid., en este sentido, ROJO TORRECILLA, E., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y la intervención y límites de la Autoridad administrativa laboral”, *Documentación Laboral*, núm. 111, 3, 2017, ejemplar dedicado a la Extinción del contrato de trabajo y derecho de la Unión Europea: Procedimientos de despidos colectivos, ISBN 0211-8556, pp. 19-21.

cálculo de las extinciones que deben computarse para delimitar los umbrales numéricos del despido colectivo. Indica que han de incluirse en el cómputo las extinciones que denomina “asimiladas”, siempre que la empresa cuente con más de cinco trabajadores en plantilla. Además puntualiza que este concepto comprende las extinciones que hayan derivado de una modificación unilateral y esencial de las condiciones laborales adoptada por el empresario⁴⁷³.

Los razonamientos de esta sentencia fueron aplicados en la STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016⁴⁷⁴, que incluye como extinciones no inherentes a la persona del trabajador, las extinciones de contrato derivadas de la voluntad del operario tras una previa modificación sustancial de condiciones de trabajo⁴⁷⁵.

En idéntico sentido destacan los pronunciamientos de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017 (asunto Socha⁴⁷⁶ y asunto Ciupa⁴⁷⁷), dictadas en

⁴⁷³Con mayor amplitud, vid., BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Despido colectivo y ratio efectivos/afectados: correcciones del derecho interno a la luz de la STJUE 11 de noviembre 2015 (Asunto Pujante Rivera) (TJCE 2015, 245)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, ISSN 2444-3476, p. 239-254.

⁴⁷⁴STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 2919/2014) [RJ 2016\2785].

⁴⁷⁵Se trataba de una demanda de reconocimiento del derecho a la prestación contributiva de desempleo. El trabajador había extinguido su contrato tras rechazar la medida de movilidad geográfica incluida en el plan de reestructuración empresarial.

⁴⁷⁶STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-149/16, asunto Socha [TJCE 2017\172]. En este supuesto, el hospital especializado A. Falkiewicz había notificado a las demandantes en el litigio principal y a otros empleados una rescisión modificativa relativa a determinadas condiciones laborales y de remuneración y al plazo de adquisición del derecho a la prima de antigüedad que se abonaba, como pago único, cada cinco años (un porcentaje de una mensualidad, del setenta y cinco al trescientos por cien).

La negativa a tal modificación podía implicar la resolución definitiva de sus contratos de trabajo según la normativa polaca. La modificación estaba motivada por cambios de organización asociados a una reducción de efectivos y a la limitación de los costes salariales, ante una situación deficitaria desde hacía varios años. También se aludía a la racionalización de las condiciones laborales y de remuneración que pretendían evitar la liquidación.

El órgano jurisdiccional pregunta si el hospital tenía únicamente la intención de modificar determinados elementos de los contratos de trabajo de las demandantes en el litigio principal o si, en realidad, pretendía poner un término a los citados contratos, evitando someterse a las disposiciones de la Directiva 98/59 y además, si la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, al no ser aceptada por las demandantes en el litigio principal, suponía la resolución de los contratos y constituía un “despido” en el sentido del artículo 1 de la Directiva.

⁴⁷⁷STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16, asunto Ciupa) [TJCE 2017\173]. En este caso, el Hospital de Łódź propuso a todos los trabajadores una reducción salarial de carácter transitorio del quince por ciento. La medida fue aceptada por el veinte por ciento de los trabajadores, notificándose a los demás una novación modificativa de las condiciones de trabajo y de la retribución, que se justificaba por la “necesidad de llevar a cabo una reestructuración de los gastos de personal [del Hospital de Łódź] impuesta por la difícil situación económica”.

respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por dos tribunales polacos. Se refieren al cómputo del umbral numérico que determina de la obligación de tramitar la consulta del despido colectivo, cuando un empresario planea una modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que, en caso de negativa del trabajador, determine la extinción de su contrato de trabajo. El Tribunal de Justicia contesta que este supuesto puede ser calificado como “despido” y que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de trabajo –en ese caso, la modificación afectaba a las retribuciones–.

De estas tres sentencias dictadas por el TJUE se pueden extraer dos relevantes conclusiones que pasamos a exponer. De una parte, una modificación sustancial de alguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo que no sea transitoria puede quedar comprendida en el concepto “despido”, sin necesidad de la reacción extintiva del trabajador (apartado 27 STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto “Ciupa”). A mi juicio, este criterio tiene una indudable relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que implica una modificación muy significativa de los criterios de cómputo de los trabajadores a efectos del despido colectivo.

De otro lado, siguiendo con la misma sentencia del asunto “Ciupa”, cuando se trate de una modificación de carácter no sustancial, pero que afecte a un elemento esencial del contrato de trabajo, esta no se considera despido. Solo tendrá esta consideración la extinción del contrato derivada de la negativa del trabajador a aceptar dicha modificación y, por tanto, debe incluirse en el cómputo de los umbrales del despido colectivo. Lo mismo ocurre cuando nos encontramos ante una modificación sustancial de un elemento no sustancial del contrato.

Se trata de una cuestión novedosa que puede dar lugar a una gran complejidad en la resolución de los supuestos que se planteen en la práctica judicial, pues la determinación de los umbrales del artículo 51.1 TRLET exigirá efectuar un análisis previo de las circunstancias en las que se han producido las posibles modificaciones de los contratos de la plantilla, a fin de verificar si se trata de trabajadores que deben ser incluidos o no en el referido cómputo. El hecho de que no se exija una previa impugnación judicial de la concreta medida que, en cada caso, se haya adoptado, dará lugar a que en el seno de un procedimiento de despido puedan analizarse cuestiones que

El Hospital, tras consultar individualmente sobre este proyecto de modificación a los trabajadores miembros de la representación sindical, no contempló la opción de tramitar un despido colectivo y, por lo tanto, no inició el procedimiento correspondiente.

El tribunal polaco pregunta si el artículo 2 de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que un empresario que emplee, al menos, a veinte trabajadores y que tenga la intención, respecto a un número de trabajadores como el indicado en el artículo 1, apartado 1, de la [L de 2003], de modificar las condiciones de empleo, está obligado a aplicar los procedimientos establecidos en los artículos 2 a 4 y 6 de la ley citada.

abarquen a numerosos trabajadores, en las que deberá verificarse tanto el carácter sustancial del cambio ordenado como la afectación de un elemento esencial del contrato de trabajo.

Sin perjuicio de que la finalidad que persigue esta interpretación es salvaguardar los derechos de información y consulta, considero que la integración en los umbrales numéricos del despido colectivo de contratos que siguen vivos es un añadido extravagante, por mucho que en ellos se hayan producido cambios sustanciales en elementos esenciales. A mi juicio, su equiparación a la extinción solo podría producirse en los casos de negativa del trabajador a aceptar el cambio, ya que, en caso contrario, en puridad, no hay una extinción asimilada. Como mucho podría considerarse como una novación contractual consentida, que, según mi criterio, no debería ser incluida en los referidos umbrales.

Por otra parte, respecto a la inclusión de los trabajadores que son miembros del órgano de dirección de una sociedad de capital y a los trabajadores en prácticas que perciben ayudas públicas para la formación sin ser retribuidos por el empresario, se ha pronunciado la STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto Balkaya)⁴⁷⁸. Respecto a los primeros, el TJUE recuerda que la mera condición de miembro del órgano de administración, por sí misma, no puede excluir la condición de trabajador, por lo que será necesario examinar las concretas condiciones en las que presta servicios. De este modo, cuando ejerza su actividad bajo la dirección y control de otro órgano societario, perciba retribución y pueda ser destituido sin limitación, puede ser calificado como trabajador⁴⁷⁹.

También se incluye al personal en prácticas, pues el Tribunal argumenta que el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión comprende a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje, con independencia de la menor productividad, la menor retribución que perciban o el menor número de horas de trabajo que realicen y ello, aun cuando la retribución que perciban provenga de subvenciones públicas y no del empresario.

⁴⁷⁸STJUE de 9 de julio de 2015 (C-229/14, asunto Balkaya) [TJCE 2015\284].

⁴⁷⁹El TJUE recoge la doctrina de la anterior STJUE de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, asunto Danosa) [TJCE 2010\339], en la que había establecido la doctrina de que el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital “no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”, y que procede examinar “las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido”.

Por tanto, en función de las concretas circunstancias de cada caso, es posible incluir en el cómputo de los umbrales del artículo 51 TRLET a los trabajadores en prácticas y también al personal directivo⁴⁸⁰.

La normativa concursal, sin embargo, no tiene una regla semejante a la prevista en el artículo 51.1 TRLET, por lo que la aplicación de este precepto deberá hacerse por la vía de lo dispuesto en el artículo 169.2 TRLC, es decir, aplicando supletoriamente la legislación laboral.

En este sentido, debemos tener presente el contenido del artículo 170.1 TRLC, que establece que, en los casos en los que, al tiempo de la declaración del concurso, la empresa hubiera iniciado este tipo de medidas colectivas, debe ponerlo en conocimiento del juez del concurso, de forma inmediata, a fin de que se convoque a una comparecencia por parte del letrado de la administración de justicia para decidir la conveniencia de continuar la tramitación de las referidas medidas colectivas.

Con anterioridad, el artículo 64.1.2 LC contenía una norma semejante, aunque referida a los anteriores expedientes de regulación de empleo sometidos a autorización administrativa. Sin perjuicio de que esta cuestión será abordada más adelante, con mayor amplitud, baste aquí apuntar que el precepto se refería a los supuestos en los que, al tiempo de la declaración del concurso, estuviese pendiente de tramitación un proceso de despido colectivo, de suspensión de contratos o de reducción de jornada. Era la Autoridad Laboral la que tenía la obligación de remitir lo actuado al juez del concurso, a fin de que se procediese a celebrar la comparecencia para decidir la conveniencia de continuar la tramitación de las medidas colectivas.

Con una clara mejora técnica, el artículo 170.1 TRLC ha depurado su redacción, omitiendo cualquier referencia a los extintos expedientes de regulación de empleo sometidos a autorización administrativa y ya solo se refiere al empresario como sujeto con potestad para acordar la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo.

Al margen de esta cuestión, considero que ni el anterior artículo 64.1.2 LC, ni el artículo 170.1 TRLC, impiden la aplicación supletoria de la norma antifraude recogida en el artículo 51.1 TRLET. La finalidad buscada por el legislador concursal es tener en cuenta no solo las extinciones que tengan lugar tras la declaración del concurso, sino también las anteriores que se hubieran producido en el referido plazo de los noventa días previos a dicha declaración⁴⁸¹.

⁴⁸⁰Respecto al cómputo de las extinciones a efectos de los umbrales del artículo 51 ET, véase, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.M., “De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015/18180.

⁴⁸¹En este sentido, véase, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral...*, op. cit., p. 129.

Por último, las extinciones singulares y plurales por causas económicas, organizativas, técnicas o de la producción quedarán al margen el procedimiento concursal y deberán tramitarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52.c) y 53 TRLET, al igual que otras extinciones contractuales como los despidos disciplinarios.

Por tanto, en los supuestos de intervención de facultades será el empresario quien debe proceder a acordar dichas extinciones. En los casos de suspensión, será la administración concursal la facultada para ello y su decisión puede ser recurrida ante la jurisdicción social.

Como se aprecia, el tradicional concepto de despido colectivo se ha visto perfilado y, en ocasiones superado, por los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es indudable la finalidad tuitiva que persigue la doctrina europea. No obstante, considero que es obligado no perder de vista que nuestro ordenamiento jurídico interno también contiene normas que tienen como finalidad otorgar una mayor tutela a los trabajadores, ampliando el ámbito de protección de la Directiva. La interpretación conforme al derecho de la Unión debe efectuarse de forma prudente, esto es, integrando los conceptos de la doctrina europea, pero sin que ello suponga que la normativa interna más favorable pueda extenderse más allá de lo expresamente previsto en la misma.

1.1.2. Causas.

Las causas que habilitan al despido colectivo se definen en el artículo 51.1 TRLET. La redacción de la L 3/2012 es muy semejante a la del RDL 3/2012⁴⁸², con la salvedad de que, en las económicas, se habla de la situación económica negativa, admitiendo la existencia de la misma cuando se acreditan pérdidas económicas, actuales o previstas, o disminución persistente de ingresos (ahora, la ley puntualiza “ordinarios”) o ventas.

Por tanto, la causa económica comprende las situaciones de aparición y de agravamiento de las pérdidas económicas, pero también otras situaciones desfavorables en términos de rentabilidad, ligadas a la pérdida o reducción de los ingresos⁴⁸³, lo que puede incluir situaciones tan diversas como, por ejemplo, la pérdida de una contrata, que desde luego puede dar lugar a una situación económicamente negativa al suponer una pérdida de ingresos⁴⁸⁴.

⁴⁸²RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

⁴⁸³STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014, (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014].

⁴⁸⁴Vid., en este sentido, TODOLÍ SIGNES, A., “Alternativas a considerar en caso de exceso de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, D., (Coord.), *Remunicipalización de servicios...*, op. cit., pp. 33 y ss.

La persistencia se define en relación a un determinado parámetro temporal que sigue fijado en tres trimestres consecutivos, si bien la ley recoge que han de ponerse en relación con los correlativos del año anterior⁴⁸⁵.

El precepto define, de forma ejemplificativa, la causa económica. Habla de pérdidas actuales o previstas y de la disminución persistente de nivel de ingresos ordinarios o de ventas. Pero acto seguido, establece las concretas circunstancias que determinarán “en todo caso” una situación económica negativa de la disminución de ingresos o de ventas. Se trata de los casos en los que, durante tres trimestres consecutivos, el nivel de ingresos o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Parece que la redacción del artículo pretende establecer una presunción legal, o presunción *iuris et de iure* de concurrencia de la causa⁴⁸⁶.

El hecho de que se haga referencia a los “ingresos ordinarios” aporta claridad a la anterior redacción del RDL 3/2012, que simplemente se refería a “ingresos” o “ventas”. Esta circunstancia planteaba si era posible alegar una disminución persistente de los ingresos procedentes de la actividad secundaria. A título de ejemplo, en empresas dedicadas tanto a la puesta a disposición de determinados productos en el mercado como a la prestación de servicios, cuando la actividad principal era la prestación servicios y la disminución se advertía en las ventas, era cuestionable la posible alegación de esta circunstancia a efectos del despido económico. Aunque cabría interpretar que la precisión se refiere al importe de las operaciones del tráfico ordinario de la empresa, con independencia de que deriven de la actividad principal o de actividades secundarias, considero que la puntualización de que los ingresos han de ser “ordinarios”, permite exigir que, en determinados supuestos, la disminución persistente de los ingresos se refiera a la actividad principal y no a las secundarias.

Por otro lado, la inclusión de las “ventas” no parece suponer una alteración sustancial respecto de la redacción anterior del artículo. Solo parece tener relevancia en el ámbito de la prueba⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵La causa económica ha de ser actual. En este sentido destacan las SSTSJ de Cantabria, Sala Social, de 25 de enero de 2013 (Rec. 1063/2012) [JUR 2013\362059], de 27 de marzo de 2013 (Rec. 139/2013) [AS 2013\3090] y de 12 de abril de 2013 (Rec. 137/2013) [JUR 2013\364982], entre otras. Cuando se alegue la disminución de ingresos ordinarios o ventas será necesario justificar que se ha producido durante el período temporal exigido por la norma. En este sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 27 de marzo de 2013 (Rec. 139/2013) [AS 2013\3090].

⁴⁸⁶VICENTE PALACIO, M.^a A., “El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, ISSN-e 1696-9626, p. 25.

⁴⁸⁷GOERLICH PESET, J. M.^a, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), *Reforma laboral*

Las restantes causas se siguen definiendo de la misma forma que en la anterior redacción. Las técnicas concurren cuando se producen cambios en los medios o instrumentos de producción; las organizativas en los casos de cambios que afecten a los sistemas o métodos de trabajo o en el modo de organización de la producción y las productivas en los supuestos de modificación de la demanda de los productos y servicios que la empresa pretenda colocar en el mercado.

Merece la pena hacer alguna reflexión sobre la necesidad de justificación de la causa alegada. Antes de las reformas laborales del año 2012, el artículo 51.1 ET, al definir y contextualizar la causa económica, exigía que las pérdidas pudieran afectar a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, lo que implicaba la existencia de un riesgo real de que las mismas pusieran en peligro la subsistencia de aquella. Por tanto, era necesario probar que tales circunstancias negativas podían perjudicar la supervivencia de la empresa en el mercado, o bien, del empleo dentro de la misma.

La redacción del RDL 3/2012, deja subsistente la acreditación de la causa, pero suprime cualquier referencia a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, así como a la conexión funcional.

En correspondencia con la modificación del precepto, la Orden ESS/487/2012⁴⁸⁸ consideró no vigente el artículo de 8.b) DERE, que exigía la justificación documental de la razonabilidad del número de extinciones. A partir del dictado de dicha norma no existen referencias ni legales ni reglamentarias al requisito de la razonabilidad que se venía exigiendo jurisprudencialmente⁴⁸⁹.

Actualmente, el artículo 3 RPDC, respecto a los requisitos de documentación, tampoco contiene referencia alguna a la acreditación de la razonabilidad, limitándose a reproducir el contenido del artículo 51 TRLET. Nada se dice tampoco en el capítulo tercero del referido RPDC.

En consonancia con lo anterior, dentro del contenido mínimo del período de consultas no se recoge ninguna referencia a las causas motivadoras del despido, ni tampoco a las medidas sobre la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

En principio, la interpretación literal de la norma conduce a entender que los órganos jurisdiccionales solo están habilitados para constatar la concurrencia de los hechos, es decir, las

2012. *Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, ISBN:9788498984255, p. 299.

⁴⁸⁸El RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. BOE núm. 141, de 14 de junio de 2011. Fue derogado por el RD 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. BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012.

⁴⁸⁹SSTS, Sala Cuarta, de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007) [ROJ: STS 5511/2008], de 27 de abril de 2010 (Rec. 1234/2009) [ROJ: STS 2462/2010] y de 29 de noviembre de 2010 (Rec. 3876/2009) [ROJ: STS 7621/2010], entre otras.

causas alegadas para la adopción de la medida empresarial, dejando al margen cualquier valoración sobre la conexión de funcionalidad o sobre aspectos equivalentes como la razonabilidad o la proporcionalidad de la misma⁴⁹⁰.

Así se indica en la Exposición de Motivos de dichas normas, que recogen que la reforma ha introducido innovaciones sobre la justificación de los despidos colectivos y que la ley se limita a delimitar las causas, suprimiendo cualquier referencia a incorporar proyecciones de futuro o a valoraciones finalistas que habían dado lugar a que los distintos tribunales de justicia emitieran juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Por ello, expresamente, establece que el control judicial de estos despidos queda limitado a la valoración sobre la concurrencia de las causas. Esto parece una clara objetivación del despido⁴⁹¹ e implica que, en principio, el control de los órganos jurisdiccionales quedaría limitado al análisis del cumplimiento de los estándares de buena fe, a la interdicción del fraude de ley y del abuso de derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del CC⁴⁹², pues el preámbulo de las citadas normas indica expresamente que se trata de evitar que los tribunales realicen “juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa”.

Ahora bien, una cosa es que admita que el órgano jurisdiccional competente declare un despido injustificado porque considere que sea posible la adopción de una medida menos traumática y otra, que el nuevo tenor literal del precepto impida todo tipo de control sobre la razonabilidad de la medida⁴⁹³, ya que un juicio de despido no puede versar solo sobre circunstancias objetivas, sino que ha de demostrarse que estas tienen cierta consistencia⁴⁹⁴.

Doctrinalmente se ha destacado la necesidad de efectuar una adecuada ponderación de los intereses en juego, lo que obliga a comprobar la correspondencia entre la medida y la intensidad de

⁴⁹⁰GOERLICH PESET, J.L., “La extinción del ...”, op. cit., p. 9.

⁴⁹¹GOERLICH PESET, J.L., “La extinción del ...”, op. cit. p. 300.

⁴⁹²En este sentido, con mayor amplitud, Vid., MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *El procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN13:9788490336830, pp. 36-49.

⁴⁹³GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2012, ISSN 0213-7097, p. 4.

⁴⁹⁴DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 17-18, 2012, ISSN 0213-7097, pp. 9-10.

En el mismo sentido, GARCÍA JIMÉNEZ, M., “El recurrente “diálogo” entre la “objetivización” y el “juicio de estricta legalidad” del juzgador en los despidos objetivos: su incidencia sobre empresas públicas”, *Aranzadi Social*, paraf. 69/2013, p. 4, BIB 2013,6.

la causa⁴⁹⁵. Además, se ha apuntado que es necesario que las decisiones empresariales se sometan a los cánones de la buena fe y a la interdicción del abuso del derecho, lo que determina que, necesariamente, haya de efectuarse un mínimo control de la razonabilidad de la medida⁴⁹⁶.

Comparto plenamente estas interpretaciones, que además vienen avaladas por el convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España⁴⁹⁷, por cuanto exige que el despido tenga una causa justificada. Conviene recordar que, en concreto, los artículos 8 y 9, facultan a los tribunales de justicia para examinar tanto la causa, como para pronunciarse sobre la justificación de la misma, correspondiendo al empresario la carga de probar la existencia de causa justificada para la extinción del contrato.

Tampoco es posible obviar que la jurisprudencia constitucional, destacando, entre otras, la STC 192/2003, de 27 de octubre⁴⁹⁸, ha establecido que el contenido del artículo 35.1 CE, comprende el derecho a la estabilidad, así como a la continuidad en el empleo, lo que determina el derecho a no ser despedido sin justa causa⁴⁹⁹.

En cualquier caso, si lo que se alega es la existencia de necesidades conectadas con el funcionamiento de la empresa, o el servicio, corresponde a los órganos jurisdiccionales la verificación de la realidad y de la suficiencia de la causa⁵⁰⁰. Este ha sido el criterio seguido por la

⁴⁹⁵Cfr. ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Notas de urgencia acerca del Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi Social Revista doctrinal*, núm. 2 (mayo), Navarra, 2012, ISSN 1889-1209, pp. 273-306.

⁴⁹⁶Véase, en este sentido, GOERLICH PESET, J. M^a. “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos y procesales y de Seguridad Social, en BLASCO PEILLICER, L.M., CAMPS RUIZ, J. M^a, GOERLICH PESET, R., ROQUETA BUJ y SALA FRANCO, T., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ISBN 9788490048832, pp. 166-167.

⁴⁹⁷Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

⁴⁹⁸STC 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003\192].

⁴⁹⁹El origen de esta jurisprudencia constitucional se encuentra en la STC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981\22].

⁵⁰⁰GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, ISSN 0213-0556, p. 149-176. En idéntico sentido, las STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 136/2013) [RJ 2014\4342] y 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) [ROJ: STS 3449/2014].

También las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala Social, de 11 de marzo de 2012 (Proc. 381/2012) [ROJ: SAN 1024/2013], de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2], de 21 de noviembre de 2012 (Proc. 167/2012) [ROJ: SAN 4756/2012], de 25 de febrero de 2013 (Proc. 324/2012) [ROJ: SAN 695/2013] y 6 de marzo de 2013 (Proc. 24/2013) [ROJ: SAN 1022/2013].

En idéntico sentido las SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de julio de 2012 (Proc. 32/2012) [ROJ: STSJ M 7494/2012] y de 9 de abril de 2013 (Proc. 18/2013) [ROJ: STSJ M 1728/2013]; del País Vasco, Sala Social, de 9 de octubre de 2012 (Proc. 13/2012) [ROJ: STSJ PV 1227/2012]; de Cantabria, Sala Social, de 21 de diciembre de 2012

jurisprudencia actual del Tribunal Supremo. Así, la STS, Sala Cuarta, de 12 de junio de 2012⁵⁰¹, respecto a la prueba de las causas del despido objetivo, establece que corresponde al empresario la carga de probar los hechos que invoca como causa del despido. Pero además añade una argumentación respecto a la necesidad de acreditar la denominada conexión finalista de la causa, estableciendo que es necesario que las extinciones acordadas constituyan “una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo”. Se trata de circunstancias que, en los términos de la sentencia, “constituyen un futuro, y con relación a ellas solo se pueden exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando por tanto el empresario en este punto un margen discrecional que excluye aquellas conclusiones que resulten irrazonables o desproporcionadas.”

En idéntico sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014⁵⁰². Tras recoger la doctrina unificada expuesta, recuerda que “corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial”. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada, sin que la sola concurrencia de la causa prevista legalmente baste para justificar el despido”.

La referida doctrina podría resumirse del modo siguiente. No corresponde a los órganos judiciales determinar cuál es la medida idónea para hacer frente a las distintas situaciones de crisis empresariales que se pueden producir y tampoco es admisible que censuren la oportunidad de las medidas adoptadas, en términos de gestión empresarial, por ejemplo, reduciendo el número de trabajadores afectados por las mismas. El control judicial ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida a la causa. Por tanto, como se ha sostenido por parte de la doctrina, se ha flexibilizado el concepto de causa del despido, pero no se ha suprimido el juicio de razonabilidad, es decir, la causa ha de ser razonable para determinar el objetivo perseguido⁵⁰³.

En sentido semejante se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 1 de enero de 2018⁵⁰⁴, que además puntualiza que hay que tener en cuenta que cuando se alegan causas organizativas o de

(Rec. 1030/2012) [ROJ: STSJ CANT 1310/2012] y de Galicia, Sala Social, 21 de noviembre de 2012 (Proc. 22/2012) [ROJ: STSJ GAL 9456/2012].

En contra, la STSJ Galicia, Sala Social, de 29 de octubre de 2012 (Proc. 14/2012) [ROJ: STSJ GAL 8765/2012].

⁵⁰¹STS, Sala Cuarta, de 12 de junio de 2012 (Rec. 3638/2011) [ROJ: STS 5008/2012].

⁵⁰²STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014].

⁵⁰³TODOLÍ SIGNES, A., “Alternativas a ...”, op. cit., pp. 243 y ss.

⁵⁰⁴STS, Sala Cuarta, de 1 de enero de 2018 (Rec. 1190/2016) [ROJ: STS 385/2018].

producción, el juicio de razonabilidad no implica que se exija a la empresa que agote todas las posibilidades de acomodo del trabajador a otro puesto vacante de la misma empresa, pues el artículo 52.c) TRLET “no contempla esa posibilidad, ni impone de manera expresa al empresario la obligación de mantener al trabajador afectado por la medida en la plantilla utilizando sus servicios en otros contratas centros de trabajo de la misma o de distinta localidad”. Estos criterios se reiteran luego en la posterior sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2018⁵⁰⁵.

Respecto al ámbito del concurso, la LC, a diferencia del ET, no fue modificada en este sentido, por lo que siempre hizo referencia a viabilidad futura de la empresa y del empleo como finalidades que deben perseguir las medidas de ajuste empresarial (art. 64.4 LC).

Por tanto, la norma concursal mantuvo siempre una clara concepción causal de las medidas que podía adoptar el juez del concurso. Por este motivo considero que en la solicitud de medidas laborales colectivas ante el juez del concurso debían exponerse las medidas que se solicitaban y, además, los objetivos que se pretendían alcanzar mediante su adopción⁵⁰⁶. La causa habilitante debía de ser, necesariamente, una causa objetiva, por lo que no era posible aducir otras circunstancias que no correspondiesen a esta categoría, como, por ejemplo, los hechos determinantes de un despido de carácter disciplinario⁵⁰⁷.

De hecho, en múltiples resoluciones, primero, la falta de concreción de la causa y, luego, la falta de acreditación de su concurrencia, determinaron la desestimación de solicitudes de medidas colectivas. Así ocurrió en el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, de 30 de octubre de 2009⁵⁰⁸, que destaca la necesidad de concretar y acreditar la causa habilitante de la extinción de los contratos, que no puede entenderse justificada por el mero hecho de la liquidación

⁵⁰⁵STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 43/2018) [ROJ: STS 3463/2018]. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) [ROJ: STS 599/2014], de 18 de febrero de 2014 (Rec. 96/2013) [ROJ: STS 2571/2014], de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) [ROJ: STS 3449/2014], de 17 de julio de 2014 (Rec. 32/2014) [ROJ: STS 4131/2014], de 25 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014) [ROJ: STS 2611/2015] y de 24 de noviembre de 2015 (Rec. 1681/2014) [ROJ: STS 5835/2015], que recuerdan la necesidad de efectuar un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre las medidas objetivas adoptadas.

⁵⁰⁶MERCADER UGUINA, J. R., “Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas... (Teoría y Derecho)”, *Revista de pensamiento jurídico*, 12/2012, <http://www.tirantonline.com>, p. 6 y RÍOS SALMERÓN, B., “Reforma laboral de 2012 y Ley de reforma concursal de 2011: reflexiones sobre un desencuentro legal”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, Sección Estudios, quincena del 16 al 31 de mayo 2012, tomo I, ISSN 0213-7097, p. 7.

⁵⁰⁷En este sentido se pronuncia el AJM núm. 5 de Madrid, de 22 de mayo de 2008 (A núm. 427/2008) [AC 2009\258], que declara inadmisibles alegar como causa de extinción colectiva de contratos de trabajo, la falta de acatamiento de las órdenes del jefe de obra. Se trata de un hecho que, en su caso, podría ser determinante de un despido disciplinario, pero no es admisible como casusa de extinción colectiva de contratos de trabajo.

⁵⁰⁸AJM núm. 1 de San Sebastián, de 30 de octubre de 2009 (Proc. 337/2009) [AC 2010\157].

de la empresa, al no justificarse que, en dicho momento, esta fuera inviable o careciera de futuro, en atención a las pérdidas económicas que constaban.

En otros casos, se analizan las distintas cifras acreditadas de disminución de ingresos y los resultados de explotación para determinar si la medida solicitada es adecuada a la causa alegada. Es lo que ocurrió en el supuesto analizado por el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 30 de noviembre de 2009⁵⁰⁹, en donde se desestimó la medida colectiva de extinción de contratos de trabajo en atención a la mejora advertida en los resultados de explotación de la empresa durante los últimos ejercicios, que conjuraba las pérdidas de ingresos alegadas⁵¹⁰.

Por otro lado, la necesidad de que exista una relación de correspondencia o conexión causal entre la causa justificada y la medida solicitada también se advierte, de manera clara, en la práctica judicial. De este modo, cuando existe una discrepancia entre la causa alegada y la real justificada y esta última no es proporcionada a la medida que se solicita, se impone la desestimación de la medida. Es lo que ocurre en el supuesto analizado por el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, de 13 de octubre de 2015⁵¹¹. En ese supuesto se solicitaba la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla con base en la supuesta paralización de la actividad de la empresa, pero solo se había acreditado una mera reducción de actividad que, como tal, no resultaba proporcionada a la medida solicitada.

Por tanto, también en el ámbito del concurso la extinción colectiva de contratos de trabajo es una medida causal, aunque, lógicamente, esa causalidad está matizada por la concreta realidad económica que lo acompaña.

La situación se ha modificado como consecuencia de la publicación del TRLC. El artículo 173.1 TRLC regula el contenido de la solicitud, suprimiendo la referencia a la viabilidad futura de la empresa y del empleo y añade, en el párrafo segundo, que las empresas de más de cincuenta trabajadores deben acompañar un plan que contemple la incidencia de la medida laboral tanto en la viabilidad futura de la empresa como del empleo.

Parece que la norma se ha querido situar en la misma línea que el legislador laboral del año 2012, lo que me parece criticable, ya que hace ya ocho años que se produjo la reforma del ET. Desde entonces la norma concursal, a pesar de haber sufrido varias modificaciones, nunca había acogido la redacción estatutaria. Solo ahora, cuando la jurisprudencia laboral ha interpretado el contenido del artículo 51.1 ET de forma, prácticamente uniforme, anudando criterios de

⁵⁰⁹AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de noviembre de 2009 (Proc. 573/2009) [AC 2010\71].

⁵¹⁰En el mismo sentido, se pronuncia el AJM núm. 1 de Bilbao, de 6 de noviembre de 2009 (Proc. 429/2009) [AC 2010\258], que exige la acreditación documental de la causa alegada.

⁵¹¹AJM núm. 1 de León, de 13 de octubre de 2015 (Proc. 1288/2015) [JUR 2016\37161].

razonabilidad a la causa económica, es cuando el legislador concursal parece situarse en la literalidad de la redacción del precepto en el año 2012.

Considero que la actual interpretación de la Sala Cuarta de la reforma del año 2012 permite afirmar que los criterios de razonabilidad deben seguir presentes en la justificación de las causas de las medidas de ajuste que se soliciten al juez del concurso, aunque, lógicamente, matizadas por la compleja realidad económica de esta situación, que determina que la viabilidad solo puede ser considerada en los casos en los que existan posibilidades reales de supervivencia de la empresa en el mercado, pues, en caso contrario, la medida de extinción colectiva de contratos, seguramente, vaya ligada a la necesidad de cierre y liquidación de la empresa.

Quizá la situación de crisis económica derivada de la emergencia sanitaria por el COVID19 esté en la base de esta decisión de optar, de forma decidida, por alejar la causa económica de aspectos relacionados con la viabilidad de la empresa y del empleo, pero no me parece razón suficiente para modificar el sistema vigente, mucho menos cuando un cambio de este calado se ha adoptado a través de un instrumento legislativo que solo habilita al Gobierno para la refundición de los textos legales vigentes y no para modificar el sistema legal vigente. No obstante, sobre esta cuestión volveré más adelante al abordar el estudio del nuevo TRLC.

1.1.3. Tramitación.

En lo que respecta a los trámites y a la documentación que se debe presentar en el despido colectivo, debo destacar que el empresario ha de remitir una comunicación escrita a los representantes legales de los trabajadores y a la Autoridad Laboral competente.

La representación de los trabajadores puede corresponder al comité de empresa o a los delegados de personal cuando exista un único centro de trabajo, o bien al comité intercentros que se haya podido crear, vía convenio colectivo, o al comité conjunto en los supuestos en los que los diversos centros de trabajo hayan elegido un solo comité de empresa. No obstante, también es posible que la referida representación se forme teniendo en cuenta las distintas representaciones de cada uno de los centros de trabajo afectados.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 TRLET y en el artículo 3.1 RPDC, en la comunicación han de constar los siguientes extremos. En primer lugar, se hará mención a las causas y a su origen, al número y clasificación profesional de los trabajadores; número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; los criterios de designación de los trabajadores afectados⁵¹² y el periodo previsto para la materialización de los

despidos. Además, se ha de adjuntar una copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo y se ha de indicar la forma de composición de la comisión negociadora o, en su caso, deberá hacerse mención a la falta de constitución de la misma en los plazos legalmente previstos.

En lo que respecta la documentación que ha de acompañar a la referida comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, es necesario indicar que se debe incluir una memoria explicativa de las causas que sustentan la medida que se pretende adoptar.

Además, si se aduce una causa económica, conforme dispone el artículo 4 RPDC, es necesario que se adjunte documental que ponga de manifiesto la situación económica negativa que atraviesa la empresa, que podrá derivar de resultados previos o de previsiones de futuro, pero siempre debidamente justificadas. En todo caso, dicha documentación deberá incluir las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, compuestas por el balance de situación, las cuentas de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivos, la memoria del ejercicio y el informe de gestión. En caso de presentar cuentas abreviadas, deberán adjuntarse las cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas, el balance y el estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa y si existe obligación de auditar cuentas, deben presentarse debidamente auditadas.

Si la base de la causa económica es la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, será obligado presentar la documentación fiscal o contable que justifique dicha situación durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación del inicio del procedimiento y la relativa a los ingresos ordinarios o ventas registrados en los correlativos trimestres del ejercicio económico inmediatamente anterior.

Si el fundamento de la causa económica es la previsión de pérdidas es necesario informar sobre los criterios utilizados para su estimación y presentar un informe técnico sobre el volumen que se cree que van a alcanzar y también sobre su carácter permanente o coyuntural.

En aquellos supuestos en los que la empresa está integrada en un grupo empresarial, si no existe la obligación de formular cuentas consolidadas, la empresa debe adjuntar su documentación contable y la de las restantes empresas del grupo, que deberán estar debidamente auditadas, en el supuesto de estar obligadas a ello, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Si existe obligación de formular cuentas consolidadas con la sociedad dominante con domicilio en España, será necesario adjuntar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, que además deben estar debidamente

auditadas, cuando se trate de empresas obligadas a realizar auditorías durante el periodo de los dos últimos ejercicios económicos completos y, además, existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

En los casos en los que se aleguen causas técnicas, organizativas o de producción, conforme establece el artículo 5 RPDC, deben incluirse los informes técnicos relativos a dichas circunstancias.

Existen además supuestos en los que es necesario elaborar un plan de recolocación externa. Se trata de casos en los que la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo afecte a más de cincuenta trabajadores. Se llevará a cabo en colaboración con una empresa de recolocación autorizada, conforme establecen los artículos 51.10 TRLET y 9 RPDC, en relación al Real Decreto 1796/2010⁵¹³.

Cuando la extinción afecte a más de la mitad de los trabajadores en plantilla, el empresario debe informar a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad competente de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, como dispone el apartado tercero del artículo 51 TRLET.

Conforme establecen los artículos 51.2 TRLET y 7 RPDC, la comunicación que la empresa dirige a los representantes de los trabajadores abre un periodo de consultas durante el cual las partes están legalmente obligadas a negociar de buena fe, de cara a alcanzar un acuerdo.

Por la parte social, como he dicho, en principio, la representación corresponde a los órganos de la representación unitaria, esto es, el comité de empresa o los delegados de personal, cuando la medida afecte a un solo centro de trabajo. En los supuestos en los que no exista representación legal, podrá constituirse la denominada comisión *ad hoc*.

Ahora bien, puede corresponder a las secciones sindicales, siempre que se hayan constituido formalmente en la empresa y acrediten tener la representación mayoritaria, ya sea en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados y siempre que así lo acuerden.

Cuando la medida afecte a varios centros de trabajo, intervendrán, el comité intercentros que tenga atribuidas tales funciones o, en su defecto, una comisión representativa que no puede contar con más de trece miembros y que deberá constituirse antes de la comunicación empresarial de inicio del período de consultas, en el plazo máximo de siete o quince días, según existan o no centros afectados que no cuenten con representantes de los trabajadores.

El período de consultas puede finalizar con acuerdo o no. En cualquier caso, su finalización deberá de comunicarse a la Autoridad Laboral con traslado de la copia del acuerdo que

⁵¹³RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

eventualmente se hubiera alcanzado. Si no se hubiera alcanzado un acuerdo, el empresario podrá adoptar directamente el despido, procediendo a comunicar su decisión tanto a los representantes de los trabajadores como a la Autoridad Laboral, conforme establece el artículo 51.2 TRLET.

Las comunicaciones deberán efectuarse en el plazo máximo de quince días, a contar desde la última reunión celebrada en el período de consultas. Se trata de un plazo de caducidad, por lo que, una vez transcurrido el plazo sin que se hayan cursado, ya no será posible acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo, aunque sí se podrá iniciar en el futuro un nuevo procedimiento, según dispone el artículo 12 RPDC. A las citadas comunicaciones deben adjuntarse las actas de las reuniones del período de consultas y las medidas de acompañamiento social que pudieran haberse acordado.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51.9 TRLET y 12.5 RPDC, la Autoridad Laboral deberá dar traslado de la comunicación a la entidad gestora de prestaciones de desempleo y a la TGSS cuando el empresario esté obligado a financiar un convenio especial de Seguridad Social por afectar la medida a trabajadores que cuenten con más de cincuenta y cinco años de edad.

Por tanto, el despido colectivo exige que, tras la sustanciación de la negociación con la representación legal de los trabajadores, la empresa comunique a la Autoridad Laboral y a los representantes de los trabajadores el resultado de la misma en el plazo de quince días, produciéndose la caducidad del procedimiento en caso de no efectuar dichas comunicaciones. Así se establece en el art. 51.2 TRLET, precepto que ha sido interpretado por la jurisprudencia unificada. En este sentido, destacan las SSTS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2015⁵¹⁴ y de 19 de septiembre de 2015⁵¹⁵, que consideran que la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores de la decisión final de despido colectivo, da lugar a la nulidad del mismo, dado que es un presupuesto constitutivo para el ejercicio de otras acciones. Por este motivo la consecuencia jurídica obligada de la falta de comunicación ha de ser la declaración de nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51.2 TRLET y 124.11 LRJS, tal como ratifica la posterior STS, Sala Cuarta, de 7 de mayo de 2020⁵¹⁶.

De otra parte, la medida también ha de ser notificada a los trabajadores afectados. Pero el contenido de la comunicación que debe remitirse a los afectados no está exento de polémica, como en seguida veremos.

⁵¹⁴STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2015 (Rec. 64/2015) [RJ 2015\5803].

⁵¹⁵STS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre de 2015 (Rec. 183/2014) [RJ 2015\1765].

⁵¹⁶STS, Sala Cuarta, de 7 de mayo de 2020 (Rec. 296/2018) [RJ 2020\2022].

En primer lugar, al igual que en otros supuestos de extinción del contrato de trabajo, dicha comunicación ha de expresar la causa determinante de la extinción del contrato, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 105.2 LRJS, la carta de despido es el instrumento a través del cual el empresario expone los motivos concretos que le han llevado a adoptar la decisión extintiva, quedando circunscritas sus posibilidades de alegación y prueba en el acto del juicio oral a los concretos hechos y datos enumerados en la misma.

En el despido objetivo, como establecen las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000⁵¹⁷ y de 21 de mayo de 2008⁵¹⁸ “el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores establece que «el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos». Esta exigencia ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido que recoge la sentencia de 3-10-1988, según la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -sentencias de 17 de diciembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 20 de octubre de 1987, 19 de enero y 8 de febrero 1988 y cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador»”.

Concretamente, en relación al despido objetivo, como quiera que la causa que legitima la decisión empresarial puede resultar absolutamente desconocida para el trabajador, los tribunales vienen exigiendo mayores requisitos en cuanto a su concreción, a fin de que este pueda organizar su defensa y pueda ejercer con garantías su derecho a reclamar contra la misma. De este modo, es necesario que la carta especifique los elementos suficientes y los hechos que conforman la causa extintiva.

Por lo tanto, no basta que la carta indique el tipo genérico de causa de despido o a la causa remota que genera dificultades o situaciones negativas de la empresa, sino que es necesario que se indiquen las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) TRLET.

En este sentido se pronuncia la sentencia del TS, Sala Cuarta, de fecha 30 de marzo de

⁵¹⁷STS, Sala Cuarta, de 18 de enero de 2000 (Rec. 3894/1998) [RJ 2000\1059].

⁵¹⁸STS, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 2008 (Rec. 528/2007) [RJ 2008\4336].

2010⁵¹⁹, al indicar que “el significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET , a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva”.

Por tanto, como establece esta sentencia, la carta debe indicar la “causa concreta y próxima” que haya motivado la decisión de extinguir el contrato⁵²⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2015⁵²¹, al establecer que solo los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio. La carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido. Debe existir interrelación entre los hechos y las causas relatados en la carta y los que resulten probados en la sentencia, de modo que la procedencia del despido solo podrá decretarse cuando se cumplan los requisitos formales y se acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

Por otro lado, esta misma sentencia puntualiza que la referencia a la “causa” como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo [art. 53.1.a TRLET] es equivalente a la de los “hechos que lo motivan” en la carta de despido disciplinar [art. 55.1 TRLET]. Los datos fácticos que han de reflejarse en la carta deben consistir en los hechos de los que, ordinariamente, se desprenda el efecto jurídico pretendido por la decisión empresarial, es decir, deben comprender los datos fácticos suficientes que configuran el concepto de causas “económicas, técnicas, organizativas o de producción” establecido en el art. 51.1.2 y 3 TRLET, al que se remite el art. 52. c) TRLET.

En definitiva, la comunicación escrita debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas que se invocan como constitutivas del despido objetivo para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. No se cumple esta finalidad cuando la aludida comunicación solo contiene afirmaciones genéricas e indeterminadas que son contrarias al principio de igualdad

⁵¹⁹STS, Sala Cuarta, de fecha 30 de marzo de 2010 (Rec. 1068/2009) [RJ 2010\2482].

⁵²⁰En el mismo sentido destacan las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 1 de julio de 2010 (Rec. 3439/2009 [RJ 2010\6777] y de 10 de noviembre de 2011 (Rec. 394/2011) [RJ 2012\1344], entre otras.

⁵²¹STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2015 (Rec. 1731/2014) [ROJ: STS 2123/2015].

de partes, ya que esa ambigüedad da lugar a una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.

1.1.4. Criterios de selección de los trabajadores.

Por otro lado, tras las reformas legales del año 2012, tanto el artículo 51 TRLET como el RPDC, exigen que la empresa especifique en el escrito de iniciación del proceso de despido colectivo los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados, que además, han de ser objetivos y razonables.

No es preciso que se identifique a los afectados de forma nominativa. Basta con que se indique el número de trabajadores que vayan a verse afectados por la medida (arts. 51.2 TRLET y 3 RPDC⁵²²).

De este modo, la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo puede elaborarse con posterioridad a la adopción de la medida, pero en función siempre de los criterios de selección que se hubieran incluido en su escrito de apertura del período de consultas o, en su caso, los pactados con los representantes legales de los trabajadores.

Los criterios de selección adquieren una capital importancia durante el período de consultas. De hecho, la doctrina judicial viene exigiendo su conocimiento de forma clara y suficiente por parte de la representación de los trabajadores, a fin de que durante el período de consultas pueda abrirse una negociación, ya sea reduciendo el número de despidos o atenuando las consecuencias de la medida propuesta inicialmente. Se trata de una información de suma relevancia de cara a garantizar el principio de buena fe que ha de presidir el período de negociaciones con la parte social. Por ello, se exige que la comunicación de este extremo salvaguarde los derechos de información de los representantes de los trabajadores, garantizando así la finalidad negociadora de esta fase colectiva⁵²³.

La relevancia que adquieren estos criterios de selección durante el período de consultas se advierte en el hecho de que su falta de constancia a lo largo del proceso de adopción de la medida de extinción, puede determinar la nulidad de la misma, puesto que, con ello, puede entenderse que dicha fase no cumple la finalidad para la que está concebida⁵²⁴.

⁵²²En este sentido se pronuncia la SAN, Sala Social, de 26 de abril de 2013 (Rec. 29/2013) [AS 2013\1735].

⁵²³Así lo han establecido las SSTs, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 138/2014) [RJ 2014\6876], de 25 de junio de 2014 (Rec. 198/2013) [RJ 2014\763], de 23 de mayo de 2014 (Rec.179/2013) [RJ 2014\4358], de 21 de mayo de 2014 (Rec. 249/2013) [RJ 2014\4214] y de 20 de mayo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883], entre otras.

⁵²⁴En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883], entre otras.

Ahora bien, esta relevancia en la fase previa a la toma de decisión no implica que dichos criterios hayan de constar de forma expresa en la ulterior comunicación individual. Es suficiente con que consten en el proceso de negociación previo, pero siempre que el trabajador tenga conocimiento de la causa de su despido y del acuerdo adoptado. De hecho, en el artículo 53.1 TRLET, al que remite el artículo 51.4 TRLET, no se establece la obligación de consignar más que la causa del despido.

La cuestión ha sido resuelta, de forma expresa, por la STS, Sala Cuarta, de 15 de marzo de 2016⁵²⁵, en donde se establece que no es necesario que en la notificación escrita remitida al trabajador se incorporen los concretos criterios de selección ni la baremación que, conforme a los mismos, haya correspondido al mismo, ya que el artículo 53.1 TRLET no exige este requisito y porque, entiende el Tribunal Supremo, que sería un formalismo innecesario, pues es razonable entender que los referidos datos se han conocido materialmente por los trabajadores durante el curso de las negociaciones del despido colectivo⁵²⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia unificada ha establecido que en estos casos de despidos colectivos no se aplica lo dispuesto en el artículo 53.1.c) TRLET, esto es, no es necesario que se entregue a los legales representantes de los trabajadores copia de la carta o de la comunicación que se remite a los trabajadores afectados, a fin de que puedan cumplir las funciones de información y control que les son propias. La razón, básicamente, es que la decisión de despido viene precedida por una previa negociación con los representantes de los trabajadores, de modo que las necesidades formales de la comunicación extintiva se ven “atemperadas” por la existencia de la propia negociación y el conocimiento de toda clase de datos sobre el proceso que ello comporta⁵²⁷.

Por último, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa [arts. 68.b) y 51.5 TRLET] y además es posible establecer otras prioridades de permanencia mediante convenio colectivo o a través de acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas, a favor de trabajadores con cargas familiares, personas con discapacidad o personas de determinada edad (art. 51.5 TRLET).

⁵²⁵STS, Sala Cuarta, de 15 de marzo de 2016 (Rec. 2507/2014) [RJ 2016\994].

⁵²⁶En el mismo sentido se había pronunciado la previa STS, Sala Cuarta, de 2 de junio de 2014 (Rec. 2534/2013) [RJ 2014\4218].

⁵²⁷Así se fija, entre otras, en las SSTS, Sala Cuarta, de 18 de octubre de 2016 (Rec. 728/2015) [RJ 2016\5733], de 14 de octubre de 2016 (Rec. 952/2015) [RJ 2016\5385] o de 5 de octubre de 2016 (Rec. 3946/2014) [RJ 2016\5447], entre otras muchas.

1.1.5. Competencias del juez del concurso.

A) Competencias generales del juez del concurso.

El juez del concurso tiene atribuidas, de forma exclusiva y excluyente, una serie de competencias sobre acciones declarativas, ejecutivas y también sobre medidas cautelares.

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en los artículos 86.ter.4ª LOPJ y 54 TRLC. Este último artículo, básicamente, reproduce, con una mejor redacción, el anterior artículo 8.4 LC. Ambos preceptos atribuyen al juez del concurso la competencia para conocer de cualquier medida cautelar relativa al patrimonio de la empresa concursada.

Por su parte, el artículo 55 TRLC (anterior art. 9 LC) establece que su competencia se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o sociales que estén directamente relacionadas con el buen desarrollo del procedimiento concursal.

La competencia para conocer de las acciones ejecutivas se encuentra regulada en los artículos. 86.ter.3ª LOPJ, 52. 2ª TRLC y en el artículo 248.3 LRJS.

El artículo 86.ter.3ª LOPJ atribuye al juez del concurso el conocimiento de toda ejecución sobre los bienes de contenido patrimonial del concursado, con independencia del órgano que los hubiera acordado. La misma atribución competencial se encontraba en el artículo 8.3 LC y ahora en el artículo 52. 2º TRLC, que tiene un contenido semejante al mismo.

Por su parte, el artículo 248.3 LRJS somete todas las acciones ejecutivas que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de salarios e indemnizaciones en caso de declaración de concurso a la legislación concursal.

Parece que la norma ha centralizado en el juez del concurso las competencias sobre aquellas materias que afecten al patrimonio de la empresa concursada. Como ha interpretado la doctrina, el precepto ha tratado de priorizar las normas que regulan la ejecución de los bienes de la empresa en el seno del concurso, tratando de evitar que otros órganos jurisdiccionales puedan detraer bienes que integren su patrimonio, al margen de dicha reglamentación, lo que ha provocado la desaparición del tradicional privilegio de ejecución separada de los créditos laborales⁵²⁸.

De este modo, una vez declarado el concurso no es posible iniciar ejecuciones separadas, ni tampoco apremios administrativos o tributarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 TRLC (antiguo art. 55.1 LC), quedando suspendidas las ejecuciones que se encuentren en trámite, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143.1 TRLC (antes, art. 55.2 LC).

⁵²⁸En este sentido, Vid., SEMPERE NAVARRO, A.V., “Retoques laborales en el procedimiento concursal (Notas sobre la Ley 38/2011, de 10 de octubre), *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre 2011, ISSN 1889-4380, p. 73.

Como excepción, pueden continuar hasta el plan de liquidación aquellas ejecuciones laborales en las que se hayan embargado bienes de la empresa en concurso con anterioridad a dicha declaración, pero siempre que estos bienes no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional de la empresa. Se trata de un privilegio que ostentan los créditos laborales, una vez integrados en el procedimiento concursal, que se mantuvo tras la entrada en vigor de la LC y que, sin duda, tiene reflejo en el tradicionalmente denominado “juicio universal de quiebra”, pues rompe el principio de igualdad de trato entre los distintos acreedores.

Lo mismo ocurrirá con los apremios administrativos y tributarios, incluidos los de Seguridad Social, que solo podrán continuar cuando consten embargados bienes antes de la declaración del concurso que no sean necesarios para la continuidad de la actividad.

Igualmente, se admite la ejecución separada de las garantías reales sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial, que se paralizarán hasta la aprobación del convenio o hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la liquidación.

Respecto a las acciones declarativas, se pronuncia el artículo 86.ter.2ª LOPJ; el artículo 53, cuyo contenido se corresponde con el anterior artículo 8.2 LC, aunque con matices; el artículo 169, que reproduce el antiguo artículo 64.1 LC y los artículos 186, 187 y 188 TRLC, que recogen el contenido del anterior artículo 65 LC.

El artículo 86.ter.2ª LOPJ dispone que el conocimiento del juez del concurso se extiende a las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo cuando el empleador sea un empresario en situación de concurso y para la extinción y la suspensión de los contratos de alta dirección.

En el mismo sentido, el artículo 169 TRLC atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando tengan carácter colectivo en las que el empleador sea un empresario declarado en concurso.

Por su parte, el artículo 53 TRLC establece la misma atribución competencial y se reitera en el artículo 2.a) LRJS.

El citado artículo 2.a) LRJS dispone que el orden jurisdiccional social conocerá de las cuestiones que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, salvo lo dispuesto en la LC.

Por su parte, el artículo 3.h) LRJS excluye de la jurisdicción social aquellas cuestiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso por la normativa concursal.

Finalmente, el artículo 4 LRJS extiende la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, con la excepción del supuesto previsto en el apartado tercero del mismo artículo y en la legislación concursal.

B) Competencias del juez del concurso en los despidos colectivos.

Nos encontramos ante una regulación especial que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslados, extinción y suspensión de contratos de trabajo, así como reducción de jornada de carácter colectivo (arts. 86.ter LOPJ y 53 TRLC).

Se trata de las medidas que se regulan en los artículos 40.2, 41.4, 47 y 51 TRLET, que deberán ajustarse a las concretas especialidades previstas en los artículos 169 a 189 TRLC (anteriores arts. 64 y 65 LC) y 57 ET.

Además, los artículos 186, 187 y 188 TRLC (anterior art. 65.3 y 4 LC) atribuyen al juez del concurso la competencia para conocer de las medidas de reducción y aplazamiento de las indemnizaciones del personal de alta dirección.

Todos ellos son procedimientos iniciados tras la declaración de concurso de la empresa. En la redacción inicial de la LC, la competencia, sin embargo, se atribuía a partir de la solicitud de concurso y esto provocó disfunciones en supuestos de solicitud de expedientes de regulación de empleo presentadas antes de la declaración de concurso o incluso el mismo día de la solicitud, ya que, aunque la competencia era del juez mercantil, no se podía tramitar el expediente hasta la declaración de concurso⁵²⁹.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que aquellos despidos colectivos que, a la fecha de declaración del concurso, se encuentren en tramitación, también deben ser remitidos al juez del concurso para que valore la conveniencia de continuar o no con dichas medidas.

⁵²⁹Como indica ORELLANA CANO, N., el art. 12.1 RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, modificó el precepto y solucionó dicha problemática. Luego, la reforma de 2011 abordó la problemática de los expedientes de empleo que se encontraban en trámite ante la autoridad laboral al tiempo de la declaración de concurso, diferenciando los casos en función del estado del expediente, de modo que, si ya se había dictado la resolución de la Autoridad Laboral autorizando la medida, la administración concursal debía ejecutarla independientemente de la situación de intervención o suspensión de facultades patrimoniales del concursado. En caso de que no hubiera recaído resolución, la Autoridad Laboral debía abstenerse de conocer remitiendo las actuaciones al juez del concurso. Vid. ORELLANA CANO, N., "La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo" en ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 93.

Antes de la aprobación del TRLC, estos supuestos se regulaban en el apartado primero del artículo 64 LC, que establecía que, una vez recibido el expediente, dentro de los tres días siguientes, el letrado de la administración de justicia debía citar a los sujetos legitimados a una comparecencia con la finalidad de que manifestasen y justificasen los motivos por los que, a su juicio, resultaba conveniente continuar con la tramitación de las medidas. En otro caso, correspondería a la administración concursal la ejecución de las medidas que se hubieran acordado con anterioridad a la declaración de concurso, siendo así que la misma debía notificarse a la Autoridad Laboral a los efectos oportunos, de conformidad con lo dispuesto en el anterior artículo 64.1.2 LC.

En el supuesto de que la declaración de concurso se produjera antes de que la Autoridad Laboral recibiera la comunicación empresarial de la medida de despido colectivo, esta debía archivar las actuaciones y dar traslado al juez del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 RPDC.

Parecía que la normativa concursal solo consideraba los antiguos expedientes de regulación de empleo que precisaban autorización administrativa. El referido artículo, como sabemos, no fue modificado tras la aprobación del RDL 3/2012 ni de la L 3/2012. No obstante, tras las referidas reformas, los despidos colectivos regulados en el artículo 51 TRLET ya no estaban sometidos a la autorización administrativa, sino solo a los requisitos exigidos por el referido precepto y por el RPDC. Por ello, parecía que las referencias del apartado primero del antiguo artículo 64 LC a la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, debían entenderse referidas al procedimiento de despido colectivo regulado en la legislación laboral. De este modo, en los casos en los que durante la tramitación de un despido colectivo entre el empresario y los legales representantes de los trabajadores, se produjera la declaración de concurso, en la jurisdicción social se entendía que lo procedente era suspender la tramitación del despido colectivo y dar traslado al juez del concurso, a fin de que el procedimiento se residenciase en este órgano, siguiendo los trámites fijados en el anterior artículo 64 LC⁵³⁰.

En la actualidad, la regulación legal ha sido modificada. El nuevo artículo 170 TRLC se refiere a las medidas colectivas en tramitación, sin hacer referencia al extinto expediente administrativo previo. Su contenido ha sido adaptado a la regulación del TRLET, superando el anacronismo que se producía porque la LC seguía hablando de la recepción del expediente y de las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo anterior. Además, el referido precepto diferencia varios supuestos, que paso a exponer.

⁵³⁰A favor de esta interpretación se pronuncia la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 22 de noviembre de 2012 (Rec. 23/2012) [AS 2013\1007].

En primer lugar, se refiere a los casos en los que, al tiempo de la declaración del concurso, no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión a los trabajadores. Se trata de supuestos en los que las medidas están todavía en tramitación y es obligado poner en conocimiento del juez del concurso dicha situación, de forma inmediata. Además, el letrado de la administración de justicia debe citar, en el plazo de tres días, a una comparecencia a los sujetos legitimados, es decir, al concursado, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, para que expongan y justifiquen la conveniencia de continuar la tramitación de las medidas colectivas.

En segundo lugar, se identifica el supuesto en el que se hubiera alcanzado un acuerdo o las medidas se hubieran notificado. En este caso, ha de ser la administración concursal la que ejecute las medidas.

Por último, se diferencia el caso de que, al tiempo de la declaración de concurso, se hubieran impugnado judicialmente, ante la jurisdicción social, las medidas adoptadas. En este supuesto el procedimiento laboral debe seguir hasta la firmeza de la sentencia.

Se trata de modificaciones que han ajustado la literalidad de la legislación concursal al vigente sistema laboral de adopción de las medidas colectivas, por lo que, sin perjuicio de que más adelante, volveremos a tratar esta cuestión, ya adelanto que mi valoración es positiva, pues era evidente que la anterior LC se había quedado obsoleta, al referirse a un procedimiento inexistente y no contemplar otras posibilidades que sí pueden producirse en la práctica, generando problemas de articulación legal.

En definitiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 ter LOPJ y 53 TRLC, la competencia para el conocimiento de las acciones sociales relacionadas con medida laborales colectivas corresponde, de forma exclusiva y excluyente, al juez del concurso y no a los órganos de la jurisdicción social, que solo tienen competencias en vía de recurso. Las decisiones que, al respecto, adopte el juez del concurso están sometidas al régimen de recursos de la LRJS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 551.1 TRLC (anterior art. 64.8. 1º LC) y en el artículo 191.4.b) LRJS. También son susceptibles de recurso de suplicación las resoluciones que se dicten resolviendo los incidentes concursales que puedan presentar los trabajadores o el FOGASA, conforme establece el artículo 551.1 TRLC y el artículo 191.4.b) LRJS.

Como se observa, nuestro sistema legal establece una regla general de competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de las medidas colectivas laborales, pero esta regla tiene una excepción, que son los casos en los que las referidas medidas se adopten en el ámbito del concurso. La especialidad de la materia concursal es lo que determina la singular atribución de competencia a la jurisdicción civil. Responde a la necesidad de que todas las cuestiones relativas a la empresa concursada se examinen, de forma conjunta, en la fase de instancia civil y configura la

denominada fuerza atractiva del concurso. Esta circunstancia, por otro lado, me parece lógica, ya que la legislación concursal tiene, entre otros objetivos, intentar lograr la satisfacción de todos los acreedores con intereses en la situación patrimonial de la concursada⁵³¹.

Partiendo de estas consideraciones previas, procederé ahora a sintetizar las concretas competencias del juez del concurso en las extinciones de contratos.

El juez del concurso conoce de las extinciones colectivas, esto es, de las que se superen los umbrales numéricos del artículo 51.1 TRLET. Si no se superan dichos umbrales, la solicitud deberá ser inadmitida.

Ostenta esta competencia a partir del momento de declaración del concurso. Por lo que, en los casos en los que en la fecha de declaración del concurso estuviera en tramitación una medida de despido colectivo, se procederá en la forma prevista en el artículo 170 TRLC, al que antes hice mención.

El dato clave para determinar la competencia del juez del concurso es la fecha de dictado del auto que contenga tal declaración, como recuerda la STS, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2015⁵³². Por tanto, cuando una empresa, tras ser declarada en concurso, decide adoptar una medida de regulación de empleo consistente en la extinción colectiva de los contratos de trabajo, deberá solicitar la iniciación del procedimiento de regulación de empleo concursal ante el juez del concurso. Si el empresario obvia este trámite y procede a acordar la medida sin contar con la autorización del juez competente para ello, esta será nula, conforme dispone el artículo 124.9 LRJS, aunque la declaración de nulidad corresponde a la jurisdicción social y no al juez del concurso, como recoge la SAN, Sala Social, de 26 de julio de 2012⁵³³. Esta sentencia puntualiza que no estamos ante una competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, como exige el artículo 3.h) LRJS, sino que la misma corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.1 LRJS.

En el mismo sentido se pronuncia la SAN, Sala Social, de 22 de octubre de 2013⁵³⁴, al indicar que, en estos casos, se descarta que la impugnación del despido entre dentro de las competencias exclusivas y excluyentes del juez del concurso, pues sus competencias se limitan a autorizar o denegar los despidos colectivos que se produzcan después de la declaración del

⁵³¹SEGOVIANO ASTRABURUAGA, “El expediente de regulación de empleo ante el juez del concurso”, en AAVV, *La reforma laboral producida por Ley 35/2010, de 17 de noviembre*, Cuadernos digitales de formación, núm. 23, CGPJ, Madrid, 2012, p. 5.

⁵³²STS, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2015 (Rec. 173/2014) [RJ 2015\878]. En el mismo sentido, entre otras, se pronuncia la STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2013 (Rec. 45/2013) [AS 2013\3159].

⁵³³SAN, Sala Social, de 26 de julio de 2012 (Rec. 124/2012) [AS 2012\1678].

⁵³⁴SAN, Sala Social, de 22 de octubre de 2013 (Rec. 327/2013) [AS 2013\2949].

concurso, de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 180 TRLC. Esta sentencia puntualiza que no sería aplicable lo dispuesto en el apartado primero del anterior artículo 64 LC, ya que entiende que se refiere exclusivamente a los extintos expedientes de regulación de empleo sujetos a autorización administrativa. Se trata de una afirmación que, a mi juicio, resulta innecesaria, pues lo que se dilucidaba era la competencia para conocer de la impugnación de la medida de despido acordada ya. En cualquier caso, como ya expuse, incluso en aquel entonces, durante la vigencia del artículo 64.1 LC, debía considerarse que la regulación del artículo 64.1 LC se refería a los casos en los que el despido colectivo se hubiera producido durante la tramitación del concurso.

Fuera de estos supuestos, es decir, cuando la medida se acuerda tras la declaración del concurso, la competencia del juez mercantil alcanza incluso los casos en los que se impugna el despido colectivo sobre la base de la existencia de un grupo empresarial con efectos laborales⁵³⁵. Aunque la competencia, como digo es del orden civil, finalmente conocerá la jurisdicción social de la cuestión por la vía del recurso de suplicación del artículo 551.1 TRLC.

La competencia del juez del concurso en tales supuestos deriva de lo dispuesto en el artículo 53.1 TRLC, que le atribuye, de forma exclusiva y excluyente, el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, siendo así que la competencia de los órganos de la jurisdicción social solo comprende las acciones planteadas frente a despidos colectivos previos a la declaración del concurso, como se razona en la STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018⁵³⁶.

Esta precisión temporal ya se había tenido en cuenta en la previa sentencia de 22 de septiembre de 2014⁵³⁷, que resolvió un supuesto en el que la medida de despido colectivo se había acordado antes de la declaración de concurso. La referida sentencia estableció que la impugnación de un despido de carácter colectivo, acordado dentro de un grupo de sociedades, antes de la declaración de concurso de alguna de ellas, es competencia de la jurisdicción social y no de la civil.

Se trata de una doctrina que podemos considerar consolidada, pues tras esta sentencia de septiembre de 2014, se dictó la sentencia de 9 de febrero de 2015⁵³⁸, que, de nuevo, atribuyó la competencia al orden mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo acordada tras la declaración del concurso, incluyendo a un trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había solicitado la resolución de su contrato, por la vía del artículo 50.1.b) TRLET.

⁵³⁵En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018].

⁵³⁶STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018].

⁵³⁷STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS 4636/2014].

⁵³⁸STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 2015 (Rec. 406/2014) [ROJ: STS 717/2015].

Con posterioridad, la STS, Sala cuarta, de 21 de junio de 2017⁵³⁹ insiste en la competencia de la jurisdicción civil, estableciendo que la vía para impugnar un despido colectivo concursal es la regulada en la legislación concursal y no en el artículo 124 LRJS.

Hasta el dictado de estas sentencias parecía que la concurrencia de terceros ajenos a la jurisdicción del juez del concurso era lo que determinaba la atribución de competencia a la jurisdicción social. Sin embargo, estas sentencias aclaran que el dato que se debe considerar no es este, sino el momento en el que se adopta la medida en cuestión. Es decir, lo determinante será que la medida colectiva de extinción de contratos se haya adoptado antes o después de la declaración del concurso, de modo que solo será competente el juez del concurso cuando la medida sea posterior a dicha declaración.

Sin perjuicio de que esta cuestión será objeto de un análisis más exhaustivo más adelante, me gustaría adelantar aquí que el criterio de la afectación de terceros no declarados en concurso siempre me pareció el elemento determinante de la atribución de competencia a la jurisdicción social. Creo que fue la base que fundamentó los autos de la Sala de Conflictos, de fecha 26 de abril de 2016⁵⁴⁰ e incluso de otros anteriores, cuyo contenido aclaran las citadas sentencias de junio de 2017 y marzo de 2018, como son los autos de la Sala de Conflictos de 21 junio de 2007⁵⁴¹ y de 30 noviembre 2007⁵⁴².

Considero que ha sido muy positivo que se haya matizado este inicial criterio y se haya puesto el acento en el momento en el que se acuerda la medida, ya que creo que obedece a razones de seguridad jurídica. Se trata de evitar que una eventual resolución judicial firme dictada por el juez del concurso en el procedimiento colectivo de regulación de empleo concursal, pueda quedar sin efecto por un pronunciamiento de la jurisdicción social, dictado en un pleito individual planteado con posterioridad, dada la proyección universal del procedimiento concursal.

Por último, es necesario apuntar que todas estas sentencias se citan en la posterior STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019⁵⁴³, que reitera que, en términos generales, el orden social es el competente para conocer de la existencia de un grupo empresarial patológico y también para declarar la improcedencia del despido. Pero en los casos en los que se cuestiona la validez del despido acordado tras la declaración del concurso, la competencia es del orden civil y no al social. En cambio, cuando no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclaman

⁵³⁹STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 18/2017) [ROJ: STS 2628/2017].

⁵⁴⁰AATS, Sala Conflictos de 26 de abril de 2016 (C. 4/2016) [JUR 2016\103756], (C. 5/2016) [JUR 2016\103204] y (C. 7/2016) [JUR 2016\103205].

⁵⁴¹ATS, Sala Conflictos, de 21 junio de 2007 (C. 11/2007) [RJ 2007, 5507].

⁵⁴²ATS, Sala Conflictos, de 30 noviembre 2007 (C. 3/2007) [JUR 2008, 19554].

⁵⁴³STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019].

cantidades derivadas de la referida extinción y la reclamación se dirige frente a empresas que no están en concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social, pues, como destaca la STS, Sala cuarta, de 25 de septiembre de 2019, en tales casos, “la excepcionalidad de la atribución competencial a favor del juez del concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de un determinado auto”⁵⁴⁴.

De otra parte, las extinciones singulares y plurales por causas económicas, organizativas, técnicas o de la producción quedarán al margen del procedimiento concursal y deberán tramitarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52.c) y 53 TRLET, como establecen los autos del Tribunal Supremo, Sala de conflictos, de 16 de marzo y de 20 de junio de 2012⁵⁴⁵, aun cuando la declaración de concurso sea anterior a la extinción del contrato⁵⁴⁶, al igual que otras extinciones contractuales como los despidos disciplinarios⁵⁴⁷.

También quedan fuera de su competencia las acciones individuales de nulidad o improcedencia del despido, aunque se formulen a través de la vía procesal del incidente concursal laboral⁵⁴⁸ y otras cuestiones derivadas de la extinción colectiva de contratos de trabajo que son competencia de la jurisdicción social, como ocurre con las acciones ejercitadas para exigir a la empresa que cumpla la obligación de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social para los trabajadores afectados por el despido que cuenten con una edad superior a los cincuenta y cinco años⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019], 9 de enero de 2019 (Rec. 3893/2016) [ROJ: STS: 1588/2019] o STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS4636/2014].

⁵⁴⁵AATS, Sala de Conflictos, de 16 de marzo de 2012 (Rec. 52/2011) [JUR 2012\122647] y de 20 de julio de 2012 (Rec. 19/2011) [JUR 2011\324776].

⁵⁴⁶STSJ de Cantabria, Sala Social, de 18 de octubre de 2013 (Rec. 559/2013) [AS 2014\121]. Analiza un supuesto de despido objetivo individual de un trabajador por causas “económicas, organizativas, técnicas y de la producción”. La empleadora había sido declarada en concurso un año antes del despido. Con carácter previo a la declaración de concurso, la empresa había iniciado un ERE por causas económicas, aprobado por la Autoridad Laboral. Dicho ERE autorizaba a extinguir varios contratos de trabajo. La legislación aplicable era la anterior a la L 3/2012. El trabajador acciona contra su despido ante la jurisdicción social alegando que la causa económica aducida en la carta no concurría en la totalidad del grupo -se trataba de un grupo empresarial con efectos laborales-. La sentencia dictada en instancia estimó la demanda. La Sala entendió que la competencia era del orden jurisdiccional social, toda vez que estábamos ante un despido individual y tanto la LOPJ como la LC, atribuyen la competencia a los juzgados de lo mercantil cuando se trate de medidas de extinción colectivas.

⁵⁴⁷STSJ de Galicia, Sala Social, de 28 de enero de 2011 (Rec. 4306/2010) [JUR 2011\135014].

⁵⁴⁸Así lo recoge, por ejemplo, la SJM núm. 2 de Valencia, de 18 de abril de 2016 (Proc. 934/2015) [JUR 2016\99885].

⁵⁴⁹Como recoge la STS, Sala Cuarta, de 26 de octubre de 2016 (Rec. 2447/2015) [ROJ: STS 4636/2014] [RJ 2016\5736].

Lo mismo ocurre con las solicitudes de extinción del contrato por imposibilidad de readmisión en la empresa en situación de concurso, que quedan fuera de la competencia civil. En estos casos, la competencia corresponde a la jurisdicción social⁵⁵⁰, pues se asimila a un incidente de no readmisión.

La competencia también corresponde a los órganos de la jurisdicción social cuando la extinción de los contratos se ha acordado por auto dictado por un juzgado de lo social en ejecución de una sentencia de despido nulo, cuando la demanda de ejecución y el correspondiente despacho de ejecución son anteriores a la declaración de concurso, aun cuando se solicite la extinción colectiva de todos los contratos de trabajo con posterioridad y bajo el amparo de la legislación concursal⁵⁵¹.

Finalmente, en los supuestos de intervención de facultades será el empresario quien debe proceder a acordar dichas extinciones contando con la conformidad de la administración concursal y en los casos de suspensión, la administración concursal y la decisión puede ser recurrida ante la jurisdicción social.

1.2. Suspensión de contratos de trabajo.

1.2.1. Concepto.

Conforme dispone el artículo 47 TRLET, la suspensión del contrato de trabajo es una medida o instrumento de flexibilidad laboral. Consiste en un cese temporal e ininterrumpido de la relación laboral.

Los efectos derivados de la medida de suspensión de contratos son, básicamente, la paralización de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, el derecho a la reserva del puesto de trabajo y el cómputo de período de suspensión como antigüedad, también a efectos indemnizatorios⁵⁵².

No obstante, en principio, subsisten aquellos otros derechos no paralizados por la suspensión, como pueden ser los beneficios que deriven de los sucesivos convenios colectivos

⁵⁵⁰En este sentido se pronuncia el AJM núm. 12 de Madrid, de 22 de septiembre de 2015 (Proc. 511/2015) [JUR 2016\107457] y la STSJ de Galicia, Sala Social, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 5084/2012) [AS 2013, 2085].

⁵⁵¹Así lo interpreta el auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 23 de enero de 2012 (Proc. 316/2011) [AC 2012\622].

⁵⁵²STSJ de Extremadura, Sala Social, de 12 de julio de 2012 (Rec. 258/2012) [ROJ: STSJ EXT 1143/2012].

aplicables, con la salvedad de que se haya pactado otra cosa, como establece la STS, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 1986⁵⁵³.

Es una medida que está relacionada con el principio de estabilidad en el empleo, ya que en caso de concurrencia de dificultades que obstan al normal desarrollo de la prestación laboral, solo determina, como decimos, la paralización de los principales derechos y deberes derivados de la relación laboral, pero manteniendo vivo el vínculo contractual.

La adopción de la medida no genera derecho a indemnización (art. 16 RPDC), ya que no extingue la relación laboral, sino que solo supone una pérdida de ingresos que es correlativa al tiempo durante el cual se deja de prestar el trabajo.

Por otro lado, como sabemos, el anterior artículo 8.2.2 LC remitía al artículo 47 ET la definición de las medidas de suspensión colectiva de contratos de trabajo, por lo que debía entenderse que la competencia del juez del concurso comprendía tanto las suspensiones del contrato individuales como las colectivas.

Tras la entrada en vigor del TRLC, la situación ha cambiado. El actual artículo 53 TRLC atribuye competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso para conocer de las suspensiones de contratos acordadas por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, pero solo en el caso de que tengan carácter colectivo. De forma expresa, en el párrafo segundo del referido artículo 53 TRLC, se indica que las suspensiones de contratos tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral.

La norma supone una clara modificación del sistema anterior vigente, que no diferenciaba entre medidas de suspensión colectivas e individuales, al igual que hace el correlativo artículo 47 TRLET, que regula un procedimiento común, con independencia del número de trabajadores afectados.

Creo que este tipo de modificaciones exceden de la delegación normativa concedida al gobierno y exigían la utilización de un instrumento normativo ordinario. No obstante, al margen de esta cuestión formal, sin embargo, respecto al fondo, la modificación me parece acertada, pues, de una parte, está en consonancia con el tenor literal del artículo 86.ter.2 LOPJ y además trata de centralizar en el juez concursal las cuestiones laborales colectivas, dejando al margen las puramente individuales, que, debido a su menor trascendencia patrimonial, pueden seguir la tramitación prevista en el TRLET sin afectar de forma significativa a la universalidad del proceso concursal. Por tanto, considero que la norma trata de unificar el régimen de las medidas laborales, dejando, únicamente, las colectivas, sujetas a la aprobación por parte del juez del concurso, lo que me parece

⁵⁵³STS, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 1986 [RJ 1986\6478].

acertado, ya que el régimen anterior ralentizaba la adopción de medidas puramente individuales, muchas veces, necesarias para la continuidad de la actividad.

Además, hay que tener en cuenta que la norma se aprueba en un contexto de crisis económica, derivada de la pandemia sanitaria por el virus COVID19. Parece que el legislador concursal, además de unificar el régimen de las medidas laborales, ha tratado de paliar el posible colapso de los juzgados de lo mercantil, excluyendo de su conocimiento aquellas cuestiones puramente laborales. Dichas medidas quedan sometidas ahora al procedimiento regulado en el artículo 47 TRLET, que obliga a llevar a cabo un período de consultas con los representantes de los trabajadores. Por tanto, no será posible su adopción de forma unilateral, sino que, en todo caso, será obligada la negociación con la parte social, de acuerdo con los postulados de la buena fe (art. 47.1 TRLET).

En caso de impugnación, la competencia será de la jurisdicción social. Aunque este orden jurisdiccional también se verá notoriamente afectado por la referida situación de crisis social y económica, considero lógico que mantenga la competencia para el conocimiento de cualquier medida laboral individual que haya sido adoptada durante la situación de concurso de la empresa, pues la competencia para conocer de cualquier cuestión que surja entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, de conformidad con el principio de competencia por razón de la materia, corresponde al orden social, con la única salvedad de lo dispuesto en la LC [art. 2.a) LRJS].

Por otro lado, en materia de Seguridad Social, la suspensión constituye una situación que da derecho a la prestación de desempleo [art. 267.1.b). 1º TRLGSS], que se acredita mediante la comunicación escrita remitida por el empresario al trabajador, también el acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial que pudiera recaer sobre la materia. Durante el desempleo persiste la obligación de cotizar⁵⁵⁴.

La Autoridad Laboral debe comunicar a la entidad gestora de la prestación de desempleo, la decisión empresarial de suspensión de contratos de trabajo, dejando constancia de la causa, los afectados y el tiempo de suspensión (art. 20 RPDC).

Cabe, no obstante, que la Autoridad Laboral impugne el acuerdo de suspensión de contratos de trabajo a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando dicho acuerdo pudiera obedecer a la finalidad de obtener de forma indebida prestaciones de desempleo.

Por último, es conveniente aludir a las medidas de suspensión (también de reducción de jornada) adoptadas con amparo en lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, esto es, por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción relacionadas con

⁵⁵⁴La cuota obrera es abonada por la entidad gestora del desempleo, previa deducción de su importe.

la situación de crisis sanitaria derivada de la pandemia por COVID19. Se trata de los expedientes de suspensión o de reducción de jornada temporal de contratos de trabajo adoptados tanto durante el estado de alarma declarado por el RDL 463/2020⁵⁵⁵ como durante la denominada “nueva normalidad”. La normativa dictada admite la adopción de medidas de regulación temporal de empleo, pero prohíbe expresamente que, con base en la fuerza mayor o en las causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción a que se refieren los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, se adopten medidas de despido o de extinción del contrato, tal como fija el artículo 2 RDL 9/2020⁵⁵⁶.

La inicial regulación se modificó por la disposición final 8ª RDL 15/2020⁵⁵⁷, por la disposición final 8ª RDL 19/2020⁵⁵⁸ y por el RDL 18/2020⁵⁵⁹.

Con posterioridad, el RDL 24/2020⁵⁶⁰ estableció que, a partir de la entrada en vigor del mismo (el día 27 de junio de 2020), ya no podía solicitarse un expediente de regulación de empleo temporal por fuerza mayor, amparado en el artículo 22 RDL 8/2020. Aquellos que se hubieran solicitado con anterioridad se mantendrían, en principio, como máximo hasta el 30 de septiembre de 2020. No obstante, se admitía que las empresas que se vieran afectadas por nuevas restricciones o medidas de contención derivadas de nuevos brotes, podían acogerse a ciertas medidas, previa autorización del expediente por fuerza mayor, con base en lo previsto en el artículo 47.3 TRLET.

Los efectos de estos expedientes de regulación temporal de empleo adoptados por fuerza mayor antes del 27 de junio de 2020, se extendieron hasta el 30 de septiembre de 2020. No obstante, con posterioridad, el RDL 30/2020⁵⁶¹ acordó la prórroga automática de los mismos hasta el 31 de enero de 2021. La norma, a su vez, regula en el artículo 3 RDL 30/2020, los expedientes temporales derivados causas económicas, técnicas organizativas y de la producción que se inicien a partir de su entrada en vigor y hasta la fecha de 31 de enero de 2021. La tramitación de los mismos

⁵⁵⁵RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

⁵⁵⁶RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

⁵⁵⁷RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020.

⁵⁵⁸RDL 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, BOE núm. 150, de 27 de mayo de 2020.

⁵⁵⁹RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm.134, de 13 de mayo de 2020.

⁵⁶⁰RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. BOE núm. 178, de 27 de junio de 2020.

⁵⁶¹RDL 30/2020, de 29 de septiembre de 2020, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm. 259, de 30 de septiembre.

se sujetará a lo dispuesto en el artículo 23 RDL 8/2020. Los que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 30/2020, seguirán hasta la fecha de finalización prevista en la comunicación inicial de la empresa, aunque es posible su prórroga, siempre que se alcance un acuerdo sobre ello en el período de consultas y se comunique a la Autoridad Laboral por el cauce previsto en el RPDC. Por último, las empresas que hayan adoptado un expediente temporal de regulación de empleo por fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020, antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020, pueden acogerse a los nuevos expedientes que regula el RDL 30/2020.

También es necesario puntualizar, respecto a los expedientes derivados fuerza mayor, que, conforme estableció la disposición final 8ª del RDL 15/2020⁵⁶², es posible adoptarlos incluso en actividades consideradas esenciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del RD 463/2020, pero solo respecto a la parte de actividad no afectada por las condiciones de mantenimiento de la actividad.

Aunque podría ser discutible que los referidos expedientes por fuerza mayor puedan adoptarse por parte de las Administraciones Públicas, dado que el RDL 8/2020 no contiene dicha exclusión expresa, se ha dictado ya alguna resolución judicial que deniega tal posibilidad, atendiendo al criterio de la procedencia de los ingresos de la entidad afectada⁵⁶³. Se trata de un criterio que comparto, pues deriva de la aplicación de la disposición adicional tercera del RDL 463/2020, que expresamente establece que la normativa será aplicable a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas y otros organismos públicos, siempre y cuando se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

Por otro lado, de acuerdo con la disposición transitoria 1ª del referido RDL 8/2020, esta regulación no se aplica a los expedientes adoptados de conformidad con los artículos 22 y 23 que ya estuvieran iniciados antes de la entrada en vigor de la norma.

Por su parte, la disposición final 8ª RDL 15/2020, respecto a las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, añadió que podía considerarse fuerza mayor respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad.

De otra parte, la nueva normativa también regula medidas respecto a la obligación de cotización del artículo 273.2 TRLSS. Inicialmente, los artículos 24 y 25 RDL 8/2020 exoneraron de la obligación de abono de la aportación empresarial regulada en el artículo 273.2 TRLSS y de las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020, cuando

⁵⁶²RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020.

⁵⁶³SJS núm. 2 de Vitoria, de 27 de mayo de 2020 (Proc. núm. 187/2020) [ROJ: SJSO 1542/2020].

la empresa tuviera menos de cincuenta trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020. La exoneración alcanzaba el setenta y cinco por ciento de la aportación empresarial si, a dicha fecha, contase con más trabajadores.

La disposición transitoria 1ª del RDL 8/2020 fue modificada por la disposición final 1ª del RDL 9/2020, que estableció que las medidas de cotización previstas en los artículos 24 y 25 del RDL 8/2020 eran aplicables a los procedimientos comunicados o iniciados antes del referido RDL 8/2020, siempre que derivasen del COVID19.

Posteriormente, el apartado dos de la disposición final 1ª RDL 18/2020 impuso las referidas exoneraciones a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes; de las mutuas colaboradoras para la aportación empresarial por contingencias profesionales; del Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de la aportación empresarial para desempleo y por formación profesional y del FOGASA para las aportaciones que financian sus prestaciones.

Con posterioridad, el apartado primero de la disposición adicional primera del RDL 24/2020 estableció que las empresas en situación de expediente de regulación de empleo temporal por fuerza mayor total, derivado del RDL 18/2020 quedaban exoneradas del abono de la aportación empresarial (art. 273.2 TRLGSS), así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta. La misma exoneración se reconocía a las empresas afectadas por nuevas restricciones derivadas de nuevos brotes, en el apartado segundo de la referida disposición adicional.

Por tanto, se incluyeron en el beneficio de cotización las empresas y entidades que, a fecha 30 de junio de 2020, continuaban en situación de fuerza mayor total, así como las empresas y entidades que solicitasen un expediente de regulación temporal de empleo ante la imposibilidad de desarrollar su actividad por las nuevas restricciones o medidas de contención, como consecuencia de un eventual agravamiento de la pandemia derivada del virus COVID19. La norma, por tanto, modificó las iniciales previsiones del artículo 4 RDL 18/2020, que, a su vez, habían sido revisadas por la disposición final 13ª del RDL 19/2020.

Actualmente, al menos por el momento, el RDL 30/2020 prevé medidas extraordinarias de exoneración de la obligación de cotizar para empresas que acuerden expedientes temporales de regulación de empleo por rebrote, distinguiendo entre aquellas que tengan actividad impedida y actividad limitada, en los términos del artículo 2 RDL 30/2020. La actividad impedida se identifica con empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean impedido el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de las nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas a partir del 1 de octubre de 2020, por las autoridades españolas o extranjeras. La actividad limitada se refiere a empresas y entidades de cualquier sector

que vean limitado el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas.

Las empresas con actividad impedida que, a fecha 29 de enero de 2020, cuenten con menos de cincuenta trabajadores, tendrán un beneficio de exoneración del cien por cien de la aportación empresarial devengada durante el periodo de cierre, hasta el 31 de enero de 2021. Si a dicha fecha, contase con una plantilla superior, la exención será del noventa por ciento de la aportación empresarial. Para las empresas con actividad limitada de menos de cincuenta trabajadores, la exoneración se establece en un porcentaje del cien por cien, del noventa por ciento, del ochenta y cinco por ciento y del ochenta por ciento, respecto a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2020 y de enero de 2021. Para aquellas que cuenten con una plantilla superior, la exoneración, respecto a las cuotas de los mismos meses, será del noventa por ciento, del ochenta por ciento, del setenta y cinco por ciento y del setenta por ciento, respectivamente.

De otra parte, la normativa concede además derecho a la prestación de desempleo, aunque no haya cotización suficiente y no se computa el tiempo de desempleo por causas extraordinarias (art. 25 RDL 8/2020).

Los trabajadores, en estos casos, tendrán derecho a la prestación de desempleo, aunque no cuenten con la cotización mínima necesaria y el tiempo de desempleo derivado de estas causas extraordinarias, no computará a los efectos de consumir los períodos de percepción establecidos legalmente (art. 25 RDL 8/2020). Además, las solicitudes de desempleo presentadas fuera de plazo no reducen la prestación (art. 26 RDL 8/2020) y la prórroga de la misma puede ser acordada de oficio (art. 27).

Sobre esta cuestión de la prestación de desempleo para los afectados por los expedientes de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, también es conveniente destacar la posterior regulación por el RDL 24/2020. El artículo 3.1 RDL 24/2020 previó la aplicación de las medidas previstas en los artículos 1 a 5 del RDL 8/2020 hasta el 30 de septiembre. La medida se extendía a aquellos trabajadores que, desde el 1 de julio de 2020, no pudieran desarrollar su actividad como consecuencia de las nuevas restricciones que se adoptasen (disposición adicional 1ª RDL 24/2020).

Por su parte, la entidad gestora de las prestaciones de desempleo prorrogaría hasta el 30 de septiembre la duración máxima de los derechos reconocidos como consecuencia de estos expedientes, cuya fecha de inicio fuera anterior al 27 de junio de 2020 (art. 3.2 RDL 24/2020). Para los expedientes adoptados a partir de esa fecha, la empresa debía presentar una solicitud colectiva de prestaciones por desempleo, en representación de los afectados, en el plazo de quince días.

Finalmente, el artículo 8.1 RDL 30/2020 ha extendido hasta el 31 de enero de 2021 la aplicación de las medidas de protección por desempleo previstas en el artículo 25 RDL 8/2020, apartados 1.a) y 2 a 5, a las personas afectadas por los expedientes de los artículos 22 y 23 RDL

8/2020 y por los derivados de los rebrotes que regula el artículo 2 RDL 30/2020 y la disposición adicional 1ª RDL 24/2020.

Por último, es conveniente destacar que, a nivel procesal, las medidas de suspensión temporal del artículo 23 RDL 8/2020 se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo siempre que afecten a más de cinco trabajadores. Como dispone el artículo 1 L 3/2020, ostentan legitimación los sujetos del artículo 154 LRJS y también la comisión representativa a la que se refiere el artículo, que antes regulaba el artículo 23.1.a) RDL 8/2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del derogado RDL 16/2020.

Además, los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los expedientes de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 tienen una tramitación preferente [art. 2.1.d) L 3/2020].

1.2.2. Causas.

Se trata de una medida que se puede adoptar por la concurrencia de necesidades económicas, técnicas, organizativas o de la producción. La definición de las causas es, prácticamente, idéntica a la del despido colectivo del artículo 51 TRLET, excepto en lo que se refiere a la disminución de ingresos o ventas. Para la medida de suspensión solo se necesita que la disminución se produzca durante dos trimestres consecutivos, puestos en relación con los correlativos de la anualidad inmediatamente anterior.

La concurrencia de este tipo de causas de naturaleza económica, organizativa, técnica o de la producción atribuye al empresario la facultad de acordar medidas de suspensión de los contratos de trabajo [art. 45.1.j) TRLET, en relación con el art. 47 TRLET]. Se trata de medidas temporales, que responden a situaciones en las que es preciso paralizar el trabajo, pero en las que existen expectativas fundadas de recuperación, al menos, una vez que transcurra un cierto tiempo.

Para la medida de suspensión solo se necesita que tal disminución se produzca durante dos trimestres consecutivos, puestos en relación con los correlativos de la anualidad inmediatamente anterior.

Por su parte, las causas técnicas exigen, al igual que en las extinciones colectivas, cambios en los medios o instrumentos de producción; las organizativas, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y las productivas, cambios en la demanda de productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Se trata de circunstancias que guardan relación con la actividad de la empresa, su funcionamiento o su organización interna.

El artículo 47.1 TRLET conecta las citadas causas con la introducción de determinados cambios en la empresa, ya sean en el ámbito de los medios o instrumentos de trabajo, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, en el modo de organizar la producción o en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. No es posible adoptar una medida de suspensión de contratos cuando, a pesar de la concurrencia de una de las alegadas causas, la empresa pueda acudir a otro tipo de medida menos traumática para neutralizar sus efectos como, por ejemplo, otorgar los días de vacaciones que correspondan a la plantilla. Tampoco es posible acordar una medida de suspensión cuando la concurrencia de las aludidas causas obedezca a una situación crítica de la empresa de carácter no coyuntural, sino estructural, ni cuando su finalidad no sea superar la mala situación económica de la empresa, sino aplazar a un momento posterior el coste de esa extinción⁵⁶⁴, ya que en tal supuesto sería fraudulenta.

En la práctica mercantilista se han admitido como causas que habilitan a la adopción de la medida de suspensión de contratos de trabajo, la insuficiencia de pedidos y la disminución de encargos⁵⁶⁵; la imposibilidad de desarrollo de la actividad en casos de denegación de una ayuda pública antes vinculada a la producción⁵⁶⁶; la disminución del precio de producción unida a dificultades a nivel de tesorería y de financiación de la empresa⁵⁶⁷.

Ahora bien, tanto en el ámbito mercantil como en el laboral es necesario verificar que la medida no constituya una práctica empresarial fraudulenta, a través de la que se pretenda eludir el pago de salarios y cotizaciones sociales⁵⁶⁸. Por ello, será necesario analizar si la causa alegada tiene carácter definitivo o estructural, sin que sea admisible autorizar una sucesión continua de expedientes suspensivos que no entrañan más que una práctica fraudulenta adoptada en perjuicio de los legítimos derechos de los trabajadores.

También en este aspecto es necesario hacer una breve precisión respecto a la normativa adoptada como consecuencia de la pandemia por COVID19. Como sabemos el RDL 8/2020 reguló

⁵⁶⁴Como establece la STSJ de Aragón, de 15 de mayo de 2013 (Rec. 123/2013) [AS 2013\2415].

⁵⁶⁵AJM núm. 1 de Bilbao, de 1 de septiembre de 2009 (Proc. 475/2009) [AC 2009\1977].

⁵⁶⁶AJM núm. 1 de Sevilla, de 16 de diciembre de 2005 (Proc. 43/2004) [2006\825]. Se trataba de una empresa dedicada al desmontado del algodón. El Fondo de Garantía Agrícola de la Consejería correspondiente le denegó la participación en la ayuda a la producción del algodón, lo que determinó la imposibilidad de realizar su actividad.

⁵⁶⁷AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de septiembre de 2009 (Proc. 646/2009) [AC 2010\103]. La causa alegada y, finalmente, admitida fue la disminución de la producción (pasta de papel). Se considera más sensato esperar a la elevación de los precios para reanudar la actividad empresarial, regulando la situación del empleo con un expediente suspensivo. A esta causa se añadían dificultades de tesorería y de financiación.

⁵⁶⁸Como establece la SAN, Sala Social, de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 244/2016) [AS 2016\800].

los expedientes temporales de suspensión de contratos y de reducción de jornada por dos causas, esto es, por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción.

El artículo 22 RDL 8/2020 define la situación de fuerza mayor como aquella que ocasiona pérdidas de actividad derivadas del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria que queden debidamente acreditados.

Esta definición se completó por la Disposición final 8ª del RDL 15/2020, que añadió la posibilidad de apreciar fuerza mayor en actividades esenciales, respecto a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad.

Por su parte, el artículo 23 del citado RD 8/2020 se ocupa de los expedientes derivados de las referidas causas económicas, organizativas, técnicas y de la producción. Se trata de las causas generales del artículo 47 TRLET, cuyo alcance no modifica la norma. Además, tal como se ha destacado por algún sector doctrinal, lo cierto es que la norma no ha modificado el régimen vigente, lo que puede generar conflictos en la determinación de los ámbitos de aplicación de cada normativa⁵⁶⁹.

Por último, es conveniente indicar que, aunque la medida puede adoptarse por cualquiera de las causas previstas, lo normal será, que en la extraordinaria situación en la que se ha dictado, en la mayor parte de los casos se aleguen circunstancias productivas, es decir, relacionadas con la lógica caída de la demanda⁵⁷⁰.

1.2.3. Tramitación.

El procedimiento a seguir en empresas no concursadas es independiente del número de trabajadores afectados. Se inicia por el empresario mediante la comunicación a la Autoridad Laboral. De forma simultánea se produce la apertura del período de consultas con los representantes

⁵⁶⁹En este sentido, IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RD Ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *IUSLabor* 1/2020, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2020, p. 52, <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367276> [Consulta: 26 de mayo de 2020].

⁵⁷⁰Con mayor amplitud, ALFONSO MELLADO, C.L. Y FABREGAT MONFORT, G., *Covid-19: Medidas del RD 8/2020 en el ámbito laboral*, 2ª ed., *Doctrina, legislación y formularios. Preguntas y respuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 16.

legales de los trabajadores, cuya duración no puede ser superior a quince días. Durante el período de consultas rige el deber de negociar de buena fe⁵⁷¹.

En la comunicación deberán constar las causas que se alegan para justificar la medida solicitada; el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; las concretas medidas de suspensión que se pretenden efectuar; los criterios de designación de los trabajadores afectados; una copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes de la intención de la empresa de iniciar el procedimiento y los representantes de los trabajadores que integran la comisión negociadora y, en caso de que no se haya constituido dentro de los plazos legales, deberá indicarse esta circunstancia.

Además, la referida comunicación ha de acompañarse de una memoria explicativa y de la documentación necesaria para justificar la concurrencia de las causas y el carácter coyuntural de la situación (art. 18.2 RPDC).

Si se han alegado causas económicas, deberá adjuntarse una memoria explicativa de los resultados económicos de la empresa, que ha de comprender el último ejercicio contable completo y, además, las cuentas anuales provisionales del vigente a la fecha de la comunicación.

Si la empresa está obligada a realizar auditoría, deberán adjuntarse el balance de situación, las cuentas de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, la memoria del ejercicio y el informe de gestión o, en su caso, la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, el balance y el estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, todos ellos debidamente auditados.

Cuando se trate de un grupo de empresas con obligación de presentar cuentas consolidadas, deberán adjuntarse las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, que deberán estar auditadas, en caso de tener dicha obligación. Si no existe obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de tener dicha obligación, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, realicen la misma actividad, o bien pertenezcan al mismo sector y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

Si lo que se alega es una previsión de pérdidas, deberán especificarse los criterios utilizados para su estimación y presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión, que deberá basarse en datos objetivos que deriven de las cuentas

⁵⁷¹SSAN, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 415/2013) [ROJ: SAN 392/2014] y de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 218/2013) [ROJ: SAN 5191/2013].

anuales, de la evolución del mercado, de los datos del sector al que pertenece la empresa y de la posición de la empresa en el mismo, o bien, cualquier otro dato que pueda acreditar la referida previsión de pérdidas económicas.

Cuando se haga referencia a la disminución persistente en el nivel de ingresos o ventas deberá adjuntarse además la documentación fiscal o contable acreditativa de tal extremo durante, al menos, los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de suspensión y la documentación fiscal o contable que acredite los ingresos ordinarios registrados en los trimestres correlativos del año contable inmediatamente anterior.

Si se aducen causas técnicas, organizativas o de producción, se debe incluir una memoria que justifique su concurrencia con informes técnicos que acrediten su relación con cambios en los medios e instrumentos de producción, cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, o con cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, entre otros (art. 18.3 RPDC).

Las consultas se desarrollarán en una comisión negociadora única que estará integrada por un número máximo de trece miembros. Los intervinientes serán los previstos en el artículo 41.4 TRLET, es decir, en caso de que la medida afecte a un centro de trabajo la legitimación corresponde a las secciones sindicales cuando así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados. En su defecto, el comité de empresa o el delegado de personal de los centros afectados y si no existe representación, la comisión de un máximo de tres miembros elegida por y entre los trabajadores o una comisión de igual número de componentes designados en función de su representatividad por los sindicatos más representativos. Si la medida afecta a más de un centro de trabajo, la legitimación corresponderá, bien al comité intercentros o, bien a la comisión representativa que se formará por los representantes legales de dichos centros, si todos o alguno de los centros cuentan con representación o, en caso de que ninguno de los centros cuente con representantes, a las comisiones designadas en proporción al número de trabajadores representados.

El período de consultas puede ser sustituido por la mediación y el arbitraje, sin que pueda dilatarse más de quince días.

Tras el período de consultas, si hay acuerdo, se presume la concurrencia de la causa. Los acuerdos requieren la conformidad de la mayoría de los miembros de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados en función del porcentaje de representación que tengan cada uno de sus integrantes.

Ahora bien, una vez finalizado el período de consultas, haya acuerdo o no, el empresario adoptará la decisión que producirá efectos desde la fecha de la comunicación a la Autoridad Laboral, salvo que se fije una posterior.

Cualquiera que sea la forma en la que se adopte la decisión empresarial -con acuerdo o sin él- debe ser comunicada a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral en el plazo máximo de quince días desde la fecha de la última reunión. Se trata de un plazo de caducidad del procedimiento.

No obstante, la decisión empresarial puede ser objeto de impugnación, tanto por parte de la Autoridad Laboral⁵⁷² como por los afectados por la misma⁵⁷³. La comunicación debe contener el acta de las reuniones que se hayan celebrado y el calendario de suspensión de los contratos (art. 20 RPDC).

Tras la referida comunicación se procederá a la notificación individualizada a los trabajadores afectados, indicando los días de suspensión que podrán ser sucesivos o alternos (arts. 16.1 y 23 RPDC) y producirá efectos desde la fecha de comunicación a la autoridad laboral, salvo que se fije una posterior.

Es conveniente puntualizar que, como consecuencia de la declaración del estado de alarma el día 14 de marzo de 2020, se adoptaron una serie de medidas laborales y de Seguridad Social. Como sabemos, los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 regularon la suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor y por causas económicas, organizativas y de la producción relacionadas con el COVID-19.

Para los supuestos de fuerza mayor del artículo 22 se regula un procedimiento que se inicia por la solicitud de la empresa, que deberá ir acompañada del informe de la vinculación de la causa al COVID19 y, además, por la documentación acreditativa de tal extremo y la comunicación remitida a la representación legal de los trabajadores.

La fuerza mayor ha de constatarse por la Autoridad Laboral cualquiera que sea el número de afectados. La Autoridad Laboral debe resolver en el plazo de cinco días, previo informe de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, que se emitirá en el plazo improrrogable de siete días. La Autoridad Laboral, en estos casos, solo se pronuncia sobre la fuerza mayor, siendo la empresa la que debe adoptar la decisión que tendrá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

⁵⁷²Cuando considere que su objeto es la indebida obtención de prestaciones de desempleo. La vía procesal será la prevista en los artículos 148 a 150 LRJS.

⁵⁷³En este caso, el cauce procesal será la del artículo 138 LRJS o la del conflicto colectivo del artículo 153 LRJS, cuando el número de afectados supere los umbrales previstos en el artículo 51.1 TRLET.

Por su parte, el artículo 23 regula una serie de especialidades procedimentales para los expedientes derivados de circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de la producción derivadas de la pandemia. Debe abrirse un período de consultas de siete días de duración máxima. Las consultas deben sustanciarse con la representación legal de los trabajadores, pero si no la hubiera, se harán con los sindicatos más representativos del sector, que además ostenten legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio. Dicha comisión se integrará por una persona por cada sindicato y las decisiones se adoptarán por mayoría. En su defecto, rigen las disposiciones del art. 41.4 TRLET y en cualquiera de estos supuestos la comisión debe estar formada en el plazo improrrogable de cinco días. Además, cabe la posibilidad de que la Autoridad Laboral solicite informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que, en su caso, se emitirá en el improrrogable plazo de siete días. Al margen de estos aspectos, en todo lo demás rige lo dispuesto en el artículo 47 TRLET y en los artículos 16 a 29 RPDC.

Tras la publicación del RDL 24/2020, a los expedientes derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID19, que se habían iniciado tras la entrada en vigor de esta norma, es decir, a partir del 27 de junio de 2020 y hasta el 30 de septiembre de 2020, se les aplicaron las siguientes especialidades. En primer lugar, era posible que se negociasen mientras estuviera en vigor un expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor y, en segundo término, cuando estos expedientes se hubieran iniciado una vez finalizado un expediente por fuerza mayor, sus efectos se retrotraían a la fecha de finalización de este último.

Por último, como sabemos, el RDL 30/2020 prorrogó los expedientes temporales de regulación de empleo derivados de fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020, es decir, los que se hubieran solicitado antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020. El artículo 1 del citado RDL estableció que, a partir del 27 de junio de 2020 ya no era posible solicitar un ERTE por fuerza mayor con amparo en el artículo 22 RDL 8/2020.

Con anterioridad he indicado que la norma regula, en el artículo 3 RDL 30/2020, los expedientes por causas económicas, técnicas organizativas y de la producción que se inicien a partir de su entrada en vigor y hasta la fecha de 31 de enero de 2021. La tramitación de los mismos se sujetará a lo dispuesto en el artículo 23 RDL 8/2020. Los que estuvieran vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 30/2020, seguirán vigentes hasta la fecha de finalización prevista en la comunicación inicial de la empresa, aunque es posible su prórroga, siempre que se alcance un acuerdo sobre ello en el período de consultas y se comunique a la Autoridad Laboral por el cauce previsto en el RPDC. Por último, las empresas que se encuentren en ERTE por fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020, acordado antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020, pueden acogerse a estos expedientes regulados en el RDL 30/2020.

1.2.4. Competencias del juez el concurso.

La competencia del juez del concurso se ciñe a las suspensiones colectivas por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Se sitúan al margen de su competencia aquellas medidas de suspensión de contratos de trabajo que deriven de fuerza mayor, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.3 TRLET han de seguir la tramitación regulada en el artículo 51.7 TRLET y en las normas reglamentarias de desarrollo⁵⁷⁴.

No obstante, he de destacar que durante la vigencia del estado de alarma declarado por el RDL 463/2020, se generaron dudas respecto a la tramitación de los expedientes temporales de suspensión de contratos.

Las normas que regularon las especialidades de estos expedientes de regulación de empleo temporal no preveían ninguna respecto a las empresas en situación de concurso. El artículo 22 RDL 8/2020 hacía referencia a las medidas excepcionales de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor que tuvieran causa directa en la pérdida de la actividad como consecuencia del COVID-19, atribuyendo la competencia a la Autoridad Laboral dependiente de cada una de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, como sabemos, el artículo 23 regulaba la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, también relacionadas con el virus COVID19. La solicitud de las medidas debía presentarse por la empresa ante la Autoridad Laboral, que era la que debía constatar la existencia de fuerza mayor o la concurrencia de las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Finalmente, era la empresa la que decidía sobre la aplicación de las medidas.

Ninguna de estas normas hacía referencia a las empresas en concurso. El silencio legislativo dio lugar a interpretaciones doctrinales que propugnaron que fuera la Autoridad Laboral la que conociera y resolviera estos expedientes, dejando, únicamente, copia de la solicitud en el juzgado de lo mercantil⁵⁷⁵. Entiendo que esta previsión era a efectos de los posibles créditos laborales que se

⁵⁷⁴En este sentido se pronuncia el AJM núm. 9 de Barcelona, de 14 de enero de 2015 (Proc. 40/2015) [JUR 2015\47814], que inadmite a trámite la solicitud de expediente de regulación de empleo concursal por falta de competencia objetiva del juzgado de lo mercantil para conocer de una solicitud de suspensión de contratos de trabajo basada en fuerza mayor.

⁵⁷⁵DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., “¿Se olvidó o no el Gobierno de las empresas en concurso en la regulación del Expediente de Reducción de Jornada o suspensión de contratos de trabajo por el estado de alarma?”, *El derecho.com*, Lefebvre, marzo 2020 [consulta: 26 de mayo de 2020].

podían generar, como consecuencia, por ejemplo, de una autorización derivada de silencio administrativo que pudiera ser objeto de una ulterior revisión⁵⁷⁶.

Esta interpretación, se vio avalada luego por la Disposición transitoria cuarta del RDL 11/2020, que contenía previsiones en materia de concursos de acreedores. La norma estableció que, en los casos en los que, a la fecha de su entrada en vigor, se hubiera dictado auto por el juez del concurso, acordando la aplicación de las medidas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, dicha resolución tenía plenos efectos. Por su parte, las solicitudes que no hubieran sido resueltas, debían remitirse a la Autoridad Laboral, a fin de que continuara su tramitación, conservando validez las actuaciones que se hubieran practicado y también el período de consultas que estuviera en curso o se hubiera celebrado. Con posterioridad, como hemos visto, se aprobó el RDL 16/2020, que fue derogado por la L 3/2020.

De otra parte, antes de la reforma operada por la L 38/2011, existía una polémica doctrinal sobre si la competencia del juez del concurso comprendía las suspensiones colectivas, dejando al margen las individuales o ambas. Algunos autores sostenían que todo tipo de suspensión de contratos de trabajo requería la autorización del juez concursal, dada la necesidad de control público sobre estas situaciones, especialmente, para el acceso a las prestaciones de desempleo⁵⁷⁷.

También, en la práctica judicial se sostenía este criterio, como recogen, a título de ejemplo, los autos del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, de 22 de julio de 2011⁵⁷⁸ y de 19 de julio de 2011 (Proc. 220/2011)⁵⁷⁹, que argumentaban que, desde el primer trabajador afectado por la medida, esta debía considerarse colectiva, pues la legislación laboral no diferencia entre suspensión individual o colectiva y ello determinaba que el juzgado de lo mercantil era plenamente competente

⁵⁷⁶El carácter positivo del silencio administrativo también se reconoció en la jurisdicción social, destacando, en este sentido, entre otras, la SAN, Sala Social, de 15 de junio de 2010 (Proc. 113/2020) [ROJ: SAN 994/2020].

⁵⁷⁷RÍOS SALMERÓN, B., “La nueva...”, op. cit. y MERCADER UGUINA, J. y ALAMEDA CASTILLO, M^a. T. “Comentario a ...”, op. cit., p. 1200.

En contra de esta postura, DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N. *Los trabajadores ante el concurso, Guía práctica para laboristas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 1^a ed., 2007, ISBN 13:9788496721173, pp. 120-151.

Por su parte, ORELLANA CANO, N., destaca que los trabajos de la Sección Especial para la reforma concursal de la Comisión General de Codificación para la reforma de la LC terminaron en mayo de 2010, antes de que se aprobara la L 35/2010, que modificó el art. 47 ET estableciendo que todas las suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativa y de producción siguieran los mismos trámites, prescindiendo de los umbrales. La redacción del art. 64.1 LC no se modificó y aunque en el informe del CGPJ se hacía constar esta precisión, no se tuvo en cuenta y el artículo mantuvo el adjetivo “colectivas”, error que también se advierte en el artículo 8.2.2 LC que fue introducido en la tramitación parlamentaria. Vid. ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 84.

⁵⁷⁸AJM núm. 1 de Cádiz, de 22 de julio de 2011 (Proc. 220/2011) [AC 2011\2108].

⁵⁷⁹AJM núm. 1 de Cádiz, de 19 de julio de 2011 (Proc. 220/2011) [AC 2011\2082].

para conocer de las medidas de suspensión de contratos de trabajo, con independencia del número de afectados o del número total de trabajadores en plantilla.

Tras las reformas del año 2012, la cuestión parecía solventada, pues la nueva redacción del artículo 47 TRLET exigía período de consultas para cualquier tipo de suspensión de contratos, lo que avalaba la competencia del juez del concurso para conocer de todo tipo de suspensiones, tanto colectivas como individuales.

Según se ha visto, la aprobación del TRLC ha modificado el régimen de atribución de competencias en materia de medidas laborales. En la actualidad, el artículo 53 TRLC es claro. Al juez del concurso solo le corresponde la competencia exclusiva y excluyente para conocer de aquellas medidas de alcance colectivo, por lo que únicamente, conocerá de las suspensiones de contratos que puedan considerarse colectivas, en atención a los umbrales que el artículo 41.2 TRLET prevé para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, esto es, cuando afecten a diez trabajadores en empresas que cuenten con menos de cien; al diez por ciento en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y a treinta trabajadores en aquellas que ocupen a más de trescientos empleados.

1.3. Reducción de jornada.

1.3.1. Concepto.

Conforme dispone el artículo 47.2 TRLET, es una medida de reducción temporal de la jornada que puede comprender entre un diez por ciento y un setenta por ciento de la jornada diaria, mensual o anual. En el ámbito laboral, dentro de estos límites máximo y mínimo, la medida debe traducirse en una reducción de algunas horas al día o al mes, algunos días a la semana, alguna semana en cada mes, o algunos meses en cada anualidad.

El elemento básico que destaca en la definición de la reducción de jornada es la temporalidad de la medida, pues el artículo 47.2 TRLET excluye las que tengan carácter definitivo⁵⁸⁰.

Esta situación, aunque no genera derecho a indemnización (art. 16 RPDC), como ocurría en los casos de suspensión del contrato de trabajo, también determina la situación legal de desempleo [art. 267.1.c) TRLGSS], que se acredita de idéntica manera que los supuestos de suspensión del contrato de trabajo. El empresario está obligado a comunicar a la entidad gestora de la prestación de

⁵⁸⁰Es conveniente recordar que el artículo 12.4.e) TRLET exige el consentimiento del trabajador para la conversión de un contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial.

desempleo las medidas de reducción de jornada que haya adoptado, antes de que sean ejecutivas y también las variaciones que determinen en el calendario inicialmente previsto para cada uno de los afectados [art. 298.h) TRLGSS]. Durante la situación de desempleo continúa la obligación de cotizar.

El artículo 8.2 LC, por su parte, aludía a la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria, mientras el artículo 47.2 TRLET, como hemos visto, admite la reducción de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. No obstante, la expresa remisión de la norma concursal al artículo 47 TRLET, que incluye junto a la suspensión de contratos, los casos de reducción temporal de jornada, permitía interpretar que la reducción se admite en los parámetros establecidos en el TRLET⁵⁸¹. Además, actualmente, el artículo 53 TRLC solo cita las reducciones de jornada de carácter colectivo, sin puntualizar el concreto ámbito temporal al que vaya referida la medida, lo que unifica el régimen mercantil y el laboral común.

El procedimiento para acordar una reducción temporal de jornada es similar al de suspensión de los contratos de trabajo, que acabo de exponer. El empresario deberá remitir una comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la Autoridad Laboral en la que debe constar cuál es la causa y la finalidad perseguida con la medida. En la notificación empresarial a los trabajadores afectados deberá indicarse la duración de la medida y el horario que se vaya a ver afectado.

También cabe que los trabajadores o la Autoridad Laboral impugnen la medida. Los primeros podrán hacerlo por la vía individual o colectiva (arts. 138 y 153 LRJS) y la autoridad laboral a través de la modalidad procesal del procedimiento de oficio [art. 148.b) LRJS].

Respecto a las especialidades derivadas de la normativa dictada como consecuencia de la pandemia por COVID19, me remito a lo expuesto en relación a los expedientes de suspensión temporal de contratos de trabajo, ya que los preceptos analizados regulan tanto los supuestos de suspensión como de reducción temporal de jornada.

Por otro lado, en lo que afecta al ámbito concursal, durante la aplicación de la LC, la remisión que hacía el artículo 8.2 LC, llevaba a considerar que tanto las reducciones de jornada individuales como las colectivas debían seguir el trámite del artículo 64 LC, a pesar de no estar expresamente contempladas en el mismo. Actualmente, la cuestión se ha aclarado tras el dictado del TRLC, pues tanto el artículo 53 como el artículo 171 TRLC atribuyen al juez del concurso el conocimiento de las medidas de reducción de jornada que tengan carácter colectivo.

⁵⁸¹En este sentido, vid. ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 86 y MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 126.

1.3.2. Causas.

La medida ha de derivar de necesidades económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Se trata de causas absolutamente coincidentes con las expuestas para los casos de suspensión de contratos, por lo que, de nuevo, la definición de las mismas es prácticamente coincidente con las previstas para las extinciones colectivas, con la salvedad de la disminución de ingresos y ventas, que solo requiere dos trimestres consecutivos, tal como ya indiqué para los supuestos de suspensión de contratos de trabajo.

Respecto a las causas técnicas, organizativas y de la producción, me remito a lo indicado respecto a la medida de suspensión de contratos de trabajo. La remisión comprende todo lo relativo a la regulación de urgencia relacionada con la pandemia por COVID-19, ya que, como acabo de indicar, los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 regularon las medidas temporales de suspensión de contratos de trabajo y de reducción de jornada, estableciendo un procedimiento idéntico para ambos supuestos.

1.3.3. Competencias del juez del concurso.

La competencia del juez del concurso para conocer de las reducciones colectivas de jornada antes de la L 38/2011 podía articularse por la vía de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Tras la reforma operada por la referida ley, el artículo 8.2 LC incluyó un segundo párrafo, que aludía a las suspensiones colectivas previstas en el artículo 47 TRLET, lo que incluía, lógicamente, las reducciones de jornada. Esta remisión del artículo 8.2 LC permitía considerar, como ya apunté, que tanto las reducciones de jornada individuales como las colectivas debían seguir el trámite del artículo 64 LC, a pesar de no estar expresamente contempladas en el mismo y, por lo tanto, ambas eran competencia del juez del concurso. Así se establecía, entre otras, en la STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013⁵⁸², que consideró que las reducciones de jornada, al igual que las suspensiones de contratos, con independencia del número de trabajadores afectados, estaban sometidas al control y a la competencia del juez del concurso, ya que ambas medidas se encontraban reguladas en el artículo 47 ET, que establece el mismo procedimiento, con independencia del número de afectados.

En el ámbito mercantil, sin embargo, no faltaron resoluciones judiciales que mantuvieron una postura contraria a este criterio, como el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de

⁵⁸²STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013 (Rec. 991/2013) [AS 2013\2558].

Granada, de 19 de abril de 2013⁵⁸³, que sostenía que la competencia del juez del concurso solo abarcaba las medidas de reducción de jornada colectivas. Se trataba de una postura claramente minoritaria, ya que eran numerosos los pronunciamientos de los juzgados que asumían la competencia y resolvían sobre las pretensiones de reducción de jornada de los trabajadores, como el auto del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid, de 23 de enero de 2015⁵⁸⁴, que, tras considerar que la solicitud de autorización de reducción de jornada de trabajo entraba dentro de su competencia objetiva, aprobó el acuerdo alcanzado durante el período de consultas⁵⁸⁵.

Este último criterio es el seguido por el legislador concursal en la actualidad. Tal como establecen los artículos 53 y 171 TRLC, la competencia del juez del concurso comprende únicamente las medidas colectivas de reducción de jornada. El carácter colectivo de la medida se determinará de acuerdo con los umbrales previstos para las modificaciones sustanciales de contratos de trabajo previstas en el artículo 41.2 TRLET, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo 53 TRLC.

A mi juicio, centralizar en el ámbito civil, únicamente, las medidas colectivas, es algo positivo, ya que agilizará el funcionamiento de las empresas en concurso. Aunque tendrán que abrir el período de consultas regulado en el artículo 47 TRLET, dicho trámite presenta un nivel de dificultad y de dilación temporal mucho menor que el derivado del expediente judicial sustanciado ante el juez del concurso, facilitando así la continuidad de la actividad de la empresa, mediante la adopción de medidas de flexibilidad interna con una mayor agilidad.

1.4. Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

1.4.1. Concepto.

El empresario tiene atribuida una facultad general de variación, conocida como *ius variandi* empresarial, que tiene su fundamento en las facultades de dirección y organización recogidas en el artículo 20 TRLET. Las modificaciones de la relación laboral amparadas en esta norma no pueden tener alcance sustancial, pues si lo tienen, no entrarían dentro del *ius variandi* y será obligado seguir los trámites fijados legalmente, en función del tipo de cambio al que se refieran. Es decir, cuando se trate, por ejemplo, de modificar el lugar en donde se desarrolle la prestación de servicios, será

⁵⁸³AJM núm. 1 de Granada, de 19 de abril de 2013 (Proc. 510/2011) [AC 2013\1811].

⁵⁸⁴AJM núm. 12 de Madrid, de 23 de enero de 2015 (Proc. 907/2014) [JUR 2016\102167].

⁵⁸⁵En el mismo sentido se pronuncia el AJM núm. 12 de Madrid, de 13 de marzo de 2014 (Proc. 71/2014) [JUR 2016\101781].

obligado tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 TRLET. Cuando el cambio afecte a las funciones, la norma que regirá será el artículo 39 TRLET, pero en los supuestos en los que se trate de modificaciones más variadas, nos encontraremos en el ámbito propio del artículo 41 TRLET.

El concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo es un concepto jurídico indeterminado. En primer lugar, es necesario diferenciar la modificación sustancial de condiciones laborales de las modificaciones del propio contrato de trabajo. El contrato puede modificarse previo acuerdo entre las partes, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la transformación de un contrato laboral no puede establecerse de modo unilateral. Es decir, un contrato temporal puede convertirse, previo acuerdo de las partes, en contrato indefinido, al igual que un contrato a tiempo parcial puede transformarse en contrato a tiempo completo, contando siempre con el beneplácito de las partes. La única posibilidad de eludir el acuerdo es por imposición legal, por ejemplo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 TRLET.

Por otro lado, la sustancialidad puede definirse en atención a la importancia cualitativa de la modificación, su alcance temporal o las eventuales compensaciones que pudieran establecerse⁵⁸⁶. No obstante, se trata de un concepto, como digo, difícil de definir y que, en caso de conflicto, debe ser interpretado por los Tribunales.

En principio, podríamos apuntar que se trata de un concepto relacionado con el justo equilibrio de intereses en el contrato, como establece la lejana STS, Sala Cuarta, de 8 de febrero de 1993⁵⁸⁷. Esta sentencia define la modificación sustancial de condiciones de trabajo como aquella conducta empresarial que altera, de forma sustancial, las condiciones en que se desarrollaba la relación de trabajo, en términos tales que el trabajador no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, “porque alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y que suponen una grave frustración del programa de prestaciones, de tal índole que puede justificar la ruptura de una relación que en principio está llamada a mantenerse según el principio civil de conservación del negocio”.

Además, como recuerda la STS, Sala Cuarta, de 10 de octubre de 2005⁵⁸⁸, las modificaciones accidentales no entran en el concepto de modificación sustancial, que está reservado a las que supongan una alteración de los aspectos fundamentales de la relación laboral, dentro de las que se encuentran aquellas que afectan a las materias a las que actualmente alude el artículo 41 TRLET.

⁵⁸⁶STS, Sala Cuarta, de 10 de octubre de 2005 (Rec. 183/2004) [ROJ: STS 5990/2005].

⁵⁸⁷STS, Sala Cuarta, de 8 de febrero de 1993 (Rec. 772/1991) [RJ 1993\749].

⁵⁸⁸STS, Sala Cuarta, de 10 de octubre de 2005 (Rec. 183/2004) [ROJ: STS 5990/2005].

Por su parte, respecto a la definición del carácter “sustancial” que ha de tener la modificación de condiciones laborales, destacan los pronunciamientos de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 12 de septiembre 2016⁵⁸⁹ y de 17 de enero 2017⁵⁹⁰.

En primer lugar, las modificaciones serán sustanciales cuando sean de tal naturaleza que “alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ‘*ad exemplum*’ del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ‘*ius variandi*’ empresarial”.

En segundo término, ha de “valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador haya de ser calificado como sustancial o accidental, lo que conlleva que, en cada caso habrá que analizar las circunstancias concurrentes”.

Por último, es necesario considerar las concretas características de la modificación y no solo la materia sobre la que verse, desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones que, en su caso, se puedan conceder. De este modo, será necesario el análisis casuístico, considerando los elementos contextuales, así como “el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados”.

Partiendo de estas características y sin ánimo exhaustividad, es posible considerar sustancial la modificación que afecte, por ejemplo, al salario en especie, en cuantía relevante, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2018⁵⁹¹, que analiza un supuesto en el que se había sustituido el sistema de descuentos a los trabajadores por uno nuevo que se realizaba a través de una tarjeta concertada con una entidad financiera. El beneficio se había reducido en cuantía relevante (seiscientos euros al mes) y, además, se había cambiado el sistema de pago del salario en especie, condicionando su obtención a la suscripción de un contrato con una entidad financiera y a pagar con la tarjeta que la misma facilitase a tal efecto.

Como recoge la STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2012⁵⁹² también es sustancial el cambio en la forma de cómputo de la jornada de trabajo, que pasa de ser diario a semanal que, aunque no altere el número de horas semanales, sin embargo, afecta directamente al sistema tradicional de remuneración del exceso de jornada. La sentencia tiene en cuenta que el referido exceso, antes se

⁵⁸⁹Sala Cuarta, de 12 de septiembre 2016 (Rec. 246/2015) [ROJ: STS 4782/2016].

⁵⁹⁰STS, Sala Cuarta, de 17 de enero 2017 (Rec. 2/2016) [ROJ: STS 799/2017].

⁵⁹¹STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2018 (Rec. 49/2017) [JUR 2018\35976].

⁵⁹²STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2012 (Rec. 156/2011) [RJ 2012\5715].

consideraba "día a día" y se abonaba como horas estructurales si se rebasaba la jornada diaria establecida de ese modo, pero luego, pasa a remunerarse solo el exceso, en caso de lo hubiera, en cómputo semanal.

Es sustancial la modificación de importes de cuantías extrasalariales como las dietas, cuando tengan relevancia económica y ello, aun cuando se perciban importes superiores a los previstos en la norma convencional aplicable, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 29 de junio de 2017⁵⁹³.

También lo es la modificación del marco temporal (que pasó de tres a cinco años) en el que se abonaba un plus de desplazamiento reconocido unilateralmente por la empresa como una condición más beneficiosa, según la STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2020⁵⁹⁴ o la decisión unilateral de una empresa de modificar las condiciones para el percibo de un complemento salarial anual fijo, de conformidad con la STS, Sala Cuarta, de 28 de enero 2020⁵⁹⁵.

En cambio, no pueden considerarse sustanciales aquellas que supongan un cambio en la forma de notificación del manual de operaciones de pilotos en una compañía aérea, esto es, pasar del formato papel al digital, cuando se ponen a disposición de los trabajadores afectados los elementos técnicos necesarios para acceder al documento, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2017⁵⁹⁶. Tampoco, como analiza la STS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2015⁵⁹⁷, en un supuesto de reducción del descuento para empleados en determinados productos tecnológicos derivado de la rígida política de precios de las compañías fabricantes. No se considera sustancial porque la modificación no produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral. Además, se considera de escasa trascendencia, ya que no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato, ni supone un perjuicio grave o relevante para el trabajador.

No tienen carácter sustancial las modificaciones derivadas del cumplimiento de obligaciones legales, como la modificación de los turnos de trabajo por motivos de salud, al derivar de la necesidad de cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 18 de diciembre de 2013⁵⁹⁸.

Tampoco lo tiene la implantación de un sistema de trabajo comercial que comporta la modificación de las rutas comerciales asignadas, pero no altera los complementos variables ni

⁵⁹³STS, Sala Cuarta, de 29 de junio de 2017 (Rec. 186/2016) [RJ 2017\3363].

⁵⁹⁴ STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2020 (Rec. 201/2018) [ROJ: STS 891/2020].

⁵⁹⁵ STS, Sala Cuarta, de 28 de enero de 2020 (Rec. 178/2018) [ROJ: STS 298/2020].

⁵⁹⁶STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2017 (Rec. 179/2016) [RJ 2017\4068].

⁵⁹⁷STS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2015 (Rec. 229/2014) [RJ 2015\5805].

⁵⁹⁸STS, Sala Cuarta, de 18 de diciembre de 2013 (Rec. 2566/2012) [RJ 2013\8434].

ninguna otra condición de trabajo, como establece la STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2017⁵⁹⁹.

Por su parte, las adaptaciones de jornada anual que tienen como finalidad realizar las horas previstas en el convenio colectivo, no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si el empresario cesa en su “tolerancia” de considerar tiempo de trabajo determinado tiempo de descanso como el del bocadillo, pasando a sostener que no debe considerarse tiempo de trabajo, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2017⁶⁰⁰.

Por último, no puede ser calificado como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino como cumplimiento de una cláusula condicional, un acuerdo consistente en una rebaja salarial con pacto de devolución parcial según resultados de otra empresa, de acuerdo con la STS, Sala Cuarta, de 14 de enero 2020⁶⁰¹.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 41 TRLET, estas modificaciones pueden afectar a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen del trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento o a las funciones, en este último caso únicamente será sustancial el cambio que exceda de los límites de la movilidad funcional regulada en el artículo 39 TRLET⁶⁰².

Se trata de una lista no exhaustiva, que no comprende la totalidad de las modificaciones que pueden llegar a tener la condición de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como se indica en la STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2006⁶⁰³ y tampoco atribuye carácter sustancial a cualquier tipo de modificación que afecte a las materias expresamente listadas.

⁵⁹⁹STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 23/2017) [JUR 2018\15974].

⁶⁰⁰STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2017 (Rec. 2235/2015) [RJ 2017\3986]. En este supuesto, la sentencia puntualiza que el descanso para el bocadillo no se considera, en la sentencia recurrida, como condición más beneficiosa. Si se hubiera considerado así, el empresario no podría haber modificado dicha condición por su única voluntad, ni podría aumentar los días de trabajo para incorporar ese tiempo no trabajado. Pero, al declarar la sentencia recurrida y, consentirlo la parte actora, que el referido descanso para el bocadillo no tiene dicha naturaleza, su modificación no requiere acudir a los trámites del artículo 41 ET y los trabajadores no tienen derecho a tener una jornada anual inferior a la establecida en el convenio colectivo.

⁶⁰¹STS, Sala Cuarta, de 14 de enero de 2020 (Rec. 194/2018) [ROJ: 295/2020].

⁶⁰²La inclusión de la movilidad funcional y también de la geográfica en el artículo 64.1 LC es conforme a la opinión doctrinal mayoritaria. Vid., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGINA, J. R., “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 491-499. BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, ISBN13:9788484568438, p. 399 y MONTROYA MELGAR, A., “Crisis de empresa y contrato de trabajo. (Panorama tras la Ley Concursal)”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 122, 2004, ISSN 0212-6095, p. 210.

⁶⁰³STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2006 (Rec. 2076/2005) [RJ 2006\3105].

Al listado originario de condiciones susceptibles de modificación, la reforma de 2012 añadió la relativa a la “cuantía salarial”, lo que implica que la empresa puede adoptar como medida de flexibilidad interna la modificación de las cuantías salariales establecidas en contrato de trabajo, en pactos o acuerdos colectivos, convenios colectivos extraestatutarios, o en decisiones unilaterales.

De otra parte, las medidas han de venir justificadas por causas económicas, organizativas, técnicas o de la producción, que habrán de estar relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa (art. 41.1 TRLET) y el procedimiento al que quedan sometidas es el expediente de regulación de empleo concursal. Por ello, en caso de no alcanzarse un acuerdo entre la administración concursal y la representación de los trabajadores, será el juez del concurso quien adopte la decisión que proceda.

Respecto al procedimiento, el previsto en el artículo 41 TRLET solo puede emplearse para modificar las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos de empresa o disfrutados por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

La reforma laboral del año 2012 modificó el criterio que permite diferenciar las modificaciones sustanciales colectivas y las individuales. Ahora pivota exclusivamente sobre el número de trabajadores afectados. De este modo, habrá que estar a los umbrales del art. 41.2 TRLET para determinar el alcance de la medida. Además, también fue a partir de esta reforma cuando el artículo 41.6 TRLET estableció que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse siempre por la vía del artículo 82.3 TRLET. Se unifica, por tanto, el sistema de descuelgue de las condiciones pactadas en convenio - tanto convenios sectoriales como de empresa-, fijando una única regulación para esa modalidad de flexibilidad interna de la empresa.

Por tanto, no cabe emplear la vía del artículo 41 TRLET para modificar los pactos de un convenio colectivo que, necesariamente, han de seguir el trámite del artículo 82.3 TRLET. Esta última vía es más estricta que la fijada en el artículo 41 TRLET para las modificaciones colectivas, pues exige el acuerdo entre las partes -sin perjuicio de los mecanismos previstos en la norma-, impidiendo la modificación unilateral de tales condiciones laborales.

En definitiva, solo quedan exceptuadas de este procedimiento de modificación sustancial aquellas condiciones laborales que vengan establecidas en convenios colectivos estatutarios, regulados en el Título III del TRLET, conforme establece el artículo 41.6 TRLET. Sobre esta cuestión se pronuncia, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2017⁶⁰⁴, que distingue claramente las figuras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el

⁶⁰⁴STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 23/2017) [JUR 2018\15974].

denominado “descuelgue” del convenio colectivo. La sentencia destaca la imposibilidad de alterar lo previsto en el convenio colectivo por la vía del artículo 41 TRLET. Por tanto, en cualquier caso, la modificación de las condiciones laborales reguladas en el convenio colectivo, con independencia del alcance que tengan, deben seguir los trámites del artículo 83.2 TRLET⁶⁰⁵.

Por su parte, la LC regulaba estas modificaciones de las condiciones fijadas en convenios colectivos en el artículo 66 LC. Exigía el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, reiterando así la remisión del artículo 41.6 al 82.3 TRLET. Este tipo de modificaciones no necesitaban la aprobación del juez del concurso, por lo que se situaban al margen del procedimiento del artículo 64 LC⁶⁰⁶. Actualmente, dicha regulación se encuentra en el artículo 189 TRLC, que reproduce íntegramente el contenido del anterior artículo 66 LC.

Por tanto, dentro del procedimiento concursal sigue rigiendo el mismo régimen que en el ámbito del TRLET⁶⁰⁷, de modo que, en los supuestos en los que sea necesario desbloquear la posible falta de acuerdo sobre la modificación de las condiciones fijadas en los convenios colectivos, los mecanismos fijados en el artículo 82.3 TRLET⁶⁰⁸ pueden ser aplicados y, en su caso, la solución que se adopte será equivalente al acuerdo al que alude el artículo 66 LC⁶⁰⁹.

1.4.2. Causas.

Como acabo de apuntar, es necesario alegar y probar causas de índole económica, técnica, organizativa o de la producción. Se trata de circunstancias que son comunes a otras medidas de

⁶⁰⁵En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 29 de junio de 2017 (Rec. 186/2016) [RJ 2017\3363].

⁶⁰⁶Existe, sin embargo, cierta polémica doctrinal al respecto. Autores como, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN sostienen que este tipo de modificaciones debe someterse al procedimiento del expediente concursal del art. 64 LC. Vid., en este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MUSCHI LOAYZA, F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, ISBN: 9788483559406, p. 431.

En contra, DURÁN LÓPEZ, F., “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, ISSN 0213-0556, p. 418.

⁶⁰⁷GOERLICH PESET, J.M., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN 8490336326, p. 70.

⁶⁰⁸En caso de desacuerdo en el período de consultas, el artículo 82.3 TRLET admite que se pueda someter la discrepancia a la comisión del convenio; a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a arbitraje vinculante; a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas.

⁶⁰⁹MERCADER UGUINA, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, parte Estudios, 2014, ep. 7, BIB 2013/2572.

regulación de empleo, como la extinción, la suspensión de contratos de trabajo o la reducción de jornada, por lo que será el empresario quien haya de valorar su intensidad de cara a seleccionar la medida que mejor se adapte a las necesidades de mejora de la empresa y que sea menos traumática para el empleo.

De nuevo, las causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción han de estar relacionadas con la competitividad, la productividad, o la organización técnica o del trabajo en la empresa (art. 41.1 TRLET). Pueden ser situaciones económicamente negativas o, simplemente, circunstancias que aconsejen un cambio de carácter técnico, organizativo o de la producción.

La normativa legal, tras la reforma del año 2012, ha modificado la definición legal de las causas que han de concurrir para que la empresa pueda adoptar una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Antes de 2012 se exigía que la decisión contribuyese “a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma, a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Ahora, el artículo 41 TRLET se limita a señalar que se considerarán razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Por tanto, de una forma muy similar a la regulación de otras medidas, la reforma laboral trata de limitar el control judicial sobre la concurrencia de la causa que sirve de base a la decisión empresarial.

La redacción legal, sin embargo, no puede servir para sostener que se ha regulado una facultad empresarial absoluta al margen de los límites vigentes en torno a la prohibición de abuso de derecho y fraude de ley (arts. 6 y 7 CC) y del respeto a los derechos fundamentales del trabajador⁶¹⁰.

Además, como ya apunté con ocasión del análisis de las extinciones colectivas de contratos de trabajo, la citada reforma laboral ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia, que se ha inclinado por entender que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar no solo la realidad de las causas alegadas, sino que el control judicial ha de comprender si tienen la suficiente entidad para justificar la decisión y si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, esto es, si se ajusta o no a los criterios propios de actuación de un buen comerciante, al igual que ocurría antes de la reforma de 2012.

⁶¹⁰RAMOS MORAGUES, F., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 44/2012 parte Presentación, 2012, BIB 2012\2902.

Por tanto, los órganos jurisdiccionales deben emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada y, además, un juicio de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Lo que no corresponde a los órganos jurisdiccionales es determinar si medida es “idónea” o no, ni tampoco criticar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial, como destacan las SSTS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2014 y de 26 de marzo de 2014⁶¹¹.

1.4.3. Tramitación.

En lo que respecta a los trámites que se han de seguir por el empresario para proceder a una modificación sustancial de condiciones de trabajo, es necesario distinguir las individuales de las colectivas.

Las de carácter individual solo exigen notificación al trabajador y a los representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad (art. 41.3 TRLET).

Parece lógico que las referidas comunicaciones se hagan por escrito, indicando la condición laboral que se modifica, el alcance de dicha modificación y la causa, aunque la norma no establece nada al respecto.

Frente a la modificación sustancial cabe impugnación judicial individual a través de la modalidad regulada en el artículo 138 LRJS o colectiva a través del conflicto colectivo (arts. 153 y ss. LRJS). Pero en los supuestos en los que la modificación afecta a la jornada, al régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el salario o las funciones [art. 41.1, a), b), c) d) y f) TRLET] cabe la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, con un máximo de nueve mensualidades.

La medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo puede ser colectiva. Tendrá este carácter cuando, en el período de noventa días, afecte a un número mínimo de diez trabajadores

⁶¹¹Respecto a la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo destacan las SSTS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) [RJ: TS 599/2014] y de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [RJ: TS 2031/2014].

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 30 de junio de 2015 (Rec. 1082/2015) [AS 2015\2064], que destaca la necesidad de justificar la causa determinante de las medidas y su razonabilidad de cara a contribuir a preservar la viabilidad del negocio y el mantenimiento del empleo en la empresa, incluso en los supuestos, como el que analiza, en los que la empresa se encuentra en situación de concurso de acreedores. Tras un exhaustivo análisis de la situación, dicha sentencia considera que las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo solicitadas, que consistían en la reducción de salarios y la ampliación de la jornada de trabajo, eran adecuadas para el logro de las finalidades previstas, además de necesarias e imprescindibles.

en empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al diez por ciento en empresas que cuenten entre cien y trescientos trabajadores, o a treinta trabajadores en las que cuenten con más de trescientos trabajadores en plantilla. En estos casos, su adopción debe ir precedida de un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

El período de consultas tiene por objeto negociar sobre medidas y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos. Su duración no puede ser superior a quince días y debe sujetarse a las reglas de la buena fe.

Las consultas se llevarán a cabo en una única comisión negociadora, integrada por un máximo de trece miembros de los centros afectados, que pueden proceder de las secciones sindicales de la empresa que cuenten con la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros afectados, siempre que así lo acuerden.

En su defecto, habrá que tener en cuenta las siguientes reglas. Cuando la medida afecta a un solo centro de trabajo que cuente con representación unitaria legal, corresponderá intervenir en las consultas a los referidos representantes unitarios, esto es, a los delegados de personal o al comité de empresa. En caso de inexistencia de dicha representación, podrá constituirse una comisión *ad hoc* con un máximo de tres miembros, que podrá componerse por trabajadores de la empresa elegidos democráticamente, o por personas designadas por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma, según su representatividad. En tal caso, el empresario, a su vez, puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, incluidas las más representativas a nivel autonómico.

En los supuestos en los que la medida colectiva de modificación sustancial de condiciones de trabajo afecta a varios centros podrán intervenir en las consultas, el comité intercentros que tuviera atribuida tal función en el convenio colectivo que lo haya creado. En su defecto, intervendrá una comisión representativa constituida por un máximo de trece miembros, que deberá constituirse antes de la comunicación empresarial de inicio del período de consultas, en el plazo máximo de siete o de quince días, en función de que los centros afectados cuenten o no con representación legal. En ella se integrarán los representantes legales de los centros afectados, si todos cuentan con tal representación. Si solo algunos cuentan con la referida representación legal, la comisión se formará por los representantes de los centros que cuenten con representación y por la comisión *ad hoc* que hayan designado los trabajadores de los centros que no cuenten con representación legal, todos ellos en proporción al número de trabajadores que representen. Si no se designa dicha comisión *ad hoc*, la intervención en el período de consultas corresponderá a los representantes legales de los centros que cuenten con dicha representación. En los supuestos en que no exista

representación legal en ninguno de los centros afectados por la medida, se constituirán comisiones *ad hoc* en cada centro.

A lo largo de las consultas, las partes están obligadas a negociar de buena fe de cara a la consecución de un acuerdo. Están obligadas a proporcionar la información que sea suficiente para justificar la causa, pero no están sometidas a las obligaciones impuestas en los artículos 51 y 47 TRLET para los casos de despidos colectivos, suspensiones o reducciones de jornada⁶¹².

Por otro lado, tanto el empresario como la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento, la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje que sean aplicables en la empresa.

Si se alcanza un acuerdo entre las partes, se presumirá la concurrencia de la causa alegada para la adopción de la medida y solo podrá impugnarse ante la jurisdicción social por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El referido acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de los miembros de la representación unitaria, o de la comisión representativa con la que se haya negociado.

En defecto de acuerdo, el empresario podrá adoptar la medida una vez finalizado el período de consultas, comunicándola, de forma fehaciente, a los trabajadores que vayan a verse afectados por la misma (art. 51.5 TRLET) y también a los representantes de los trabajadores, tal como se ha interpretado por la jurisprudencia, pues será a partir de ese momento cuando empiece el cómputo del plazo de caducidad (arts. 59.4 TRLET y 138.1 LRJS)⁶¹³.

Los medios de impugnación de la medida, de nuevo, son individuales (art. 41.5 TRLET y 138 LRJS) o colectivos, a través de la modalidad de conflicto colectivo (arts. 153 y ss. LRJS) y también cabe que los afectados soliciten la resolución de sus contratos de trabajo con derecho a la correspondiente indemnización (art. 41.4 TRLET).

De otra parte, es necesario destacar, como peculiaridad propia del procedimiento concursal, la limitación de derechos que sufre el trabajador. En el ámbito laboral puede extinguir su contrato cuando la modificación sustancial de condiciones de trabajo le ocasione un perjuicio, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades (art. 41.3 TRLET). En el procedimiento concursal, sin embargo, los artículos 184.1 y 3 TRLC⁶¹⁴ suspenden esta opción durante la tramitación del concurso, con el límite máximo de un año a contar desde la autorización judicial de la modificación. Se trata de una limitación de derechos que, sin embargo, está claramente justificada por la necesidad de dar continuidad a la

⁶¹²En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2015 (Rec. 137/2013) [RJ 2015\2162].

⁶¹³Sobre esta cuestión se pronuncia la STS, Sala Social, de 12 de enero de 2017 (Rec. 26/2016) [RJ 2017\1097].

⁶¹⁴La suspensión del derecho a solicitar la extinción del contrato se regulaba antes en el artículo 64.9 LC.

actividad empresarial, que podría verse afectada por la necesidad de hacer frente a las indemnizaciones reguladas en la normativa laboral⁶¹⁵.

1.4.4. Competencias del juez del concurso.

El juez del concurso solo será competente cuando la modificación sustancial sea de carácter colectivo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 171 TRLC⁶¹⁶. Además, aunque parezca una redundancia, es preciso puntualizar que su competencia solo se extiende a aquellas modificaciones que merezcan el calificativo sustancial y no a aquellas otras que no afecten de manera significativa las condiciones de trabajo⁶¹⁷.

Las modificaciones sustanciales pueden afectar a mejoras de prestaciones de Seguridad Social y otras mejoras sociales de un plan de previsión social que esté vigente en la empresa, incluidas las revalorizaciones de determinadas prestaciones que pudiera haber acordado la empresa. La regulación de las mejoras voluntarias de Seguridad Social permite considerar que pertenecen al ámbito de las relaciones laborales, en el sentido amplio de la expresión, que comprende tanto la relación individual de trabajo como las relaciones colectivas entre los representantes de trabajadores y el empresario. Por ello, aunque las medidas de modificación afecten no solo a los trabajadores en activo, sino también a antiguos trabajadores de la empresa, la competencia corresponde al juzgado de lo mercantil, ya que todos los afectados disfrutan de las mismas, en virtud de un sistema de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social⁶¹⁸.

Por su parte, las modificaciones sustanciales de alcance individual podrán ser acordadas por la administración concursal cuando el empresario tenga suspendidas sus funciones y en caso de intervención, por el propio empresario, con la conformidad de la administración concursal y su impugnación se sustanciará ante la jurisdicción social.

De nuevo, la fecha de declaración de concurso es un dato clave para la atribución de competencia al juez del concurso. De este modo, su competencia se refiere a aquellas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que se tramiten y decidan en el seno de la empresa declarada en concurso. No abarca los supuestos en los que las referidas medidas se hubieran acordado fuera del mismo y con base en el procedimiento previsto en el TRLET, es decir,

⁶¹⁵ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, ISBN: 978-84-8456-055-5, p. 71.

⁶¹⁶Así se recogía ya durante la vigencia de la LC por algunos órganos mercantiles, entre ellos, el AJM núm. 1 de Cádiz, de 25 de mayo de 2012 (Proc. 204/2012) [AC 2012\2304].

⁶¹⁷Como recuerda el AJM núm. 1 de Cádiz, de 25 de mayo de 2012 (Proc. 209/2012) [AC 2012\2083].

⁶¹⁸Como razona la STSJ de Navarra, Sala Social, de 21 de febrero de 2014 (Rec. 32/2014) [JUR 2014\101742].

cuando la terminación del período de consultas con los representantes de los trabajadores, la toma de decisión e incluso la comunicación a los representantes de los trabajadores y a los afectados se hayan producido antes de la declaración de concurso. De ahí que una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo que haya sido tramitada, adoptada e incluso notificada antes del dictado del auto de declaración de concurso, no sea competencia del juez del concurso, aun cuando su ejecución o sus efectos se vayan a producir después de esta declaración⁶¹⁹.

En los casos en los que la modificación afecte a condiciones laborales reguladas en el convenio colectivo, será aplicable lo dispuesto en el artículo 189 TRLC. Por tanto, como hemos visto, será necesario el acuerdo con la representación legal de los trabajadores. En su defecto, la solicitud será desestimada⁶²⁰.

Ahora bien, cuando la decisión sobre la modificación sustancial de condiciones de trabajo implique resolver sobre cuestiones que excedan del marco de la competencia que perfilan los artículos 53 y 171 TRLC, como pueden ser los supuestos en los que la modificación derive de la pérdida de vigencia del convenio colectivo que regulaba las relaciones de trabajo en la empresa, la competencia no será del orden mercantil, sino del social⁶²¹. La razón de esta atribución competencial deriva del hecho de que la decisión exige un pronunciamiento concreto y previo respecto a la vigencia ultraactiva del convenio de la empresa concursada, es decir, se extiende a cuestiones cuyo conocimiento excede de las acciones sociales atribuidas al juez del concurso en los artículos 2.a) y 3.h) de la LRJS.

1.5. Traslados.

1.5.1. Concepto.

Las medidas de movilidad geográfica se regulan en el artículo 40 TRLET. Se trata de medidas adoptadas de forma unilateral por el empresario que pueden tener carácter temporal o definitivo, lo que deja fuera los supuestos de movilidad geográfica no sustancial, que se caracterizan porque no generan la necesidad de residir fuera del domicilio de origen del trabajador y aunque

⁶¹⁹En este sentido se pronuncia la STSJ de Valencia, Sala Social, de 11 de noviembre de 2014 (Rec. 2193/2014) [JUR 2015\56141], analizando un supuesto de reducción salarial negociada, acordada y notificada antes de la declaración de concurso, pero con eficacia posterior a dicha declaración.

⁶²⁰AJM núm. 1, de Málaga de 29 de marzo de 2005 (Proc. 19/2004) [JUR 2005\102155].

⁶²¹Así lo recoge la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 12 de mayo de 2015 (Rec. 676/2015) [JUR 2015\175417].

puedan determinar tal necesidad, de forma puntual, no implican que el trabajador deba residir de forma estable en otro lugar.

También se excluyen los supuestos de movilidad de trabajadores que prestan servicios para empresas con centros de trabajo móviles, ya que sujetarlos al régimen del artículo 40 TRLET supondría impedir que dichas empresas pudieran satisfacer sus constantes necesidades de movilidad del personal.

De igual modo, se excluyen los supuestos de movilidad voluntaria del trabajador y la pactada entre las partes, que suelen regularse a través de la negociación colectiva, los casos de movilidad por motivos disciplinarios, la movilidad de las víctimas de violencia de género y de las víctimas de terrorismo y la derivada de motivos de discapacidad.

Mención especial merecen los casos de movilidad dentro de las empresas del mismo grupo empresarial, dada la cercanía que, en algunos supuestos, pueden tener con figuras prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico como la cesión ilícita de trabajadores y que también quedan fuera del régimen del artículo 40 TRLET. La jurisprudencia los ha considerado lícitos, ya que entiende que, en estos casos, no se da una voluntad de dañar los intereses del trabajador.

La STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2009⁶²² y la previa de 30 de junio de 1993⁶²³, establecen, de forma tajante, que estos supuestos “no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real”, sino que la movilidad de los trabajadores responde a necesidades organizativas o técnicas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo y, en principio, es una práctica lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando por analogía las que contempla el artículo 43 TRLET. Es decir, lo importante para determinar que esa puesta a disposición de trabajadores en el seno de un grupo de empresas no tiene carácter de cesión ilegal ha sido la concreta finalidad perseguida con la misma, básicamente, porque no se trata de “crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real”. Por tanto, dichos fenómenos han de considerarse, en principio, lícitos siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador.

Volviendo a la movilidad geográfica regulada en el artículo 40 TRLET, el legislador la aborda, desde el punto de vista causal y procedimental como una modificación sustancial más de las condiciones de trabajo. Se trata de una herramienta de flexibilidad interna y de adaptación a las circunstancias económicas y productivas.

⁶²²STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008) [RJ 2009\3263].

⁶²³STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992) [ROJ: STS 4673/1993].

En primer lugar, es necesario puntualizar que el artículo 2.2.c) RD 1659/1998⁶²⁴, el empresario deberá facilitar al trabajador por escrito la información relativa al centro de trabajo donde deba prestar sus servicios. Cuando, de forma habitual, los referidos servicios se presten en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes también es obligatorio dejar constancia de este hecho. La obligación se puede cumplir a través del propio contrato de trabajo formalizado, por escrito, o bien, mediante un escrito que complemente la información destacada en el contrato, que habrá de emitirse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de comienzo de la relación laboral.

El traslado puede definirse como el cambio de lugar de trabajo que impone al trabajador la necesidad de cambiar su domicilio. El traslado es una medida diferente del desplazamiento que regula el artículo 40.6 TRLET. El desplazamiento consiste en el cambio de lugar de trabajo de carácter temporal o coyuntural que, aunque supone que la prestación de servicios se desarrolle en un lugar diferente al de la residencia⁶²⁵ del trabajador, sin embargo, no exige un cambio definitivo de su residencia habitual⁶²⁶.

La nota de la temporalidad es la que caracteriza a los desplazamientos, que no pueden superar el periodo de doce meses dentro de la franja temporal de tres años, pues, en caso contrario, nos encontraríamos con la figura del traslado, a efectos de los requisitos formales y causales. Por tanto, aunque el traslado, en principio, se caracteriza por ser una medida de carácter definitivo o indefinida en el tiempo, es necesario precisar que el legislador extiende el régimen jurídico del traslado a aquellos cambios locativos que, siendo temporales, superen los doce meses de duración, dentro del plazo de tres años.

Además, el artículo 41.7 TRLET⁶²⁷ remite la regulación de los traslados a lo dispuesto en el artículo 40 TRLET, por lo que parece que solo este tipo de movilidad geográfica forma parte de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El principal problema que plantea la medida de traslado es valorar la existencia de una efectiva necesidad de cambiar de domicilio. Los criterios jurisprudenciales que se emplean a tal efecto son, básicamente, los siguientes. En primer lugar, se valora la distancia entre el nuevo lugar

⁶²⁴RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998.

⁶²⁵El término residencia es equivalente al de domicilio del trabajador, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina laboralista. Vid., en este sentido, GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa: el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 84-8002-314-7, p. 61.

⁶²⁶STS, Sala Cuarta, de 17 de febrero de 2000 (Rec. 2794/1997) [ROJ: STS 1202/2000].

⁶²⁷Incorporado por la L 35/2010, de 17 de septiembre.

de trabajo y el domicilio del trabajador. En segundo término, la existencia de medios públicos de transporte que faciliten el acceso al nuevo centro de trabajo y, por último, las facilidades que el empresario otorgue para neutralizar los efectos de la movilidad acordada.

Por otro lado, la medida puede ser individual o colectiva. Será colectiva cuando supere los umbrales del artículo 40.2 TRLET, es decir, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo si este ocupa a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad de los trabajadores del centro, en un período de noventa días, comprenda a un número de trabajadores de, al menos, diez en empresas que ocupen menos de cien trabajadores; del diez por ciento en empresas que den ocupación entre cien y trescientos trabajadores y de treinta trabajadores en caso de empresas que ocupen más de trescientos.

Se trata de un criterio puramente cuantitativo. Para determinar los umbrales se deben sumar todos los traslados que se hayan producido en la empresa por la misma causa, en el periodo de los noventa días inmediatamente anteriores, pero, en principio, sin computar aquellos que deriven de la libre negociación entre las partes.

De otra parte, la norma concursal suspende durante la tramitación del concurso y con el límite de un año como máximo, el derecho del trabajador a la extinguir el contrato con derecho a indemnización de veinte días con un máximo de doce mensualidades (art. 64.9.2 LC).

1.5.2. Causas.

Como hemos dicho, el legislador aborda la movilidad geográfica, desde el punto de vista causal y procedimental, como una modificación sustancial más de las condiciones de trabajo. Por tanto, no se incluyen entre ellas, los casos de sanción disciplinaria, los cambios de centro de trabajo que no impliquen modificación del lugar de residencia del trabajador, ni los que deriven del acuerdo entre las partes.

Las medidas de traslado deben basarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción, que exijan cambios de residencia del trabajador y que han de estar conectadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa⁶²⁸. Su adopción está sujeta a la necesaria acreditación por parte del empresario de las causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción que las justifiquen.

Se entiende que concurren dichas causas cuando la adopción de las medidas contribuya a mejorar la situación de la empresa mediante una más adecuada organización de sus recursos que

⁶²⁸Por tanto, no se incluyen entre ellas, los casos de sanción disciplinaria; los cambios de centro de trabajo que no impliquen modificación del lugar de residencia del trabajador, ni los que deriven del acuerdo entre las partes.

favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

No encontramos en el texto legal ninguna alusión a la posible situación económica negativa de la empresa, ni tampoco a la existencia de dificultades que impidan su buen funcionamiento, sino que, será suficiente con que la medida de traslado contribuya, de manera razonable, a mejorar la competitividad de la empresa o su productividad, o que sea beneficiosa o pertinente desde el punto de vista de su organización técnica o de la organización del trabajo.

1.5.3. Tramitación.

El empresario debe notificar la decisión de traslado a los afectados y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad (art. 40.1.3 TRLET). Se trata de facilitar que los trabajadores puedan reorganizar su vida privada y familiar y por eso se fija el referido plazo.

La finalidad de la notificación a los legales representantes de los trabajadores es que puedan efectuar un adecuado control del número de trabajadores afectados por la medida y verificar si la empresa está realizando traslados de carácter individual o colectivo.

A falta de regulación legal la jurisprudencia ha perfilado el contenido mínimo que debe tener la referida comunicación. Debe fijar el puesto de trabajo que se va a desempeñar en el nuevo destino, el tiempo de permanencia en el mismo, las causas determinantes de la movilidad y los posibles gastos y dietas que se vayan a percibir⁶²⁹.

La orden de desplazamiento es ejecutiva. El trabajador afectado no tiene reconocido un derecho a optar entre aceptar el desplazamiento o extinguir su contrato con derecho a indemnización. Lo único que puede hacer es impugnar la orden de desplazamiento a través de la modalidad procesal regulada en el artículo 138 LRJS.

1.5.4. Competencias del juez del concurso.

En lo que respecta a los traslados, la competencia del juez del concurso sobre estas medidas se admitía antes de la L 38/2011, como variación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, por la vía del artículo 64.9. 3º LC. De hecho, el propio artículo 41.7 TRLET remite a la

⁶²⁹En este sentido se pronuncia, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 1991 (Rec. 945/1990) [RJ 1991\1864].

regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Actualmente, esta competencia está expresamente recogida en los artículos 53 y 171 TRLC.

La medida está condicionada a la existencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de la producción, que concurrirán cuando la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a la demanda (art. 40.1 TRLET).

La competencia del juez del concurso vendrá condicionada por el carácter individual o colectivo de la medida, de modo que solo será competente cuando se superen los umbrales del artículo 40.2 TRLET y, por tanto, estemos ante un traslado colectivo (arts. 53 y 171 TRLC). En caso contrario, los trámites correspondientes serán los previstos en el artículo 40.1 TRLET.

1.6. Acciones resolutorias individuales.

1.6.1. Concepto.

El artículo 50 TRLET regula una vía de extinción del contrato de trabajo que puede solicitar el trabajador en los supuestos de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que no respeten el régimen del artículo 41 TRLET y redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador [art. 50.1.a) TRLET], por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario [art. 50.1.b) TRLET], o por cualquier otro incumplimiento grave de los deberes y obligaciones empresariales. Se exceptúan los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 TRLET, cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados [art. 50.1.c) TRLET].

Los supuestos de resolución por modificación sustancial de condiciones de trabajo deben entenderse referidos a los casos regulados en el artículo 41 TRLET, que se hayan adoptado sin seguir los trámites del referido artículo y que afecten negativamente a la dignidad del trabajador, esto es, cuando afectan a su consideración como persona, a su prestigio o a su honorabilidad profesional. Quedan incluidos los supuestos de traslados que no hayan seguido el procedimiento del artículo 40 TRLET.

No obstante, también pueden dar lugar a la resolución del contrato los supuestos de modificación sustancial de condiciones laborales que hayan seguido la tramitación legalmente prevista, pero que ocasionan daños y perjuicios a la dignidad del trabajador.

Por tanto, conforme dispone el artículo 50.1.a) TRLET, para que proceda la extinción indemnizada de la relación laboral, se exige la concurrencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador. Ello conlleva la

necesidad de probar la existencia de una actitud empresarial que atente abiertamente contra el derecho que, con carácter general, reconoce el artículo 4.2.e) TRLET.

La jurisprudencia ha establecido que es necesaria la afectación de la esencia del contrato, así como también una voluntad incumplidora persistente. En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 1991⁶³⁰, que recuerda que la viabilidad de la justa causa de extinción de la relación laboral prevista en el artículo 50.1.a) ET, exige un cambio que ha de ser “sustancial, es decir, que afecte - sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6508) -«a su propia y básica naturaleza» y sea revelador, a la vez, de «un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones, por el empresario», que suponga deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral”.

En idéntico sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 3 de abril de 1997⁶³¹, al establecer que esta acción resolutoria “tiende a evitar que un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador, sitúe a aquél en una posición forzada de dimisión, sin recibir la indemnización correspondiente al despido”. La sentencia puntualiza que “el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución” y además, ha de ser voluntario, entendiendo como tal aquella conducta que pone de manifiesto “un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor”.

A mayor abundamiento, como hemos dicho, actualmente, tras la redacción del precepto por la L 3/2012, se exigen dos requisitos que son, que la empresa haya modificado las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el artículo 41 TRLET y que se produzca un perjuicio para el trabajador, que se traduce en el menoscabo de su dignidad.

Por otro lado, como es lógico, continúa vigente el requisito de la gravedad de la conducta empresarial⁶³², estando implícita dicha gravedad en el mero hecho de que la modificación afecte a la dignidad del trabajador⁶³³.

Existen numerosos supuestos prácticos que reconocen el derecho a la resolución indemnizada del contrato en supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, como

⁶³⁰STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 1991 (Rec. 1145/1990) [RJ 1991\3932].

⁶³¹STS, Sala Cuarta, de 3 de abril de 1997 (Rec. 3455/1996) [RJ 1997\3047].

⁶³²En este sentido se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 8 de febrero de 1993 (Rec. 772/1991) [RJ 1993\749].

⁶³³Sobre esta cuestión se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 8 de abril de 1991 (Rec. 1384/1990) [RJ 1991\3255].

la STS, Sala Cuarta, de 14 de mayo de 1991⁶³⁴, en un supuesto de limitación de funciones de un director general de zona, que pasó a la categoría de agente con funciones de visitador médico. En idéntico sentido, la STS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1990⁶³⁵ sostiene que se produce un claro perjuicio para la dignidad del trabajador en los supuestos de pérdida de responsabilidad por cambio de funciones y, también, cuando se encargan al trabajador competencias que requieren menor cualificación profesional. Lo mismo ocurre cuando se vacía de funciones el puesto que desempeña el trabajador en la empresa, ya que ello supone una degradación funcional que atenta contra su dignidad profesional, como expresa la STSJ de Andalucía, Sala Social, de 16 de noviembre de 2017⁶³⁶.

En lo que respecta a la causa de resolución contractual regulada en el artículo 50.1.b) TRLET, la valoración jurídica del comportamiento empresarial exige traer a colación la jurisprudencia sobre la materia. En este sentido, destaca la STS, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 2016⁶³⁷, que establece que la concurrencia de la causa de resolución prevista en el artículo 50.1.b) TRLET no exige que concurra la culpabilidad en el incumplimiento empresarial, bastando solo la concurrencia de la gravedad. El criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago, no se aprecia cuando el retraso no supera los tres meses⁶³⁸.

Ahora bien, no es la magnitud del retraso lo que determina la gravedad del incumplimiento empresarial, sino la duración del comportamiento moroso, es decir, cuán larga sea la conducta morosa. El Tribunal Supremo ha establecido una serie de criterios orientativos sobre esta materia. Entre ellos, destacan los de la STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 1986⁶³⁹, que considera que carece de gravedad el impago de un solo mes de salario. Tampoco se considera grave el impago de un mes de salario y el cobro fraccionado de los seis meses siguientes, en el concreto marco empresarial examinado en la STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2012⁶⁴⁰.

Respecto a los retrasos, destacan, entre otros, los criterios de la STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 1992⁶⁴¹, que considera que los retrasos en el abono de salarios que sean superiores a la anualidad dan lugar a la resolución del contrato. También los retrasos en el pago que superen once

⁶³⁴STS, Sala Cuarta, de 14 de mayo de 1991 (Rec. 1453/1990) [RJ 1991\3912].

⁶³⁵STS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1990 [RJ 1990\229].

⁶³⁶STSJ de Andalucía, Sala Social, de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 3025/2016) [JUR 2018\10586].

⁶³⁷STS, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 2016 (Rec. 2920/2014) [RJ 2016\2547].

⁶³⁸En este sentido se pronuncian las SSTS, Sala Cuarta, de 16 de enero de 2015 (Rec. 257/2014) [RJ 2015\1027] y de 25 de septiembre de 1995 (Rec. 756/1995) [RJ 1995\6892].

⁶³⁹STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 1986 [RJ 1986\3696].

⁶⁴⁰STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2012 (Rec. 1311/2011) [RJ 2012\4039].

⁶⁴¹STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 1992 (Rec. 413/1991) [RJ 1992\1870].

meses consecutivos, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 1998⁶⁴²; los retrasos inferiores a un mes, pero continuados durante cuatro anualidades, a los que alude la STS, Sala Cuarta, de 10 de junio de 2009⁶⁴³; los que alcanzan el mes, en un periodo consecutivo de dos años, conforme analiza la STS, Sala Cuarta, de 2 de diciembre de 2013⁶⁴⁴; los que llegan al mes y medio de retraso, como establece la STS, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2013⁶⁴⁵. También se considera incumplimiento contractual grave cuando el salario se abona en dos plazos, con retrasos en cinco meses y dos pagas extraordinarias, como recoge la STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013⁶⁴⁶.

De este modo, el comportamiento será grave cuando “no sea un retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente”, lo que ocurre cuando se extiende durante más de un año, aunque al tiempo del acto del juicio oral se hubieran abonado todas las cuantías, como se refleja en la STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015⁶⁴⁷. Incluso se ha admitido la resolución cuando los retrasos comprenden más de seis o siete meses, STS, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 2016⁶⁴⁸ y de 3 de febrero de 2016⁶⁴⁹, respectivamente, o, incluso, cinco meses, como analiza la STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013⁶⁵⁰.

Por otro lado, la tercera vía de resolución del contrato a instancia del trabajador es la prevista en el apartado c) del artículo 50.1 TRLET. Es mucho más amplia que las dos anteriores y puede derivar de cualquier tipo de incumplimiento empresarial grave y ajeno a la fuerza mayor.

Puede tratarse, por ejemplo, del incumplimiento de medidas de seguridad y salud. También de la falta de ocupación efectiva. Se incluyen los supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Además, también los casos de negativa del empresario a reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo, tras una orden de traslado que hayan sido declarada injustificada judicialmente, por la vía del artículo 138.8 LRJS, sin perjuicio del derecho del trabajador de solicitar la ejecución de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 279, 280 y 281 LRJS. También cabe que el incumplimiento empresarial afecte a obligaciones de Seguridad Social, como el pago directo de prestaciones o de mejoras sobre aquellas como recoge la STS, Sala Social, de 18 de febrero de 2013⁶⁵¹, o que consista en el incumplimiento reiterado de las obligaciones empresariales

⁶⁴²STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 1998 (Rec. 4808/1997) [RJ 1998\5711].

⁶⁴³STS, Sala Cuarta, de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008) [RJ 2009\3261].

⁶⁴⁴STS, Sala Cuarta, de 2 de diciembre de 2013 (Rec. 846/2013) [RJ 2013\8441].

⁶⁴⁵STS, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 141/2013) [RJ 2014\71].

⁶⁴⁶STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013 (Rec. 1037/2012) [RJ 2013\6082].

⁶⁴⁷STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015 (Rec. 14/2014) [RJ 2015\756].

⁶⁴⁸STS, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 2016 (Rec. 2920/2015) [RJ 2016\2547].

⁶⁴⁹STS, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 2016 (Rec. 3198/2014) [RJ 2016\1002].

⁶⁵⁰STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013 (Rec. 1037/2012) [RJ 2013\6082].

⁶⁵¹STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2013 (Rec. 886/2012) [RJ 2013\2123].

de cotización, como estableció la STS, Sala Cuarta, de 18 de junio de 2020⁶⁵², en relación a un supuesto de pago reiterado de salarios “en negro”.

Pasando ya al ámbito concursal, la mención a las acciones resolutorias se contenía el apartado décimo del artículo 64 LC, que se refería a las acciones resolutorias individuales ejercitadas con amparo en el artículo 50 TRLET, que estuvieran fundadas en la situación económica o en la insolvencia del concursado; que fueran posteriores a la solicitud del concurso (no a la declaración) y en las que no hubiera recaído sentencia firme.

La colectivización de estas acciones se producía una vez que se acordaba la iniciación del procedimiento del artículo 64 LC, como consecuencia de la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo, pero no tenía lugar si el procedimiento colectivo era de suspensión, reducción de jornada, modificación sustancial de condiciones de trabajo o traslado.

Inicialmente, la LC estableció un modelo de colectivización de las acciones resolutorias individuales, partiendo de un criterio numérico. El artículo 64.10 LC fijaba que las referidas acciones debían alcanzar al menos a diez trabajadores en empresas de hasta cien, al diez por ciento en empresas de entre cien y trescientos trabajadores y al veinticinco por ciento en empresas con más de trescientos trabajadores. El número de trabajadores que entablaban la acción resolutoria, al amparo del artículo 50.1.b) ET era lo que determinaba la competencia para resolver⁶⁵³. De modo que, cuando no alcanzaban tales umbrales numéricos, la extinción contractual por la causa referida se consideraba individual y se tramitaba ante el juzgado de lo social competente, sin perjuicio de que, en el supuesto de que recayese sentencia estimatoria que gravase económicamente el patrimonio del deudor, su ejecución correspondiese al juzgado de lo mercantil⁶⁵⁴.

Posteriormente, tras la reforma operada en el año 2011, la norma abandonó este criterio. El número de acciones resolutorias ejercitadas devino intrascendente. La denominada colectivización de acciones pasó a producirse aun cuando solo se hubiera ejercitado una acción de resolución. De ahí que, doctrinalmente, se haya criticado esta denominación, ya que lo que el artículo regulaba no era una conversión de las acciones individuales en colectivas, sino la vinculación de un proceso

⁶⁵²STS, Sala Cuarta, de 18 de junio de 2020 (Rec. 893/2018) [ROJ: STS 2168/2020].

⁶⁵³BADIOLA SÁNCHEZ, A. M^a., “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Comentario a la STSJ de Galicia de 15 de julio de 2005”, *Aranzadi social*, paraf. 64, parte Presentación, 2005, BIB 2005, 2533.

⁶⁵⁴CAVAS MARTÍNEZ, F., “La competencia laboral de los jueces del concurso”, *Aranzadi social*, núm. 9, Parte Tribuna, 2009, BIB 2009, 863, ap. II y LOUSADA AROCHENA, J. F., “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *Revista técnico laboral*, vol. 26, núm. 101, 2004, ISSN 0210-8305, pp. 453-462.

individual tramitado ante la jurisdicción social, a la decisión que recayese en el colectivo tramitado ante el juez del concurso⁶⁵⁵.

Parece que la reforma operada por la L 38/2011 trató de evitar que una misma cuestión, esto es, la extinción de la relación laboral derivada de causas relacionadas con la situación económica de la empresa se sustanciase de forma separada ante las jurisdicciones social y mercantil y también que los trabajadores acudiesen a los juzgados de lo social, evitando el expediente de regulación de empleo concursal y buscando una indemnización netamente superior, que sería la propia del despido improcedente (art. 50 TRLET)⁶⁵⁶. Se trata de las denominadas “extinciones extravagantes”⁶⁵⁷, que tratan de burlar la fuerza atractiva del concurso que, como es sabido, es un mecanismo procesal que trata de lograr que todas las pretensiones que se articulen contra el deudor se examinen de forma integrada en el procedimiento concursal, a fin de evitar riesgos para la satisfacción general de los créditos⁶⁵⁸.

Actualmente, tras la aprobación del TRLC, es el artículo 185 TRLC el que regula la extinción del contrato por voluntad del trabajador. El precepto contiene una regulación idéntica a la derivada de la reforma del año 2011, aunque con una redacción más depurada que, a mi juicio, permite una mejor comprensión.

En el párrafo primero establece que, una vez que se acuerde el inicio del procedimiento de despido colectivo concursal, el juez social debe suspender todos aquellos procedimientos individuales que cumplan los requisitos que se enumeran a continuación.

En primer lugar, ha de tratarse de procedimientos en los que se ejerciten acciones resolutorias individuales por el trabajador, basadas en causas de extinción del contrato que estén reguladas en la legislación laboral y que deriven de la situación económica o de insolvencia del concursado. La norma ya no alude al artículo 50 TRLET para delimitar las acciones resolutorias individuales que están incluidas, por lo que considero que la colectivización no solo puede afectar a estas, sino que puede comprender otras acciones resolutorias que el trabajador puede interponer con base en la legislación laboral, a las que más adelante me referiré.

En segundo término, dichos procedimientos deben haberse iniciado con posterioridad a la fecha de solicitud del concurso. En este punto, la norma conserva la dicción del anterior artículo 64.10 LC. La competencia para conocer de las acciones individuales sigue estando delimitada por el momento de interposición de la demanda social. Si esta se interpone antes de la solicitud del

⁶⁵⁵MONTOYA MELGAR, “Efectos del concurso...”, op. cit., p. 268.

⁶⁵⁶En este sentido, vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 509-552.

⁶⁵⁷DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante...*, op. cit., pp. 172 y ss.

⁶⁵⁸DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante ...*, op. cit., p. 114 y ss.

concurso, la competencia será de la jurisdicción social, pero, sin embargo, si la acción se interpone después de la fecha de solicitud de concurso, el juez social debe suspender el procedimiento a la espera de lo que se resuelva en el despido colectivo mercantil.

En tercer lugar, deben estar pendientes de resolución. También en este punto se conserva la anterior redacción, lo que resulta de todo punto lógico, dado que la suspensión del procedimiento social solo podrá producirse antes de recaer la correspondiente resolución al litigio.

De otra parte, en el párrafo segundo se establece que la resolución que acuerde la suspensión del procedimiento se comunicará a la administración concursal. Se trata de dejar constancia de la posible existencia de un crédito laboral, a efectos de su reconocimiento como contingente, en el caso de que la suspensión acordada llegase a alzarse. En este aspecto, la nueva redacción introduce un matiz que tiene, a mi juicio, relevancia, por cuanto deja claro que el crédito tendrá esta calificación en el supuesto de que se desestime el despido colectivo y haya de alzarse la suspensión acordada por el órgano jurisdiccional social.

Finalmente, en el apartado tercero recoge que el auto que se dicte en el despido colectivo producirá efectos de cosa juzgada en los procedimientos individuales suspendidos que se archivarán sin más trámites. En este aspecto la redacción es prácticamente idéntica a la anterior, lo único que se matiza es el trámite del archivo del pleito social, una vez se haya dictado el auto resolviendo el despido colectivo por el juez concursal.

1.6.2. Causas.

El artículo 64.10 LC establecía que tenían carácter colectivo todas aquellas acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 TRLET motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado.

La redacción del precepto incluía cualquier tipo de incumplimiento contractual por parte del empresario regulado en el artículo 50 TRLET. Esto es, las acciones basadas en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo adoptadas al margen del artículo 41 TRLET y que menoscaban la dignidad del trabajador [art. 50.1.a) TRLET]; las derivadas de supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario [art. 50.1.b) TRLET], así como de cualquier otro incumplimiento grave de los deberes y obligaciones empresariales [art. 50.1.c) TRLET], como puede ser el incumplimiento de medidas de seguridad y salud, de obligaciones de Seguridad Social, la falta de ocupación efectiva, la vulneración de derechos fundamentales o la negativa del empresario a reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo tras una orden de traslado declarada judicialmente injustificada por la vía del artículo 138.8 LRJS.

Ahora bien, en cualquier caso, estas causas tenían que estar relacionadas con la situación económica o de insolvencia que atravesaba la empresa.

El TRLC ha optado por una fórmula mucho más amplia que comprende cualquier causa de resolución del contrato prevista dentro de la regulación laboral, siempre que la misma guarde relación con la situación económica del concursado. El artículo 185 TRLC ha omitido la remisión que el anterior artículo 64.10 LC efectuaba al artículo 50 TRLET. El precepto se refiere ahora, en general, a todas las acciones resolutorias individuales previstas en la legislación laboral, siempre y cuando la causa que esté en la base de la acción guarde relación con la situación económica que atraviesa la empresa.

La nueva redacción me lleva a considerar que no solo las acciones resolutorias a las que se refiere el artículo 50 TRLET se van a ver afectadas por lo dispuesto en el citado artículo 185 TRLC, sino que el precepto comprende también otros supuestos en los que el trabajador puede solicitar la resolución de su contrato. Por ejemplo, los casos previstos en los artículos 40.1 TRLET, relativos a las decisiones de movilidad geográfica –traslados–, en los que el trabajador puede solicitar la extinción de su contrato con derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario, o los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo que sean perjudiciales para el trabajador, en los que, igualmente, puede solicitar la rescisión del contrato laboral con derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio (art. 41.2 TRLET).

Entiendo que la aclaración supone un cambio respecto al sistema anterior, en el que la remisión al artículo 50 TRLET impedía considerar este tipo de acciones resolutorias, ya que no estaban contempladas en el mismo.

Al margen de la corrección formal de la modificación, considero positivo el cambio legislativo, ya que el sistema trata de integrar todas las extinciones de contratos que tengan lugar desde el momento de solicitud de concurso y que estén relacionadas con la situación de crisis económica de la empresa, tratando así de evitar que los trabajadores se adelanten a la decisión de despido colectivo y consigan, a través de las acciones individuales de resolución contractual, indemnizaciones superiores a las previstas en el régimen concursal.

Desde luego, la tradicional consideración de las extinciones solicitadas al amparo del artículo 50 TRLET estaba clara, ya que, de no establecerse la colectivización y el traslado de la competencia al juez concursal, la continuidad de estos procedimientos en el ámbito social podría dar lugar a indemnizaciones superiores a las previstas legalmente para el despido colectivo, pues el artículo 50.2 TRLET fija para este tipo de extinciones contractuales las indemnizaciones propias del despido improcedente.

Ahora bien, existen otro tipo de acciones que, como he dicho, también pueden estar ligadas a la referida situación de insolvencia o de crisis económica de la empresa, como las derivadas de

modificaciones sustanciales perjudiciales o de traslados. Es cierto que, para las mismas, la legislación laboral prevé una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, es decir, una indemnización equivalente a la del despido colectivo concursal. Por tanto, en principio, no existiría ningún temor respecto a un posible uso abusivo de las mismas.

No obstante, considero que es una buena opción legislativa la de concentrar en el juez concursal la competencia respecto a las acciones resolutorias individuales relacionadas con la situación económica empresarial, ya que ello permitirá tener en cuenta estas solicitudes de extinción dentro del período de consultas y quizá reducir el número de las solicitadas inicialmente.

1.6.3. Competencias del juez del concurso.

Como he apuntado antes, las acciones resolutorias individuales previstas en la legislación laboral que estén relacionadas con la situación de crisis económica de la empresa pasan a considerarse colectivas desde el momento en el que se inicia el procedimiento de extinción colectiva de contratos laborales regulado en los artículos 169 a 189 TRLC.

Además, la norma exigía que se tratase de acciones derivadas de incumplimientos previstos en la normativa estatutaria, que además estuvieran relacionadas con la situación económica o de insolvencia de la empresa, de modo que las ajenas a estas circunstancias eran competencia de los juzgados de lo social, como los supuestos relacionados con actos empresariales de discriminación o acoso.

Tras la reforma del año 2011, fue claro que todo tipo de acciones resolutorias relacionadas con la situación de insolvencia eran competencia del juez del concurso, ya que el artículo 64.10 LC incluía las reguladas en el artículo 50 ET. Por tanto, quedaban fuera los supuestos que estaban al margen de la referida situación patrimonial de la concursada, como los casos de vulneración de derechos fundamentales o acoso laboral⁶⁵⁹ y considero que también las solicitudes de resolución contractual ejercitadas al amparo de los artículos 40.1 y 41.2 TRLET.

La competencia del juez del concurso para conocer de las acciones a las que se refería el artículo 64.10 LC no venía regulada en el artículo 8.2 LC, ni tampoco en el artículo 86.ter.1.2º LOPJ, pero podía entenderse incluida en el tenor del artículo 86.ter.1 LOPJ, dada su amplitud, pues atribuye al juez concursal todas las cuestiones que se susciten en materia concursal en los términos previstos en su ley reguladora, lo que permitía incluir el supuesto regulado en el citado artículo 64.10 LC.

⁶⁵⁹VALENCIANO SAL, A., “El artículo 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, BIB 2013/1247, p. 3.

Tras la aprobación del TRLC esta materia se regula en los tres párrafos en los que se divide el artículo 185 TRLC. Como he expuesto, la redacción del precepto se ha simplificado, aclarando alguna de las dudas interpretativas que habían surgido durante la vigencia del artículo 64.10 LC.

Como sabemos, las acciones resolutorias individuales derivadas de la situación económica de la empresa que se hayan planteado ante la jurisdicción social tras la presentación de la solicitud (no la declaración, sino el momento inicial de solicitud) seguirán tramitándose ante los juzgados de lo social hasta que se inicie el expediente de despido colectivo concursal. Iniciado el procedimiento, en los casos en los que no haya recaído sentencia firme, el procedimiento laboral se suspende. No se trata de un caso de litispendencia, sino de suspensión del procedimiento social en tanto el auto dictado por el juez del concurso no adquiera firmeza, al igual que ocurre con los procedimientos sociales de conflicto colectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160.5 LRJS⁶⁶⁰.

La suspensión la adopta el juzgado de lo social y debe ser comunicada a la administración concursal a los efectos de reconocimiento de un crédito contingente, esto es, por si el expediente no es aprobado por el juez del concurso, ya que en caso de que se autorice, el crédito será reconocido como crédito contra la masa, artículo 242. 5º TRLC⁶⁶¹. He de matizar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 262 TRLC, los créditos litigiosos son calificados como contingentes. Están sometidos al régimen previsto para los créditos sometidos a condición suspensiva (art. 261 TRLC), dada la incertidumbre acerca de su existencia y validez al tiempo de efectuarse el reconocimiento.

Cuando la demanda se formula ante el juzgado de lo social antes del dictado del auto declarando la situación de concurso, en principio, la competencia es del orden jurisdiccional social, pues la suspensión del procedimiento y los efectos del artículo 185 TRLC solo se producen cuando se hubiera iniciado el expediente de extinción colectiva de los contratos ante el juzgado de lo mercantil antes del dictado de resolución firme en el procedimiento social. En este sentido se pronunciaba ya la STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016⁶⁶², que analizaba la relación entre el artículo 51.1 TRLET y el anterior artículo 64.10 LC, concluyendo que en este tipo de supuestos en los que la demanda social es anterior a la solicitud de declaración de concurso, no procede la

⁶⁶⁰En este sentido se pronuncia la STSJ de Extremadura, Sala Social, de 5 de marzo de 2013 (Proc. 27/2013) [AS 2013\935].

⁶⁶¹La clasificación del crédito como contingente va a tener una aplicación muy limitada. En la mayor parte de los casos los créditos reclamados ante los juzgados de lo social tendrán calificación de créditos contra la masa ya que la LC no prevé los créditos contra la masa contingentes. Idea expuesta por ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit. , p. 92.

⁶⁶²STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016 (Rec. 3792/2014) [RJ 2016\4412].

suspensión del procedimiento tramitado ante la jurisdicción social, sino que este debe continuar hasta el dictado de la correspondiente sentencia⁶⁶³.

Ahora bien, aunque el artículo 185 TRLC diferencia los casos en los que la demanda de resolución contractual a instancia del trabajador se presente antes o después de la solicitud del concurso, lo cierto es que la cronología carece de trascendencia cuando, tras el inicio del expediente de regulación de empleo concursal, la extinción del contrato del trabajador se haya producido en virtud del auto que dicta el juez del concurso. En tales casos, no será posible estimar la pretensión ejercitada por el trabajador ante la jurisdicción social, ya que la acción de resolución del contrato exige que la relación laboral esté viva, como recogen en las SSTS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 2015, de 29 de junio de 2016 y de 30 de junio de 2016⁶⁶⁴.

La argumentación de estas sentencias se estructura sobre cuatro elementos. De una parte, se considera que no existe litispendencia, lo cual es lógico, pues el objeto de ambos litigios no es el mismo. El tramitado ante el juzgado de lo social tiene por objeto la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios, al amparo del artículo 50.1b) TRLET, mientras el sometido ante el juzgado de lo mercantil es la extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Pero es que, además, la competencia del juez del concurso deriva de lo dispuesto expresamente en la legislación concursal, que le atribuye el conocimiento de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, sin que exista ningún precepto en la normativa concursal ni en la LRJS que le prive de esta competencia.

Por último, resulta claro que la pendencia del proceso social no obsta a la vigencia del contrato. Por lo que, aun cuando la acción de resolución del contrato se haya interpuesto por el trabajador antes de la solicitud de declaración de concurso de la empresa, es posible que el juez del concurso extinga válidamente dicha relación en el auto que pone fin al expediente de regulación de empleo⁶⁶⁵. Lo mismo ocurre cuando, al tiempo del dictado del auto del juez del concurso extinguiendo las relaciones laborales de la empresa, se ha dictado ya la sentencia de resolución del

⁶⁶³En este sentido se pronuncia la STSJ Cantabria, Sala Social, de 17 de mayo de 2013 (Rec. 120/2013) [JUR 2013\364224], que versa sobre una demanda formulada ante el Juzgado de lo Social solicitando la resolución de los contratos por retrasos en el pago de los salarios.

⁶⁶⁴SSTS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 2015 (Rec. 406/2014) [RJ 2015\1842], de 29 de junio de 2016 (Rec. 2306/2016) [RJ 2017\3570] y de 30 de junio de 2016 (Rec. 3402/2015) [RJ 2017\3356].

⁶⁶⁵En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Galicia, de 9 de febrero de 2017 (Rec. 4633/2016) [JUR 2017\65649].

contrato en el orden social, pero esta no ha adquirido firmeza, como recoge la STSJ de Cataluña, de 13 de enero de 2017⁶⁶⁶.

Por otro lado, como he indicado antes, tras la L 38/2011 y hasta la actualidad, las acciones resolutorias ejercitadas tras la solicitud de concurso se consideran colectivas desde que se inicia el expediente concursal de regulación de empleo, siempre que no haya recaído sentencia firme.

En dicho supuesto, los trabajadores deben ser incluidos en el expediente. Los juzgados de lo social que se encuentren conociendo de las demandadas de resolución contractual deberán acordar la suspensión de los procesos individuales una vez tengan conocimiento de la iniciación del procedimiento colectivo⁶⁶⁷ y los trabajadores deberán ser incluidos en el expediente de regulación de empleo concursal a fin de obtener el reconocimiento de un crédito contingente en los casos en los que la demanda sea desestimada.

En caso contrario, la indemnización correspondiente será reconocida como crédito contra la masa (art. 242. 5º TRLC), lo que seguramente ocurrirá también en el supuesto anterior, dado el carácter constitutivo de la sentencia de resolución del contrato.

Si los trabajadores que han accionado ante la jurisdicción social, no han sido incluidos en el expediente de regulación de empleo concursal, se plantea el problema de que no pueden verse vinculados por la resolución que se dicte en el referido expediente. La misma no producirá efecto de cosa juzgada, aunque el proceso se hubiera suspendido por la vía del artículo 185 LC. Por ello, cabe sostener que la suspensión solo cabe si el trabajador ha sido incluido en el ERE concursal y en tales casos, lo procedente es que la administración concursal solicite al juez del concurso la inclusión de los mismos en el expediente de despido colectivo.

La suspensión, en tales casos, la acuerdan los jueces del orden social, de conformidad con lo establecido en los artículos 40 a 43 LEC⁶⁶⁸ y se comunica a la administración concursal a los efectos de reconocimiento de un crédito contingente si el expediente de despido colectivo no se estima, ya que en caso contrario, como he dicho, sería un crédito contra la masa del artículo 242. 5º TRLC, pues la sentencia sería constitutiva⁶⁶⁹.

De otra parte, respecto a la comunicación de la suspensión de los procedimientos sociales, según disponía el anterior artículo 64.10 LC, la suspensión también debía comunicarse al órgano

⁶⁶⁶STSJ de Cataluña, Sala Social, de 13 de enero de 2017 (Rec. 5831/2016) [AS 2017\326].

⁶⁶⁷ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit. pp. 91-92 y DESDENTADO BONETE, A., “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso ...*, op. cit., p. 71.

⁶⁶⁸La competencia para suspender corresponde al juez que conoce el proceso que se ha de suspender.

⁶⁶⁹STS, Sala Social, de 22 de junio de 2011 (Rec. 3198/2009) [RJ 2011\5432].

ante el que se estuvieran tramitando los procedimientos individuales, lo que parecía innecesario, ya que dicho órgano era quien debía dictar la propia resolución suspensiva.

Como destacaba la doctrina, la redacción del anterior artículo 64.10 LC no parecía muy afortunada. De una parte, no se sabía muy bien por qué se establecía que la resolución de suspensión debía de ser comunicada a los órganos que conocieran de los procesos individuales, ya que, precisamente, el órgano que acordaba la suspensión era el que conocía de los mismos. En la actualidad, el artículo 185 TRLC ha suprimido dicha mención, lo único que establece su párrafo segundo es la obligatoriedad de comunicar a la administración concursal la suspensión del procedimiento social a efectos del reconocimiento del posible crédito en caso de alzamiento de la suspensión. Este aspecto me parece plausible, dado que permite superar antiguas dudas interpretativas.

En cualquier caso, la colectivización de este tipo de acciones no se produce de forma automática, sino que requiere la iniciación del procedimiento de despido colectivo.

Por otro lado, durante la vigencia del artículo 64.10 LC, algún sector doctrinal consideraba que, aunque el precepto no lo decía expresamente, era necesaria la concurrencia de un requisito adicional. Esto es, que los trabajadores que habían accionado, solicitando la resolución de sus contratos, a su vez, estuvieran afectados por la medida de extinción colectiva⁶⁷⁰.

No comparto esta opinión. La norma, tanto antes como ahora, solo requiere, de una parte, que esté en trámite un procedimiento laboral en el que no haya recaído resolución firme y, de otra, que se inicie un expediente de despido colectivo. Con independencia de que la solicitud inicial haya incluido o no al trabajador en cuestión, lo cierto es que, de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 185.1 TRLC, el juez social ha de suspender el procedimiento y comunicar la suspensión a la administración concursal. Una vez efectuada dicha comunicación, si el trabajador estuviera incluido en la solicitud, será obligado esperar a la resolución que recaiga en el expediente concursal. Pero en caso contrario, esto es, en el improbable caso de que el trabajador no hubiera sido incluido en la referida solicitud inicial, a mi juicio, sería posible su inclusión en este momento ulterior, esto es, una vez se tiene conocimiento de que el trabajador ha instado judicialmente la resolución de su contrato por una causa relacionada con la situación de crisis económica de la empresa. Entiendo que no existe ningún obstáculo legal para ello. Además, la existencia de trabajadores que pretenden extinguir su relación laboral por circunstancias derivadas de la situación

⁶⁷⁰RÍOS MESTRE, J. M.^a, “Nota de urgencia sobre la resolución del contrato de trabajo por impago o retrasos salariales y el Proyecto de ley de Reforma Concursal de 2011”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 151, 2011, ISSN 0212-6095, p. 789.

de crisis de la empresa, debe ser tenida en cuenta a lo largo del período de consultas, a fin de verificar la adecuación del número de afectados y de la intensidad de la causa.

De otro lado, la suspensión de los procedimientos sociales no afecta al procedimiento colectivo concursal y la misma se prolongará hasta el dictado de la resolución que ponga fin al procedimiento colectivo. El juez del concurso solo deberá pronunciarse sobre este último, sin tener en cuenta las acciones individuales. Esto es, ha de limitarse a verificar la concurrencia de la causa alegada. Ahora bien, materialmente, la colectivización de estas acciones da lugar a que la competencia realmente recaiga en el juez concursal, pues, como veremos, en caso de estimación del expediente extintivo, su resolución producirá el efecto material de la cosa juzgada sobre los procedimientos sociales.

Si el juez del concurso estima la solicitud de la extinción colectiva, producirá el efecto positivo o material de cosa juzgada sobre los procedimientos sociales suspendidos. En este supuesto, si los trabajadores ven extinguida su relación laboral como consecuencia del referido efecto positivo de la cosa juzgada, la indemnización correspondiente será la propia del despido colectivo, esto es, veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades, sin perjuicio de que se pueda haber mejorado el referido importe en el periodo de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177.2 TRLC.

Por el contrario, si el juez del concurso desestima la medida de extinción colectiva, deberán alzarse las suspensiones y continuar los procedimientos en la vía social⁶⁷¹. Si el procedimiento finaliza con sentencia estimatoria de la acción de resolución contractual, en este caso, la indemnización correspondiente será la fijada en el artículo 50.2 TRLET, que es la propia del despido improcedente de treinta días de salario por año de servicio con el límite de veinticuatro mensualidades (art. 56.1 TRLET).

El régimen legal indemnizatorio del artículo 185 TRLC es idéntico al previsto en el anterior artículo 64.10 LC, que ya había permitido superar las dudas interpretativas que habían surgido respecto a la indemnización correspondiente a las acciones resolutorias colectivizadas⁶⁷², que

⁶⁷¹ Parece que el legislador se ha visto influenciado por la doctrina del Tribunal Supremo que permite la sustanciación de demandas de despido y de resolución contractual cita la STS, Sala Cuarta, de 5 de abril de 2001 (Rec. 2194/2000) [RJ 2001\4885]. En este sentido se pronuncia ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 93.

⁶⁷² Autores como GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., “La negociación del expediente de regulación de empleo en el concurso”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Coord.), *Los acreedores concursales. II Congreso español de derecho de la insolvencia*, Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2010, ISBN 978-84-470-3482-6, p. 463. DESDENTADO BONETE, A., y ORELLANA CANO, N., sostenían que la indemnización correspondiente a estos casos era la del despido colectivo (veinte días). Vid., DESDENTADO BONETE, A., y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante ...*, pp.171-172.

además, ya habían sido resueltas jurisprudencialmente, a partir de la STS, Sala Cuarta, de 13 de abril de 2011⁶⁷³.

1.7. Personal de alta dirección.

El personal de alta dirección tiene una mención especial en el TRLC, que le dedica la subsección segunda dentro de la sección cuarta del capítulo cuarto del título tercero del libro primero, que comprende los artículos 186 a 188 TRLC (anterior artículo 65 LC). Estos preceptos aluden al alto directivo o al personal de alta dirección, haciendo una referencia clara a la relación laboral especial regulada en el artículo 2.1.a) TRLET y en el RPAD.

Los derechos y obligaciones de esta relación laboral especial se regulan por la voluntad de las partes y por el RPAD. Existen normas en el ámbito público que merecen ser objeto de mención, entre otras, destaca el RD 451/2012⁶⁷⁴, cuya disposición final primera amplía el ámbito de aplicación del RPAD, a los máximos responsables y personal directivo del sector público estatal que no estén vinculados por una relación mercantil.

Por su parte, el artículo 1.2 RPAD, lo define como el personal que ejerce “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

La delimitación jurídica del concepto “alta dirección” exige tener en cuenta, en primer lugar, que la denominación dada por las partes no es, en absoluto, decisiva ni vinculante para los órganos jurisdiccionales. Por el contrario, debemos estar a la real naturaleza de la relación objeto de análisis, según la realidad de los hechos, esto es, la manera en la que se prestan los servicios y se ejercitan las funciones encomendadas. Para ello, se emplean fundamentalmente tres criterios: el funcional, el objetivo y el jerárquico, con independencia de la denominación que las partes hayan otorgado a la relación.

Por el contrario, otro sector doctrinal sostenía la aplicación de la indemnización prevista en el art. 50.2 ET (antes de la reforma de 2012, cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con el límite de cuarenta y dos mensualidades). Idea expuesta por ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales ...*, op. cit., p. 85.

⁶⁷³STS, Sala Cuarta, de 13 de abril de 2011 (Rec. 2149/2010) [RJ 2011\3951].

Previamente, la cuestión se abordó en el “*obiter dicta*” y el voto particular de la STS, Sala Cuarta, de 22 de diciembre de 2008 (Rec. 294/2008) [RJ 2009\1434].

⁶⁷⁴RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

El criterio funcional se refiere al ejercicio de las facultades inherentes a la titularidad, relativas a decisiones estratégicas de la empresa. Se trata de un criterio que sigue haciendo referencia la participación en la toma de decisiones fundamentales sobre la gestión de la actividad empresarial, poniendo el acento en la intensidad del poder⁶⁷⁵.

El criterio objetivo ha sufrido un importante giro interpretativo jurisprudencial. En principio se sostuvo que las funciones encomendadas debían regir la totalidad de las áreas del negocio, tanto en el aspecto funcional como territorial⁶⁷⁶, por lo que se negaba la condición de alta dirección cuando los poderes atribuidos se referían a una limitada parcela de la actividad empresarial. El cambio ha consistido en considerar también alta dirección a quienes, limitando sus funciones a ámbitos o zonas concretas implican y comprometen en su área de influencia los objetivos generales de la empresa⁶⁷⁷.

La última nota definitoria del contrato de alta dirección es la autonomía de criterio y la plena responsabilidad. La autonomía del alto directivo solo puede quedar limitada por las instrucciones de quien es el titular de la empresa, no por directivos delegados de quien ostenta dicha titularidad⁶⁷⁸.

También deberá tomarse en consideración la interpretación restrictiva que la jurisprudencia de nuestros tribunales aplica sobre el concepto de personal de alta dirección. Hay que destacar además que, en cualquier caso, el “alto cargo” es la excepción a la regla general del trabajador común y, por ello, su calificación como tal ha de ser interpretada de forma restrictiva. Existe una presunción que admite prueba en contrario a favor del trabajador común y ordinario. En lo que respecta a la titularidad de los poderes empresariales, no es la extensión funcional o territorial del poder, sino la intensidad en el ejercicio de los mismos, en el sentido de que el alto directivo, en el ejercicio de sus funciones, debe poder determinar el sentido de la marcha de la empresa al decidir sobre los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad.

Tampoco se puede olvidar que son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que, al interpretar las notas características del personal de alta dirección (art. 1.2 RPAD), entienden que las mismas no exigen que únicamente merezca esta calificación el *alter ego* del empresario en la empresa, sino que también comprende a los que, dotados de los correspondientes poderes, asumen altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵STS, Sala Cuarta, de 30 de enero de 1990 (Sent. núm. 96/1990) [ROJ: STS 17037/1990].

⁶⁷⁶STS, Sala Cuarta, de 2 de enero de 1991 (Sent. núm. 6/1991) [ROJ: STS 16405/1991].

⁶⁷⁷STS, Sala Cuarta, de 30 de enero de 1990 (Sent. núm. 96/1990) [ROJ: STS 17037/1990].

⁶⁷⁸SSTS, Sala Cuarta, de 6 de marzo de 1987 (Sent. núm. 466/1987) [ROJ: STS 13696/1987] y de 12 de septiembre de 1990 (Sent. núm. 1206/1990) [ROJ: STS 10546/1990].

⁶⁷⁹Los mandos intermedios, sobre los que versa la STS, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 2015 (Rec. 819/2014) [ROJ: STS 1543/2015]: las notas que diferenciarán la relación especial alta dirección de la relación laboral común serán las

1.7.1. Medidas de extinción, suspensión, reducción de jornada y modificación sustancial de condiciones de trabajo del personal de alta dirección.

El personal de alta dirección puede ser objeto y, por lo tanto, formar parte integrante de un expediente de regulación de empleo concursal. Por ello, las medidas de extinción, suspensión, reducción de jornada, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y los traslados colectivos de este personal pueden ser adoptadas mediante la sustanciación del procedimiento regulado en los artículos 169 a 185 TRLC, junto a los trabajadores con relación laboral común.

Ahora bien, el artículo 186.1 TRLC admite que este tipo de relaciones especiales puedan ser objeto de medidas individuales en los casos de situación de concurso o insolvencia empresarial. La norma contempla la posibilidad de que se acuerden extinciones y suspensiones individuales de contratos de alta dirección y también que se adopten decisiones de reducción de las indemnizaciones debidas a este personal o el aplazamiento del pago de las mismas (art. 186.2 y 188 TRLC). Todo ello, sin perjuicio, de las restantes decisiones individuales previstas en la normativa laboral de referencia, como son las decisiones extintivas de los arts. 10, 11 y 12 RPAD y las suspensivas del artículo 15.2 RPAD, que podrán ser impugnadas, en su caso, ante la jurisdicción social.

1.7.2. Procedimiento.

A) Extinción y suspensión individual del contrato de alta dirección.

La competencia para adoptar las medidas de suspensión y extinción individual de contratos de alta dirección es de la administración concursal y no del juez del concurso (art. 186.1 LC) y la decisión que esta adopte producirá efectos constitutivos. Requiere unanimidad de los miembros de la administración concursal, de modo que, en los casos en los que no se alcance esta unanimidad, las medidas no pueden ser adoptadas, sin que sea posible aplicar supletoriamente la regla del artículo 81.1 TRLC⁶⁸⁰. Se trata de una de las especialidades existentes en el ámbito concursal es la

funciones ejercidas y el modo de ejecución. Si su alcance es limitado y con dependencia jerárquica o supone una dirección especializada o técnica, serán trabajadores directivos merecedores de la confianza del empresario, pero no altos directivos y su régimen será el laboral común.

⁶⁸⁰Dicho artículo admite la resolución por parte del juez del concurso en los casos en los que no se alcance la mayoría necesaria para el acuerdo. En este sentido, VIGUERA RUBIO, J. M^a., “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes

facultad de la administración concursal de extinguir los contratos del personal de alta dirección vigentes al tiempo de declararse el concurso⁶⁸¹.

La atribución de esta competencia a la administración concursal parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 53 TRLC, que la atribuye al juez. No obstante, la doctrina ha interpretado que lo que este artículo 53 TRLC regula es la competencia para conocer sobre las reclamaciones judiciales que puedan entablarse frente a las decisiones que adopte la administración concursal. La dicción del precepto es conforme a lo dispuesto en el artículo 541.1 TRLC, que atribuye al juez del concurso la competencia para resolver, a través de los trámites del incidente concursal laboral, las acciones entabladas por el personal de alta dirección frente a las decisiones de la administración concursal de extinguir o suspender sus contratos ⁶⁸².

A su vez, la administración concursal puede actuar por su propia cuenta o a solicitud del concursado. No está previsto, sin embargo, que tal medida pueda ser solicitada por los representantes de los trabajadores, ni por ningún otro órgano y, por lo tanto, tampoco es posible que la administración concursal pueda solicitar tales medidas al juez del concurso, amparándose en el artículo 165.1 TRLC⁶⁸³.

Por otro lado, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 169.1 TRLC, que vincula las decisiones de extinción y suspensión colectivas de contratos de trabajo a la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción, el artículo 186 LC no exige que las decisiones de extinción y suspensión individual de contratos de alta dirección estén basadas en dichas causas. De hecho, de la redacción literal del precepto, se podría inferir que no es necesaria la concurrencia de causa⁶⁸⁴.

Ahora bien, lo lógico es considerar que la adopción de estas medidas derive de necesidades relacionadas con la situación de insolvencia de la empresa y respondan a la salvaguarda de los intereses del concurso, aunque, como se ha defendido por parte de algún sector doctrinal, entiendo

históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), Vol. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, ISBN 84-9768-180-0, p. 500.

⁶⁸¹RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Los contratos de personal de alta dirección tras el texto refundido de la Ley Concursal”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2020, parte Tribuna, BIB 2020\35998, apartado II.

⁶⁸²ALTÉS TÁRREGA, J. A., “Cuestiones procesales en materia laboral derivadas de la Ley Concursal”, en AA.VV., BLASCO PELLICER, A., *El proceso ...*, op. cit., p. 1585, en relación al anterior artículo 65 LC.

⁶⁸³El referido artículo establece que la administración concursal puede solicitar la extinción de contratos con obligaciones recíprocas al juez del concurso.

⁶⁸⁴MERCADER UGUINA, J.R., “Contrato de alta dirección”, en BELTRÁN, E. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, ISBN 9788490141991, p. 675 y MONTOYA MEDINA, D., *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, Thomson/Civitas, 2008, ISBN 9788447029020, p. 142.

que no parece necesario motivar la decisión de extinción o de suspensión del contrato del alto directivo⁶⁸⁵.

Será preciso, sin embargo, indicar el tiempo de duración de la medida de suspensión del contrato, que, en cualquier caso, no podrá ir más allá del momento de conclusión del concurso, como es lógico.

Por su parte, en las decisiones de extinción del contrato, no es necesario que se respete el preaviso regulado en el artículo 11.1 RPAD, ya que el artículo 186.2 TRLC no lo exige, a diferencia de lo que ocurre cuando es el propio trabajador quien manifiesta su voluntad extintiva⁶⁸⁶.

La regulación reconoce a la administración concursal una potestad resolutoria. La faculta para desistir de la relación laboral con el alto directivo sin necesidad de alegar la concurrencia de una justa causa. Establece que, en caso de extinción, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponde al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiese pactado en el contrato, pero siempre con el límite fijado en la regulación del despido colectivo (art. 186.2 TRLC). El artículo 188 TRLC [anteriores artículos 65. 4 y 33.1.c). 5º LC] añade la posibilidad de solicitar al juez el aplazamiento del crédito hasta que sea firme la sentencia de calificación.

No obstante, para el caso de que la administración concursal pudiera haber ejercitado tales facultades incumpliendo las prescripciones legales, se prevé la posibilidad de acudir ante el juez del concurso. Esta posibilidad se regulaba antes dentro del propio artículo 65 LC, en su párrafo primero. El referido precepto, tras la reforma operada por parte de la L 38/2011, establecía que la decisión de la administración concursal podía ser impugnada ante el juez del concurso, a través del incidente concursal en materia laboral.

Ahora, tras la aprobación del TRLC, las acciones que corresponden al personal afectado se regulan dentro de las normas procesales generales, esto es, dentro del título duodécimo del libro primero del TRLC, en concreto, en el artículo 541.1 TRLC, que se ocupa del incidente concursal laboral. El texto refundido tiene, a mi juicio, una mejor sistemática que la anterior regulación, que mezclaba aspectos sustantivos y procesales en artículos que, a veces, eran excesivamente largos, lo que, en ocasiones, dificultaba su comprensión.

Por tanto, tanto antes como ahora, la acción queda sujeta a las reglas del juicio verbal civil, como establece el artículo 541.4 TRLC y el control judicial queda reservado, básicamente, a las cuestiones referidas a la moderación de la indemnización, tal como se viene sosteniendo por la mayor parte de los juzgados de lo mercantil. Destaca en este sentido la sentencia del Juzgado de

⁶⁸⁵MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral...*, op. cit. p. 288.

⁶⁸⁶MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral...*, op. cit. p. 298.

Primera instancia e instrucción número 1 de Palencia, de 10 de septiembre de 2012⁶⁸⁷, que, a su vez, recoge el pronunciamiento del auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra, de 22 de febrero de 2010⁶⁸⁸. En la misma se sostiene que el ejercicio de la facultad moderadora, a la que aludía el anterior artículo 65 LC (actual art. 186.2 TRLC), está vinculado a la existencia incontrovertida de dicha relación laboral especial, de modo que si se cuestiona la naturaleza jurídica de dicha relación “procederá acudir a lo establecido en el artículo 14 RD 1382/1985, de 1 de agosto, que determina la competencia de la jurisdicción social para “los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto”. Por tanto, “la competencia del Juez del concurso no puede extenderse, ni aun con carácter prejudicial, al examen concreto de la exacta calificación de la relación laboral -ordinaria o especial- cuando ésta es discutida, cuestión para la que son competentes los órganos jurisdiccionales sociales, si se tiene en cuenta la limitada jurisdicción del juez del concurso en relación con las cuestiones laborales, y las competencias decididamente no expansivas de los juzgados de lo mercantil”.

Otra de las cuestiones que se plantea en el supuesto de extinción del contrato de alta dirección es el derecho a indemnización del trabajador. En los casos de extinción por acuerdo de la administración concursal, el importe indemnizatorio vendrá determinado, en principio, y al margen de lo que luego se dirá, por la normativa laboral, esto es, por la aplicación supletoria del artículo 11.1 RPAD, que establece que la indemnización correspondiente será la que las partes hayan pactado y, en su defecto, la indemnización de siete días de salario por año de servicio con un máximo de seis mensualidades.

B) Reducción y aplazamiento del pago de las indemnizaciones del personal de alta dirección.

Al margen de las medidas de extinción y suspensión del contrato de alta dirección, la normativa concursal prevé otras medidas individuales que pueden afectar a este tipo de personal con relación laboral especial. Se trata de las medidas de aplazamiento y de reducción de las indemnizaciones que correspondan al trabajador como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo.

Estas medidas son competencia del juez del concurso. La medida de aplazamiento del pago de la indemnización puede ser solicitada al juez por la administración concursal (art. 188 TRLC). Aunque el precepto no establece esta posibilidad respecto a la reducción del importe de la

⁶⁸⁷SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Palencia, de 10 de septiembre de 2012 (IC 498 /2011) [AC 2016\548].

⁶⁸⁸AJM núm. 1 de Pontevedra, de 22 de febrero de 2010 (Proc. 143/2009) [JUR 2011\353998].

indemnización, comparto la opinión doctrinal que sostiene que la interpretación sistemática del mismo permite considerar que ambas medidas pueden adoptarse a instancia de la administración concursal⁶⁸⁹, ya que parece lógico que si la norma posibilita al juez para acordar, de oficio, dicha reducción, también es posible que la administración concursal la solicite cuando lo considere oportuno.

La medida de aplazamiento puede extenderse hasta que la sentencia de calificación del concurso alcance firmeza (art. 188 TRLC).

Respecto a la reducción de la indemnización, existe un límite legal que el juez no puede traspasar. El artículo 186.2 TRLC establece que no puede rebajarse por debajo de la indemnización del despido colectivo por causas objetivas, es decir, de la indemnización de veinte días por año, con el límite de doce meses. Este límite rige solo para los casos en los que existe pacto indemnizatorio y no cuando este no existe, pues en este último supuesto, regiría el artículo 11.1 RPAD.

Es conveniente recordar que el artículo 11.1 RPAD, establece que, en defecto de pacto, la indemnización que corresponde es la de siete días por año con el límite de seis meses. Parece claro que este límite será el que rija y no el previsto en el artículo 186.2 TRLC en los casos en los que no exista pacto indemnizatorio. La finalidad prevista por el citado artículo 186 TRLC es desplazar la indemnización más alta que se pudiera haber pactado por otra de menor cuantía. Esta indemnización de menor cuantía sería la del despido colectivo por causas objetivas, pero si el pacto indemnizatorio no existe, en principio, carece de sentido permitir que, en supuestos de insolvencia empresarial, la indemnización rebase el límite de los siete días y se fije en el de veinte días de salario previsto en el artículo 53 TRLET⁶⁹⁰.

1.7.3. Competencias del juez del concurso.

La competencia del juez concursal alcanza los supuestos en los que estos trabajadores formen parte de un expediente colectivo de regulación de empleo concursal, en el que se pueden adoptar medidas colectivas extintivas, suspensivas, de reducción de jornada, de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o de traslado. En este caso, será el juez del concurso el órgano que decidirá lo que corresponda respecto a la medida o medidas solicitadas y el procedimiento que deberá seguirse es el previsto en los artículos 169 a 185 TRLC.

⁶⁸⁹COSTA REYES, A., “El personal de alta dirección en la Ley 22/2003, Concursal”, en MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Granada, 2006, ISBN 84-8417-216-3, p. 875.

⁶⁹⁰MONTOYA MELGAR, *Derecho laboral ...*, op. cit., p. 306.

En este sentido comparto la opinión doctrinal que sostiene que este procedimiento ha de primar sobre las especialidades actualmente previstas para el personal de alta dirección en los artículos 186 a 188 TRLC (anterior art. 65 LC)⁶⁹¹, ya que dichas especialidades solo se refieren a medidas individuales de suspensión y extinción de los contratos de alta dirección y las competencias el juez del concurso se canalizan a través de los instrumentos que prevén los artículos 186.2, 188 y 540 TRLC.

Por tanto, al margen del expediente de regulación de empleo concursal, se prevé la posibilidad de que se adopten medidas de carácter individual respecto al personal de alta dirección. Se trata, como decimos, de medidas de suspensión o extinción de contratos y medidas de reducción y aplazamiento del pago de las indemnizaciones. Todas ellas se regulan en los artículos 186 a 188 TRLC, pero la competencia del juez del concurso solo comprende las dos últimas, esto es, las medidas de reducción y aplazamiento de las indemnizaciones (arts. 186.2 y 188 TRLC), pues las relativas a la suspensión y extinción de contratos corresponden a la administración concursal (art. 186.1 LC).

Por su parte, las decisiones de extinción y suspensión de contratos de alta dirección adoptadas por la administración concursal pueden ser impugnadas por el trabajador ante el juez del concurso, a través del incidente concursal laboral (art. 541 TRLC). La sentencia que recaiga podrá ser objeto de recurso de suplicación ante la correspondiente sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con la legislación laboral (art. 551.1 TRLC).

Ahora bien, respecto a la medida de suspensión del contrato de alta dirección, el artículo 187 TRLC (anterior artículo 65.2 LC, con idéntico contenido) reconoce al trabajador otra vía de oposición. Se trata de la posibilidad de solicitar la extinción del contrato. Esta facultad puede ejercitarse en cualquier momento, pues la norma no fija plazo alguno, aunque se exige que se cumpla el plazo de preaviso de un mes.

Por último, considero que el referido acto extintivo puede ser impugnado por la administración concursal o por el propio empresario ante el juez del concurso, de nuevo, a través de la vía del incidente concursal laboral, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 186.1 TRLC.

⁶⁹¹MONEREO PÉREZ, J.L., y DEL VAL TENA, A.L., *El régimen jurídico del personal de alta dirección (Aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Comares, Granada, 2010, ISBN: 978-84-9836-728-7, p. 458.

V. PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

1. DESPIDO COLECTIVO LABORAL.

Antes de entrar a examinar las características del procedimiento laboral-concursal, haré unas breves consideraciones sobre los trámites del despido colectivo laboral.

Como ya indiqué al inicio, a partir del RDL 3/2012 en el despido colectivo laboral ya no es necesaria la autorización administrativa para el despido colectivo, con la salvedad de las extinciones derivadas de fuerza mayor, que debe seguir la tramitación prevista en el artículo 51.7 TRLET.

No obstante, continúa vigente la necesidad de articular un período de consultas. Esta exigencia trata de dar cumplimiento a la Directiva 98/59/CEE, aunque en el supuesto de no alcanzarse acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario puede adoptar la decisión extintiva.

Todo el procedimiento de las consultas debe sustanciarse con los legales representantes de los trabajadores, pues se trata de un derecho colectivo y no individual. Así lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en la STJUE de 16 de julio de 2009 (asunto Mono Car Styling S.A.)⁶⁹², estableciendo que el derecho de información y consulta que regula la Directiva 98/50/CE está dirigido a los “representantes de los trabajadores y no a los trabajadores a título individual”. Los Estados Miembros pueden regular el contenido de esta fase de consultas, dado que la normativa europea, como es lógico, solo persigue la armonización parcial de las legislaciones, pero esta circunstancia no puede ser óbice para que las consultas deban sustanciarse, exclusivamente, con los representantes de los trabajadores.

Las obligaciones de información y consulta deben desarrollarse a lo largo del período de consultas. Como estableció el Tribunal de Justicia, el nacimiento de las referidas obligaciones es anterior a la fase de decisión, ya que debe existir la posibilidad de evitar las extinciones de los contratos de trabajo o de reducir su número.

Por tanto, el empresario debe facilitar a los representantes de los trabajadores toda la información necesaria, a lo largo de las consultas. No es necesario que sea al inicio, sino que basta con que se entregue “durante las consultas” y en tiempo hábil⁶⁹³, con la intención de alcanzar un

⁶⁹²STJUE de 16 de julio de 2009 (C-12/08, asunto Mono Car Styling S.A.) [TJCE 2009\237].

⁶⁹³STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08, asunto Akavan Eritysalojen Keskusliitto AEK ry y otros) [TJCE 2009\263]. En este supuesto, se trataba de una sociedad que radicaba en los Países bajos, Alemania y Finlandia y que había decidido separar del grupo a la fábrica localizada en Finlandia. Esta circunstancia se había planteado en una reunión en la sociedad matriz. El mismo día se habían propuesto las consultas y habían finalizado y se procedió a

acuerdo que, o bien, evite o reduzca el alcance de la medida extintiva, o bien, atenúe sus consecuencias, mediante medidas de acompañamiento que permitan la readaptación de los trabajadores.

La información debe versar, en términos generales, sobre los motivos determinantes de la medida, el número y categoría de los afectados, número y categoría de los empleados de forma habitual, el período de tiempo en el que se llevará a efecto la medida y los criterios de selección de los afectados.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe en aras a la consecución de un acuerdo. El deber de buena fe adquiere una singular relevancia durante la negociación con los representantes legales de los trabajadores, al igual que ocurre en el expediente concursal, como luego expondré.

Doctrinalmente, se ha incidido en que implica un esfuerzo sincero de aproximación de las posturas de las partes negociadoras. Constituye una especie de deber de coherencia que impone a las partes la necesidad de ser consecuentes con sus propias posiciones⁶⁹⁴.

De otra parte, el período de consultas será comunicado por el empresario a la Autoridad Laboral. En cierta medida se sigue admitiendo un cierto control por la Autoridad Laboral, ya que esta puede realizar advertencias y recomendaciones a las partes, siempre sin suponer una paralización ni suspensión del procedimiento. La L 3/2012 admite que la Autoridad Laboral realice funciones de mediación cuando sea requerida por ambas partes, aunque no es posible de oficio, ni tampoco a petición de una sola de ellas⁶⁹⁵. Lo que ha desaparecido, tras las reformas del año 2012, es la facultad de control administrativo de la concurrencia de la causa. Solo cabe competencia de Autoridad Laboral para impugnar la decisión cuando medie dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

Por otro lado, como garantía del procedimiento se establece la obligación empresarial de comunicar a la Autoridad Laboral y a los representantes de los trabajadores la venta de bienes extraordinarios, cuando la medida vaya a afectar a más de la mitad de la plantilla.

despedir a los trabajadores. Se planteaba el momento en el que deben cumplirse las obligaciones de información y de consulta y si es necesario que la decisión se adoptase por parte del órgano societario competente. El Tribunal de Justicia estableció que las referidas obligaciones deben cumplirse a lo largo del período de consultas, aunque la decisión final corresponda a la empresa matriz y no a quien es el empresario más directo.

⁶⁹⁴MORALES VÁLLEZ, C.E., “El deber de negociar bajo el principio de buena fe”, *Aranzadi Social*, núm. 8 (diciembre), 2012, ISSN 1889-1209, pp. 177-188.

⁶⁹⁵ORCARAY REVIRIEGO, J. J., “Comentario del art. 51 ET”, en CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.Mª. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), *Comentarios al...*, op. cit., pp. 541 y ss.

Las comunicaciones remitidas han de respetar lo establecido en la regulación tanto legal como reglamentaria (art. 51.2 TRLET y arts. 2 y 6 RPDC) y, consecuentemente, los defectos advertidos tanto en la comunicación como en su entrega pueden constituir incumplimientos formales con las consecuencias legales correspondientes [art. 124.2 b) LRJS].

Los órganos jurisdiccionales han examinado esta cuestión desde la perspectiva de la gravedad del incumplimiento formal. De este modo, se considera determinante el incumplimiento relacionado con la falta de acreditación de la entrega de la comunicación empresarial a los representantes de los trabajadores⁶⁹⁶, aunque, en otros casos, la falta de acreditación de la representación de la parte remitente, se ha considerado irrelevante⁶⁹⁷, al tratarse de un defecto subsanable en el período previo de consultas.

Recibida la comunicación, la Autoridad Laboral la pondrá en conocimiento de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

En la comunicación a la Autoridad Laboral debe adjuntarse la remitida a los representantes de los trabajadores, que ha de contener la especificación de las causas del despido, los trabajadores afectados, precisando su número y clasificación, el número y la clasificación de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, el período previsto para los despidos y los criterios para la designación. Estos aspectos deberán constar además en la memoria, que no puede ser genérica. La memoria ha de expresar los datos concretos o las cifras en las que se base la causa⁶⁹⁸. Si no identifica los criterios de selección de los afectados también existe un incumplimiento formal⁶⁹⁹ y si constan los criterios de selección en la memoria y la representación legal de los trabajadores los considera insuficientes, se exige un requerimiento previo de subsanación en la fase del período de consultas⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de julio de 2012 (Proc. 17/2012) [JUR 2012\299430].

⁶⁹⁷STSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de julio de 2012 (Proc. 8/2012) [AS 2012\1888].

⁶⁹⁸STSJ de Madrid, Sala Social, de 30 de mayo de 2012 (Proc. 17/2012) [AS 2012\1672], confirmada por STS, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883]. En dicho supuesto la memoria no cumplía los requisitos legales ni reglamentarios porque no facilitaba datos concretos, cifras o previsiones. Además, la empresa no había aportado las cuentas anuales sino las declaraciones de IVA de los dos ejercicios anteriores, incumpliendo los requisitos exigidos por el entonces vigente art. 6 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. Por tales motivos se considera nula la decisión.

⁶⁹⁹SAN, Sala Social, de 26 de julio de 2012 (Proc. 124/2012) [AS 2012\1678].

⁷⁰⁰SAN, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2].

La falta de mención en la memoria o en la comunicación remitida a los legales representantes de los trabajadores de la existencia de un grupo empresarial, solo produce efectos en el supuesto de efectiva acreditación de la existencia de un grupo de empresas⁷⁰¹.

Por otro lado, respecto al cumplimiento del deber de aportar la documentación, es suficiente la aportación de la documental fijada reglamentariamente y se exige que las partes negociadoras manifiesten a lo largo del período de consultas sus discrepancias al respecto⁷⁰². La falta de entrega de los documentos contables de todas las empresas del grupo supone un incumplimiento formal determinante de la nulidad⁷⁰³, pero no es necesario, sin embargo, aportar las cuentas, balances ni informes de gestión consolidados en los supuestos en los que se no acredite la existencia de un grupo empresarial⁷⁰⁴.

Por su parte, la falta de aportación del plan de acompañamiento social no supone un incumplimiento formal susceptible de determinar la declaración de nulidad de la decisión⁷⁰⁵. No obstante, la documentación aportada ha de estar en consonancia con la causa alegada. De este modo, cuando se aleguen pérdidas económicas será necesario aportar los documentos a los que alude el artículo 4.2 RPDC. Cuando se trate de previsión de pérdidas, los aludidos en el artículo 4.3 RPDC. Cuando se trate de disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, los contemplados en el artículo 4.4 RPDC. Para las causas organizativas, técnicas, o de producción, habrá que estar a lo establecido en el artículo 5⁷⁰⁶.

Además, sobre esta materia, es conveniente recordar que los requisitos documentales, antes de la aprobación del RPDC, se regulaban en el DERE, con las limitaciones de vigencia derivadas de la Orden ESS/487/2012⁷⁰⁷.

⁷⁰¹STSJ de Cataluña, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc. 32/2012) [AS 2012\3007].

⁷⁰²SSTSJ de Asturias, Sala Social, de 30 de octubre de 2012 (Rec. 2315/2012) [AS 2013\36] y de Madrid, Sala Social, de 11 de junio de 2012 (Proc. 22/2012) [AS 2012\2556].

⁷⁰³SAN, Sala Social, de 26 de julio de 2012 (Proc. 124/2012) [AS 2012\1678].

⁷⁰⁴STSJ de Cataluña, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc.32/2012) [AS 2012\3007].

⁷⁰⁵STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de junio de 2012 (Proc. 22/2012) [AS 2012\2556].

⁷⁰⁶En este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de junio de 2012 (Proc. 22/2012) [AS 2012\2556], que considera innecesaria la aportación de los informes exigidos reglamentariamente, pues la causa alegada era la concurrencia de pérdidas actuales y no la previsión de pérdidas futuras. Los informes respecto a las pérdidas futuras son irrelevantes cuando las causas alegadas no sean las pérdidas futuras sino las anteriores.

⁷⁰⁷Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, debiendo considerarse derogados aquellos artículos del citado RD 801/2011, de 10 de junio, no relacionados en el art. 2 de la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo.

Actualmente, el artículo 4 RPDC, regula la documentación que ha de acompañarse en los despidos colectivos por causas económicas, que comprende la memoria explicativa de la causa, las cuentas anuales debidamente auditadas o la declaración de la empresa sobre la exención de auditoría de los dos últimos ejercicios. Si se trata de previsión de pérdidas económicas, debe informar de los criterios empleados para su estimación, presentando un informe técnico sobre ello. Cuando se alega la disminución de ingresos o ventas, es necesario aportar la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución. Tratándose de grupos de empresa se requiere la documentación contable de todas las empresas del grupo. Cuando se aleguen causas técnicas, organizativas o de producción, con la memoria se adjuntarán los informes técnicos que las acrediten (art. 5 RPDC) y si el despido afecta a más de cincuenta trabajadores, junto a comunicación inicial hay que aportar un plan de recolocación externa para los afectados (art. 9 RPDC)⁷⁰⁸.

El resultado final del período de consultas ha de comunicarse a la Autoridad Laboral, acompañando el acta final. A falta de acuerdo, la opción de despido queda en manos del empresario. Por su parte, la notificación a los trabajadores ha de dejar un plazo de, al menos, treinta días entre la notificación de la apertura período de consultas a la Autoridad Laboral y la fecha de efectos del despido⁷⁰⁹.

No se fija un plazo final para el despido, por lo que queda al arbitrio empresarial. Lo que la L 3/2012 establece, al introducir la disposición adicional sexagésima tercera LGSS, es que la fecha de despido debe ser coincidente o posterior a la comunicación que empresario remita a la Autoridad Laboral⁷¹⁰, pues esta comunicación se exige a efectos de acreditar que se llevó a cabo el trámite del artículo 51 TRLET.

Respecto a la prioridad de permanencia en la empresa, la reforma del año 2012 introdujo una novedad importante, pues además de los representantes legales de los trabajadores tienen preferencia determinados colectivos como los trabajadores con discapacidad, los trabajadores de mayor edad, o los que tengan cargas familiares.

Cuando los trabajadores afectados sean mayores de cincuenta y cinco años, la empresa tiene la obligación de suscribir y financiar un convenio especial en los términos de la disposición adicional decimotercera LGSS (art. 51.9 TRLET)⁷¹¹ con la excepción de las empresas incursas en

⁷⁰⁸La regulación actual es, básicamente, coincidente con la del art. 6 Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

⁷⁰⁹La SAN, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2] considera irregular, la notificación del despido a los trabajadores efectuada durante el período de consultas, además de poner de manifiesto una postura totalmente contraria a la buena fe que ha de presidir la negociación.

⁷¹⁰La Autoridad Laboral, a su vez, lo comunicará a la entidad gestora de la prestación de desempleo.

⁷¹¹Antes de la aprobación del RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, la materia la regulaba la disposición adicional trigésimo primera LGSS.

procedimiento concursal⁷¹² y los supuestos en los que la medida afecte a mutualistas a fecha 1 de enero de 1967⁷¹³.

El artículo 51.10 TRLET contempla también el plan de recolocación externa, que tiene un antecedente claro en el desaparecido plan de acompañamiento social y solo para empresas no incursas en procedimiento concursal (mínimo seis meses).

Por último, cuando despido colectivo afecte a trabajadores de cincuenta o más años, la empresa debe efectuar una aportación al tesoro público conforme a lo establecido legalmente (art. 51.1 TRLET).

2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

Este procedimiento se inicia siempre previa solicitud ante el juez del concurso. En la misma se instan las medidas de ajuste laboral que se consideran oportunas. La solicitud debe ajustarse a los requisitos fijados en la legislación concursal, que, sin embargo, pueden ser subsanados previo requerimiento judicial⁷¹⁴.

Cabe también la posibilidad de que el juez del concurso acuerde el cese o la suspensión de la actividad y ello suponga la adopción de cualquiera de estas medidas a solicitud de la administración concursal, la concursada o la representación legal de los trabajadores (art. 171.1 TRLC, en relación al art. 111 TRLC).

Por tanto, la legitimación no varía en los casos en los que se acuerde el cierre o la suspensión de actividad de la empresa en situación de concurso, lo que resulta extraño, pues el juez del concurso tendrá competencia para cerrar o suspender la actividad, pero no la tendrá para acordar medidas de extinción de los contratos de trabajo salvo que las partes legitimadas así lo soliciten⁷¹⁵.

También cuando se encuentre en fase de liquidación. Si hay plan de liquidación, puede el contemplar estas medidas que deberán seguir la tramitación de los artículos 169 a 185 TRLC (art. 418.2 TRLC, en relación al art. 111 TRLC).

⁷¹²La situación patrimonial de las mismas puede determinar que se convierta en una obligación de imposible cumplimiento.

⁷¹³Este colectivo tiene acceso a la jubilación anticipada al cumplir la edad de sesenta años.

⁷¹⁴MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 175 y RÍOS MESTRE, J., *Despido colectivo y ...*, op. cit., pp.452 y ss. También en este sentido, A JM núm.1 de Bilbao, de 29 de enero de 2009 (Proc. 623/2008) [JUR 2009\87998], AJM núm. 1 de Alicante, de 27 de mayo de 2010 (Proc. 136/2010) [JUR 2010\202305] y AJM núm. 1 de Cádiz, de 11 de diciembre de 2009 (Proc. 157/2008) [AC 2011\1945].

⁷¹⁵BAJO GARCÍA, I., “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”, *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013 (Doctrina), BIB 2013/1562, p. 5.

En defecto de plan de liquidación, cabe la posibilidad de que las operaciones de liquidación supongan la adopción de tales medidas (art. 220.2 TRLC, en relación a los arts. 6 y 7 TRLC).

2.1. Legitimación.

Corresponde a la empresa concursada, a la administración concursal y a los trabajadores a través de su representación legal⁷¹⁶. No es posible la iniciación del procedimiento sin solicitud de las partes legitimadas, es decir, no cabe que se inicie de oficio por parte del juez del concurso.

Por su parte el FOGASA está legitimado para ser parte en el proceso concursal cuando pueda derivarse responsabilidad para el mismo, de conformidad con el artículo 513 TRLC (anterior art. 184.1 LC). Ostenta legitimación para recurrir en suplicación la resolución que se dicte y también para entablar acciones respecto a las relaciones individuales de trabajo, pero carece de legitimación para participar en el período de consultas.

Respecto a la empresa concursada, la legitimación parece independiente del régimen intervención o de suspensión al que pueda estar sometida, pues aun en los casos en los que tiene suspendido el ejercicio de sus funciones, ostenta un interés protegible, que sería el que habilitaría a efectos de la solicitud⁷¹⁷.

No obstante, una vez tramitada la solicitud, el expediente se sustanciará con la administración concursal, que además de ostentar las prerrogativas para actuar en el mismo, también está legitimada para formular, de modo autónomo, la solicitud, al igual que lo está el empresario. Pero como ha establecido la doctrina, su legitimación es autónoma o independiente de la que corresponde al empresario, esto es, la ostenta con independencia de que haya asumido o no las funciones de aquel⁷¹⁸.

También cabe que la solicitud se realice por varios de los sujetos que ostentan legitimación para ello, ya sea de forma simultánea o sucesiva, en cuyo caso podrá acordarse la acumulación, a efectos de un tratamiento procesal unificado⁷¹⁹.

⁷¹⁶Los trabajadores individuales no pueden presentar dicha solicitud. Vid. ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 102.

⁷¹⁷RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El expediente concursal de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E., (Coor.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, MTASS/La Ley Actualidad, 2004, ISBN: 84-9725-535-6, p. 77 y ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 102.

⁷¹⁸CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato...”, op. cit., pp. 530-531.

⁷¹⁹DURÁN LÓPEZ, F., “Los efectos del concurso...”, op. cit., p. 413.

En cuanto a la representación legal de los trabajadores, el artículo 171.2 TRLC remite al artículo 41.4 TRLC. La remisión a la legislación laboral permite entender incluida tanto a la representación unitaria como a la sindical⁷²⁰.

Para casos en los que no exista en la empresa, el artículo 41.4 TRLET establece que los trabajadores podrán designar representantes para una comisión de tres miembros como máximo, que será elegida democráticamente, o para una comisión de igual número con los sindicatos más representativos del sector económico, en función de su representatividad. La designación ha de realizarse en el plazo máximo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas. Los acuerdos de esta comisión requieren el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

Si no se produce tal designación, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos del sector, aunque la concreta designación dependerá de las circunstancias del caso en cuestión⁷²¹.

2.2. Tramitación.

2.2.1 Solicitud.

El expediente de regulación de empleo concursal se inicia siempre mediante una solicitud presentada ante el juzgado de lo mercantil en cuyo territorio el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Esto es, el lugar donde ejerce, de modo habitual y reconocible por terceros, la administración de dichos intereses. En los casos de personas jurídicas, se presume que el referido centro de intereses se encuentra en el lugar del domicilio social de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.2 TRLC (anterior artículo 10.1 LC).

En la solicitud se pueden pedir medidas de distinta clase, basadas en una o en varias causas concurrentes, ya sean de naturaleza económica, técnica, organizativa, o estén relacionadas con la producción.

El anterior artículo 64.1.1 LC regulaba la solicitud estableciendo que debía exponer y justificar, en su caso, tanto las causas como los objetivos que se proponían alcanzar de cara a asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

La doctrina criticó la redacción de este artículo porque parecía admitir que no era necesario expresar las “causas” que llevaban a formular la solicitud, al incluir la expresión “en su caso”, tanto

⁷²⁰Vid., en este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La intervención de los representantes en el proceso concursal” *Tribuna Social*, núm. 166, 2004, ISSN 1130-7331, p. 15.

⁷²¹ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op, cit., p. 103.

para referirse a ellas como, luego, para hablar de la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”⁷²².

Considero que el debate doctrinal carecía de trascendencia, pues la interpretación sistemática y finalista del precepto evidenciaba la necesidad de que, en todo caso, constasen en la solicitud las concretas causas en las que se basaban las medidas interesadas. Por tanto, a mi juicio, la solicitud debía exponer y justificar las causas que servían de base a la medida interesada. Además, también debía incluir los fines que se pretendían conseguir para asegurar la viabilidad de la empresa y del empleo e ir acompañada de la documental que los acreditase.

Por otro lado, la referencia del artículo 64.4.1 LC a la viabilidad futura de la empresa y del empleo generaba dudas, pues, como sabemos, tras la redacción dada al artículo 51 ET por la L 3/2012, la norma estatutaria no contiene ninguna mención a las referidas finalidades. Resultaba sorprendente que el legislador concursal fuera más exigente que el laboral a la hora de justificar la causa habilitante para la medida de despido colectivo y, por ello, parte de la doctrina consideró que era necesario hacer una “interpretación correctora” del precepto⁷²³.

Como antes indiqué, considero que la interpretación del precepto exigía tener en cuenta la interpretación jurisprudencial de la reforma estatutaria del año 2012, que obliga a comprobar la correspondencia entre la medida laboral propuesta y la intensidad de la causa alegada⁷²⁴, debiendo someterse a los cánones de la buena fe y la interdicción del abuso del derecho, lo que implicaba la necesidad de un mínimo control sobre la razonabilidad de la medida⁷²⁵.

El hecho de que la LC, a diferencia de la normativa laboral, no hubiera sido modificada y mantuviera una clara concepción causal de las medidas que podía adoptar el juez del concurso, me llevó a considerar que en la solicitud debían exponerse tanto las medidas interesadas como los objetivos que se pretendían alcanzar mediante su adopción⁷²⁶.

⁷²²MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral* ..., op. cit., p. 181. Los precedentes parlamentarios de la norma, el Anteproyecto y el Proyecto de LC solo incluían la “en su caso” en la referencia a la viabilidad y al empleo, lo que parece lógico, dado que no siempre será posible paliar la situación de crisis económica, pero carece de sentido respecto a la enunciación de las causas, que deberá incluirse siempre en la solicitud.

⁷²³GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Despido colectivo y otras medidas laborales en el concurso (extinción colectiva, suspensión de contratos y reducción de jornada, modificación de condiciones de trabajo y sucesión de empresa”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R y VEIGA COPO, A.B., *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, 2014, ISBN: 978-84-470-4808-3, p. 315.

⁷²⁴ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Notas de urgencia ...”, op. cit., pp. 273-306.

⁷²⁵GOERLICH PESET, J. M^a. “La extinción del contrato de trabajo...”, op. cit., pp. 166-167.

⁷²⁶MERCADER UGUINA, J. R., “Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas... (Teoría y Derecho)”, *Revista de pensamiento jurídico*, 12, 2012, <http://www.tirantonline.com>., p. 6 y RÍOS SALMERÓN, B., “Reforma laboral...” op. cit., p. 7.

Por otro lado, la causa habilitante debía de ser, necesariamente, una causa objetiva, por lo que no era posible aducir otras circunstancias que no correspondiesen a esta categoría, como los hechos determinantes de un despido o sanción de carácter disciplinario⁷²⁷. Era obligado tener presente que la declaración de concurso de una empresa no constituye, por sí misma, una causa habilitante para solicitar medidas que afecten a las relaciones laborales de los trabajadores en plantilla. Por el contrario, siempre me pareció de todo punto necesario que se alegasen y acreditasen casusas económicas, técnicas, organizativas o de la producción que justificasen la solicitud. De hecho, en múltiples resoluciones, primero, la falta de concreción de la causa y, luego, la falta de acreditación de su concurrencia, determinaron la desestimación de solicitudes de medidas colectivas⁷²⁸.

De otra parte, la necesidad de una relación de correspondencia o conexión causal entre la causa justificada y la medida solicitada también se advertía, de manera clara, en la práctica judicial. De este modo, cuando existía una discrepancia entre la causa alegada y la real justificada y esta última no era proporcionada a la medida que se solicitaba, se imponía la desestimación de la medida⁷²⁹.

La situación se ha modificado como consecuencia de la publicación del TRLC. El artículo 173.1 TRLC regula el contenido de la solicitud, suprimiendo la referencia a la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Parece que la norma ha querido situarse en la misma línea que el legislador laboral del año 2012, lo que, como ya indiqué, me parece criticable, pues hace ya ocho años que se produjo la reforma. Desde entonces la norma concursal, a pesar de haber sufrido varias modificaciones, nunca había acogido la redacción estatutaria. Solo ahora, cuando la jurisprudencia laboral ha interpretado el contenido del artículo 51.1 TRLET de forma, prácticamente uniforme, anudando criterios de razonabilidad a la causa económica, es cuando el legislador concursal parece situarse en la literalidad de la redacción del precepto en el año 2012. Quizá, como ya se ha señalado reiteradamente, la situación de crisis económica derivada de la emergencia sanitaria por el COVID-19 esté en la base de esta decisión de optar por alejar la causa económica de aspectos relacionados con la viabilidad de la empresa y del empleo.

⁷²⁷En este sentido se pronuncia el AJM núm. 5 de Madrid, de 22 de mayo de 2008 (A núm. 427/2008) [AC 2009\258].

⁷²⁸AJM núm. 1 de San Sebastián, de 30 de octubre de 2009 (Proc. 337/2009) [AC 2010\157], AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de noviembre de 2009 (Proc. 573/2009) [AC 2010\71] o AJM núm. 1 de Bilbao, de 6 de noviembre de 2009 (Proc. 429/2009) [AC 2010\258].

⁷²⁹AJM núm. 1 de León, de 13 de octubre de 2015 (Proc. 1288/2015) [JUR 2016\37161].

En cualquier caso, la actual interpretación jurisprudencial de la reforma del año 2012 permite afirmar que los objetivos antes indicados en la normativa concursal deben seguir presentes en la justificación de las causas de las medidas de ajuste que se soliciten al juez del concurso, aunque, lógicamente, matizadas por la compleja realidad que suele acompañar a la adopción de medidas en el seno del concurso, es decir, la viabilidad podrá ser considerada en los casos en los que existan posibilidades reales de ello, pues en caso contrario, la medida de extinción colectiva de contratos, seguramente, vaya ligada a la necesidad de cierre de la empresa.

Es conveniente puntualizar que en estos supuestos en los que se ha declarado la situación de concurso, podría identificarse la causa de la solicitud de medidas laborales con la situación de insolvencia que atraviesa la empresa. Pero esta situación, por sí misma, no configura, de modo automático, una causa que habilite y justifique las referidas medidas de ajuste laboral, por lo que será necesario exponer y justificar las concretas causas en las que se basen las medidas⁷³⁰, que habrán de ser valoradas específicamente por el juez⁷³¹.

Por otro lado, puede solicitarse cualquier tipo de medida, incluida la extinción total de la plantilla, salvo en los supuestos en los que la actividad empresarial vaya a continuar, pues es evidente que, en tales supuestos, dicha medida comprometerá la viabilidad futura de la empresa⁷³².

Si la solicitud se presenta por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a la representación legal de los trabajadores debe ir acompañada de la documentación justificativa legalmente requerida (art. 174.1 TRLC)⁷³³. Cabe solicitar la colaboración del concursado o el auxilio judicial por la administración concursal para todo lo que estime necesario comprobar. No obstante, las omisiones en la solicitud pueden ser subsanadas una vez advertidas⁷³⁴.

Además, a diferencia de lo que ocurre en la legislación laboral, se echa de menos en la norma concursal una definición de las causas que pueden determinar una solicitud de este tipo de medidas colectivas. La norma es bastante parca por lo que habrá de completarse con la regulación laboral, que es supletoria en esta materia (art. 169.2 TRLC, que reproduce el art. 64.11 LC). La

⁷³⁰MERCADER UGUINA, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias ...”, op. cit., ep. 2.

⁷³¹AJM núm. 9 de Madrid, de 15 de febrero de 2010 [JUR 2010\103580] y AJM núm. 7 de Madrid, de 7 de diciembre de 2009 [JUR 5000579,2009].

⁷³²ALTÉS TÁRREGA, “Los nuevos procesos derivados de la Ley Concursal”, en BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *El proceso laboral*, V.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, ISBN13:9788490335550, p. 1235.

⁷³³Según, ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., pp. 110-111, interpretando el contenido del anterior artículo 64.5.5ºLC, indica que, en la práctica, sin embargo, no se está acompañando la documental requerida reglamentariamente, lo que se podría plantear la aplicación de lo dispuesto en el artículo 51.2 ET respecto al contenido de la solicitud y considera que es un mínimo exigible de las solicitudes presentadas ante el juez del concurso.

⁷³⁴RÍOS MESTRE, J. Mª, *Despido colectivo y ...*, op. cit., pp. 452 y ss.

definición de las causas, por lo tanto, ha de partir de la norma laboral, lo que redundará en la conclusión antes expuesta.

Por tanto, habrán de exponerse las causas, el número y clasificación profesional de los afectados, criterios de designación, número y clasificación de los trabajadores empleados en el último año y período previsto para las extinciones.

La especificación de los trabajadores afectados deriva de que las indemnizaciones que se reconozcan serán créditos contra la masa, que se entienden comunicados y reconocidos por el auto del juez que los aprueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242.8º TRLC (anterior art. 85.2. 5º LC), por lo que parece necesario que ya aparezcan indicados en la solicitud que da origen al expediente⁷³⁵.

De otra parte, en empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores, es necesario adjuntar un plan social a la solicitud que contemple la incidencia de la extinción colectiva en la viabilidad de la empresa y del empleo (art. 173.2 TRLC, que reproduce el anterior artículo 64.5.4 LC). Este plan ya no se exige en el artículo 51 TRLET que, tras la reforma operada por la L 3/2012, solo habla del plan de recolocación externa (arts. 51.10 TRLET y 9 RPDC) y de las medidas sociales de acompañamiento propuestas y acordadas en el periodo de consultas (art. 8 RPDC).

Por otro lado, respecto al momento en que debe efectuarse la solicitud, inicialmente, el artículo 64.1 LC establecía que estas medidas debían interesarse una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, por lo que esta podía ser previa o posterior a la declaración.

Las disfunciones generadas por la redacción del precepto⁷³⁶ fueron superadas tras la reforma operada por el RDL 3/2009⁷³⁷, que estableció que los expedientes de regulación de empleo concursales debían tramitarse una vez declarado el concurso.

Actualmente, es el artículo 169 TRLC el que regula esta cuestión, manteniendo dicha redacción. Esta norma debe ponerse en relación con el contenido del apartado tercero del artículo 172 TRLC (anterior art. 64.3 LC), que establece, como regla general, que la solicitud de estas medidas debe presentarse tras la emisión de informe por la administración concursal, conforme a lo establecido en el artículo 292 TRLC (anterior art. 75 LC), con la excepción prevista en el propio artículo 172 TRLC (antiguo art. 64.3 LC), aplicable a los supuestos en los que la demora en la

⁷³⁵BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de ...*, op. cit., 2007, p. 411.

⁷³⁶MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit. p. 176.

⁷³⁷RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009.

adopción de las medidas propuestas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar un grave daño a los trabajadores⁷³⁸.

La redacción del precepto, tras la referida reforma de 2009, no ha estado exenta de crítica. Se considera que la necesidad de esperar a la declaración de concurso dilata la adopción de las medidas colectivas y ello, a pesar de los breves plazos previstos en el artículo 14.1 TRLC (antes art. 13.1 LC), esto es, el mismo día o al siguiente hábil⁷³⁹.

La redacción del actual artículo 169 TRLC procede del RDL 3/2009, que ha añadido la referencia a que pudiera comprometerse gravemente el futuro del empleo en la empresa o que pudiera derivarse un grave perjuicio a los trabajadores. Se trata de dos supuestos que, como ha señalado parte de la doctrina, son redundantes, pues si la empresa es inviable, no es posible hablar de futuro empleo⁷⁴⁰.

En cualquier caso, parece que la reforma legal pretendió facilitar la aplicación de la excepción, pues con la anterior redacción se venían inadmitiendo estas solicitudes cuando se trataba de medidas de extinción de la totalidad de la plantilla, entendiendo que, en dichos casos, la empresa ya no era viable⁷⁴¹.

No obstante, es conveniente destacar que ya antes del año 2009, se venía salvando la interpretación rigorista del precepto, considerando que la viabilidad futura de la empresa también comprendía el perjuicio que se produce en la masa activa por la continuación del devengo de salarios⁷⁴².

A pesar de ello, no faltaron casos en los que la referida excepción no se aplicó. Destaca, por ejemplo, el supuesto analizado en la Sentencia del Juzgado número uno de Cádiz, de 6 de junio de 2008⁷⁴³, en el que se entendió que no era posible considerar gravemente comprometida la viabilidad

⁷³⁸En este sentido se pronuncia el AJM núm. 6 de Madrid, de 23 de enero de 2012 (Proc. 316/2011) [AC 2012\622], que admite la solicitud de la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo en un supuesto es el que la actividad que desarrollaba la concursada era antieconómica desde hacía años, con un importante y continuado deterioro de su situación patrimonial, generadora de pérdidas importantes hasta llevarla a una situación de imposibilidad cierta y real de continuación de su actividad por la inexistencia de contratación y la sola generación de pérdidas y de deudas sociales.

⁷³⁹ÁLVAREZ-LINERA, A., “Los expedientes de regulación a la luz del RD 3/2009” en BELTRÁN E. y PRENDES P. (Dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas/Thomson, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-470-3279-2, p. 135, que destaca que es un “hecho notorio” que la mayoría de los juzgados mercantiles no puede dar cumplimiento a tan breve plazo.

⁷⁴⁰MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral ...*, op. cit., p. 179.

⁷⁴¹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral ...*, op. cit. p. 176.

⁷⁴²En este sentido, se pronuncia, entre otras, la STSJ de Andalucía, Sala Social, de 19 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2008) [ROJ: STSJ AND 15658/2008].

⁷⁴³SJM núm. 1 de Cádiz, de 6 de junio de 2008 (Proc. 157/2008) [JUR 2011\350837].

de la empresa cuando los propios términos de la solicitud chocaban con la aplicación de la excepción, pues se solicitaba que el auto autorizase a la empresa a extinguir los contratos en un período de tiempo no superior a noventa días, a contar desde su notificación y no se justificaban ni las razones de dicha demora, ni tampoco la concurrencia de circunstancias excepcionales que impidiesen esperar a la emisión del informe de la administración concursal.

En sentido semejante se pronuncian algunas resoluciones dictadas con posterioridad a la referida reforma, como el auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Bilbao, de 15 de junio de 2009⁷⁴⁴, que indica que las medidas colectivas laborales solo pueden solicitarse sin el preceptivo informe de la administración concursal cuando se justifica, en debida forma, la afectación de la viabilidad futura de la empresa o el perjuicio para el empleo o para los trabajadores. Por ello, en los casos en los que la solicitud no alude a ninguna de dichas circunstancias, no es posible aplicar la excepción⁷⁴⁵.

De otro lado, también se permite la tramitación del expediente de regulación de empleo concursal en los supuestos de cierre empresarial (art. 114.2 TRLC)⁷⁴⁶. En tal supuesto, la petición de cierre y cese de actividad sirve como solicitud de las medidas colectivas, por lo que es necesario que la misma sea detallada y contenga los datos de los trabajadores afectados. En caso de que las medidas supongan la extinción, suspensión, modificación o traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 53 TRLC e iniciará de forma simultánea el expediente concursal de los artículos 169 a 185 TRLC⁷⁴⁷. Por su parte, la administración concursal debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 173.1 TRLC.

Otro supuesto se produce cuando las operaciones de liquidación supongan a la adopción de las medidas colectivas citadas. En este supuesto deberán tramitarse conforme a lo dispuesto para el expediente de regulación de empleo concursal, ya sea antes del dictado del auto que apruebe el plan de liquidación (art. 418.2 TRLC) o cuando las operaciones supletorias obliguen a su adopción (art. 220.2 TRLC).

⁷⁴⁴AJM núm. 1 de Bilbao, de 15 de junio de 2009 (Proc. 181/2009) [JUR 2009\331001].

⁷⁴⁵En el referido supuesto, en la solicitud de la medida no se había hecho alusión alguna a dichas circunstancias y tampoco se había subsanado el defecto, tras el oportuno requerimiento de subsanación.

⁷⁴⁶BAJO GARCÍA, I, “Empresa en situación de concurso: ¿un derecho especial del trabajo?”, en AAVV, LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO PELLICER, A., *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN13:9788498766332, p. 297, en relación al anterior párrafo segundo del artículo 44.4, LC, que tenía idéntica redacción al actual artículo 114.2 TRLC.

⁷⁴⁷ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 106.

2.2.2. Documentación.

El artículo 173.1 TRLC (anterior art. 64.4.1 LC) regula esta materia de forma muy escueta. Establece que la solicitud debe exponer y, en su caso, justificar las causas de las medidas y los objetivos que se proponen alcanzar, acompañando los documentos necesarios para su acreditación⁷⁴⁸.

Como antes apunté, la utilización de la expresión “en su caso” junto al requisito de la necesidad de enumerar las causas motivadoras de las medidas ha sido criticada por la doctrina, ya que la mención de la causa debería constar “en todo caso”⁷⁴⁹.

Comparto esta crítica, pues no me parece oportuno que la norma se exprese en unos términos tan genéricos que permitan interpretar que pueden solicitarse este tipo de medidas, sin hacer expresa mención a la causa.

Ahora bien, lo cierto es que esta regulación debe completarse con la laboral común como legislación supletoria, conforme dispone el artículo 169.2 TRLC⁷⁵⁰, ya que las dudas que antes de la reforma del año 2012 existían, en relación a la aplicación supletoria de la normativa laboral, han desaparecido como consecuencia de la supresión de la aprobación de la Autoridad Laboral tras el RDL 3/2012.

Actualmente, la norma que regula la documentación que debe presentarse en los expedientes ordinarios laborales y en los concursales es el RPDC, al que antes hice alusión. Por tanto, a mi juicio, la polémica doctrinal debe entenderse superada, ya que el artículo 3 del RPDC, que regula la documentación común para todo despido colectivo, recoge la necesidad de indicar, de forma expresa, la causa del despido colectivo.

Algunos autores consideran que esta normativa no es aplicable al proceso concursal y que, por lo tanto, en este podrá aportarse la documentación que se estime conveniente, sin que rijan las disposiciones de la referida norma reglamentaria⁷⁵¹.

⁷⁴⁸Parte de la doctrina, sin embargo, ha interpretado que la solicitud, como acto de iniciación del proceso deberían contar con los requisitos propios de una demanda (art. 399 LEC). Argumento expuesto por DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ceura, Madrid, 2000, 9788480044127, p. 241.

⁷⁴⁹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit. p. 181.

⁷⁵⁰SÁEZ LARA, C., “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la ley Concursal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 7, 2012, ISSN 0213-0556, p. 33.

⁷⁵¹ALTÉS TÁRREGA, J.A., “Cuestiones procesales...”, op. cit., p. 1540.

A favor de la aplicación de la normativa reglamentaria, SEMPERE NAVARRO, V., “Retoques laborales...”, op. cit., p. 73-86.

Esta postura se refleja también en varias resoluciones dictadas por los juzgados de lo mercantil como el auto del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid, de 19 de mayo de 2015⁷⁵², que admite como medio hábil de prueba de las dificultades económicas que atraviesa la empresa, una serie de informes emitidos por la administración concursal, de conformidad con lo que antes disponía el artículo 75 LC –actual artículo 292 TRLC- en distintos procedimientos tramitados ante el mismo órgano judicial.

En sentido semejante se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra, de 15 de noviembre de 2010⁷⁵³, que consideró que la causa económica alegada -en ese caso, pérdidas económicas- se había probado de forma suficiente mediante la aportación de las cuentas anuales de distintos ejercicios económicos, entre los que no se encontraba el último, esto es, el de la anualidad previa a la solicitud.

En otros supuestos, aunque se parte de la aplicación del citado reglamento, sin embargo, se emplean criterios flexibles para analizar los efectos de la eventual falta de aportación de la documental exigida por la norma. Es el caso del auto del Juzgado número 2 de Pontevedra, de 26 de octubre de 2017⁷⁵⁴, que considera intrascendente la falta de aportación de la documental a la que se refiere el artículo 4 RPDC, en un supuesto en el que se solicitaba la extinción colectiva de los contratos de trabajo y el cese de la actividad empresarial. La razón que sirve de base al argumento de dicho auto es que ninguna de las partes intervinientes en el período de consultas había puesto de manifiesto la referida insuficiencia documental. Por su parte, la Autoridad Laboral tampoco había requerido la subsanación de tal defecto. Todo ello, permitió al magistrado considerar que las deficiencias advertidas en la aportación documental no habían incidido negativamente en el desarrollo del período de consultas, lo que determinó su intrascendencia.

Coincidió plenamente con los argumentos de esta última postura, ya que considera aplicable la norma laboral y además acoge criterios interpretativos que son acordes a la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que ha establecido que el deber de información, a lo largo del período de consultas, tiene un carácter netamente instrumental. Es decir, está al servicio del derecho a la negociación colectiva, lo que implica que “no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”, como recoge, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016⁷⁵⁵.

⁷⁵²AJM núm. 12 de Madrid, de 19 de mayo de 2015 (Proc. 170/2015) [JUR 2016\104271].

⁷⁵³AJM núm. 3 de Pontevedra, de 15 de noviembre de 2010 [AC 2011\1702].

⁷⁵⁴AJM núm. 2 de Pontevedra, de 26 de octubre de 2017 (Proc. 5/2017) [JUR 2017\289948].

⁷⁵⁵STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/2014) [RJ 2016\3570].

Pasando ya a la documentación necesaria, como he dicho, el artículo 3 RPDC regula la documentación común para todo despido colectivo. La solicitud deberá contener la causa de la medida; el número y clasificación profesional tanto de los trabajadores afectados como de los empleados habitualmente durante la última anualidad; el periodo previsto para la materialización de los despidos y, por último, los criterios seguidos para la designación de los afectados. Además, en el expediente concursal habrán de indicarse los datos relativos a la antigüedad y salario de los afectados de cara al cálculo de las correspondientes indemnizaciones⁷⁵⁶.

Si la causa alegada es económica, el artículo 4 RPDC, establece que deberá aportarse una memoria explicativa de los resultados de los que se deduzca la situación económica negativa alegada con las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios, pudiendo acompañar toda la documentación conveniente, en particular, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría.

Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación y presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de la previsión, basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, datos del sector, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.

La práctica mercantil, por su parte, también consideró la necesidad de acreditar la causa económica mediante la referida prueba documental. Un ejemplo de ello es el auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, de 30 de julio de 2012⁷⁵⁷, que alude a los datos obrantes en la memoria y en las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, que arrojaban pérdidas importantes derivadas de la situación de concurso del único cliente de la empresa y con ello, consideró

⁷⁵⁶MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit. p. 183. En el mismo sentido, aunque en relación a los Reales Decretos ya derogados, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La negociación del expediente de regulación de empleo en el concurso” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Coor.), *Los acreedores concursales...*, op. cit., p. 468.

⁷⁵⁷AJM núm. 8 de Barcelona, de 30 de julio de 2012 (Proc. 411/2012) [AC 2012\1528].

acreditada la causa económica alegada. En el mismo sentido se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 23 de noviembre de 2015⁷⁵⁸.

Por otro lado, si se trata de previsión de pérdidas, se debe informar de los criterios a partir de los cuales se extrae tal conclusión. Si la causa es la disminución persistente de ingresos o ventas, se debe incluir además la documental fiscal o contable que justifique la referida situación durante tres trimestres consecutivos, que han de ser inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación del inicio del procedimiento. En el ámbito del expediente concursal, entiendo que los referidos tres trimestres han de ser inmediatamente anteriores a la solicitud. Además, habrá de aportarse la cifra de ingresos o ventas de los tres trimestres correlativos de la anualidad anterior.

En esta materia de obligaciones documentales merece la pena hacer una breve mención a la Directiva 2013/34/UE⁷⁵⁹, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos⁷⁶⁰. La norma fue traspuesta a nuestro ordenamiento por la L 22/2015⁷⁶¹, que acoge las modificaciones necesarias para transponer a nuestro ordenamiento jurídico lo incorporado en la citada Directiva, en las disposiciones finales primera y cuarta. El desarrollo reglamentario se produjo por el RD 602/2016⁷⁶².

La referida norma tiene como finalidad, entre otras, simplificar las obligaciones contables de las pequeñas empresas, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes. Ha modificado el Cco y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁷⁶³ y ha eliminado la obligación de formular el estado de cambios en el patrimonio neto para las empresas que puedan hacer balance abreviado, es decir, aquellas cuyo activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; el importe neto de la cifra anual de negocios no supere

⁷⁵⁸AJM núm. 4 de Madrid, de 23 de noviembre de 2015 (Proc. 857/2015) [JUR 2016\103824].

⁷⁵⁹Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales DOUE L 182/19.

⁷⁶⁰Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, que fue modificada por la Directiva 2014/95/UE del parlamento europeo y del consejo, de 22 de octubre de 2014DOUE L 330/1.

⁷⁶¹L 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas. BOE núm. 173, de 21 de julio de 2015.

⁷⁶²RD 602/2016, de 2 de diciembre, por el que se modifican el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre; y las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos aprobadas por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre. BOE núm. 304, de 17 de diciembre de 2016.

⁷⁶³RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

los cinco millones setecientos mil euros y que cuenten con un promedio de trabajadores no superior a cincuenta, en el correspondiente ejercicio económico. Además, se reduce la memoria abreviada de las cuentas anuales.

Desde luego, los cambios derivados de la referida normativa, aunque no aparezcan reflejados en el reglamento que regula el procedimiento de despido colectivo, han de tener incidencia en las obligaciones de aportar la documentación contable que regula el artículo 4 RPDC. A título de ejemplo habrá de considerarse la exoneración de la obligación de formular el estado de cambios en el patrimonio neto para las empresas que puedan hacer balance abreviado. Por tanto, se trata de una documental que no será necesario aportar en los supuestos de expresa exoneración legal.

Por otro lado, si se trata de grupos de empresas que deben realizar cuentas conjuntas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante y si no existe dicha obligación, deben adjuntarse las cuentas de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, conforme establece el artículo 4.5 RPDC.

Hay que tener en cuenta que, en el ámbito concursal, el artículo 174.2 TRLC (anterior art. 64.5.3 LC) exige que se alegue la posible existencia de un grupo empresarial en el momento oportuno, que no es otro, que al inicio del período de consultas⁷⁶⁴. Ello determina que la aportación de la documental a la que alude el artículo 4.5 RPDC, solo sea exigible en los supuestos en los que se haya efectuado tal alegación.

Se trata de una cuestión lógica que además está relacionada, como luego veremos, con la necesidad de evitar la indefensión de quien no ha tenido la oportunidad de ser oído. En este sentido se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, de 30 de julio de 2012, antes citado. La referida resolución razona que no existe un derecho absoluto de los representantes legales de los trabajadores a acceder a la documental contable de la empresa concursada en la fase de consultas. Por ello, el hecho de que, en ese particular supuesto, no se les hubiese entregado la relación de inversiones realizadas, no se consideró como incumplimiento formal que invalidase la negociación, ya que, si pretendían acceder a documentación contable, la única vía posible era su alegación al inicio del período de consultas, a fin de que el juez pudiera llamar a las restantes empresas y posibilitar así que fueran oídas.

También en este punto, merece atención la Directiva europea 2013/34/UE, dado que habrá que tener en cuenta que, a raíz de la misma, se ha modificado el art. 43 del Cco. Ya no existe la dispensa de la obligación de consolidar cuentas por el tamaño, que es sustituida por la consideración de entidad de interés público, según lo dispuesto en el artículo 3.5 de la Ley de Auditoría de

⁷⁶⁴Con mayor amplitud, véase el apartado relativo a la intervención en el período de consultas.

Cuentas. Se han añadido nuevas dispensas por interés poco significativo y a las sociedades dominantes en los supuestos en los que la información necesaria para elaborar los estados financieros consolidados no pueda obtenerse por razones justificadas. También cuando la tenencia de las acciones tenga por objeto la ulterior cesión y cuando concurren restricciones severas y duraderas que obstaculicen el control de la sociedad dominante⁷⁶⁵. Lógicamente, estas dispensas legales van a tener incidencia en las obligaciones de aportación documental reguladas en el artículo 4.5 RPDC.

De otra parte, actualmente, el TRLET no habla del plan de viabilidad al que sigue aludiendo la normativa concursal (art. 173.2 TRLC, que recoge el contenido del anterior art. 64.5. 4º LC). El actual artículo 51.10 TRLET habla de un plan de recolocación externa para empresas de más de cincuenta trabajadores, pero no será aplicable a las empresas que estén incursas en un procedimiento concursal. Parece que la mención de la legislación concursal a este plan está pensando en la posibilidad de reflotar la empresa, por lo que no será exigible en los casos en los que las operaciones de liquidación vayan dirigidas al desmantelamiento y cese empresarial⁷⁶⁶.

Ahora bien, conviene tener presente que, como antes razoné, aunque la viabilidad futura de la empresa ya no aparece en el texto legal como uno de los objetivos que se persiguen con la solicitud de las medidas laborales, a diferencia de lo establecía el anterior artículo 64.4 LC, sin embargo, considero que se trata de un requisito que debe seguir estando presente en el procedimiento de regulación de empleo concursal, continuando las pautas ya marcadas por la práctica mercantilista que venía considerando la necesidad de lograr una adecuada ponderación entre causa acreditada y el alcance de la medida solicitada.

Así se refleja, por ejemplo, en el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, de 21 de enero de 2008⁷⁶⁷, que desestima la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo porque existía una previsión de viabilidad de la empresa, es decir, de continuidad de la actividad empresarial en la que expresamente se contaba con la plantilla.

En otros casos, es, precisamente, la viabilidad futura de la empresa la que aconseja aceptar la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo, a fin de evitar una situación de

⁷⁶⁵Con mayor amplitud en SAIZ MARQUÍNEZ, A. “La transposición de la Directiva 2013/34/UE”, *Diario La Ley*, núm. 8885, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 20 de diciembre de 2016, visto en <https://diariolaley.laleynext.es/> el día 3 de abril de 2020.

⁷⁶⁶MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral* ..., op. cit. p. 188.

⁷⁶⁷AJM núm. 1 de Cádiz, de 21 de enero de 2008 (Proc. 22/2004) [AC 2011\1848].

desequilibrio entre la situación económico-financiera y el número de trabajadores en plantilla, como analiza el auto del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005⁷⁶⁸.

Si la causa alegada es técnica, organizativa o de la producción, el artículo 7 RPDC establece que deberá adjuntarse una memoria explicativa de las causas, que justifique la razonabilidad de la decisión. Este aspecto se explica en términos relacionados con la necesidad de contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su posición mediante una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición en el mercado o dé una mejor respuesta a las exigencias de la demanda⁷⁶⁹.

Si se trata de medidas de suspensión o reducción de jornada, el artículo 17 RPDC establece la necesidad de concreción de causa, la medida propuesta, los trabajadores afectados y los empleados habitualmente en la empresa, así como los criterios de selección correspondientes. Se debe adjuntar una memoria explicativa de las causas. Por su parte, el artículo 18 RPDC, indica que se deben aportar las cuentas del último ejercicio.

En los casos en los que se trate de una previsión de pérdidas económicas, se debe informar de los criterios determinantes de su estimación y cuando se alegue disminución de ingresos o ventas será necesario aportar la documental contable o fiscal que los acredite durante dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación de inicio del procedimiento, así como la cifra de ingresos ordinarios o ventas de los correlativos trimestres de la anualidad anterior.

Si la causa es técnica, organizativa o productiva, se deben adjuntar los preceptivos informes técnicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3 RPDC.

Mayores problemas se plantean en los supuestos de traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, pues la normativa concursal no establece nada al respecto y la regulación laboral parte de un escenario totalmente diferente al propio de la norma concursal, ya que la decisión la adopta el empresario tras el previo intento de consultas con la representación legal de los

⁷⁶⁸AJM núm. 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005 (Proc. 43/2004) [AC 2005\149]. En este supuesto se acuerda la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo, al considerarla una medida imprescindible para equilibrar la situación económica de la empresa y garantizar su viabilidad futura. La medida se integraba en un programa que preveía la reestructuración del patrimonio empresarial (enajenación de inmuebles y adquisición de otros más adecuados a la actividad), selección de líneas de desarrollo empresarial prescindiendo de las no rentables que justifican la reducción del personal y el consecuente ahorro de costes económicos.

⁷⁶⁹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit. p. 184, considera que una vez suprimido el requisito de la razonabilidad de la regulación del artículo 51 ET, la redacción del artículo 7 RPDC debe entenderse en el sentido de que bastará con la aportación de informes técnicos que acrediten las causas. Esta concepción debe entenderse superada por la interpretación jurisprudencial del precepto.

trabajadores. Por ello, parece que pueden tomarse como criterios orientativos los fijados en la normativa reglamentaria que acabamos de exponer⁷⁷⁰.

2.2.3. Admisión a trámite.

La solicitud de iniciación del procedimiento se dirige al juez del concurso quien debe comprobar si reúne los requisitos legalmente exigidos, así como la documentación que la acompaña y requerir de subsanación en caso de que sea necesario, así como convocar a consultas al concursado, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174.1 TRLC (previo artículo 64.5.1 LC).

Parece que no es necesario dar traslado de la solicitud a las partes a fin de que sean oídas conforme al artículo 517.2 TRLC⁷⁷¹, ya que dicho trámite no es aplicable a este procedimiento y, además, la finalidad perseguida ya se cumple con la convocatoria de las partes al periodo de consultas⁷⁷².

El juzgado de lo mercantil tendrá además una labor de auxilio, de conformidad con el artículo 175.1 TRLC (antiguo artículo 64.4.2 LC), a efectos de comprobar las causas alegadas y los objetivos buscados, a esta función puede unirse la de colaboración del concursado⁷⁷³.

2.2.4. Período de consultas.

No es necesaria su apertura en los casos en los que la solicitud se acompañe de un acuerdo suscrito entre la empresa y los legales representantes de los trabajadores (art. 176.1 TRLC, que reproduce el contenido del antiguo artículo 64.6.3 LC). Se trata de una circunstancia expresamente prevista en la ley, pero ya antes de la reforma del año 2011 se venía admitiendo que las partes

⁷⁷⁰En este sentido, aunque respecto al derogado RD 46/1996, Vid. MERCADER UGUINA, J. y ALAMEDA CASTILLO, M^a T., “Contratos de trabajo (art. 64)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Dirs.), *Comentario de la ...*, op. cit., pp. 1208-1209. También MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral...*, op. cit. p. 186, considera que los requisitos exigidos en los artículos 4 y 5 del RPDC, no deben ser exigidos de un modo exhaustivo al no estar previstos para este tipo de medidas, por lo que, en principio, quien inicie el expediente deberá justificar del modo que considere conveniente, la causa y, además, debe acreditar su concurrencia y pertinencia.

⁷⁷¹Sobre esta cuestión, CASTILLO, M.^a T., “La regulación judicial de empleo. Puntos críticos”, *Revista Española de derecho de trabajo*, núm. 149, enero-marzo, 2011, ISSN 0212-6095, p. 106, en relación al anterior artículo 188.2 LC.

⁷⁷²MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 189. En este sentido también se pronuncia el AJM núm. 1 de Santander, de 27 de febrero de 2006 (Proc. 641/2005) [AC 2006\1262].

⁷⁷³MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 189.

presentaran acuerdos adoptados antes de la apertura del período de consultas en procesos de negociación informal⁷⁷⁴.

A) Intervención en el período de consultas.

Tradicionalmente, los sujetos que deben intervenir en el periodo de consultas son la administración concursal y los representantes de los trabajadores (art. 174.3 TRLC)⁷⁷⁵.

En la actualidad, el artículo 174.1 TRLC recoge la misma redacción del anterior artículo 64.5, apartado primero, LC, que procedía de la reforma del año 2011. El precepto establece que, una vez recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas.

Antes de dicha reforma, no se mencionaba al concursado como sujeto interviniente en el período de consultas, lo que fue objeto de críticas doctrinales. Un sector doctrinal sostuvo la necesidad de su intervención en los casos en los que no tuviera suspendidas sus facultades⁷⁷⁶, mientras otro sector mantenía que debía reconocerse al deudor tal facultad, incluso en los casos de suspensión, esto es, la intervención del empresario deudor debía admitirse con independencia del nivel de intervención de facultades⁷⁷⁷.

En cualquier caso, la polémica doctrinal no tuvo trascendencia práctica, pues, precisamente, esta falta de mención expresa del concursado dio lugar a que, en la praxis judicial, se le permitiese participar, pues no existía previsión legal que lo prohibiese de forma expresa.

Ahora bien, cuando se advertían discrepancias entre la administración concursal y el concursado, estas se solventaban a favor de esta última⁷⁷⁸.

Por tanto, entiendo que la polémica doctrinal se encuentra superada. Son tres los posibles sujetos negociadores, aunque, como luego expondré, la intervención del empresario concursado está sujeta a determinadas condiciones y debe ser previamente autorizada por el juez.

⁷⁷⁴GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Despido colectivo y ...”, op. cit., p. 316.

⁷⁷⁵Antes de la reforma de la LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, los sujetos legitimados eran, exclusivamente, la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores. Vid., en este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *El régimen de las modificaciones de las condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, Ces, Colección de Estudios, Madrid, 2007, ISBN:9788481882735, p. 206, en relación al anterior artículo 64.6.1 LC.

⁷⁷⁶DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ...*, op. cit., p. 160.

⁷⁷⁷HERRERA CUEVAS, E.J., “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2, 2005, ISSN 1698-4188, p. 21.

⁷⁷⁸RODRÍGUEZ ACHÚTEGI, E., “El ERE concursal tras la Ley 38/2011, de reforma concursal”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, enero 2012, ISSN 1889-4380, pp. 23-30.

A.1) Administración concursal.

Respecto a la composición de la administración concursal es necesario tener en cuenta el apartado primero de la disposición transitoria única del TRLC, que establece que el contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 TRLC entrará en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la L 17/2014⁷⁷⁹. Entre tanto, permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la LC en la redacción anterior a la entrada en vigor de la referida L 17/2014.

Por tanto, en esta materia, en tanto no se apruebe el referido reglamento, será necesario tener en cuenta la regulación previa de la LC.

De este modo, la administración concursal está formada por un miembro que ha de ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia y especializado en derecho concursal, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia e igual especialización.

Cabe nombrar a una persona jurídica, que ha de ser independiente y dedicada a las funciones de administración concursal, pero siempre que cuente con un abogado en ejercicio y un economista o titulado mercantil o auditor de cuentas que reúnan idénticos requisitos que los indicados para la persona física.

No obstante, si concurre interés público, es posible el nombramiento de una Administración Pública o una Entidad de Derecho Público vinculada a ella pues así lo establece el artículo 27.bis.4 LC. A su vez, este artículo prevé excepciones a la regla general, como el caso de los concursos de entidades emisoras de valores, empresas de servicios de inversión, entidades de crédito o aseguradoras, o concursos de especial trascendencia, en cuyo caso debe nombrarse, respectivamente, a un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o persona designada por esta; la persona que sea propuesta por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros; un acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado entre los que estén en el primer tercio de mayor importe, quien deberá ser administrador junto al previsto en la regla general.

Además, el artículo 27.2.3 LC admite que cuando los créditos de los trabajadores estén incluidos en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar administrador a la representación legal de los trabajadores, que deberá nombrar a un profesional abogado, economista, titulado mercantil, o auditor de cuentas.

⁷⁷⁹L 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2014.

En cualquier caso, la participación en el período de consultas no ha generado ninguna duda. Además de que constaba expresamente en el artículo 64.5 LC, también hacía alusión a ello el anterior artículo 33.1.c).3º LC, al incluir, entre sus funciones, la de “intervenir en los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada iniciados durante el concurso y, en su caso, “acordar los mismos con los representantes de los trabajadores” (actuales arts. 174.1 y 171.1, respectivamente)⁷⁸⁰.

Su intervención en el período de consultas es en calidad de órgano designado por el juez para defender los intereses del concurso, que no siempre se identifican con los propios del empresario, por lo que no es posible considerar a la administración concursal como un órgano de representación del empresario concursado⁷⁸¹.

Una vez que entre en vigor la reforma operada por la L 17/2014⁷⁸² y se efectúe el preceptivo desarrollo reglamentario, de acuerdo con su disposición transitoria segunda y la disposición transitoria única del TRLC, el único miembro que integra la administración concursal puede ser tanto una persona física como jurídica, pero debe figurar inscrita en la sección cuarta del Registro Público Concursal y debe haber declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso. En los supuestos de concursos en los que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público podrá nombrar, como segundo administrador concursal, a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella.

Los requisitos para la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal vendrán determinados reglamentariamente. Se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande, debiendo determinarse, también reglamentariamente, las características que permitan determinar cada uno de estos supuestos. La designación se hará por turno correlativo, salvo en los concursos de gran tamaño, en los que el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda por turno correlativo cuando considere que el

⁷⁸⁰Redacción derivada de la L 9/2015, que completó la inicial derivada de la L 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial. BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2014, que solo recogía, entre sus funciones, la intervención en los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

⁷⁸¹CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones ...”, op. cit., p. 525.

⁷⁸²De acuerdo con la disposición transitoria segunda de la L 17/2014, “las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses.”

perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. Los criterios que se pueden considerar son la especialización o la experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

Cuando se trate de un concurso de una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Cuando sean concursos de entidades sujetas respectivamente a su supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras, se nombrará administrador entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En los casos de concursos conexos, el juez competente para su tramitación podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados y en caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.

A.2) Representantes de los trabajadores.

En principio, la participación corresponde a la representación que haya solicitado la medida. Antes del año 2011, no existía solución legal para el supuesto de que otra representación de trabajadores, distinta de aquella que hubiera presentado la solicitud, pretendiese participar en las consultas. Para solventar tales casos, la doctrina propugnaba que se aplicasen los criterios de prioridad temporal y de elección directa por parte de los trabajadores en asamblea o la representación unitaria⁷⁸³.

Por su parte, el RDL 7/2011⁷⁸⁴, introdujo la posibilidad de que las secciones sindicales ostentasen dicha representación. Para ello es necesario el acuerdo de la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal (arts. 40.2, 41.4 y 51.2 TRLET, aplicables al

⁷⁸³DESDENTADO BONETE, A., y N. ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante ...*, op. cit., p. 157, que enumeran estos criterios doctrinales. Se decanta por el criterio de prioridad temporal MERCADER UGUINA, JR. y ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “Contrato de trabajo (art. 64)” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Dirs.), *Comentario de ...*, op. cit., p. 1207. Sobre el criterio de elección en asamblea, MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Legitimación para negociar acuerdos en períodos de consulta sobre despidos colectivos e impugnación jurisdiccional de estos acuerdos”, en SAMPEDRO, M. (Coord.), *Problemas procesales de la reforma laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 76.

⁷⁸⁴RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011.

supuesto concursal). Ahora bien, en los casos en los que no se alcance tal mayoría, pueden aplicarse los criterios doctrinales antes citados⁷⁸⁵.

El órgano negociador, es decir, la comisión que represente a los trabajadores ha de estar constituida antes del inicio del periodo de consultas. El plazo que se fija es de máximos. Deberá constituirse en el plazo máximo de siete días computados desde la fecha de notificación fehaciente de la decisión empresarial de proceder al despido colectivo.

Cuando no exista representación legal de los trabajadores, la regulación se recoge en el artículo 41.4 TRLET⁷⁸⁶, que es aplicable tanto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como a despidos, traslados, suspensiones colectivas y a las reducciones de jornada. El precepto establece que los trabajadores tienen la posibilidad de optar por atribuir la representación a una comisión integrada por tres trabajadores de la empresa elegidos democráticamente o a una comisión sindical de idéntico número, que sea designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, pero siempre y cuando dichos sindicatos estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable a la empresa.

Si afecta a varios centros de trabajo la intervención como interlocutores corresponderá, en primer lugar, al comité intercentros si tuviera atribuida esta función en el convenio colectivo en el que se hubiera creado. En su defecto, a una comisión representativa constituida de acuerdo con las siguientes reglas.

En primer término, si todos los centros afectados cuentan con representación legal, todos formarán parte de la comisión representativa.

En segundo lugar, cuando algunos de ellos cuentan con representantes y otros no, la comisión estará formada por los representantes de los centros que cuenten con dicha representación legal, con la salvedad de que los trabajadores de los centros sin representantes opten por constituir la comisión *ad hoc*, en cuyo caso la comisión negociadora estará integrada tanto por representantes legales como por los miembros de la referida comisión *ad hoc*, teniendo en cuenta un criterio proporcional al número de trabajadores que representen.

En tercer término, cuando ninguno de los centros cuente con representantes de los trabajadores, la comisión negociadora estará formada por quienes resulten elegidos por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc* que se hayan designado en cada centro, siempre en proporción

⁷⁸⁵MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 195.

⁷⁸⁶Artículo reformado por la L 35/2010, de 17 de septiembre y el RDL 7/2011, de 10 de junio. Por su parte, el art. 26.3 RD 1483/2012, de 29 de octubre, remite al mismo artículo 41.4 TRLET.

al número de trabajadores que representen. En cualquier caso, el número máximo de representantes será de trece.

Por otro lado, si en una misma empresa hay centros de trabajo que cuentan con representación legal y otros no, cabe constituir una comisión en la que estén integrados tanto los representantes legales como los trabajadores elegidos *ad hoc*, no pudiendo rebasar el límite legal de trece miembros⁷⁸⁷.

La validez de la constitución de las denominadas comisiones negociadoras híbridas ha sido admitida en la jurisprudencia, destacando, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 14 de octubre de 2015⁷⁸⁸, respecto a la conformada por delegados de personal y la comisión *ad hoc* y la sentencia de 22 de septiembre de 2014⁷⁸⁹, en relación a la constituida por miembros del comité de empresa y la comisión *ad hoc*.

Para los supuestos de expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, organizativas, técnicas y de la producción relacionados con la pandemia por COVID19 se reguló un procedimiento especial para la suspensión de contratos y las reducciones de jornada por causas económicas, organizativas, técnicas y de la producción.

El artículo 23 RD 8/2020, en materia de representación de los trabajadores, establece que, en los supuestos en los que no exista un órgano de representación legal de los mismos, la comisión negociadora se formará con los sindicatos más representativos del sector que ostenten legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio. En su defecto, rige el art. 41.4 TRLET, es decir, una comisión formada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo dispuesto en el referido artículo.

La citada comisión tendrá un número máximo de miembros, que será uno por cada sindicato legitimado. Ahora bien, en la adopción de decisiones, es evidente que deberá considerarse tanto la representación como la proporcionalidad de los sindicatos que integren la referida comisión⁷⁹⁰.

Por otro lado, en todos los casos, la comisión debe constituirse en el improrrogable plazo de cinco días. La duración del período de consultas se ha reducido, pues el tiempo máximo previsto eran siete días, aunque, lógicamente, podía ser un plazo inferior si antes se alcanzaba un acuerdo.

En el ámbito concursal, el TRLC establece un sistema semejante al regulado en la legislación social. El artículo 171.2 TRLC atribuye la representación de la parte social a los sujetos indicados en el artículo 41.4 TRLET, en el orden y en las condiciones señalados en el mismo.

⁷⁸⁷STS, Sala Cuarta, de 14 de octubre de 2015 (Rec. 336/2014) [RJ 2015\5661].

⁷⁸⁸STS, Sala Cuarta, de 14 de octubre de 2015 (Rec. 336/2014) [RJ 2015\5661].

⁷⁸⁹STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 27/2014) [RJ 2014\6122].

⁷⁹⁰ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., *Covid-19: Medidas del RD 8/202...*, op cit., p. 17.

No obstante, la norma incluye una serie de matices para el caso de que, una vez transcurrido el plazo de cinco días, al que alude el referido artículo, los trabajadores no hayan designado representación legal. En tal supuesto el juez del concurso podrá acordar la intervención de una comisión compuesta por un máximo de tres miembros, que estará integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que pertenezca la empresa.

Se trata de una facultad de la que no dispone el juez de lo social⁷⁹¹, pues en el procedimiento social, lo único que establece el artículo 47.1 TRLET es que, una vez transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa cumple, comunicando formalmente a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral, el inicio del periodo de consultas.

Además, el precepto recoge que la falta de constitución de la comisión no impedirá el inicio, ni tampoco el transcurso del periodo de consultas. Por tanto, es la empresa la que ha de dirigir la referida comunicación, sin que el juez social tenga una participación activa en la constitución de la misma.

Desde luego, la norma concursal es mucho más garantista que la actual normativa social. Desde mi punto de vista, sería deseable articular algún tipo de control de la obligación de negociar, semejante al previsto en la normativa concursal, a fin de garantizar adecuadamente el derecho de la parte social a negociar las medidas propuestas por la empresa.

A.3) Empresario concursado.

Antes de la aprobación del TRLC, el artículo 64.5 LC establecía que el concursado podía ser convocado al periodo de consultas cuando sus facultades no se encontrasen suspendidas, esto es, cuando estuvieran meramente intervenidas. En este supuesto, el juez del concurso podía autorizar a este a participar en las consultas, aunque sin condición de parte negociadora y, por tanto, sin derecho a voto en los acuerdos⁷⁹².

La intervención del concursado se posibilitó tras la reforma del año 2011, aunque, como se observa, está mucho más limitada que el resto de los intervinientes. De cualquier modo, la referida reforma legal se sitúa en la misma línea que la anterior doctrina, que ya se había inclinado por la necesidad de permitir dicha participación en los supuestos de intervención de facultades⁷⁹³.

⁷⁹¹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit, p. 197.

⁷⁹²La solución legal venía siendo defendida doctrinalmente. Vid., MERCADER UGUINA, J.R., y ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “Contratos de ...”, op. cit., p. 1214 y también por la práctica judicial. Destacan, entre otros, los AAJM núm. 1 Bilbao 8 de mayo de 2006 (Proc. 49/2006) [JUR 2006\271972] y de 29 de enero de 2009 (Proc. 623/2008) [JUR 2009\87998].

⁷⁹³BAJO GARCÍA, I., “Empresa en situación de ...”, op. cit., p. 298.

En la actualidad, el artículo 174.1 TRLC no contiene ninguna referencia a la situación de intervención de facultades del concursado, lo que, a mi juicio, no supone ninguna modificación del régimen vigente desde el año 2011, respecto a la posibilidad de formar parte en el período de consultas, siempre y cuando no esté suspendido de facultades.

A.4) Grupos de empresas.

El artículo 174.2 TRLC (antes art. 64.5.3 LC) establece que tanto los representantes de los trabajadores como la administración concursal pueden solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas y jurídicas que, indiciariamente, puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A tal efecto, pueden solicitar el auxilio del juzgado que sea necesario para la comprobación de dicho extremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175.2 TRLC (antiguo art. 64.5. 3º LC).

De nuevo, el juez concursal es quien puede autorizar su participación y a quien le corresponde prestar el auxilio necesario para la comprobación de los indicios aportados, pero los sujetos legitimados para efectuar tal solicitud deberán aportar indicios razonables de la existencia de la unidad empresarial a la que alude la norma.

El precepto se refiere a los supuestos de grupos de empresas. Su inclusión en el período de consultas es potestativa para el juez, previa petición de parte que, además, debe efectuarse al inicio del período de consultas, a fin de evitar la posible indefensión de las demás partes⁷⁹⁴. Si no se hace así, el órgano judicial no tiene por qué entrar a conocer de la referida alegación⁷⁹⁵.

La norma responde a la necesidad de valorar la situación económica real de la unidad empresarial y, para ello, permite reclamar la documentación económica consolidada o la referida a las empresas que conformen el grupo.

El primer problema que se plantea es el concepto de unidad de empresa al que se refiere el artículo 174.2 TRLC. La normativa concursal emplea diversos términos para referirse a las unidades empresariales. Así, por ejemplo, en los artículos 39 y 41.1 TRLC (antiguos arts. 25 y 25 bis LC) se habla de los grupos de sociedades y de la acumulación de concursos de quienes formen parte de un grupo de sociedades.

⁷⁹⁴Las solicitudes efectuadas tras el período de consultas se consideran extemporáneas y deben ser rechazadas. En este sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 19 de mayo de 2016 (Rec. 318/2016) [ROJ: STSJ CANT 765/2016].

⁷⁹⁵En este sentido, SJM núm. 8 de Barcelona, de 30 de julio de 2012 (Proc. 411/2012) [AC 2012/1528].

La definición del grupo de sociedades se encuentra en la disposición adicional primera TRLC sexta de la LC⁷⁹⁶, que remite de forma expresa al contenido del artículo 42.1 del Cco. El concepto grupo de empresas, también empleado en la legislación concursal, a su vez, está muy próximo al del artículo 42 Cco y se fundamenta en el control que ejerce el consejo de administración⁷⁹⁷. Por tanto, al margen de las diferentes denominaciones, lo cierto es que el concepto de grupo de sociedades o de empresas se identifica con el recogido en el artículo 42 del CCo.

En cualquier caso, para estos supuestos se admite la declaración conjunta de concursos y la posibilidad de acumular los procedimientos que se estén tramitando de forma separada (arts. 39 y 41.1 TRLC). La normativa ha ampliado la legitimación para solicitar la acumulación, ya que pueden hacerlo cualquiera de las empresas en concurso y también los administradores concursales (art. 41.1 TRLET). De forma subsidiaria podrán interesarlo todos los acreedores (art. 42 TRLC, que recoge el contenido del anterior art. 25.ter LC).

El efecto principal es que los concursos se tramiten de forma coordinada sin consolidación de masas (art. 42 TRLC), aunque, de forma excepcional, se pueden consolidar inventarios y listas de acreedores para la elaboración del informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en una demora injustificada. Partiendo de ello, cabe la posibilidad de que en el expediente de regulación de empleo concursal se tenga en cuenta la situación global del grupo de empresas cuando se esté tramitando el concurso del grupo empresarial, o bien, que la existencia del grupo empresarial surja a lo largo de la tramitación del propio expediente (art. 174.2 TRLC)⁷⁹⁸.

De cualquier modo, el artículo 174.2 TRLC parece referirse a los grupos de empresa no mercantiles, sino laborales, pues habla de elementos indiciarios que permitan considerar la existencia de una unidad de empresa.

Se trata de una definición que se acerca mucho al concepto de grupo de empresa laboral perfilado por la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo. Entre otras sentencias, cabe destacar sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004)⁷⁹⁹, que ha definido al “grupo de empresas a efectos laborales” como un concepto de extensión equivalente al

⁷⁹⁶Antes, disposición adicional primera TRLC sexta de la Ley Concursal, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Previamente, el artículo 18 LC adoptaba el criterio de la “influencia dominante” para definir el grupo de sociedades, también con remisión expresa al artículo 42 del Cco.

⁷⁹⁷Véase, en este sentido, SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, 2ª. ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, ISBN, 978-84-470-4284-5, pp. 55-56.

⁷⁹⁸MERCADER UGUINA, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias ...”, op. cit., ep. 4.

⁷⁹⁹STS, Sala Cuarta, de 3 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004) [ROJ: STS 7545/200].

grupo de sociedades del derecho mercantil.

El reconocimiento de un grupo de empresas en el ordenamiento laboral exige la presencia de una serie de factores relativos a la organización de trabajo⁸⁰⁰ que hacen que su ámbito aplicación sea más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten “en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales”.

En idéntico sentido destaca la sentencia del TS, Sala Cuarta, de 21 de julio de 2010⁸⁰¹, que recuerda que no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para configurar un grupo de empresas laboral, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, que son: 1) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo⁸⁰²; 2) la prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo⁸⁰³; 3) la creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales⁸⁰⁴ y 4) la confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁸⁰⁵.

Además, la sentencia puntualiza que hay que tener en cuenta que, salvo en casos especiales, “los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 1998⁸⁰⁶ destaca que, aun en los supuestos en los que se esté en presencia de un empresario real y no ficticio, puede existir grupo de empresas si aprecia una misma dirección y titularidad empresarial, idéntico domicilio social y cierta coincidencia en el objeto social con utilización indiferenciada de plantillas.

La doctrina tradicional respecto al grupo de empresas empieza a rectificarse a partir de la

⁸⁰⁰La STS, Sala Cuarta, de 3 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004) [ROJ: STS 7545/200], parte de la doctrina de las previas SSTs de 29 de mayo de 1995 (Rec. 2820/1994) [ROJ: STS 3058/1995], de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997) [ROJ: STS 379/1998] y de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001) [ROJ: STS 10324/2001].

⁸⁰¹STS, Sala Cuarta, de 21 de julio de 2010 (Rec. 2845/2009) [ROJ: STS 4477/2010].

⁸⁰²STS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1987 [ROJ: STS 6260/1987].

⁸⁰³STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 1987 [ROJ: STS 7851/1987].

⁸⁰⁴SSTS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 1988 [ROJ: STS 4365/1988] y de 24 de julio de 1989 [ROJ: STS 4494/1989].

⁸⁰⁵STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992) [ROJ: STS 4673/1993].

⁸⁰⁶STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 1998 (Rec. 3310/1997) [ROJ: STS 3198/1998].

STS, Sala Cuarta, de 20 de marzo de 2012⁸⁰⁷ y se consolida y reformula en la STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013⁸⁰⁸. En la primera de ellas, se aclara que en el ámbito del derecho laboral no existe un concepto propio de grupo de empresas, sino que se parte del concepto mercantil que se basa en la subordinación. Por otro lado, se indica que la prestación indiferenciada de servicios para las empresas del grupo es un concepto que incluye los supuestos en los que afecta a la totalidad de la plantilla, pero también aquellos otros en los que solo afecta a parte de esta y no a la totalidad de la misma. Por último, la confusión patrimonial no puede asimilarse a los supuestos de participación en el capital, sino que exige lo que se denomina como una “promiscuidad en la gestión económica”⁸⁰⁹.

La STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013⁸¹⁰ insiste en las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales y en la falta de su regulación sistemática, ya advertidas en pronunciamientos previos, como los de la STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2009⁸¹¹.

Dichas deficiencias, sin embargo, no han impedido un copioso tratamiento jurisprudencial de la materia, que ha llevado a establecer los siguientes criterios.

En primer lugar, para imponer la responsabilidad solidaria, no es suficiente con que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, sino que es necesaria la concurrencia de elementos adicionales.

En segundo término, tampoco es suficiente la dirección unitaria, pues este dato solo pone de manifiesto la existencia de un grupo empresarial, pero no implica la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas.

En tercer lugar, la existencia de una dirección comercial común tampoco es un dato que, por sí mismo, permita imponer la responsabilidad solidaria, ya que ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial.

En cuarto lugar, la coincidencia de algunos accionistas o partícipes en las empresas también

⁸⁰⁷STS, Sala Cuarta, de 20 de marzo de 2012 (Rec. 81/2012) [ROJ: STS 1710/2013].

⁸⁰⁸STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) [ROJ: STS 4017/2013]. Doctrina seguida por las posteriores SSTs, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013) [ROJ: STS 3297/2014], de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014], de 28 de enero de 2014 (Rec. 46/2013) [ROJ: STS 1038/2014] y de 19 de diciembre de 2013 (Rec. 37/2013) [ROJ: STS 6638/2013], entre otras.

⁸⁰⁹Con mayor amplitud, DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova, Valladolid, 2014, ISBN 978-84-9898-860-4, pp. 86-88.

⁸¹⁰STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) [ROJ: STS 4017/2013].

⁸¹¹STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008) [ROJ: STS 4934/2009].

carece de eficacia de cara a una condena solidaria, pues las sociedades tienen una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios

Por último, el mero dato de que el administrador único de una empresa sea representante legal de otra, tampoco es determinante, pues aun cuando comportase una dirección unitaria, lo único que implicaría es la existencia de un grupo de empresas, pero no la responsabilidad solidaria de las mismas⁸¹².

Por tanto, conforme a la referida doctrina legal, es necesario valorar los datos que se declaran probados y los indiciarios para declarar la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales. Se debe tener en cuenta que no es necesaria la concurrencia de todos los requisitos citados para declarar la responsabilidad solidaria frente a las deudas sociales, pero considerando siempre que las notas más relevantes para determinarla son la existencia de una dirección unitaria del grupo y el trabajo indistinto, simultaneo o sucesivo, para las distintas empresas.

Ahora bien, tras la reformulación del concepto, debe puntualizarse que el requisito del funcionamiento unitario se asocia, en términos generales, con la confusión de plantillas, es decir, en la prestación indistinta e trabajo, ya sea de forma simultánea o sucesiva en favor de varias de las empresas del grupo y este concepto puede tener tanto una versión colectiva como individual. Como establece la STS, Sala cuarta, de 19 de mayo de 2019⁸¹³, se identifica con la existencia de una unidad en los servicios prestados “para los diversos empresarios, porque -se afirma- “el dato decisivo para apreciar la existencia de una única relación laboral no es la unidad del empresario, que no se da, sino la unidad de prestación de servicios realizada por el trabajador”.

Además, el hecho de que las plantillas de cada empresa estén determinadas no impide que a la hora de desarrollar la actividad “se presten servicios de manera indiferenciada para dos o más empresas, con la consecuencia de ser apreciable unidad de relación laboral y pluralidad empleadora”⁸¹⁴.

Podemos decir que el trasvase de plantilla está ligado al concepto de confusión. Su existencia suele venir vinculada con altas y bajas sucesivas de trabajadores en las empresas que componen el grupo, sin que exista una justificación. Por tanto, es posible entender que dicha práctica está justificada, por ejemplo, cuando las sucesivas altas y bajas en las diferentes empresas van unidas a un cambio efectivo en la prestación de servicios, o cuando afecten a una generalidad de trabajadores.

⁸¹²Sobre la doctrina tradicional relativa a los requisitos adicionales exigibles para apreciar la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales, véase MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, ISSN 0212-6095, pp. 927-932.

⁸¹³STS, Sala Cuarta, de 19 de mayo de 2019 (Rec. 246/2018)] [ROJ: STS 2070/2019].

⁸¹⁴STS, Sala cuarta, de 19 de mayo de 2019 (Rec. 246/2018)] [ROJ: STS 2070/2019].

De otra parte, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica y el uso abusivo o anormal de la dirección unitaria son aspectos que pueden sintetizarse en uno solo, que es el abuso de la personalidad jurídica.

Por otro lado, respecto a la confusión patrimonial debemos indicar que, según la referida STS, Sala Cuarta, de 19 de mayo de 2019, “no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso” y “ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que “no pueda reconstruirse formalmente la separación”.

Por último, no es necesario distinguir entre la unidad de caja y la confusión patrimonial⁸¹⁵.

En lo que aquí nos interesa, el pronunciamiento judicial de reconocimiento del grupo de empresas produce unos efectos que se concretan, sobre todo, en el ámbito que se debe considerar para determinar la concurrencia de la causa económica y en la comunicación de responsabilidades entre las distintas empresas del grupo.

Recordemos que cuando se examina la concurrencia de una causa objetiva, el ámbito de referencia es diferente según se trate de una causa económica o de una causa técnica, organizativa o de producción, de acuerdo con lo dispuesto en la doctrina unificada. Mientras la causa económica ha de verificarse en la totalidad de la empresa, las causas organizativas, técnicas y productivas solo han de concurrir en el sector concreto de la actividad en la que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento⁸¹⁶.

Conforme a lo anterior, en el ámbito del grupo de empresas, adquiere singular relevancia la causa económica, dada la exigencia de que concurra en la totalidad del grupo. Por tanto, el examen de la concurrencia de la causa exigirá distinguir los supuestos en los que se aprecia confusión de patrimonios de aquellos en los que se advierta confusión de plantillas. En los primeros, cuando la confusión de patrimonios sea total, la causa económica deberá evidenciarse en la totalidad de las

⁸¹⁵Más ampliamente, DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y ...*, op. cit., p. 85.

⁸¹⁶En este sentido, destacan las SSTs, Sala Cuarta, de 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001) [ROJ: STS 9329/2002], de 21 de julio de 2003 (Rec. 4454/2002) [ROJ: STS 5220/2003], de 7 de junio de 2007 (Rec. 191/2006) [ROJ: STS 3994/2007], de 16 de septiembre de 2009 (Rec. 2027/2008) [ROJ: STS 6988/2009] y de 31 de enero de 2013 (Rec. 709/2012) [ROJ: STS 860/2013], entre otras, con los matices derivados de la jurisprudencia europea, destacando, entre otras, las SSJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/2013) [TJCE 2015\24] y de 30 de abril de 2015 (C-80/2014) [TJCE 2015\25].

empresas que conforman el grupo. En los supuestos de confusión de plantillas, la causa económica habrá de concurrir en todas las empresas que actúen como empleadoras⁸¹⁷.

Sobre esta circunstancia se ha pronunciado, entre otras, la STSJ de Aragón, de 28 de febrero de 2012⁸¹⁸, que sostiene que cuando se evidencia la existencia de un grupo empresarial con efectos laborales, es obligado acreditar las causas invocadas para la adopción de la medida colectiva de extinción de relaciones laborales y ello implica conocer los datos económicos de todas las empresas integrantes del referido grupo.

Por otro lado, la segunda cuestión que plantea la mención del artículo 174.2 TRLC a la existencia de una unidad de empresa es si es posible que el juez del concurso declare la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales e imponga las consecuencias derivadas, incluso a empresas que, siendo parte integrante del referido grupo empresarial, no estén en situación de concurso⁸¹⁹.

En el ámbito mercantilista, se han sostenido diferentes posturas al respecto. En primer lugar, se consideró que la competencia del juez del concurso solo se extendía a la empresa concursada y no a las posibles integrantes de la unidad empresarial⁸²⁰.

En segundo término, no faltan pronunciamientos que consideran que cualquier declaración relativa a la existencia de un posible grupo patológico o grupo de empresas con efectos laborales es ajena a la competencia del juez del concurso, correspondiendo únicamente a la jurisdicción social⁸²¹. Por tanto, conforme a esta postura, no cabría que declarase la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales ni tampoco la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

En tercer lugar, otras resoluciones valoran la existencia del grupo para determinar la concurrencia de la causa económica⁸²² y consideran que su apreciación determina la necesidad de reconocer la indemnización prevista para el despido improcedente, por no concurrir la causa en la totalidad del grupo.

⁸¹⁷Con mayor amplitud, DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y ...*, op. cit., p. 115.

⁸¹⁸STSJ de Aragón, Sala Social, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 21/2012) [AS 2012\709].

⁸¹⁹A favor de esta declaración, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, I., “El ERE concursal ...”, op. cit., pp. 23-30.

⁸²⁰En este sentido, STSJ de Aragón, Sala Social, de 4 de febrero de 2011 (Rec. 66/2011) [ROJ: STSJ AR 1/2011], de Cataluña, Sala Social, de 19 de junio de 2012 (Rec. 4634/2012) [ROJ: STSJ CAT 7007/2012] y AJM núm. 9 de Madrid, de 15 de febrero de 2010 [JUR 2010/103580].

⁸²¹En este sentido, AJM núm. 1 de Bilbao, de 20 de septiembre de 2016 (Proc. 670/2015) [JUR 2016/212844].

⁸²²AJM núm. 3 de Barcelona, de 19 de mayo de 2008 [JUR 384331, 2008], AJM núm. 7 de Madrid, de 7 de diciembre de 2009 [JUR 5000579, 2009]. Con mayor amplitud, vid., ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores”, en ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 250.

En otros casos, el reconocimiento previo de la existencia de un grupo empresarial, por ejemplo, en el acuerdo alcanzado en el período de consultas del expediente de regulación de empleo concursal, permite imponer la responsabilidad solidaria derivada de los créditos reconocidos. En este sentido se pronuncia la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de 16 de julio de 2015⁸²³.

También existen resoluciones mercantiles que, al reconocer la existencia del grupo de empresas a efectos laborales, imponen la responsabilidad solidaria a todas las empresas integrantes del grupo y supuestos en los que el reconocimiento del grupo de empresas se produce como consecuencia de la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada⁸²⁴, o porque se ha reconocido en el acuerdo alcanzado en el expediente de regulación de empleo y en el informe provisional del administrador concursal⁸²⁵.

En algunas resoluciones se admite, además, que el juez del concurso emita pronunciamientos, en calidad de juez social, que condenen solidariamente a las integrantes del grupo a abonar el importe de las indemnizaciones⁸²⁶.

Tampoco faltan resoluciones que acuerdan extender la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo patológico laboral, aplicando la teoría del levantamiento del velo, como ocurre en la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2013⁸²⁷.

Por último, también se podrían diferenciar dos tipos de indemnizaciones, la de veinte días que imputa a la sociedad en concurso y la del despido improcedente que imponen a las restantes empresas integrantes del grupo⁸²⁸.

Desde mi punto de vista, las posturas que sostienen que el juez concursal puede efectuar la referida declaración de existencia de un grupo empresarial con efectos laborales, podrían verse avaladas por lo dispuesto en los artículos 55 y 39 TRLC, que reproducen el contenido de los anteriores artículos 9 y 39 LC. El artículo 55 TRLC admite el conocimiento prejudicial de las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. Por su parte, el artículo 39 TRLC regula la declaración de

⁸²³SJM núm. 1 de San Sebastián, de 16 de julio de 2015 (Proc. 449/2015) [JUR 2016/5820].

⁸²⁴SJM núm. 1 de San Sebastián, de 4 de noviembre de 2015 (Proc. 725/2015) [AC 2016/231].

⁸²⁵SJM núm. 1 de San Sebastián, de 16 de julio de 2015 (Proc. 449/2015) [JUR 2016/5820].

⁸²⁶STSJ Comunidad Valenciana, Sala Social, de 22 de febrero de 2007 (Rec. 136/2007) [ROJ: STSJ CV 2056/2007].

Vid. ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y...”, op. cit., p. 251.

⁸²⁷STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2013 (Rec. 45/2013) [AS 2013\3159].

⁸²⁸DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y ...*, op. cit., p. 120.

concurso en el grupo de sociedades y este conjunto normativo, según algún criterio doctrinal, podría habilitar al juez para efectuar dicha declaración⁸²⁹.

No obstante, considero que la postura correcta es una mezcla entre las numeradas como segunda y tercera. Es decir, cabe que el juez del concurso, dentro del despido colectivo concursal, analice la existencia de un grupo de empresas. Pero este análisis solo puede extenderse a las circunstancias fácticas concurrentes, esto es, la concurrencia o no de la causa económica.

Sostengo esta postura porque, atendiendo a un criterio sustantivo, el grupo de empresas patológico es propiamente materia laboral y su conocimiento corresponde a la jurisdicción social, al no estar incluido dentro de las excepciones legales previstas respecto a la competencia de este orden.

Además, hay que tener en cuenta que el artículo 174.2 TRLC, que recoge, básicamente, la regulación del anterior artículo 64.5 LC, permite que los representantes de los trabajadores o la administración concursal soliciten al juez “la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada”.

La intervención de estos sujetos en el despido colectivo concursal permite, lógicamente, la introducción de la cuestión relativa a la posible existencia de un grupo de empresas, que pudiera modificar la valoración de las circunstancias fácticas concurrentes sobre las que se basa la decisión de extinción colectiva de los contratos de trabajo. De ahí que el artículo 175.2 TRLC admita que “a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas”.

De este modo, si concurre una unidad empresarial patológica, la única declaración que podría emitir es la no autorización del despido. A mi juicio, no es posible que emita una declaración de improcedencia de los despidos, ni tampoco que acuerde indemnizaciones por importe equivalente a la del despido improcedente, básicamente, porque los órganos de la jurisdicción social son los únicos competentes para calificar como improcedente un despido. Se trata de una declaración que es propia de la jurisdicción social⁸³⁰.

Si avanzamos un poco más, no es posible obviar que la cuestión relativa a la distribución competencial en esta materia es especialmente compleja. No obstante, la jurisprudencia más moderna de la Sala Cuarta la ha clarificado bastante. De forma sintética se puede resumir del modo siguiente. Hay que diferenciar según el tipo de reclamación que se formule. Como ya apunté a lo

⁸²⁹RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, I., “El ERE concursal...”, op. cit, pp. 23-30.

⁸³⁰En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019], 9 de enero de 2019 (Rec. 3893/2016) [ROJ: STS: 1588/2019] o STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS 4636/2014].

largo del epígrafe relativo a las competencias del juez del concurso en materia de despido colectivo concursal, si lo que se entabla es una acción de impugnación del despido acordado en el seno del procedimiento concursal, esto es, tras la declaración de concurso, es obligado accionar ante la jurisdicción mercantil, incluso cuando se plantee la posible existencia de un grupo empresarial con efectos laborales⁸³¹, aunque, lógicamente, esto implicará que finalmente, conozca la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación del artículo 551 TRLC.

En tales supuestos, la competencia del juez del concurso deriva de lo dispuesto en el artículo 53 TRLC, que le atribuye, de forma exclusiva y excluyente, el conocimiento de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado.

La competencia de los órganos de la jurisdicción social solo comprende las acciones que sean anteriores a la declaración del concurso. De ahí que, como se razona en la STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018, los autos de la Sala de conflictos de 21 de junio⁸³² y 30 de noviembre de 2007⁸³³, atribuyeran la competencia a la jurisdicción social en supuestos en los que se planteaba la posible existencia de un grupo patológico empresarial, pues, en aquellos casos, se trataba de demandas individuales basadas en el artículo 50 ET, que se habían interpuesto antes de la declaración del concurso. Lo mismo declara la STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014⁸³⁴, que resuelve un supuesto en el que la medida de despido colectivo se había acordado antes de la declaración de concurso de alguna de las sociedades integrantes del grupo.

Se trata de una doctrina que podemos considerar consolidada, ya que en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2015⁸³⁵, que atribuye la competencia al orden mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo acordada tras la declaración del concurso, incluyendo a un trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había solicitado la resolución de su contrato, por la vía del artículo 50.1.b) ET.

También la STS, Sala cuarta, de 21 de junio de 2017⁸³⁶, que establece que la vía para impugnar un despido colectivo concursal es la regulada en la LC y no en el artículo 124 LRJS. Todas ellas aparecen citadas en la posterior STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019⁸³⁷.

⁸³¹Sobre esta cuestión se pronuncia la STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018].

⁸³²ATS, Sala de Conflictos, de 21 de junio de 2007 (Conflicto 11/2007) [RJ 2007\5507].

⁸³³ATS, Sala de Conflictos, de 30 de noviembre de 2007 (Conflicto 3/2007) [JUR 2008\19554].

⁸³⁴STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS 4636/2014].

⁸³⁵STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 2015 (Rec. 406/2014) [ROJ: STS 717/2015].

⁸³⁶STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 18/2017) [ROJ: STS 2628/2017].

⁸³⁷STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019].

Por otro lado, sin embargo, cuando no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que lo que se reclama es el abono de las cantidades adeudadas, derivadas de la referida extinción y la reclamación se dirige frente a empresas que no están en concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social, pues, como destaca la STS, Sala cuarta, de 25 de septiembre de 2019, en tales casos, “la excepcionalidad de la atribución competencial a favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de un determinado auto”⁸³⁸.

Por tanto, en lo que se refiere al expediente concursal de despido colectivo -dejando al margen las cuestiones relativas a reclamaciones de cantidad-, he de indicar que, a mi juicio, es preciso distinguir dos fases. La primera, corresponde al expediente de despido colectivo concursal. En ella, considero que el juez del concurso es el que conoce de la alegación relativa a la posible existencia de un grupo empresarial patológico, pero solo a efectos de valorar la concurrencia de la causa, sin que sea posible, por tanto, que se pronuncie sobre la calificación del despido ni tampoco que reconozca la indemnización propia del despido improcedente.

La segunda, es la fase de impugnación del despido colectivo autorizado por el juez del concurso. En este caso, la competencia continúa correspondiendo al juez del concurso, aunque la cuestión finalmente se traslade a la jurisdicción social, pero solo porque el artículo 551 TRLC dispone que, contra el auto que dicta el juez del concurso, se puede interponer recurso de suplicación por parte de la administración concursal, el concursado o los representantes legales de los trabajadores.

De otra parte, los grupos de empresa patológicos también plantean la cuestión relativa a la tramitación procesal. De forma generalizada, durante la vigencia de la LC, no se admitió la alegación de la posible existencia de un grupo de empresas a través de la vía del incidente concursal laboral, dado el limitado ámbito objetivo de este procedimiento⁸³⁹, aunque no faltan resoluciones

⁸³⁸STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019], 9 de enero de 2019 (Rec. 3893/2016) [ROJ: STS: 1588/2019] o STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS 4636/2014].

⁸³⁹En este sentido, AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 25 de febrero de 2016 (Proc. 144/2011) [JUR 2016/82061]; SJM núm. 2 de Valencia, de 18 de abril de 2016 (Proc. 934/2016) [JUR 2016/99885]; SJM núm. 12 de Madrid, de 20 de marzo de 2015 (Proc. 555/2014) [JUR 2016/108437]; SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 16 de septiembre de 2015 (Proc. 597/2014) [JUR 2015/266531]; AJM núm. 1 de San Sebastián, de 23 de diciembre de 2015 [JUR 2016/11804]; SJM núm. 1 de San Sebastián, de 18 de abril de 2016 (Proc. 71/2016) [JUR 2016/141225]; SJM núm. 3 de Gijón, de 18 de noviembre de 2015 (Proc. 107/2015) [JUR 2016/135455].

En el mismo sentido, STSJ de Madrid, Sala Social, de 15 de enero de 2016 (Rec. 822/2015) [AS 2016/305].

No obstante, a pesar de esta declaración, alguna resolución entra a conocer de la cuestión, desestimando la solicitud por falta de elementos fácticos que permitan considerar la existencia del grupo empresarial con efectos laborales como la

judiciales que, sin embargo, entran a conocer de dicha alegación, como ocurre con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Vigo, de 5 de junio de 2012⁸⁴⁰ que, ante una pretensión en la que se cuestionaba la antigüedad del trabajador, precisamente, por haber prestado servicios para varias de las empresas del supuesto grupo, entra a conocer de dicha alegación y, por lo tanto, de la existencia de la referida realidad empresarial.

No obstante, como luego veremos con mayor amplitud, tras la aprobación del TRLC, la ampliación del ámbito del incidente concursal laboral por el artículo 541 TRLC, conduce a una conclusión distinta, ya que ahora, el referido precepto no limita el ámbito objetivo del expediente a las cuestiones relativas a la relación jurídica individual.

Ahora bien, si el juez del concurso obvia el examen de la cuestión relativa a la posible existencia de un grupo empresarial, cabe que en el recurso de suplicación se acuerde la desestimación de la medida solicitada con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse tenido en cuenta esta posibilidad⁸⁴¹.

Por último, otra opción sería dejar para la fase de calificación la determinación de la posible responsabilidad de la empresa dominante o administradora de hecho y aplicar la responsabilidad por el déficit patrimonial⁸⁴², pero, como he dicho, es otra la opción que considero que debe aplicarse.

B) Desarrollo del período de consultas.

En lo que respecta al período de consultas, deben destacarse las diferencias existentes entre el procedimiento concursal y el laboral.

En primer lugar, la divergencia fundamental está en que en el expediente laboral es el empresario el que convoca a consultas a los representantes de los trabajadores, mientras que en el proceso concursal-laboral es el juez de lo mercantil el que efectúa la convocatoria y comunica a las partes el inicio del período de consultas, conforme establece el artículo 174.1 TRLC.

En segundo lugar, en el expediente concursal, las consultas se inician con el auto de admisión a trámite de la solicitud del procedimiento. Se convoca a las partes a consultas y se dispone la apertura del procedimiento, ya que cuando se soliciten las medidas por la administración concursal o por el empresario concursado será necesario adjuntar a la convocatoria una copia de la solicitud y de la documental que la acompaña. Por razones lógicas parece que dicha aportación no

SJM núm. 3 de Gijón, de 14 de mayo de 2014 (Proc. 1/2014) [JUR 2016/56241].

⁸⁴⁰SJM núm. 3 de Vigo, de 5 de junio de 2012 (Proc. 2/2012) [JUR 2013/121294].

⁸⁴¹STSJ de Aragón, Sala Social, de 4 de febrero de 2011 (Rec. 864/2010) [ROJ: STSJ AR 1/2011], citada en Vid. ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y sucesión ...”, op. cit, p. 250.

⁸⁴²ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y sucesión ...”, op. cit, p. 250.

solo debe producirse en este caso, sino también cuando la solicitud se hubiera cursado por la representación legal de los trabajadores⁸⁴³.

Por último, como sabemos, en el expediente concursal, no será necesaria la apertura de consultas cuando, junto a la solicitud, se incluya el acuerdo suscrito entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176.1 TRLC (anterior artículo 64.6. 3º LC).

Se trata de una posibilidad que no se contempla expresamente en la legislación social que, por el contrario, prevé que una vez transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral el inicio del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo, no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración (arts. 51.1, 47.1, 41.1.b). 3ª y 40.2 TRLET).

De otra parte, respecto al tiempo de duración del período consultas, la norma concursal prevé que se extenderán durante un plazo máximo de treinta días en empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores y de quince días para las que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (arts. 174.1 TRLC). Se trata de una regulación uniforme para todas las medidas que deben tramitarse a través del expediente de regulación de empleo concursal, ya que, como la norma no distingue entre las distintas medidas, no existe diferencia entre ellas, respecto a la tramitación del período de consultas, ni tampoco, por lo tanto, respecto a su duración.

En cambio, los artículos 51.2, 40.2, 41.4 y 47.1 TRLET fijan plazos diferentes en función de las medidas a adoptar⁸⁴⁴. El plazo es de quince días para las consultas relativas a las medidas de traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión y reducción de jornada, mientras que, para las medidas de despido colectivo, el plazo se fija en función del número de trabajadores de la empresa, en términos idénticos a los de la legislación concursal.

La técnica de la legislación social puede explicarse en función de la distinta intensidad de las medidas a adoptar, sin embargo, me parece más correcta la dinámica de la normativa concursal, que unifica los plazos en función del número de trabajadores. De este modo, con independencia de los efectos derivados de la medida, entiendo que no hay que perder de vista la finalidad del período de consultas, que es alcanzar un acuerdo. Para la consecución de este fin, me parece más adecuado establecer plazos menores para empresas de menor tamaño, con independencia de las concretas

⁸⁴³ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit, p. 202.

⁸⁴⁴En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., *El régimen de las ...*, op. cit., p. 218.

medidas a adoptar, pues, lógicamente, parece que la negociación va a ser más fácil y rápida en empresas con menor volumen de trabajadores.

Por otro lado, es cuestionable si el plazo previsto en la normativa concursal es de máximos o, por el contrario, admite ampliaciones. La literalidad del artículo 174.1 TRLC lleva a considerar que es un plazo que no admite extensión⁸⁴⁵. No obstante, si tenemos en cuenta la interpretación flexible que, respecto a la duración del período de consultas, efectúa la jurisprudencia laboral⁸⁴⁶, parece que sería admisible que, previo acuerdo de las partes negociadoras, se pudiera extender el tiempo de duración de las consultas, con la finalidad de obtener un acuerdo⁸⁴⁷.

Considero que ambas interpretaciones son válidas y que, además, pueden fácilmente integrarse. De una parte, es cierto que el artículo 174.1 TRLC, en su apartado primero, dispone que la duración del período de consultas “no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores”, lo que avala que, efectivamente, los plazos son de máximos. Pero creo que no existe inconveniente en que dichos plazos puedan verse ampliados, únicamente, en los casos en los que la ampliación tenga por objeto facilitar la consecución de un acuerdo.

La norma concursal se expresa, prácticamente en los mismos términos que el artículo 7 RDPC. El referido artículo establece en los apartados cuarto y quinto que “en empresas de menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días naturales” y “en empresas de cincuenta o más trabajadores, el periodo de consultas tendrá una duración no superior a treinta días naturales”. La dicción literal es también de máximos.

La interpretación de la norma laboral, sin embargo, no puede basarse únicamente al tenor literal, sino que debe tener en cuenta la finalidad para la que está concebido el referido período de consultas. De acuerdo con el apartado primero del art. 7 RPDC, “el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Su contenido mínimo debe versar sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora del empleo.

⁸⁴⁵Esta interpretación la sostienen, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales...*, op. cit., p. 69 y también, MERCADER UGINA, J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “Art. 64...”, op. cit., p. 1214.

⁸⁴⁶STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 188/2013) [RJ 2014\3276] y SSTSJ de Galicia, Sala Social, de 2 de mayo de 2013 (Rec. 10/2013) [AS 2013\1134] y de Cataluña, Sala Social, de 6 de mayo de 2015 (Rec. 831/2015) [AS 2015, 1328].

⁸⁴⁷TALÉNS VISCONTI, E., “El período de consultas en el ERE concursal: legitimación, duración y buena fe en la negociación”, *Documentación laboral*, núm. 111, 3, 2017, (Ejemplar dedicado a: La extinción colectiva del contrato de trabajo. Instrumentos de flexibilidad interna de las relaciones laborales), ISSN 0211-8556, p. 73.

Por tanto, de acuerdo con una interpretación finalista e integradora de la norma, cabe que el período de consultas exceda de los límites máximos previstos cuando sea necesario de cara a alcanzar un acuerdo entre las partes. Esta misma interpretación debe darse, a mi juicio, a la norma concursal ya que ambas normas, además de contar con una redacción bastante similar, responden a la misma finalidad, que es intentar lograr el acuerdo entre las partes.

De otra parte, una vez abiertas las consultas, se fija un calendario de reuniones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 20.2 RPDC y de cada reunión se levantará un acta que firmarán todos los asistentes (arts. 7.7 y 20.5 RPDC).

Por otro lado, el período de consultas está regido por el principio de buena fe. Doctrinalmente, se ha incidido en que este principio implica la necesidad de realizar un esfuerzo de aproximación de las posturas de las partes negociadoras. Constituye una especie de deber de coherencia, que impone a las partes la necesidad de ser consecuentes con sus propias posiciones.

Se exige que el período de consultas se efectúe mediante la celebración de reuniones con contenido real. Esto se traduce en que debe de haberse estructurado como una verdadera negociación entre la empresa y la representación legal de los trabajadores y no como un mero trámite formal preceptivo.

Su finalidad, como ya apunté, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE, es que se alcance un acuerdo, que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial⁸⁴⁸. De ahí la necesidad de que se realice un esfuerzo sincero de aproximación de posturas⁸⁴⁹. Además, el período de consultas constituye un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, ya que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸STS, Sala Cuarta, de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011) [RJ 2013\348].

⁸⁴⁹STC 205/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987\205] y SSTs, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 1998 (Rec. 121/1997) [RJ 1998\1428], de 17 de noviembre de 1998 (Rec. 1760/1998) [RJ 1998\9750], de 14 de marzo de 2006 (Rec. 99/2005) [RJ 2006\5227], de 24 de junio de 2008 (Rec. 2937/2007) [RJ 2008\5363], de 5 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2007) [RJ 2008\7042], de 26 de mayo de 2009 (Rec. 116/2007) [RJ 2009\4974], de 5 de junio de 2009 (Rec. 90/2008) [RJ 2009\5009], de 25 de mayo de 2010 (Rec. 203/2009) [RJ 2010\5925], de 30 de junio de 2011 (Rec. 173/2010) [RJ 2011\6097], de 18 de enero de 2012 (Rec. 139/2011) [RJ 2012\3623] y de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011) [RJ 2013\348], entre otras.

⁸⁵⁰SSAN, Sala Social, de 26 de marzo de 2012 (Proc. 40/2012) [[JUR 2012\141621], de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2], de 14 de septiembre de 2012 (Proc. 136/2012) [AS 2013\813], de 28 de mayo de 2012 (Proc. 66/2012) [JUR 2012\195325], de 28 de mayo de 2012 (Proc. 81/2012) [AS 2012\1050], de 25 de julio de 2012 (Proc. 90/2012) [AS 2012\1674], de 28 de septiembre de 2012 (Proc. 152/2012) [AS 2012\2515], de 26 de marzo de 2012 (Proc. 40/2012) [JUR 2012\141621], de 25 de noviembre de 2009 (Proc. 222/2009) [AS 2009\2495], entre otras muchas.

En el orden jurisdiccional social, como sabemos, existen numerosos pronunciamientos judiciales que perfilan el contenido del deber de buena fe. Se exige que el período de consultas se efectúe mediante la celebración de reuniones con contenido real⁸⁵¹, en las que no cabe que las partes mantengan una postura irrevocable y definitiva, no susceptible de negociación. Por el contrario, es necesario un esfuerzo sincero de aproximación de posturas⁸⁵², ya que el período de consultas supone una auténtica negociación tendente a la consecución de un acuerdo que evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial⁸⁵³. No obstante, la falta de acuerdo no supone la existencia de mala fe⁸⁵⁴, siempre que se justifique la existencia de negociación entre las partes⁸⁵⁵.

Parece, por lo tanto, que el requisito fundamental es que se haya sustanciado una auténtica negociación, con independencia de su resultado. No obstante, esta máxima debe puntualizarse. Propiamente, bastará con que se haya intentado la referida negociación, esto es, cuando haya existido una efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados, conozcan la intención empresarial y sus razones y, además, puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo, en tales supuestos no existe mala fe⁸⁵⁶.

Como he dicho, el período de consultas no es un mero requisito formal. Constituye un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, ya que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva⁸⁵⁷. De este modo, se considera

⁸⁵¹STC 107/2000, de 5 de mayo de 2000 [RTC 2000\107].

⁸⁵²STC 205/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987\205] y SSTs, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 1998 (Rec. 121/1997) [RJ 1998\1428], de 17 de noviembre de 1998 (Rec. 1760/1998) [RJ 1998\9750], de 14 de marzo de 2006 (Rec. 99/2005) [RJ 2006\5227], de 24 de junio de 2008 (Rec. 2937/2007) [RJ 2008\5363], de 5 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2007) [RJ 2008\7042], de 26 de mayo de 2009 (Rec. 116/2007) [RJ 2009\4974] y de 25 de mayo de 2010 (Rec. 203/2009) [RJ 2010\5925], entre otras.

⁸⁵³STS, Sala Cuarta, de 18 de enero de 2012 (Rec. 139/2011) [RJ 2012\3623], de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011) [RJ 2013\348] y de 30 de junio de 2011 (Rec. 173/2010) [RJ 2011\6097], entre otras.

⁸⁵⁴STSJ de Andalucía, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Proc. 11/2012) [AS 2013\277]. Sentencia anulada por la STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2014 (Rec. 198/2013) [RJ 2014\763].

⁸⁵⁵En el supuesto analizado en la STSJ Andalucía, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Proc. 11/2012) [AS 2013\277] se habían justificado intercambios de posturas e incluso la adopción de medidas tendentes a la reducción de los despidos y a la atenuación de sus consecuencias, como un plan de recolocación, medidas de formación en materia de empleo, o la ampliación del convenio especial suscrito para mayores de cincuenta y cinco años.

⁸⁵⁶STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 2011 (Rec. 173/2010) [RJ 2011\6097].

⁸⁵⁷SSAN, Sala Social, de 26 de marzo de 2012 (Proc. 40/2012) [JUR 2012\141621], de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2], de 14 de septiembre de 2012 (Proc.136/2012) [AS 2013\813], de 28 de mayo de 2012 (Proc. 66/2012) [JUR 2012\195325], de 28 de mayo de 2012 (Proc. 81/2012) [AS 2012\1050], de 25 de julio de 2012 (Proc.

contraria a la buena fe la actuación de la empresa que lleva a cabo un despido colectivo, estando vigente un expediente de regulación de empleo anterior en el que se había alcanzado un pacto con la representación legal de los trabajadores de no realizar despidos durante su vigencia⁸⁵⁸. También la postura de la empresa que acude a la negociación, poniendo única posibilidad sobre la mesa, ya que ello implica una postura inamovible que no constituye una negociación, que es un proceso dinámico de concesiones recíprocas o construcción de soluciones y opciones consensuadas⁸⁵⁹. La posibilidad de negociación directa con los trabajadores, obviando a la representación legal, también se consideró contraria a la buena fe⁸⁶⁰.

Por otro lado, la buena fe exige que durante el período de consultas se facilite la información necesaria que permita un adecuado análisis de la causa⁸⁶¹. Por ello, es contraria a la buena fe la falta de aportación de las cuentas anuales ya formuladas y luego auditadas en el período de consultas y su sustitución por datos provisionales contables⁸⁶².

En otros supuestos, sin embargo, la acreditación de que se ha llevado a efecto un intercambio de posturas y de propuestas, permite considerar la concurrencia de buena fe. Por ello, la falta de suscripción de acuerdo, cuando el proceso negociador se ha caracterizado por el intercambio de propuestas, con aceptación parcial de las mismas por la parte empresarial, no vicia el período de consultas. Tampoco supone mala fe el conocimiento de la lista de afectados al tiempo

90/2012) [AS 2012\1674], de 28 de septiembre de 2012 (Proc. 152/2012) [AS 2012\2515], y de 25 de noviembre de 2009 (Proc. 222/2009) [AS 2009\2495], entre otras muchas.

⁸⁵⁸STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de junio de 2012 (Proc. 22/2012) [AS 2012\2556]. Cabe destacar que en relación a los despidos objetivos individuales, se ha admitido por algunas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, la posibilidad de adoptar estas medidas de extinción del contrato durante la vigencia de un expediente de regulación de empleo anterior, ya sea de reducción de jornada o de suspensión de contratos de trabajo, en los supuestos en los que se acredite la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, pero no en los casos en los que la causa alegada sea la misma que habilitó a la precedente medida.

Destacan, en este sentido, las SSTSJ del País Vasco, Sala Social, de 19 de abril de 2011 (Rec.707/2011) [AS 2011\1904], de 7 de febrero de 2012 (Rec. 3005/2011) [JUR 2012\185220], de 20 de febrero de 2012 (Rec. 359/2012) [JUR 2012\185430] y la STSJ de Castilla La Mancha, Sala Social, de 30 de marzo de 2012 (Rec. 51/2012) [JUR 2012\138140], entre otras.

⁸⁵⁹STSJ de Madrid, Sala Social, de 30 de mayo de 2012 (Proc. 17/2012) [AS 2012\1672].

⁸⁶⁰SAN, Sala Social, de 25 de julio de 2012 (Proc. 109/2012) [AS 2012\1674].

⁸⁶¹SSAN, Sala Social, de 28 de mayo de 2012 (Proc. 81/2012) [AS 2012\1050] y de 14 de septiembre de 2012 (Proc. 136/2012) [AS 2013\813].

⁸⁶²STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de julio de 2012 (Proc. 32/2012) [AS 2012\2556], confirmada por la STS, Sala Cuarta, de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883]. Por su parte, la STSJ Andalucía, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Proc. 1/2012) [AS 2013\277] no considera necesaria la aportación de los presupuestos correspondientes a los dos últimos ejercicios prevista en el artículo 39 Real Decreto 1473/2012, de 29 de octubre, para una Administración Local, al no estar en vigor el mismo, al tiempo del despido.

de las negociaciones, ni la inicial inclusión de los representantes unitarios entre los afectados por el despido, si la empresa no impide la negociación⁸⁶³.

Como se aprecia, la interpretación judicial de la buena fe en el período de consultas está presidida por la necesidad de salvaguardar las facultades negociadoras de las partes, en un adecuado equilibrio de intereses. Se prioriza tanto el contenido material de las consultas como la consecución de la finalidad a la que responde el proceso. Esto es, que las consultas puedan alcanzar el acuerdo de los negociadores. Esto hace que el incumplimiento de determinados requisitos formales, como el tiempo de duración del proceso o incumplimientos menores de deberes documentales, puedan considerarse intrascendentes frente a la señalada posibilidad de suscribir un acuerdo respecto a la concreta medida propuesta.

Desde luego, me parece correcta y ponderada esta conjugación de intereses, pero creo que estamos ante una materia extremadamente casuística, que no es fácil de sintetizar y que exige considerar, en cada caso, las concretas circunstancias concurrentes.

Por otro lado, los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas exigen la mayoría de votos de la representación de los trabajadores, salvo que se trate de un único delegado de personal (art. 62.1 TRLET).

Respecto a la administración concursal, se exige que los acuerdos se adopten por unanimidad, de forma conjunta y mancomunada, salvo que se trate de un solo administrador.

El acuerdo que se adopte debe recoger la identidad de los afectados, es decir, la designación nominal de los trabajadores con mención de su antigüedad y el grupo profesional en el que se encuadran. Además, debe fijar el importe de las indemnizaciones que correspondan (art. 177.2 TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 64.6. 4º LC).

Es posible que en el eventual acuerdo se modifique la inicial medida solicitada, siempre que no perjudique los intereses del concurso y la nueva medida sea más beneficiosa para los trabajadores, lo que parece lógico, dadas las concretas especialidades del expediente concursal en el que están en juego intereses relacionados tanto con la viabilidad futura de la empresa como con el mantenimiento del empleo.

Tampoco resulta rara la posibilidad de que el acuerdo se adopte al margen de las consultas formales y se presente como una medida aceptada por los trabajadores en asamblea⁸⁶⁴, o se alcance una vez finalizado este⁸⁶⁵. Se trata de dos posibilidades que están en consonancia con la mención

⁸⁶³SAN, Sala Social, de 21 de noviembre de 2012 (Proc.167/2012) [ROJ: SAN 4756/2012]. La Sala consideró que la empresa no había impedido la negociación, ya que los había excluido de la lista de afectados sin contrapartida alguna, a pesar de la inicial propuesta de reclasificación profesional con las consecuencias retributivas inherentes.

⁸⁶⁴AJM núm. 1 de Bilbao, de 23 de abril de 2007 (Proc. 72/2006) [JUR 2007\125446].

⁸⁶⁵AJM núm.1 de Valencia, de 28 de julio de 2005 [AC 2005\1302].

que realizan, en la actualidad, los artículos 7.6 y 20.4 RPDC, al establecer que puede darse por finalizado el periodo de consultas cuando las partes alcancen un acuerdo.

Si las consultas terminan sin acuerdo el juez deberá decidir, previa audiencia de los que hubieran participado en ellas, conforme dispone el artículo 182.1 TRLC (anterior artículo 64.7. 2º LC).

Una vez terminado el período de consultas, la administración concursal y los representantes de los trabajadores han de comunicar al juez el resultado de las mismas (art. 177.2 TRLC). A diferencia del procedimiento laboral, en donde es obligada la comunicación a la Autoridad Laboral (art. 12 RPDC) y a los afectados (arts. 51.4 ET y 14 RPDC)⁸⁶⁶, en el concursal no existe tal obligación, por lo que la comunicación del acuerdo alcanzado recaerá en los representantes legales de los trabajadores.

Por último, cabe recordar que, al igual que ocurre en el expediente laboral, cabe la sustitución del periodo de consultas por una mediación o un arbitraje. Se trata de una opción atribuida al juez del concurso (art. 176.2 TRLC)⁸⁶⁷, a diferencia de lo que ocurre en el expediente laboral, en donde corresponde a las partes (arts. 40.2.12, 41.4.6, 47.1.8 y 51.2.8 TRLET). En el concursal solo pueden solicitar al juez que proceda a acordar dicha sustitución y pueden usar dicha facultad en cualquier momento.

Por lo tanto, la legislación concursal emplea la misma fórmula que el TRLET. Admite la sustitución de las consultas por los procedimientos de mediación o de arbitraje en cualquier momento. Pero la fórmula no es del todo clara, sino que, por el contrario, ofrece alguna duda. En principio, parece que la referida solicitud ha de producirse mientras esté en vigor el período de consultas. Pero cabe preguntarse si sería admisible restaurar el plazo inicialmente previsto para el periodo de consultas, en los casos en los que la solicitud se produce cuando este se encuentra muy próximo a su fin. Creo que la respuesta ha de ser negativa, pues la iniciación de un nuevo plazo no parece aconsejable, ya que alargaría en exceso el procedimiento⁸⁶⁸.

Doctrinalmente, se ha indicado que, en estos supuestos, el laudo o el acuerdo de mediación sustituirá al acuerdo que pueden adoptar las partes en el período de consultas, por lo que la decisión

⁸⁶⁶El empresario debe notificar individualmente a los trabajadores afectados.

⁸⁶⁷Anterior artículo 64.5. 6º LC. El Proyecto de Ley Concursal legitimaba también al concursado para solicitar la mediación o el arbitraje, lo que resultaba chocante, dado que no estaba legitimado para participar en las consultas. Vid., en este sentido, RÍOS SALMERÓN, B. y RÍOS MESTRE, J.Mª., “Despido colectivo y proceso concursal”, en DESDENTADO BONETE, A. (Dir.), *Despido y crisis económica los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, ISBN 9788498983371, p. 293.

⁸⁶⁸MELLA MÉNDEZ, L., “El despido por crisis de la empresa en España: análisis crítico de las principales novedades tras la Ley 35/2010”, *Revista latinoamericana de Derecho Social*, núm. 13, 2011, ISSN-e 1870-4670, pp. 87 y ss.

judicial al respecto, será la misma que si se hubiera alcanzado el referido acuerdo⁸⁶⁹ y, por lo tanto, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 551.1 TRLC, la decisión del juez podrá ser impugnada mediante el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Por su parte, el laudo arbitral o el acuerdo de mediación podrán ser impugnados por la administración concursal o la representación de los trabajadores, también a través del recurso de suplicación en su dimensión colectiva, aunque también cabría la impugnación por parte de los trabajadores individuales, a través del incidente concursal laboral⁸⁷⁰.

2.2.5. Informe de la autoridad laboral.

El artículo 179.1 TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 64.6. 6º LC, establece la necesidad de recabar un informe de la Autoridad Laboral. Se trata de un informe preceptivo, pero no vinculante y se ha de emitir en el plazo máximo de quince días, aunque puede ser considerado incluso en los supuestos en los que se dicta fuera del plazo fijado de los quince días hábiles (art. 179.2 y 3 TRLC), siempre que se comunique al órgano judicial antes de que este haya dictado el correspondiente auto.

Respecto a su contenido, cabe indicar que el informe de la Autoridad Laboral ha de pronunciarse sobre las medidas propuestas o, en su caso, sobre el eventual acuerdo alcanzado. Es decir, en caso de que el período de consultas haya terminado sin acuerdo, el referido informe ha de poner de manifiesto si se han respetado los requisitos exigidos en la legislación sobre la sustanciación del período de consultas y también si, a su juicio, se han acreditado las causas que podrían justificar la adopción de las medidas propuestas.

Por su parte, en caso de que el período de consultas haya terminado con acuerdo, el informe deberá pronunciarse sobre su legalidad, esto es, sobre la posible concurrencia de dolo, fraude, abuso de derecho o mala fe.

Cabe que la Autoridad Laboral recabe, a su vez, el parecer de los sujetos negociadores del período de consultas, esto es, de la administración concursal y de la representación de los trabajadores.

⁸⁶⁹GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Aspectos laborales de la reforma concursal*, Madrid, Francis Lefevre, 2011, ISBN: 9788415056935, pp. 36-37.

⁸⁷⁰MONTOYA MELGAR A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 214.

2.2.6. Resolución judicial.

La resolución que pone fin al expediente es un auto que se debe dictar en el plazo máximo de cinco días y que debe decidir sobre las medidas propuestas, sin que pueda considerarse que el incumplimiento del referido plazo implique algún tipo de silencio, como ocurre en algunos procedimientos administrativos⁸⁷¹.

La resolución reviste esta forma porque pone fin a un incidente y no al proceso principal [arts. 245.1.a) LOPJ y 206.2 LEC].

Desde el punto de vista formal, el auto debe ser motivado y sujetarse al principio de congruencia. No obstante, es relativamente frecuente la modificación de la pretensión inicial. Por ejemplo, cuando se solicita la extinción colectiva de contratos de trabajo, cabe la posibilidad de que, tras las oportunas negociaciones en el período de consultas, dicha pretensión se modifique y, en su lugar, se interesen medidas menos gravosas para los trabajadores como puede ser la suspensión de los contratos de trabajo⁸⁷². En tales supuestos resulta claro que el juez, tras verificar la concurrencia de buena fe en la negociación, debe resolver sobre la nueva medida y no sobre la que, inicialmente, fue objeto de solicitud. Se trata de una consecuencia lógica en atención a la finalidad del período de consultas. Recordemos que, entre las finalidades del período de consultas, se encuentra la de evitar o reducir las medidas propuestas, así atenuar sus consecuencias. Desde esta perspectiva, parece lógico aceptar la modificación de la inicial pretensión en tales términos.

Por otro lado, además del lugar y la fecha en la que dicta, la referida resolución debe contener los antecedentes de hecho, el relato de hechos probados, la fundamentación jurídica, la parte dispositiva y los recursos que caben contra la misma (arts. 248.2 LOPJ y 208.2, 3 y 4 LEC).

Respecto a la necesidad de consignar un relato de hechos probados, la LRJS lo establece de forma clara en el artículo 191.4.b) LRJS⁸⁷³. Se trata de un requisito imprescindible dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, que obliga a la Sala de lo Social a partir del relato fáctico descrito en la resolución recurrida, que solo puede verse modificado en los excepcionales supuestos previstos en el artículo 193.b) LRJS.

⁸⁷¹RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, “El expediente judicial de...”, op. cit., p. 85.

⁸⁷²En este sentido se pronuncian los AAJM núm. 1 de Bilbao, de 1 de septiembre de 2009 (Proc. 475/2009) [AC 2009\1977], de 11 de mayo de 2009 (Proc. 224/2009) [AC 2009\1069] y 30 de noviembre de 2009 (Proc. 646/2009) [AC 2010\103]. En todos ellos se modifica la inicial pretensión de extinción colectiva de contratos de trabajo por la medida de suspensión colectiva de los contratos. Existía acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la administración concursal, así como aquiescencia del deudor y no se apreciaba mala fe en la negociación.

⁸⁷³En el mismo sentido se había pronunciado la doctrina de las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia. Entre otras, destaca las STSJ de Galicia, Sala Social, de 20 de julio de 2011 (Rec. 820/2011) [AS 2011\2467].

En este sentido, no está de más explicar que la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación determina que el conocimiento del Tribunal *ad quem*, sea limitado, ya que el recurso solo puede interponerse por los motivos taxativamente establecidos por la ley y su objeto no es la cuestión de fondo, sino la resolución que se haya dictado en la instancia. El objeto del recurso, como digo, es limitado, se ciñe a examinar la concurrencia de defectos procedimentales determinantes de nulidad [art. 193.a) LRJS], la corrección probatoria de la sentencia de instancia, en función de dos únicos medios de prueba que son la documental fehaciente y la prueba pericial [art. 193.b) LRJS] o a examinar las posibles infracciones jurídicas de la sentencia de instancia [art. 193.c) LRJS]. Por tanto, la relevancia del relato fáctico es fundamental.

Respecto al contenido de la resolución, en caso de haberse alcanzado un acuerdo, este debe ser aprobado, salvo que se advierta fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En tales casos, así como cuando no haya acuerdo, el juez debe decidir lo que proceda conforme a la legislación laboral (arts. 181 y 182 TRLC, que recogen el contenido del anterior artículo 64.7. 1º LC).

Por tanto, en términos generales, la interpretación literal del tenor legal determinaría que, existiendo acuerdo, el juez debe limitarse a aceptarlo, efectuando solo una especie de control formal del mismo. En este sentido se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 19 de enero de 2015⁸⁷⁴, que razona que en los casos en los que concurra acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, el juez del concurso debe realizar un control de legalidad externa del mismo. Dicho control queda limitado a verificar la capacidad de las partes y los vicios de la voluntad (art. 1265 CC). Su finalidad es excluir la concurrencia de dolo, coacción, abuso o fraude de ley (art. 7.2 CC) y, en ningún caso puede convertirse en un control sobre la oportunidad del pacto o sobre su alcance⁸⁷⁵.

No obstante, no faltan ejemplos en la práctica mercantilista que abogan por una interpretación extensiva del anterior artículo 64.7 LC. Entre otros, el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, de 21 de enero de 2008, que sostiene que en estos casos, es necesario efectuar una análisis no solo formal, sino también material del acuerdo, lo que implica

⁸⁷⁴AJM núm. 1 de Bilbao, de 19 de enero de 2015 [JUR 2015\45936]. En el mismo sentido se pronuncia el AJM núm. 1 de Vitoria, de 19 de diciembre de 2005 (A. núm. 29/2005) [AC 2006\302], que dice que el control es de “mera legalidad externa” no de oportunidad ni sobre el contenido del pacto.

Doctrinalmente, vid. BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, ISBN:9788498764833, p. 222, en donde expresa que el juez no puede efectuar una valoración de idoneidad o corrección de las medidas pactadas. Por el contrario, critica este automatismo RODRÍGUEZ CARDO, J.A., “Procedimiento concursal derechos de los trabajadores: un repaso a la doctrina reciente de los Juzgados de lo Mercantil”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2008, ISSN 0213-7097, pp. 1588-1600.

⁸⁷⁵En el concreto supuesto analizado por el AJM núm. 1 de Bilbao, de 19 de enero de 2015, el acuerdo fue rechazado por ser contrario a la ley y perjudicar los derechos de terceros -desconocía los derechos del resto de acreedores-.

que debe valorarse la concurrencia de la causa alegada y también, la proporcionalidad, oportunidad y procedencia de las medidas pactadas⁸⁷⁶.

Entiendo que la interpretación más acorde con la finalidad perseguida por la norma, ahora recogida en el artículo 181 TRLC, es la literal. De este modo, en caso de acuerdo, el juez puede y debe apreciar la existencia de posibles vicios del consentimiento como dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, así como la posible existencia de una maquinación fraudulenta para la obtención de prestaciones de desempleo. También, la eventual existencia de otros vicios o defectos relacionados con la legitimación para negociar o el cumplimiento de las formalidades relativas a la adopción de acuerdos⁸⁷⁷. No debe, sin embargo, analizar otros aspectos como la procedencia o la oportunidad de las medidas adoptadas, ya que estos forman parte de la autonomía de la voluntad de los sujetos negociadores.

Además, no sería admisible sostener que el juez pueda quedar vinculado por un pacto o acuerdo que sea ilegal⁸⁷⁸, ya que ello infringiría lo dispuesto en los artículos 6.3 CC y 7.3 y 6 LOPJ⁸⁷⁹. En los casos en los que se aprecien los referidos vicios, el juez debe declarar la nulidad de actuaciones⁸⁸⁰.

También en los casos de existencia de acuerdo, se ha planteado si una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado resolución expresa, es posible considerar la existencia de una especie de silencio positivo, al igual que ocurría con los antiguos expedientes de regulación de empleo laborales anteriores a la reforma del año 2012⁸⁸¹. Considero que no es posible esta asimilación,

⁸⁷⁶AJM núm. 1 de Valencia, de 21 de enero de 2008 (Proc. 364/2006) [JUR 2008\350806]. En ese supuesto, tras el análisis de fondo del acuerdo alcanzado en el período de consultas, se consideró que concurría la causa alegada, esto es, la falta de apoyo financiero, así como dificultades en la prestación del servicio, pérdida de la clientela, inexistencia de ofertas de terceros que garantizasen la continuación de la actividad y, además, el número de afectados era proporcional a la incidencia de las causas.

⁸⁷⁷MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral...*, op. cit., p. 222.

Respaldan esta postura los AA JM núm. 4 de Madrid, de 24 de abril de 2015 (Proc. 127/2015) [JUR 2016 \101931], JM núm. 4 de Madrid, de 12 de enero de 2015 (Proc. 793/2014) [JUR 2016 \130433], JM núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 2005 (Proc. 5/2005) [JUR 2007 \368581] y JM núm. 1 de Cádiz, de 31 de julio de 2008 (Proc. 243/2008) [AC 2011\1852], entre otros.

⁸⁷⁸MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en reestructuración y derecho social al empleo”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Reestructuraciones de empresas: XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, ISBN 978-84-693-6338-6, p. 285.

⁸⁷⁹MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en ...”, op. cit. p. 285. El autor destaca que el juez del concurso debe actuar en el procedimiento como órgano que garantiza el cumplimiento de la legalidad.

⁸⁸⁰RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El expediente concursal ...”, op. cit., p. 85.

⁸⁸¹GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Aspectos laborales de ...”, op. cit., p. 22.

dado que en el ámbito concursal nos encontramos ante un procedimiento judicial y no administrativo en el que no es posible aplicar la figura del silencio administrativo⁸⁸².

Por otro lado, en la resolución deben constar los trabajadores afectados por la medida, al igual que ocurre en la solicitud. También la indemnización que proceda para cada uno, o bien las bases a partir de las que deba calcularse dicha indemnización en fase de ejecución, es decir, el salario, la antigüedad, etc.

De otra parte, respecto al fondo, el juez debe controlar la pertinencia de la medida. Incluso cabe que la estime solo en parte⁸⁸³, pero no puede considerar la pertinencia de otras medidas alternativas, salvo que en la solicitud se hayan incluido como pretensiones subsidiarias a la principal, o, como he dicho antes, se haya modificado la inicial pretensión.

Por su parte, la fijación de la indemnización es una potestad que corresponde claramente al juez del concurso, pues así lo disponen los artículos 181 y 182 TRLC, al establecer que el juez resolverá sobre las medidas propuestas, sino también en función de lo dispuesto en el artículo 242.8º TRLC (anterior art. 84.2.5 LC), que clasifica como créditos contra la masa las indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas ordenadas por el juez del concurso.

Sobre la naturaleza y efectos del auto, por la similitud a los antiguos expedientes de regulación de empleo administrativos tramitados ante la Autoridad Laboral, se ha planteado doctrinalmente y en la práctica, el carácter o la naturaleza de la decisión del juez del concurso. Esto es, si la misma solo autoriza, como hacía la Autoridad Laboral, o si declara la extinción de los contratos⁸⁸⁴.

Antes de la aprobación del TRLC, la terminología concursal no era clara, pues el legislador empleaba indistintamente los términos autorizar y declarar. Con independencia de la concreta terminología legal, siempre he considerado que es una resolución con carácter constitutivo⁸⁸⁵, que no precisa un acto extintivo ulterior del empresario o de la administración concursal⁸⁸⁶. La actual

⁸⁸²En este sentido destaca BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de ...*, op. cit., p. 425.

⁸⁸³BLASCO PELLICER A., *Los expedientes de ...*, op. cit., 209, p. 546.

⁸⁸⁴A favor de que el juez del concurso solo debe autorizar la medida como lo haría la Autoridad Laboral en los antiguos expedientes de regulación de empleo. Véase, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La negociación del expediente de regulación de empleo”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (Coor.), *Los acreedores ...*, op. cit., p. 458.

⁸⁸⁵La STSJ de Castilla León, Sala Social, de 27 de junio de 2013 (Rec. 2110/2012) [JUR 2013\276384] considera que la decisión adoptada por el Juez del concurso produce efectos constitutivos.

⁸⁸⁶SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 27 de septiembre de 2005 (Sent. núm. 7204/2005) [AS 2005\2699] y de Asturias, Sala Social, de 21 de diciembre de 2007 (Rec. 765/2007) [AS 2008\792].

ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 130.

redacción del artículo 183 TRLC avala esta conclusión, dado que expresamente atribuye efectos constitutivos al auto.

No obstante, tanto antes como ahora puede haber casos en los que esta resolución se asimile a la autorización administrativa. Son, básicamente, los supuestos en los que sus efectos hayan de diferirse en el tiempo, porque sea necesario que varios trabajadores continúen prestando servicios que todavía están pendientes o que sean necesarios de cara al cierre de la empresa⁸⁸⁷.

Esta idea es la que parecía estar presente en la modificación del anterior artículo 64.7 LC por la L 38/2011, que estableció que la resolución de los contratos surtía efectos desde la fecha de su dictado, salvo que el auto hubiera dispuesto otra fecha ulterior.

La referida excepción, que también admite el actual artículo 183 TRLC, permite que la aplicación práctica de las medidas se dilate en el tiempo. En esta dirección parecen inclinarse algunos pronunciamientos de juzgados de lo mercantil, cuando acuerdan autorizar las extinciones y suspensiones solicitadas y declaran que los efectos se producirán una vez acordadas. De estas resoluciones puede colegirse que la medida se difiere hasta el momento en el que sea acordada por la administración concursal⁸⁸⁸.

Ahora bien, a pesar de que existen posturas doctrinales en contra⁸⁸⁹, creo que no es posible que las medidas tengan efectos retroactivos⁸⁹⁰, incluso aunque cuenten con el acuerdo de la representación legal de los trabajadores, dado que, como ya expuse, estamos ante una resolución judicial que produce efectos constitutivos desde la fecha de su dictado y da lugar a la situación legal

⁸⁸⁷AJM núm. 1 de Valencia, de 21 de enero de 2008 (Proc. 364/2006) [JUR 2008\350806], que aplaza las extinciones de los trabajadores que sean necesarios para el buen fin de la fase de liquidación a la fecha de la que esta se produzca. Vid., en este sentido, ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 130.

⁸⁸⁸En este sentido se pronuncia el AJM de Santander, de 31 de julio de 2013 (Proc. 565/2012), que aprobó la solicitud de expediente de regulación de empleo para la extinción colectiva de las relaciones de trabajo incluidos en el acuerdo, estableciendo que la misma, de conformidad con el acuerdo alcanzado, produciría sus efectos una vez acordada por la administración concursal. En dicho supuesto se alegaba que la extinción de los contratos de trabajo dependía del resultado del proceso de negociación de la transmisión patrimonial de la unidad productiva.

⁸⁸⁹ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “La regulación judicial ...”, op. cit., p. 109.

⁸⁹⁰ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p. 134, con cita del AJM núm. 1 de Cádiz, de 18 de enero de 2010, sostiene que, conforme a la resolución de la subdirección general de prestaciones de 10 de marzo de 2009, no es posible reconocer efectos retroactivos, de modo que el acceso al desempleo se va a producir desde la fecha del dictado del auto del juez del concurso.

Se sostiene el criterio contrario de la STSJ de Andalucía, Sala Social, de 14 de julio de 2009 (Rec. 1504/2008) [JUR 2009\439022] y SSTSJ de Aragón, Sala Social, de 16 de marzo de 2011 (Rec. 110/2011) [JUR 2011\242280], que revocan el auto del Juez del concurso únicamente respecto a la fecha de efectos. También, en el mismo sentido, las SSTSJ de Aragón, Sala Social, de 14 de junio de 2010 (Rec. 379/2010) [JUR 2010\370887] y de 23 de junio de 2010 (Rec. 394/2010) [JUR 2010\388444].

de desempleo de los trabajadores afectados. Admitir que las partes negociadoras puedan fijar una fecha de efectos anterior a la de dictado de la resolución judicial, a mi juicio, carece de justificación legal, de modo que la situación legal de desempleo solo se puede producir desde la fecha de dictado del auto del juez del concurso.

Los efectos de la resolución dependerán de la medida acordada. En casos de suspensión o extinción colectiva de contratos, la resolución produce el mismo efecto que la decisión empresarial o la autorización de la Autoridad Laboral respecto a la situación legal de desempleo [arts. 267.1.a), 267.1.b) y 267.1.c) LGSS y art. 183 TRLC].

Por otro lado, en el caso de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo colectivas el derecho de rescisión quedará en suspenso durante la tramitación del concurso con el límite máximo de un año desde el dictado del auto que acordó la medida (art. 184.1 TRLC, que reproduce el contenido del art. 64.9. 1º LC). La suspensión también será aplicable cuando se acuerde un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica dentro de la misma provincia y a menos de sesenta kilómetros, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento supera el veinticinco por ciento de la jornada diaria de trabajo.

Por tanto, cuando se trate de modificaciones sustanciales de condiciones previstas en el artículo 41 TRLET, esto es, las relativas a la jornada, al horario, a la distribución de tiempo de trabajo, los turnos, el sistema de remuneración y la cuantía salarial, los sistemas de trabajo y rendimiento y los cambios funcionales que excedan del art. 39 TRLET, así como de medidas de traslado colectivo menor, la opción del trabajador por la extinción indemnizada de su contrato de trabajo quedará en suspenso por orden del juez durante la tramitación del concurso, pero con el referido plazo máximo de un año, a contar desde el auto que hubiera adoptado la medida en cuestión (art. 184.1 y 2 TRLC)⁸⁹¹. Se trata de una medida que trata de evitar que se agudice la situación económica negativa de la empresa, mediante la reducción de la masa activa.

De otra parte, la legislación concursal no fija a quien ha de notificarse el auto, pero parece lógico entender que debe notificarse a la administración concursal, a los trabajadores, a través de sus representantes legales, al concursado y al FOGASA, además de aquellos que se hubieran personado en la causa, ya sean trabajadores individuales o acreedores⁸⁹².

Finalmente, una vez alcance firmeza el auto, ya no será posible plantear las cuestiones en él resueltas ante la jurisdicción social, pero sobre esta cuestión incidiremos más adelante, al analizar el instituto de la sucesión de empresa.

⁸⁹¹La suspensión no es automática, sino que se resuelve por sentencia en el incidente concursal laboral iniciado por la solicitud de extinción del contrato del trabajador (art. 541 TRLC).

⁸⁹²ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit., p.130.

2.2.7. Indemnización.

Si existe acuerdo en el periodo de consultas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177.2 TRLC (anterior artículo 64.6. 4º LC), las indemnizaciones correspondientes a las extinciones colectivas de contratos deberán fijarse en el mismo⁸⁹³, de acuerdo con la legislación laboral.

No obstante, la norma admite una excepción, que es el caso de que, tras la adecuada ponderación de los intereses afectados en el concurso, se pacten otras indemnizaciones superiores a las fijadas en la normativa laboral.

La referida excepción permite considerar que la administración concursal y los representantes de los trabajadores son los sujetos legitimados para negociar indemnizaciones superiores a las fijadas en la normativa laboral. Carece de tal legitimación, sin embargo, el empresario concursado y tampoco es posible que el juez conceda, en defecto de pacto, indemnizaciones superiores.

La excepción podrá emplearse siempre que no lesione los intereses del concurso, ni suponga un perjuicio para los demás acreedores⁸⁹⁴, de modo que aquellos incrementos indemnizatorios que sean fraudulentos o abusivos pueden determinar la declaración de responsabilidad de los negociadores y de la administración concursal⁸⁹⁵. Hay que tener en cuenta que, si bien, en términos generales, el análisis de los distintos sistemas de compensación económica de los despidos colectivos, lleva a considerar que es más eficaz establecer una compensación previa y pactada, frente a una compensación legal tasada posterior al despido⁸⁹⁶, este principio no puede imponerse de forma absoluta en los supuestos en los que concurren diferentes intereses como son los propios del concurso.

⁸⁹³Las medidas consistentes en suspensión y reducción de jornada, traslados y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en principio, no generan derecho a indemnización, aunque es posible el pacto de determinadas compensaciones con la finalidad de facilitar el acuerdo respecto a su adopción.

⁸⁹⁴La normativa, como ya hacía la LC, acoge la postura dominante tanto en la práctica judicial como en la doctrina. Así lo entiende MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., “El régimen jurídico de ...”, op. cit., pp. 622 y 630 y CAVAS MARTÍNEZ, F., “La resolución de los expedientes de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Los acreedores concursales...*, op. cit., pp. 490-492.

⁸⁹⁵MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en ...”, op. cit., p. 289.

⁸⁹⁶MALO, M. A. “European Labour Law and Severance Pay Determination in Collective Redundancies”. *European Journal of Law and Economics*, núm. 12, 2001, pp. 73–90, [<https://doi.org/10.1023/A:1011256729444>].

La finalidad de la excepción parece estar relacionada con el ahorro en créditos por salarios y cotizaciones en Seguridad Social⁸⁹⁷ y, por lo tanto, también podrá contribuir al mantenimiento de la empresa y a la conservación y administración de la masa activa⁸⁹⁸.

Por otro lado, tampoco será posible un pacto que fije una indemnización por extinción de contrato inferior a la fijada en la normativa laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177.2 TRLC, que solo admite indemnizaciones superiores y no inferiores a las fijadas en la referida normativa. Por ello, aun cuando existen pronunciamientos judiciales que admiten esta posibilidad y convalidan pactos en los que se fijan indemnizaciones por debajo del referido límite legal, entiendo que, en la actualidad, deben entenderse superados⁸⁹⁹.

Se plantea también la posibilidad de que el pacto contemple acuerdos que alteren, de alguna forma, las características de los créditos que el trabajador pueda ostentar contra la empresa concursada. Tal posibilidad sería, en principio, admisible siempre y cuando se fije una adecuada compensación⁹⁰⁰. Hay que tener en cuenta que la legislación concursal regula el concurso de acreedores como un instrumento que busca la eficiencia de la masa concursal. Trata de lograr la satisfacción de los acreedores, de forma equitativa, dentro de la insuficiencia patrimonial constatada, pero también trata de facilitar el reflatamiento de las empresas en situaciones de insolvencia provisional. De este modo, la finalidad es doble, de una parte, se busca mantener a flote la empresa y, de otra, se pretende garantizar la ejecución ordenada del patrimonio del deudor. De ahí que, cuando la alteración crediticia vaya acompañada de una justa compensación, será posible entender que la medida atiende a la referida garantía de la ejecución ordenada y justa del patrimonio.

Ahora bien, mientras algunos pactos, como las esperas para el abono de los créditos no parecen presentar dudas de cara al principio de indisponibilidad de derechos que impone el artículo 3.5 TRLET, otros pactos, como las quitas sí generan dudas. Me inclino por considerar que el criterio

⁸⁹⁷MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 234.

⁸⁹⁸MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “El régimen jurídico de ...”, op. cit., pp. 615-646 y BLASCO PELLICER, *Los procedimientos ...*, op. cit., p. 420.

⁸⁹⁹SSTS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 2002 (Rec. 43/2002) [RJ 2003\1952], de 5 de mayo de 2003 (Rec. 47/2002) [RJ 2003\4848], de 18 de noviembre de 2003 (Rec. 1470) [RJ 2004\28] y de 27 de septiembre de 2004 (Rec. 5551/2003) [RJ 2004\6188].

ORELLANA CANO, A. M.^a. “Los procedimientos del despido económico”, en DESDENTADO BONETE A. (Dir.), *Despido y crisis ...*, op. cit., pp. 247-248.

⁹⁰⁰Vid., en este sentido, BAJO GARCÍA, I., “Cuestiones socio-laborales ...”, op. cit., p. 9.

que podría emplearse para entender admisible una quita sobre un crédito salarial, sería atender como límite de la disponibilidad un criterio cuantitativo marcado por el tope del SMI⁹⁰¹.

Finalmente, si no concurre acuerdo, el artículo 169.2 TRLC establece la aplicación supletoria de la legislación laboral, lo que implica que debamos acudir a lo dispuesto en el art. 53.1 TRLET, que fija una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades.

2.2.8. Recursos.

La primera cuestión que plantea en materia de recursos contra el auto dictado por el juez del concurso es la relativa a la legitimación para recurrir y, en concreto, si la ostentan los trabajadores individuales.

Hay que tener en cuenta que el artículo 551.1 TRLC, al igual que el anterior artículo 64.8 LC, establece que contra el auto cabe interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la LRJS, sin que produzcan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso, ni sobre los incidentes concursales.

Los sujetos que pueden interponer el recurso de suplicación son la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el FOGASA. A continuación, indica que, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, también ostentan legitimación para recurrir a aquellas entidades que lo integren.

Por su parte, las acciones que los trabajadores pueden ejercer contra el auto, se sustanciarán por la vía del incidente concursal laboral y la sentencia, en este caso, será recurrible en suplicación, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 541.1 TRLC.

Por tanto, se establece una doble vía para impugnar. Una, ante la jurisdicción social y otra ante el juez del concurso.

Antes de la aprobación del TRLC, la regulación legal no admitía que los trabajadores individuales cuestionaran la legalidad del auto, ya que solo se les permitía hacer uso del incidente concursal laboral para plantear cuestiones relacionadas con su relación laboral individual (art. 64.8. 2ª LC). Se trata de uno de los importantes cambios que introduce el citado TRLC.

La dicotomía planteada por la LC llevó a la doctrina laboral a considerar que las diferencias entre uno y otro medio de impugnación podían delimitarse, bien en función de los sujetos legitimados, o bien en atención a su objeto.

En primer lugar, autores como Blasco Pellicer y Desdentado Bonete fueron partidarios de la primera de estas posturas, es decir, de que la impugnación debía delimitarse en función de los

⁹⁰¹En este sentido se pronuncia, ALTÉS TÁRREGA, J.A., “Cuestiones procesales ...”, op. cit., p. 1552.

sujetos. Consideraron que la LC remitía a los trabajadores individuales a la vía del incidente concursal laboral, mientras que la vía del recurso directo de suplicación estaba reservada a los representantes de los trabajadores, a la administración concursal, al concursado y al FOGASA. Pero ello no implicaba que los trabajadores individuales no pudieran introducir en el incidente concursal laboral cuestiones relativas a la propia legalidad del auto. Esto es, cuestionar la concurrencia de la causa y también oponer defectos o vicios formales del propio expediente colectivo.

De acuerdo con esta opinión doctrinal, la concreción que efectuaba la LC respecto a las cuestiones que se refirieran estrictamente a la relación jurídica individual, no debería interpretarse de forma literal, sino que, por el contrario, la LC estaba considerando que, en la mayor parte de los casos, las cuestiones que el trabajador planteaba se referían a sus circunstancias personales, como la antigüedad, el salario, etc. Pero esto se producía porque en la mayor parte de los supuestos, la propia declaración de concurso ponía de manifiesto la concurrencia de una situación económica negativa. De ahí que el trabajador no cuestionase la causa y que las discrepancias frente a la resolución dictada en el expediente colectivo se refirieran, de forma casi exclusiva, a las referidas cuestiones de su relación jurídica individual. De cualquier modo, nada obstaría a que, fuera de estos supuestos, se pudiera impugnar directamente el auto tanto por razones de fondo como de forma, instrumentando dicha impugnación a través del incidente concursal laboral⁹⁰².

La segunda postura doctrinal, que atiende al objeto de cada una de estas vías de impugnación, partía de que el único medio de oposición directa al auto dictado por el juez del concurso era el recurso de suplicación. A través de él, los sujetos específicamente legitimados podían oponer cuestiones tanto de fondo como de forma, sin necesidad de contar con el referendo de los trabajadores, por ellos representados, como recoge la STSJ del País Vasco, de 30 de junio de 2015⁹⁰³. No ocurría esto en la vía del incidente concursal laboral, para el que, según este criterio doctrinal, solo están legitimados los trabajadores individuales. Estos, conforme disponía el artículo

⁹⁰²En este sentido BLASCO PELLICER, A. razona “(...) lo que ocurre es que la ley, como el trabajador no ha sido parte en el expediente, no se le ha oído, ni ha tenido oportunidad de proponer prueba ni de formular alegaciones establece un cauce concentrado y sumario para posibilitar una respuesta judicial a sus pretensiones, respuesta que pondrá fin al expediente y que, a su vez, será susceptible de recurso de suplicación. El hecho de que las empresas en situación de concurso evidencien de manera clara una situación económica negativa y que, por tanto, las cuestiones más habituales que puedan interponer los trabajadores sean las relativas a sus propias condiciones y a su propia situación ante la medida acordada no debe excluir, a mi modo de ver, la posibilidad de que la propia medida sea cuestionada por los trabajadores afectados”. Vid., BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de ...*, op. cit., ISBN13 9788484568438, p. 443.

En el mismo sentido DESDENTADO BONETE, A., “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, p. 442.

⁹⁰³STSJ del País Vasco, Sala Social, de 30 de junio de 2015 (Rec. 1082/2015) [AS 2015\2064].

64.8 LC, solo podían plantear aquellas cuestiones directamente relacionadas con la relación laboral individual, pero no impugnar directamente el auto⁹⁰⁴.

Considero que esta última interpretación era la más acorde al tenor literal de la norma, que excluía, de forma expresa, aquellas cuestiones que excedieran del concreto ámbito de la relación jurídica individual, tal como además ha interpretado la doctrina judicial de las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia⁹⁰⁵.

En este sentido se pronunció, a título de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña, de 22 de octubre de 2013⁹⁰⁶, que negó dicha legitimación y sostuvo que la única vía que tenían los trabajadores para recurrir era el incidente concursal laboral⁹⁰⁷.

En el mismo sentido se pronunciaron la mayor parte de los juzgados mercantiles, que negaron la posibilidad de impugnar el auto por razones de fondo, cuestionando, por ejemplo, la concurrencia de causa para la extinción colectiva⁹⁰⁸, los requisitos formales de la carta de

⁹⁰⁴RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley concursal y los ...”, op. cit., p. 372.

ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 84-8456-055-4, pp. 93 y ss., ALTÉS TÁRREGA, J.A., “Los nuevos procesos ...”, op. cit., pp. 1243 y 1244.

⁹⁰⁵Las SSTSJ Aragón, Sala Social, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 473/2014) [JUR 2014\251747]; de Cataluña, Sala Social, de 22 de octubre de 2013 (Rec. 3229/2013) [JUR 2013\360445]; de Galicia, Sala Social, de 17 de diciembre de 2009 (Rec. 4463/2009) [AS 2010\269]; de Asturias, Sala Social, de 17 de diciembre de 2010 (Rec. 1969/2010) [AS 2011\1307]; de Castilla La Mancha, Sala Social, de 28 de junio de 2011 (Rec. 587/2011) [JUR 2011\288538]; de Baleares, Sala Social, de 14 de mayo de 2013 (Rec. 31/2013) [JUR 2013\218028]; de Valencia, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 2603/2013) [JUR 2014\123109]; de Madrid, Sala Social, de 9 de julio de 2012 (Rec. 2050/2012) [AS 2012\2815], niegan la legitimación activa de los trabajadores individuales para interponer el recurso de suplicación frente al auto del Juez del concurso dictado en el expediente del artículo 64 LC. Establecen que la única vía que tienen los trabajadores individuales es el incidente concursal laboral.

⁹⁰⁶STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2013 (Rec. 3229/2013) [JUR 2013\360445].

⁹⁰⁷En este mismo sentido se pronuncian las SSTSJ de Galicia, Sala Social, de 17 de diciembre de 2009 (Rec. 4463/2009) [[AS 2010\269], de Asturias 17 de diciembre de 2010 (Rec. 1969/2010) [AS 2011\1307], de Castilla La Mancha de 28 de junio de 2011 (Rec. 587/2011) [JUR 2011\288538], de Baleares de 14 de mayo de 2013 (Rec. 31/2013) [JUR 2013\218028] y de Valencia 10 de febrero de 2014 (Rec. 2603/2013) [JUR 2014\123109].

⁹⁰⁸En este sentido se pronuncia la SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 29 de septiembre de 2015 (Proc. 270/2013) [AC 2016\565], que establece que el incidente concursal laboral no es el cauce adecuado para cuestionar la concurrencia de la causa de la extinción colectiva de contratos de trabajo, ni para solicitar la declaración de improcedencia o de nulidad del despido. En el mismo sentido, se pronuncian la SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 29 de septiembre de 2015 (Proc. 270/2013) [AC 2016\67343], que niega la posibilidad de solicitar la improcedencia o la nulidad del despido a través de este cauce procesal, así como también que pueda cuestionarse la concurrencia de la causa alegada o el cumplimiento de los requisitos formales de la carta de despido. En idéntico sentido se pronuncia la SJM núm. 2 de Valencia, de 18 de abril de 2016 (Proc. 934/2015) [AC 2016\99885], que recoge que esta vía procesal no es hábil para cuestionar la causa de la extinción colectiva de contratos de trabajo, ni

despido⁹⁰⁹, la concurrencia de dolo, fraude o abuso de derecho⁹¹⁰ o la posible existencia de un grupo de empresas con efectos laborales⁹¹¹.

En términos generales, consideraron que todas estas cuestiones deberían canalizarse a través del recurso de suplicación. En cambio, todos los aspectos individuales podían ser cuestionados a través de esta vía incidental, como ocurre con las cuestiones relativas a la antigüedad⁹¹², al salario o a la prioridad de permanencia de los legales representantes de los trabajadores⁹¹³.

No obstante, he de advertir de la existencia de una tendencia flexibilizadora de este inicial criterio, aunque bastante tímida. Por ejemplo, las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y de Madrid admitieron la legitimación activa de los trabajadores individuales para la interposición directa del recurso de suplicación frente al auto dictado por el juzgado mercantil, aunque con matices⁹¹⁴. Básicamente, se trataba de supuestos en los que parte de los recurrentes eran representantes legales de los trabajadores o habían participado en el proceso de

tampoco para solicitar la declaración de nulidad o de improcedencia del despido. Estas cuestiones solo pueden plantearse a través del recurso de suplicación que tiene restringida la legitimación activa.

⁹⁰⁹La SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 29 de septiembre de 2015 (Proc. 270/2013) [AC 2016\67343] niega la posibilidad de que se cuestione a través de esta vía procesal el cumplimiento de los requisitos formales de la carta de despido.

⁹¹⁰En este sentido destaca la SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 25 de febrero de 2016 (Proc. 144/2011) [JUR 2016\82061], que recuerda que el incidente concursal laboral está reservado a cuestiones de naturaleza individual, sin que sea posible alegar, por este cauce procesal, la concurrencia de dolo, fraude o abuso de derecho, ni tampoco cuestiones relativas a la posible existencia de un grupo laboral patológico. También, la SJM núm. 3 de Gijón, de 18 de noviembre de 2015 (Proc. 107/2015) [JUR 2016\135455], que niega la posibilidad de alegar por este cauce irregularidades determinantes de la nulidad del acuerdo alcanzado en el período de consultas.

⁹¹¹Sobre esta cuestión destacan las SSJM núm. 1 de San Sebastián, de 23 de diciembre de 2015 [JUR 2016\11804], JM núm. 3 de Gijón, de 18 de noviembre de 2015 (Proc. 107/2015) [JUR 2016\135455] y JM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 25 de febrero de 2016 (Proc. 144/2011) [JUR 2016\82061].

⁹¹²No es posible, sin embargo, considerar que se cuestiona la antigüedad del trabajador cuando la impugnación se refiere a la indemnización establecida en el acuerdo alcanzado en período de consultas, ya que esta es una cuestión colectiva y no individual, que nada tiene que ver con la concreta antigüedad del trabajador en la empresa. En este sentido se pronuncia la SJM núm.1 de Ávila, de 11 de octubre de 2017 (Proc. 90/2017) [JUR 2017\282470].

⁹¹³Sobre esta cuestión se pronuncia la SJM núm. 12 de Madrid, de 17 de marzo de 2014 (Proc. 552/2013) [JUR 2016\107611]. No obstante, cuando se cuestiona la existencia de relación laboral a efectos de inclusión del trabajador en el expediente extintivo, el AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 13 de septiembre de 2013 (Proc. 404/2013) [JUR 2014\113964] considera que es competencia propia de la Jurisdicción Social y no del Juzgado de lo Mercantil.

⁹¹⁴SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de julio de 2014 (Rec.2693/2014) [AS 2014\2672] y de Madrid, Sala Social, de 28 de marzo de 2014 (Rec.2049/2013) [AS 2014\1173].

consultas al formar parte de la comisión *ad hoc*⁹¹⁵. Por tanto, aunque interponían el recurso en calidad de trabajadores individuales, en realidad, materialmente, se trataba de representantes legales de los trabajadores, pues habían formado parte del órgano de representación legal con el que se habían sustanciado las consultas.

En la STSJ de Madrid, Sala Social, de 28 de marzo de 2014⁹¹⁶ se analiza la legitimación activa de los trabajadores individuales para recurrir en suplicación el auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas económicas y organizativas. El recurso se había interpuesto por cuatro de los trabajadores afectados y solo dos de ellos habían formado parte de la comisión “ad hoc” designada para sustanciar el periodo de consultas.

En esta sentencia, al igual que en la STSJ de Cataluña, de 17 de julio de 2014, parece que se abre la posibilidad de impugnación individual del auto directamente, pero en función de las concretas circunstancias, esto es, en un caso porque, entre los impugnantes, se encontraban también representantes legales de los trabajadores y, en otro, porque el expediente había sido solicitado por la totalidad de los trabajadores.

En definitiva, lo que se aprecia es una tendencia a flexibilizar la interpretación literal de la norma, posibilitando que los trabajadores individuales puedan cuestionar la legalidad del auto dictado en la jurisdicción mercantil, aunque, en puridad, se advierte que, materialmente, lo que se hace es respetar el criterio legal de legitimación.

En otros casos, se admitió la formulación directa del recurso, en función de la personación del trabajador en el proceso. En este sentido se pronunció la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 5 de noviembre de 2013⁹¹⁷, que negó legitimación activa a los trabajadores para recurrir el auto del juzgado de lo mercantil que había acordado la extinción colectiva de las relaciones laborales. Esta sentencia considera que debe reconocerse legitimación a los trabajadores individuales solo cuando estén personados en el proceso concursal, pero no en casos, como el que analiza, en los que los trabajadores no estaban personados y además contaban con representación legal. De acuerdo con este criterio, estarían legitimados para recurrir el auto, la administración concursal, el concursado, el FOGASA y los trabajadores a través de sus representantes legales o, de forma individual, siempre que estuvieran personados. Desde luego, se trata de un criterio válido y respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE, pero, a mi juicio, no se ajusta a la

⁹¹⁵Ocurría esto en la STSJ de Madrid, Sala Social, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 2049/2013) [AS 2014\1173]. El expediente colectivo, en este caso, había sido iniciado a instancia de toda la plantilla.

⁹¹⁶STSJ de Madrid, Sala Social, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 2049/2013) [AS 2014\1173].

⁹¹⁷STSJ del País Vasco, Sala Social, de 5 de noviembre de 2013 (Rec. 1865/20113) [JUR 2014\139551]. La sentencia sigue el criterio de otras previas, como la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 6 de febrero de 2007 (Rec. 2823/2006) [AS 2007, 1241].

interpretación literal del artículo 64.8 LC.

Finalmente, tampoco faltan pronunciamientos que establecen que el trabajador solo cuenta con la vía del incidente concursal laboral, pero, a través del mismo puede cuestionar la causa y cualquier circunstancia material o formal que considere pertinente. En este sentido, la STSJ Madrid, Sala Social, de 14 de octubre de 2013⁹¹⁸ estimó la falta de legitimación de los trabajadores para recurrir en suplicación directamente el auto, remitiéndolos a la vía del incidente, pero admitiendo que en el mismo se cuestionase la causa, los defectos del procedimiento colectivo y cualquier otra circunstancia.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla León, Sala Social, 23 de marzo de 2011⁹¹⁹. Esta última sentencia acoge la teoría de diferenciar las vías de impugnación, en función de los sujetos legitimados para ello, admitiendo la impugnación de los trabajadores individuales a través del incidente concursal, pero atacando directamente el auto, tanto por razones de fondo como formales.

Considero que la interpretación literal del anterior artículo 64.8 LC cercenaba la posibilidad de que los trabajadores individuales atacasen directamente el auto. El precepto legal establecía una regla de legitimación clara, que excluía a los trabajadores individuales de la posibilidad de impugnar el auto. La norma concebía la impugnación de la resolución dictada por el juez del concurso de forma semejante a lo que ocurre con los procesos colectivos de impugnación en el orden laboral, como los conflictos colectivos (art. 154 LRJS) o el propio expediente de regulación de empleo laboral (art. 124 LRJS). De este modo, los trabajadores solo podían oponerse al auto a través de sus órganos de representación legal.

Además, entiendo que admitir la posibilidad de que cuestionen el referido auto a través del recurso de suplicación, podría dar lugar a que se produjeran determinados efectos contrarios a la dinámica propia del proceso negociador que acompaña a este tipo de medidas. Pensemos, por ejemplo, en que se hubiera alcanzado un acuerdo en el período de consultas. Admitir la legitimación de los trabajadores individuales para recurrir el auto, podría dar lugar a que se pusieran en cuestión la totalidad de los despidos acordados. Desde luego, esto podría ocasionar un efecto claramente perjudicial, como ha advertido en numerosas ocasiones la doctrina de casación de la Sala Cuarta, destacando, entre otras, la STS, Sala Cuarta, de 26 de diciembre de 2013⁹²⁰.

Pero es que, además, en el estricto ámbito concursal, no solo se obviaría de este modo la

⁹¹⁸STSJ Madrid, Sala Social, de 14 de octubre de 2013 (Rec. 1517/2013) [JUR 2013\357098].

⁹¹⁹STSJ de Castilla León, Sala Social, 23 de marzo de 2011 (Rec. 125/2011) [JUR 2011\166617].

⁹²⁰STS, Sala Cuarta, de 26 de diciembre de 2013 (Rec. 28/2013) [RJ 2014\1253].

voluntad colectiva, sino que, se dejaría sin efecto el mandato del anterior artículo 64.7 LC, que obligaba al juez concursal a aceptar los términos del acuerdo alcanzado en el período de consultas.

En definitiva, entiendo que la interpretación tanto literal como sistemática de los artículos 64.8 y 195 LC, obligaba a concluir que los trabajadores solo podían impugnar el auto del juez a través del incidente concursal, pero cuestionando aspectos relativos a su relación laboral individual, esto es, sin que fuera posible cuestionar la decisión adoptada en el procedimiento colectivo.

Actualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 551 TRLC, la legitimación para interponer recurso de suplicación frente al referido auto corresponde a los mismos sujetos a los que se refería el anterior artículo 64.8. 1ª LC, esto es, al concursado, a la administración concursal, al FOGASA y a los representantes legales de los trabajadores. Los trabajadores individuales siguen sin ostentar legitimación directa para impugnar el auto dictado por el juez mercantil ante la correspondiente sala de lo social.

Lo que la ley les atribuye ahora es la posibilidad de impugnar el auto a través del incidente concursal laboral. Así lo establece el actual artículo 541 TRLC, que admite, implícitamente, que los trabajadores individuales puedan impugnar el auto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de traslado, de extinción, de suspensión o de reducción colectiva de contratos de trabajo, a través de la vía del incidente concursal laboral. Esto se deduce del citado artículo 541 TRLC, que ya no recoge la anterior limitación del artículo 64.8.2 LC a las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación laboral individual, sino que establece que se sustanciarán a través de este trámite todas las acciones que los trabajadores o el FOGASA ostenten contra las referidas resoluciones judiciales.

Por lo tanto, parece que se aclara la antigua polémica en torno a la legitimación de los trabajadores individuales. No disponen de legitimación para la impugnación directa del auto, pero sí disponen de la vía incidental y, consecuentemente, podrán acudir a la jurisdicción social una vez se dicte la correspondiente sentencia, frente a la que podrán interponer recurso de suplicación.

Considero que no es posible efectuar una interpretación correctora de la norma, como se postula por parte de algún sector doctrinal⁹²¹, ya que las modificaciones en la literalidad del precepto son claras. Además, la conjunta interpretación de los artículos 541 y 551 TRLC tampoco permite alcanzar una conclusión distinta, ya que, la inmodificada legitimación para recurrir el auto que acuerda medidas colectivas laborales, no obsta a que el legislador haya querido aclarar que el ámbito objetivo del incidente concursal laboral es más amplio de lo que, en la práctica, se venía

⁹²¹SANJUÁN, E., “Convivencia temporal de las normas en el ámbito concursal”, *Revista de consumo y empresa*, Vlex [en línea], 2020, pp. 18-29, https://app.vlex.com/?utm_source=email&utm_campaign=digest-es#vid/844865657.

considerando.

Además, entiendo que sobre esta materia no se ha dictado una auténtica doctrina legal, sino que solo existen discrepantes criterios jurisdiccionales, por lo que podría considerarse que la modificación operada en la redacción del citado artículo 541 TRLC es una aclaración que permite solventar las dudas surgidas respecto a un determinado precepto legal. Es decir, estaríamos dentro de un ámbito que es propio de un texto refundido.

Ahora bien, además de lo anterior, no es posible obviar que dicha regulación plantea problemas de coordinación. El artículo 551.1 TRLC, recogiendo el texto del anterior artículo 64.8 LC, redactado tras la reforma operada por la L 38/2011, dice que los recursos formulados frente al auto no suspenderán la tramitación del concurso ni los incidentes concursales.

Quizá sería conveniente establecer mecanismos de coordinación como los que ofrece el artículo 138.4 LRJS para las modificaciones sustanciales colectivas, o el artículo 124 LRJS, que establece que, una vez planteada la demanda colectiva, las acciones individuales quedan en suspenso hasta la resolución de aquella y producen el efecto de cosa juzgada.

Dejando al margen la cuestión de la legitimación para recurrir, en el aspecto formal del recurso de suplicación también se han planteado dudas respecto a la obligatoriedad del requisito de la consignación para recurrir en suplicación ante la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia. Sobre este aspecto, debo indicar que la LRJS es la que rige en la preparación del recurso de suplicación, pues nada se dispone en sentido contrario en los artículos 551, 544 y concordantes TRLC. Por tanto, el recurso ha de prepararse ante el juzgado de lo mercantil que haya dictado la resolución recurrida, no siendo necesario el previo recurso de reposición porque el artículo 191.4 LRJS no lo exige.

El artículo 230 LRJS, impone la obligación de consignar o avalar el importe de la condena al recurrente que no gozare del beneficio de justicia gratuita. Si no se hiciere, el artículo 195.2 LRJS, establece que deberá tenerse por no anunciado el recurso. Los tribunales de justicia del orden social, sin embargo, sostienen pronunciamientos contradictorios. Uno de los primeros pronunciamientos sobre la cuestión fue el Auto del TS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2011⁹²², que resolvió un recurso de queja, desestimándolo, porque consideró que no existe ningún precepto legal que exima a las empresas en situación de concurso de la obligación de consignar y porque la mera declaración de concurso no es equiparable a la insolvencia ni tiene por qué presuponer la falta de liquidez.

⁹²²ATS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2011 (Rec. 21/2011) [JUR 2011\263853], dicha resolución fue seguida, entre otros, por los AATS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2011 (Rec. 24/2011) [RJ 2012\1229], de 26 de julio de 2012 (Rec. 9/2012) [JUR 2012\364614], de 13 de septiembre de 2012 (Rec. 30/2012) [JUR 2012\331109], de 24 de julio de 2013 (Rec. 109/2013) [JUR 2014\138332] y 18 de marzo de 2014 (Rec. 101/2013) [JUR 2014\125374] y por la STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 857/2014) [RJ 2014\6755].

Finalmente, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la STC 166/2016, de 6 de octubre⁹²³. En ella se razona que el concurso no es una situación singular que exima a quien recurre, ya sea la empresa o la administración concursal, del requisito de la consignación previa, pues el tenor del artículo 230 LRJS es claro y no existe norma expresa que excluya su aplicación en los supuestos de empresas declaradas en situación de concurso de acreedores. La sentencia añade que la certificación de la administración respecto a la inclusión del crédito o créditos reconocidos por la jurisdicción social conforme a la normativa concursal, no tiene eficacia a estos fines, ni, por ende, exime de la necesaria consignación en metálico o mediante aval. Dicho certificado no es una garantía alternativa a la consignación o al aval y la mera admisión del concurso no presupone falta de liquidez, pues los administradores tienen potestad de ordenar pagos (facturas o salarios) y, por tanto, es claro que también pueden autorizar consignaciones, ya sea en metálico o mediante el correspondiente aval bancario⁹²⁴.

⁹²³STC 166/2016, de 6 de octubre [RTC 2016\166]. Previamente, se había planteado una cuestión semejante, resuelta mediante ATC 16/2015, de 2 de febrero [JUR 2015\84640]. En ese caso, la tramitación del recurso parecía encaminarse al dictado de una sentencia sobre la posible inconstitucionalidad del art. 230 LRJS, sin embargo, por Providencia de 17 de marzo de 2015 se acordó no haber lugar a tener por planteada la cuestión de inconstitucionalidad, seguramente, partiendo de los argumentos de la STC 3/1983 de 25 de enero [RTC 1983\3], que consideró ajustado al texto constitucional el requisito de la consignación previa para recurrir.

Vid. RÍOS MESTRE, J. M.^a, “La consignación para recurrir y concurso de acreedores en la reciente jurisprudencia constitucional. Noticia de la STC 173/2016”, *Revista de derecho social*, núm. 76, 2016, ISSN 1138-8692, p. 155 y ss.

⁹²⁴Como razona RÍOS MESTRE, J. M.^a, lo cierto es que esta sentencia parece versar sobre la suficiencia del certificado de la administración concursal que acredita el destino de los créditos laborales a efectos de garantizar su pago, como medio alternativo a la consignación o al aval. De hecho, la propia empresa parece partir de la necesidad de dar cumplimiento al requisito de la consignación, si bien proponiendo el referido certificado como medio alternativo. Vid. RÍOS MESTRE, J. M.^a, “La consignación para ...”, op. cit., pp. 162.

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. CRÉDITOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL. CONCEPTO.

El concurso se configura como un procedimiento de ejecución universal que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores. La determinación del patrimonio del deudor, esto es, de la masa activa y pasiva es fundamental. La activa se nutre de bienes y derechos mientras la pasiva está compuesta por un conjunto de créditos y la consiguiente identificación de los acreedores. La determinación de esta última corresponde a la administración concursal y se lleva a cabo mediante una serie de operaciones que permiten fijar los créditos a los que ha de hacer frente el deudor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 255 y concordantes TRLC (anterior art. 85.1 LC). El resultado de estas operaciones se recoge en la lista de acreedores que acompaña al informe de la administración concursal, conforme dispone el artículo 285 TRLC (antiguo art. 94.1 LC).

En la clasificación de los créditos cobran singular relevancia los créditos de los trabajadores, dentro de los cuales podemos situar los de Seguridad Social. Los créditos puramente laborales pueden definirse como aquellos que ostentan los trabajadores frente al empresario concursado. La normativa concursal emplea este término en varios de sus artículos, como en el artículo 242.5º TRLC (antes lo hacía el art. 84.2.5 LC), al hablar de los créditos derivados de la actividad laboral o empresarial del empresario tras la declaración del concurso, o el artículo 242.1º TRLC (anterior art. 84.2 LC), que alude a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso.

La atribución de una posición privilegiada de estos créditos, tanto salariales como indemnizatorios, se reconoció en la legislación laboral desde la originaria redacción del artículo 32 ET en el año 1980.

En términos generales, los privilegios del crédito salarial se regulan en los tres primeros apartados. El artículo contiene una preferencia absoluta para los salarios de los últimos treinta días, en la cuantía que no supere el doble del SMI. Este privilegio se impone, incluso, sobre las garantías reales, esto es, aunque el crédito se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. Se concibe, por lo tanto, como un privilegio extraordinario y no como una garantía real, que se manifiesta en relación con todos los bienes que integran el patrimonio del empresario y se antepone a todas las garantías reales.

Por otro lado, también gozan de una preferencia absoluta los salarios cuyo importe se haga efectivo sobre el valor de los objetos elaborados en la empresa por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. Se trata de la privilegio especial refaccionario, que, históricamente se ha configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un privilegio de carácter

absoluto, dado el lugar que ocupa en el orden de prelación de créditos y, además, como un privilegio especial, porque recae únicamente sobre determinados bienes del deudor⁹²⁵. En este supuesto no se establece ningún límite cuantitativo ni temporal a los salarios adeudados.

Por último, está la preferencia general ordinaria que recae sobre los demás créditos salariales y también sobre las indemnizaciones por despido, que gozan de preferencia frente a otros créditos, con la salvedad de los créditos con garantía real. Se trata de créditos singularmente privilegiados, pero con una limitación cuantitativa. Tratándose de créditos salariales, solo en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días del salario pendientes de pago y, en las indemnizaciones por despido, el límite será la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del SMI.

La aprobación de la LC supuso un cambio radical en esta materia. A partir de su entrada en vigor en el año 2004, en caso de concurso, los créditos laborales solo pueden calificarse de acuerdo con los privilegios establecidos en la referida norma especial. Además, la normativa produjo la práctica desaparición de la ejecución separada que reconocía el artículo 32.5 ET⁹²⁶, que era incompatible con el antaño denominado juicio universal de quiebra, del mismo modo que el privilegio refaccionario.

Por otro lado, en muchas ocasiones, los créditos de Seguridad Social surgen como consecuencia de incumplimientos empresariales relacionados con la obligación de abono del salario u otras partidas de naturaleza indemnizatoria como ocurre con los salarios de tramitación. Así como también del incumplimiento de otras obligaciones legales e incluso de la responsabilidad extracontractual.

La conexión entre el crédito laboral y el de Seguridad Social es evidente y obliga a analizar las disposiciones de la normativa concursal, de forma sistemática, a fin de determinar la concreta calificación que merecen los créditos de Seguridad Social en función de sus características.

En principio, estos créditos pueden dividirse en dos grandes bloques. Los créditos contra la masa y los concursales. Pero dentro de ellos, los créditos de Seguridad Social, a su vez, pueden subdividirse en créditos a favor de la Seguridad Social, esto es, los que son titularidad de la TGSS y

⁹²⁵LANTARÓN BARQUÍN, D., “El privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: notas para un estudio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, ISSN 1132-8584, n. 14, 1994, p. 77.

⁹²⁶Tras la reforma operada por L 38/2011 se restringe en mayor medida la referida posibilidad de ejecución separada en el ámbito social, ya que la suspensión de las ejecuciones sociales se prevé incluso para los supuestos en los que se apruebe el plan de liquidación y los créditos deberán integrarse en la ejecución concursal, en función de la cuantía y la clasificación que les corresponda. Con mayor extensión, vid., BAJO-GARCÍA, I., “Cuestiones sódio-laborales ...”, op. cit., p. 13.

aquellos otros que corresponden a los beneficiarios.

La regulación legal de los créditos laborales se encuentra en los artículos 242, 270, 271, 272, 273, 280, 281 y 282 TRLC (anteriores arts. 84.2, 90, 91 y 92 LC, respectivamente).

El artículo 242 TRLC, en su apartado primero, incluye dentro de los créditos contra la masa los correspondientes a los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado. El apartado octavo del mismo artículo 242 TRLC comprende salarios e indemnizaciones por despido, extinción de contrato y despido colectivo, así como recargos de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales que se hayan generado como consecuencia de la actividad empresarial y profesional. Todos ellos deben ser posteriores a la declaración del concurso, salvo los salarios de los treinta últimos días.

Algunos de estos créditos llevan anudada la obligación empresarial de efectuar cotizaciones y retenciones de Seguridad Social y en cada uno de estos supuestos será necesario examinar si esta circunstancia influye en la calificación de los créditos de Seguridad Social.

En otros casos, como ocurre con el recargo de prestaciones, será necesario delimitar el criterio diferenciador entre los créditos del artículo 242.8º TRLC y los regulados en el art. 280.1º TRLC (antiguo art. 91.1 LC) con privilegio general.

El apartado decimotercero del artículo 242 TRLC se refiere a las obligaciones nacidas de la ley. Este apartado, como luego se verá, puede generar dudas sobre la inclusión como créditos contra la masa de determinadas obligaciones de Seguridad Social.

Por su parte, el artículo 270 TRLC (antes, art. 91.1 LC), en su apartado primero, otorga privilegio especial a los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento. Este tipo de garantía puede afectar a los créditos de Seguridad Social en los casos de concesión de aplazamientos.

El artículo 280.1º TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 91.1 LC, otorga privilegio general a los créditos salariales no incluidos en el artículo 270 TRLC y a las indemnizaciones por extinción del contrato, dentro de determinados límites cuantitativos; a las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional; al capital coste de las prestaciones de Seguridad Social de las que sea responsable el empresario y a los recargos de prestaciones por incumplimiento de normas de prevención de riesgos.

Los apartados segundo, cuarto y quinto del artículo 280 TRLC (antes art. 91.2, 4, 5 LC) incluyen como créditos con privilegio general las retenciones de Seguridad Social debidas por el cumplimiento de una obligación legal. Los demás créditos de Seguridad Social hasta la mitad de su importe y los derivados de la responsabilidad extracontractual.

En último lugar, los apartados primero, tercero y cuarto del artículo 281 TRLC, cuyo contenido se corresponde al del artículo 91. 1º, 3º y 4º LC , atribuyen carácter subordinado a los que

se hayan comunicado de forma tardía, a los que deriven de recargos e intereses y a las multas y sanciones.

Por otro lado, la empresa está obligada al abono de las prestaciones de Seguridad Social en los supuestos del artículo 167.2 TRLGSS y también cuando colabora en la gestión de determinadas prestaciones, pagándolas a su cargo o al de la entidad gestora (art. 102 TRLGSS). En términos generales, se trata de supuestos de falta de afiliación o alta en contingencias profesionales. En estos casos el empresario es el responsable principal, sin perjuicio del anticipo que debe efectuar la entidad gestora o la mutua y la responsabilidad subsidiaria del INSS como continuador del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo⁹²⁷. Si se trata de contingencias comunes el empresario es el responsable principal del abono de la prestación por enfermedad común o accidente no laboral.

También comprende los casos de falta de cumplimiento del deber de cotización o de infracotización⁹²⁸. En este caso responderá de las diferencias que las cotizaciones generen en el derecho del beneficiario. Si la contingencia es profesional responde del mismo modo, pero sin perjuicio del anticipo del INSS o de la Mutua y de la responsabilidad subsidiaria del INSS.

Antes de la modificación de la LC por la L 38/2011 no se preveía nada sobre las prestaciones de Seguridad Social. Tras la reforma, en el artículo 91.1 LC se incluyeron tanto el capital coste de las prestaciones como los recargos derivados del incumplimiento de normas de prevención de riesgos.

Parte de la doctrina⁹²⁹ interpretó esta falta de indicación expresa de la LC como un mero olvido legal y se planteaban tres alternativas. En primer lugar, incluirlas en el artículo 91.4 LC, extendiendo el concepto prestación. En segundo término, integrarlas en el artículo 91.1 LC, ya que parecía incongruente privilegiar las indemnizaciones por accidente de trabajo y no las prestaciones básicas o, finalmente, incluirlas en el artículo 95.1 LC, considerándolas como créditos derivados de la responsabilidad civil extracontractual⁹³⁰.

Como digo, la regulación de estos créditos se produjo por la L 38/2011, que los incluyó en el artículo 91.1 LC. El artículo se refería al capital coste de las prestaciones de las que sea legalmente

⁹²⁷En estos casos el trabajador se encuentra en situación de alta de pleno derecho.

⁹²⁸SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2009 (Rec. 288/2009) [RJ 2009\7740] y 26 de septiembre de 2011 (Rec. 733/2010) [RJ 2011\7634].

⁹²⁹DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., “Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal” en GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, ISBN: 84-8406-5898, p. 441.

⁹³⁰GARRIDO, J.M.^a, “La clasificación de los créditos” (art. 91 LC), en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentario de ...*, Tomo I, op. cit., 2004, p. 1644 y MONTOLYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., 2013, p. 642.

responsable el empresario y comprende tanto el crédito de las entidades gestoras como de los beneficiarios.

En la actualidad la cuestión se regula, prácticamente, en los mismos términos en el artículo 280.1º TRLC.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL. CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y CRÉDITOS CONCURSALES.

2.1. Créditos contra la masa.

Son créditos que se generan tras la declaración del concurso. Esta circunstancia temporal determina su falta de contribución a la situación de crisis económica de la empresa. Integran un patrimonio separado y autónomo respecto a la masa activa y se rigen por reglas propias como por las relativas al pago al tiempo de su vencimiento⁹³¹. Son consecuencia directa del procedimiento concursal, pues derivan de obligaciones generadas durante el concurso o de costas y gastos judiciales.

En términos generales, puede decirse que surgen con posterioridad a esta declaración. Se trata de créditos nacidos como consecuencia de la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la empresa, pero hay una excepción, que son los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo, que se originan antes de la declaración del concurso⁹³² y, a pesar de ello, tienen la consideración de créditos contra la masa.

Son prededucibles⁹³³, esto es, la administración concursal ha de detraerlos de la masa activa, antes de proceder a la liquidación y pago de los créditos concursales, conforme dispone el artículo 428 TRLC, que reproduce el contenido del artículo 154 LC. La prededucción, sin embargo, no implica que el crédito sea privilegiado, sino solo que se va a producir una reducción del patrimonio que se pueda repartir, que afectará a todos los acreedores⁹³⁴.

⁹³¹BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Las deudas de la masa”, *Manuales de formación continuada*, núm. 2, 1999, (Ejemplar dedicado a: Preferencia de créditos), ISSN 1575-8735, pp. 210 y ss.

⁹³²Como destaca HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal de los créditos laborales”, en ORELLANA CANO, N., *El concurso ...*, op. cit, pp. 202-203, el anterior artículo 84.2.1 LC (actual art. 242.1º TRLC) recoge un “superprivilegio” concursal que se restringe a los créditos salariales. Anticipa el momento a partir del cual nacen y se devengan los créditos contra la masa.

⁹³³La exposición de motivos de la LC indica que los créditos contra la masa son prededucibles, aunque luego, ningún precepto legal alude a esta circunstancia.

⁹³⁴BELTRÁN E., “Pago de créditos contra la masa”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dirs.), *Comentario de...*, op. cit., p. 2439.

Estos créditos han de abonarse a tiempo de su vencimiento⁹³⁵ con cargo al patrimonio de la concursada⁹³⁶, de modo que, si un crédito contra la masa tiene un vencimiento anterior a otro de la misma categoría, rige el criterio de prioridad temporal de abono, por lo que habrá que atender a la fecha de devengo de cada uno de estos créditos⁹³⁷.

Se excepcionan de la regla anterior, como he dicho, los créditos correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo, que se abonarán de manera inmediata, lo que, en principio, parece conferirles una clara ventaja. Sin embargo, lo cierto es que esta ventaja realmente no existe, ya que, para su abono no podrán emplearse bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial⁹³⁸. Estos créditos se deducen de la masa activa, que es un conjunto de bienes y derechos necesarios para la satisfacción de estos créditos⁹³⁹.

En resumen, actualmente, dentro de la categoría de créditos contra la masa se incluyen los créditos por los últimos treinta días de trabajo efectivo y los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. Por tanto, es evidente que los créditos de los últimos treinta días de trabajo efectivo se han devengado antes de la declaración del concurso, lo que supone que sean la excepción a la regla general que acabo de enunciar.

También hay que tener en cuenta las cuotas de Seguridad Social, cuyo pago se haya devengado con posterioridad a la declaración de concurso y generado, por lo tanto, como consecuencia de la continuación de la actividad; los intereses y recargos de estas cuotas; los recargos de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y el capital coste de las prestaciones devengadas tras la declaración del concurso.

⁹³⁵La SAP de Albacete, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2014 (Rec. 82/2013) [AC 2014\131], establece que los créditos por cuotas mensuales de Seguridad Social devengados tras la declaración del concurso son créditos contra la masa. Existe obligación de los administradores concursales de abonarlos al tiempo de sus respectivos vencimientos, aunque no se hayan comunicado cuando es claro que conocen la existencia de trabajadores y la naturaleza de los créditos.

⁹³⁶Conforme a la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2014 (Rec. 2384/2012) [RJ 2014\4768], aunque los créditos contra la masa se abonan al tiempo de su respectivo vencimiento, la postura procesal de la TGSS no puede ser una mera oposición a la rendición de cuentas del administrador concursal, sino que ha de pretender la satisfacción de sus créditos y, en su caso, el reintegro de lo cobrado indebidamente.

⁹³⁷RODRÍGUEZ AGHÚTEGUI, E., “La alteración de la regla del vencimiento en el pago de créditos contra la masa”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, parte Comentario, ISSN 1889-4380, p. 39.

⁹³⁸En este sentido, BAJO GARCÍA, I., “Cuestiones socio-laborales ...”, op. cit., p. 12.

⁹³⁹La masa activa es un conjunto de bienes y derechos necesarios para la satisfacción de estos créditos. No comprende bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial. Como recoge MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 315. Esta circunstancia ha sido criticada por un sector doctrinal, que entiende que los acreedores deberían soportar un parte de gastos del concurso.

Especial mención merecen las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, aunque no tengan contenido prestacional, dado que pueden incluirse en el ámbito protector de la Seguridad Social.

Todas las cuestiones relativas al abono y a la calificación de estos créditos se debe plantear a través del incidente concursal, salvo lo relativo a la existencia del derecho de crédito, que puede hacer valer ante los órganos de la jurisdicción social, ya que conservan competencias declarativas⁹⁴⁰.

Cuando a la administración concursal le conste la insuficiencia de la masa activa para el abono de los créditos contra la masa, debe comunicarlo al juez y proceder al pago de dichos créditos, comenzando por los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no exceda del doble del SMI y continuando luego por los salarios e indemnizaciones en la cuantía que no supere los límites legales, esto es, el triple del SMI.

El orden de prelación establecido en el artículo 250 TRLC (anterior art. 167.bis.2 LC) solo se aplica desde el momento de la comunicación al juez de la insuficiencia de la masa activa por la administración concursal⁹⁴¹.

No obstante, conviene tener presente que la regla de la postergación de créditos, que supone una alteración de la regla del vencimiento del crédito, no puede afectar a los créditos de los trabajadores. Así se recoge en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 5 de mayo de 2015⁹⁴² y de 19 de febrero de 2014. Tampoco a los que sean titularidad del FOGASA una vez que se haya subrogado en la posición del trabajador, como reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 24 de septiembre de 2015⁹⁴³.

2.1.1. Créditos contra la masa laborales.

A) Salarios de los últimos treinta días.

Están regulados en el artículo 242. 2. 1ª TRLC. El artículo se refiere a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado, que sean anteriores a la declaración

⁹⁴⁰Interpretación derivada del contenido del artículo 8 LC (actual, art. 52 TRLC), que no las suprime. Vid., en este sentido, BAJO GARCÍA, I., “Cuestiones socio-laborales ...”, op. cit., p. 12.

⁹⁴¹SSTS, Sala Primera, de 6 abril de 2017 (Rec. 2383/2014) [RJ 2017\2674] y de 8 de junio de 2017 (Rec. 126/2014) [RJ 2016\2341].

⁹⁴²SSAP de Valencia, Sección 9ª, de 5 de mayo de 2015 (Proc. 1112/2014) [JUR 2015\207030] y de 19 de febrero de 2014 (Proc. 760/2013) [JUR 2014\111500].

⁹⁴³SAP de Valencia, Secc. 9ª, de 24 de septiembre de 2015 (Rec. 370/2015) [JUR 2015\272938].

de concurso. Se trata de créditos que han nacido antes de la declaración de concurso y que no proceden de necesidades derivadas de este, sino que son previos. El salario ha de ser neto, ya que las retenciones de impuestos y las deducciones de Seguridad Social deben reconocerse como créditos a favor de los organismos públicos que sean los respectivos acreedores de aquellos⁹⁴⁴.

Como ya apunté, la norma configura lo que se denomina como “superprivilegio” de este crédito laboral con la clara finalidad de otorgarle una tutela especial, convirtiéndolo en crédito contra la masa, aun cuando ya existía antes de la declaración del concurso y haciendo que se abone de modo inmediato. Por tanto, si hay masa en el concurso, estos créditos se abonarán inmediatamente, alterándose, de este modo, la regla de la prioridad temporal en cuanto al pago⁹⁴⁵.

Antes del TRLC, el artículo 84.2.1ª LC empleaba el adjetivo “efectivo” acompañando al término “trabajo”, lo que se interpretaba como trabajo materialmente realizado⁹⁴⁶. Actualmente, el artículo 242.1ª TRLC, introduce el término “realizado” para referirse al trabajo efectivo, por lo que es evidente que estos créditos no se refieren al último salario que debió percibir el trabajador, ni tampoco al último que se haya devengado, sino al correspondiente al trabajo efectivamente desarrollado por este.

Lo que la norma garantiza son los salarios de los treinta últimos días que el trabajador realizó antes de la declaración del concurso, ya sean inmediatamente anteriores o no a dicha declaración⁹⁴⁷, incluyendo los supuestos en los que no sean consecutivos⁹⁴⁸. En este sentido se pronuncia la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Zamora, de 31 de julio de 2015⁹⁴⁹, que expresamente recoge que, tras la reforma operada a partir de la L 38/2011, la inclusión del adjetivo “efectivo” permite interpretar que no se trata de los treinta días inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, sino los treinta últimos días de trabajo efectivo.

La reforma legal del año 2011 admitió la alternancia en los días de trabajo efectivo, pues precisamente este calificativo “efectivo” es el que permitía considerar que los treinta días a los que refería el artículo 84.2.1 LC no eran consecutivos, sino que son días de prestación efectiva de

⁹⁴⁴BLASCO PESUDO J., “Tratamiento de los contratos laborales en el concurso”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, ISBN 978-84-309-5493-3, p. 395.

⁹⁴⁵STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592].

⁹⁴⁶SEMPERE NAVARRO, A.V., “La Reforma Laboral ...”, op. cit., pp. 15-37.

⁹⁴⁷RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1984, ISBN: 84-7398-277-0, p. 235 y ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales ...*, op. cit., p. 144.

⁹⁴⁸Como podría ocurrir con los trabajadores discontinuos, contratos de trabajo a tiempo parcial o contratos eventuales. En este sentido, véase, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal ...”, op. cit. 209.

⁹⁴⁹SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 31 de julio de 2015 (Proc. 466/2014) [JUR 2015\288804].

servicios. La cuestión, entiendo, está definitivamente superada tras la modificada redacción del artículo 242.1ª TRLC.

Por otro lado, en esta clase de créditos se incluyen los días de prestación de servicios del personal fijo-discontinuo hasta completar los treinta últimos; los casos en los que se haya suspendido el contrato como consecuencia de una situación de excedencia o de incapacidad temporal hasta completar los últimos treinta días de trabajo efectivo y los casos de contratos a tiempo parcial en los que se computarán los días de trabajo de efectivo con independencia de la jornada⁹⁵⁰.

No computan como salarios de los treinta últimos días, sin embargo, los días de suspensión de contrato que deriven de un expediente de regulación de empleo suspensivo⁹⁵¹. Dichos importes salariales se incluyen en esta categoría de créditos contra la masa aun cuando el contrato se hubiera extinguido con anterioridad a la declaración del concurso⁹⁵². No se incluyen en esta categoría, sin embargo, los créditos salariales en los que se haya subrogado el FOGASA⁹⁵³.

Además, aquellos trabajadores que hayan trabajado menos de treinta días en la empresa tendrán un crédito contra la masa, pero reducido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado⁹⁵⁴.

De cualquier forma, lo cierto es que la expresión empleada por el legislador resulta un tanto confusa desde el prisma del derecho laboral, en donde el concepto de trabajo efectivo se emplea para diferenciarlo de los períodos de tiempo de descanso retribuidos y computables como trabajo (art. 26 TRLET).

Por otro lado, el crédito ha de ser salarial, lo que excluye las deudas laborales de naturaleza

⁹⁵⁰CANO MARCO, F., “Créditos laborales y de la Seguridad Social en la reforma de la Ley Concursal”, en CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.^a (Coord.), *La reforma de la Ley concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-9031-002-1, p. 288.

⁹⁵¹En este sentido se pronuncia la SAP de Asturias, Sección 1ª, de 25 de febrero de 2014 (Rec. 12/2014) [JUR 2014\89786].

⁹⁵²ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “El tratamiento de los créditos laborales en el concurso”, *Cuadernos de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), núm. 21, 2005, ISSN 1134-9670, p. 54.

⁹⁵³MOLINA NAVARRETE, C., “Reforma concursal, empleo y protección de los créditos laborales: ¿Un derecho de “saldo” (“liquidación”) o de “resaneamiento” (“supervivencia”)?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 346, 2011, ISSN 1138-9532, p. 95.

⁹⁵⁴MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 319.

indemnizatoria, como indemnizaciones por extinción de contrato, salarios de trámite⁹⁵⁵, prestaciones de Seguridad Social, dietas, indemnizaciones por quebranto de moneda, etc (art. 26.2 ET), que tendrán la consideración de créditos concursales.

Dentro del concepto salario han de incluirse las comisiones, dada su naturaleza salarial⁹⁵⁶ y no indemnizatoria, por lo que estarán comprendidas como créditos contra la masa las que se hayan devengado en los treinta últimos días de trabajo efectivo.

Respecto a los salarios de trámite, la doctrina mayoritaria los excluye de la categoría de créditos contra la masa, dada su controvertida naturaleza indemnizatoria. Desde luego, el argumento relativo al carácter o naturaleza extrasalarial que tienen sirve para justificar la referida exclusión. No obstante, es conveniente apuntar que, además, estos salarios están cubiertos por la garantía prevista en el artículo 33.1 TRLET, es decir, están garantizados por el FOGASA, siempre dentro de los límites legalmente previstos. La existencia de esta garantía de cobro justifica que la norma concursal, esto es, el artículo 242.1º TRLC, excluya los salarios de tramitación correspondientes a los treinta días anteriores a la declaración de concurso de la categoría de créditos contra la masa.

Otros conceptos como las vacaciones que se hayan devengado, pero no hayan sido disfrutadas y que, por lo tanto, han de indemnizarse al finalizar la relación laboral, no deberían incluirse como créditos contra la masa, dado que, aunque tienen naturaleza salarial y no indemnizatoria, no retribuyen el trabajo efectivo realizado, sino el descanso⁹⁵⁷.

De cualquier modo, la garantía está limitada al importe del doble del SMI, que será el fijado por el Gobierno en el RD correspondiente al momento del devengo del crédito⁹⁵⁸, incluyendo el importe de las pagas extraordinarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 TRLET⁹⁵⁹. El exceso se calificará como crédito concursal.

Finalmente, debo apuntar que, aunque la norma otorga la mayor preferencia posible a estos

⁹⁵⁵Este concepto no ha estado exento de controversia. Aunque la tesis mayoritaria los excluye de la categoría de créditos contra la masa, dado su carácter indemnizatorio, algunas resoluciones judiciales los han incluido. Con mayor amplitud, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal ...”, op. cit., p. 203.

SSTS, Sala Cuarta, de 16 de enero de 2009 (Rec. 3584/2007) [RJ 2009\1830], entre otras.

⁹⁵⁶STS, Sala Cuarta, de 28 de enero de 1999 (Rec. 3089/1998) [RJ 1999\2478], entre otras.

⁹⁵⁷En este sentido, MUÑOZ PAREDES, A., “La lista de acreedores”, *Protocolo concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, ISBN: 9788491525684, p. 474.

⁹⁵⁸Vid., MONTOLYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 320.

Otros autores, como BLASCO PESUDO, J., sostienen que debe considerarse el SMI de la fecha de declaración del concurso, dado que se trata de privilegios exclusivamente concursales. Vid., en este sentido, BLASCO PESUDO, J., “Tratamiento de los contratos ...”, op. cit., p. 395.

⁹⁵⁹Redacción dada por RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012.

créditos, dado su carácter prededucible, sin embargo, la preferencia no es tan amplia como parece. El precepto, como ya indiqué, establece que las deducciones para atender a pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes o derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 428 TRLC), lo que no ocurre fuera del concurso, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.1 TRLET, la preferencia del crédito salarial opera frente a cualquier tipo de crédito, incluidos los garantizados con prenda o hipoteca⁹⁶⁰.

B) Créditos posteriores a la declaración de concurso derivados del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

Los regula el artículo 242.8º TRLC, que reproduce el contenido del anterior artículo 84.2. 5º LC. El precepto se refiere a los créditos que se hayan generado como consecuencia de la actividad laboral o empresarial del empresario tras la declaración del concurso.

Se incluyen todos los créditos que tengan naturaleza laboral, dentro de los que se comprenden tanto los créditos salariales como los indemnizatorios derivados de las indemnizaciones por despido o extinción del contrato, así como los recargos de prestaciones de Seguridad Social por incumplimientos empresariales hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o declare la conclusión del concurso.

Se trata de créditos que no precisan comunicación ni reconocimiento y su abono se produce al tiempo de su vencimiento, pero sin poder afectar a bienes que estén sujetos al abono de créditos con privilegio especial.

B.1) Créditos por salarios. Concepto y límites.

Cualquier deuda de naturaleza salarial que se haya producido como consecuencia de la actividad laboral o empresarial del empresario tras la declaración del concurso, tendrá esta calificación de crédito contra la masa.

Conviene precisar que uno de los mayores problemas interpretativos surge en los casos en los que se haya producido un cese material de la actividad de la empresa y, sin embargo, no se hayan extinguido las relaciones laborales, pues el precepto vincula estos créditos a la actividad laboral o empresarial. La tesis mayoritaria aboga por considerar que en tales supuestos, el crédito salarial ha de calificarse como crédito contra la masa, pues, aunque no haya habido una actividad empresarial tras la declaración del concurso, esta circunstancia no es imputable al trabajador, sino a

⁹⁶⁰BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: La nueva ley Concursal), núm. 59, CGPJ, 2004, ISSN 1137-3520, p.441.

la dejadez del empleador que, con su actuación, agrava la situación patrimonial de la empresa⁹⁶¹.

B.2) Créditos derivados de indemnizaciones por extinción del contrato.

Son todas las indemnizaciones derivadas de los supuestos regulados en el artículo 49 TRLET. Solo será necesario que la extinción del contrato o el despido se hayan producido después de declarado el concurso.

Se incluyen como créditos contra la masa las indemnizaciones por despido improcedente derivadas de la extinción de la relación laboral acordada tras la declaración de concurso por la no readmisión del trabajador⁹⁶². Conforme estableció la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de julio de 2014⁹⁶³, la indemnización por despido improcedente acordada tras la declaración del concurso es un crédito contra la masa, igual que los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la referida declaración de concurso. Son, sin embargo, créditos concursales con privilegio general los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso. En el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 1 de julio de 2015⁹⁶⁴.

Antes del dictado de la citada sentencia de 24 de julio de 2014, no se incluían los supuestos en los que la extinción del contrato era anterior a la declaración del concurso, pero la indemnización se reconocía con posterioridad en virtud de resolución judicial⁹⁶⁵. En este sentido se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 21 de febrero de 2013⁹⁶⁶, negando la condición de crédito contra la masa a la indemnización por despido derivada de una causa de despido anterior a la declaración de concurso⁹⁶⁷. Incluso, existen pronunciamientos posteriores a julio de 2014, que expresamente niegan la aplicación de la doctrina derivada de la referida sentencia del Tribunal Supremo, como ocurre en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2

⁹⁶¹En este sentido, SJM núm. 1 de Alicante, de 18 de enero de 2008 (Proc. 363/2007) [AC 2008\1].

⁹⁶²En contra de la inclusión de estas indemnizaciones, CANO MARCO, F., “Créditos laborales y ...”, op. cit., p. 290.

⁹⁶³STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592].

⁹⁶⁴STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2015 (Rec. 1793/2013) [RJ 2015\4488].

⁹⁶⁵En este sentido, MUÑOZ PAREDES, A., “La lista ...”, op. cit., p. 494, con cita de la SJM nº 1 de Oviedo, de 11 de diciembre de 2009.

⁹⁶⁶SAP Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 21 de febrero de 2013 (Proc. 1154/2013) [AC 2013\707].

⁹⁶⁷En el mismo sentido se pronuncian las SSAP de Murcia, Sección 4ª, de 24 de enero de 2013 (Proc. 1119/2012) [AC 2013\655], AP de Murcia, Sección 4ª, de 10 de enero de 2013 (Rec. 1100/2012) [AC 2013\845], AP de Murcia, Sección 4ª, de 4 de diciembre de 2012 (Proc. 664/2014) [JUR 2015\51319] y AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 27 de diciembre de 2010 (Rec. 479/2010) [JUR 2011\61327], entre otras.

de Valencia, de 11 de mayo de 2015⁹⁶⁸, que sostiene que el carácter declarativo de la sentencia que reconoce la indemnización por despido impide reconocer el carácter de crédito contra la masa cuando el despido se ha producido antes de la declaración de concurso de la empresa.

No obstante, también existen pronunciamientos previos que ya recogían este criterio, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, de 21 de mayo de 2014⁹⁶⁹, que considera que la indemnización por despido, reconocida en sentencia posterior a la declaración de concurso, es un crédito contra la masa⁹⁷⁰. También hay sentencias posteriores que mantienen este criterio, como ocurre con la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 4 de julio de 2018⁹⁷¹.

La STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 analiza la calificación que merece la indemnización por despido y los salarios de trámite derivados. En dicho supuesto el despido se había acordado antes de la declaración del concurso. La sentencia que había resuelto la demanda adelantó la extinción del contrato ante la acreditada imposibilidad de readmisión del trabajador por cierre de la empresa⁹⁷². La correspondiente indemnización se había acordado tras la declaración del concurso y llevaba anudado el abono de salarios de trámite que se habían devengado tanto antes como después de la declaración de concurso.

La indemnización por despido improcedente se califica como crédito contra la masa (art. 242.8º TRLC), pero los salarios de trámite se dividen en dos bloques. Se diferencian los del período posterior a la declaración del concurso, que son créditos contra la masa y los del período previo, esto es, los devengados desde la fecha del despido hasta la declaración del concurso, que se califican como créditos concursales con privilegio general del actual artículo 280.1º TRLC (anterior art. 91. 1º LC).

La sentencia considera que, aunque el despido se había acordado antes de la declaración del concurso, la fecha determinante de la calificación del crédito derivado de los salarios de trámite es

⁹⁶⁸SJM núm. 2 de Valencia, de 11 de mayo de 2015 (Proc. 342/2015) [JUR 2015\131585].

⁹⁶⁹SAP de Almería, Sección 2ª, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 222/2012) [JUR 2014\202523].

⁹⁷⁰En dicho supuesto, tanto la sentencia dictada por el juzgado de lo social que declaró nulo el despido como el auto extinguiendo la relación laboral, eran posteriores a la declaración de concurso.

⁹⁷¹SAP de Málaga, Sección 6ª, de 4 de julio de 2018 (Rec. 55/2017) [AC 2019\863].

⁹⁷²La STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592] aplica analógicamente el artículo 284 de la derogada LPL, vigente al tiempo del despido y la doctrina derivada de las STS, Sala Cuarta, de 6 de octubre de 2009 (Rec. 2832/2008) [RJ 2009\5660], que establecía que es posible acordar la extinción del contrato de trabajo en la sentencia que resuelve la demanda de despido cuando concurre imposibilidad para la readmisión por cierre de la empresa. En tales supuestos la indemnización debe comprender la totalidad del tiempo de prestación de servicios del trabajador desde el inicio hasta la fecha del despido. En idéntico sentido se pronuncian las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 27 de diciembre de 2013 (Rec. 3034/2012) [RJ 2013\8365], de 21 de julio de 2014 (Rec. 1511/2013) [RJ 2014\4545] y de 22 de julio de 2014 (Rec. 1509/2013) [RJ 2014\4785], entre otras muchas.

el momento de su devengo⁹⁷³.

Por otro lado, en los casos de extinciones solicitadas por los trabajadores por incumplimientos graves del empresario, la fecha de devengo se produce al tiempo del dictado de la sentencia judicial firme extintiva, ya que esta que tiene carácter constitutivo, por lo que resultan irrelevantes tanto la fecha en la que se haya producido el incumplimiento empresarial como la fecha de interposición de la demanda judicial⁹⁷⁴.

También se incluyen los salarios de trámite del período posterior a dicha declaración, aunque el despido hubiera sido acordado con anterioridad a la declaración de concurso. Los salarios de trámite relativos al periodo anterior a la declaración de concurso son créditos concursales con privilegio general, dentro de los límites del artículo 280.1º TRLC⁹⁷⁵.

Por su parte, las extinciones colectivas de contratos de trabajo acordadas por el juez se entenderán reconocidas y comunicadas por la propia resolución que las apruebe, con independencia del momento en que esto se produzca (art. 242.8º TRLC).

B.3) Salarios de trámite.

Se incluyen en esta categoría los salarios de trámite que sean posteriores a la declaración del concurso. Respecto a los previos, aunque se hayan generado en los treinta días anteriores a la declaración de concurso, no pueden considerarse créditos contra la masa por la vía del artículo 242.1ª TRLC, dada su naturaleza indemnizatoria y no salarial⁹⁷⁶.

Tampoco pueden considerarse como tales, por la vía del artículo 242.8º TRLC, ya que serían créditos anteriores a la declaración de concurso. Por tanto, solo pueden ser calificados como

⁹⁷³Este criterio sería aplicable aun cuando sólo hubiera un día de salario de tramitación devengado antes de la declaración del concurso. En dicho supuesto ese día y la cuota de Seguridad Social correspondiente sería un crédito concursal con privilegio general del artículo 91.1 LC mientras las cuotas posteriores a dicha declaración serían créditos contra la masa. En este sentido, SSAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 433/2014) [AC 2015\46] y AP de Cáceres, Sección 1ª, de 9 de enero de 2015 (Rec. 470/2014) [JUR 2015\48386]. Siguen el criterio de la STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012), las SSAP de Navarra, Sección 3ª, de 30 de octubre de 2015 (Rec. 184/2015) [JUR 2016\147972], de 11 de mayo de 2015 (Rec. 637/2014) [JUR 2015\298726] y de 30 de septiembre de 2015 (Rec. 714/2014) [JUR 2016\147464], entre otras muchas.

⁹⁷⁴En este sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, de 13 de julio de 2016 (Rec. 413/2014) [RJ 2016/3392].

⁹⁷⁵STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592].

⁹⁷⁶No pueden considerarse créditos contra la masa por la vía del artículo 242.1ª TRLC (reproduce el contenido del anterior art. 84.2. 1º LC), lo que resulta conforme a la doctrina derivada de la STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014, antes citada.

créditos concursales y no contra la masa.

2.1.2. CRÉDITOS CONTRA LA MASA DE SEGURIDAD SOCIAL.

A) Créditos por cuotas de Seguridad Social derivados de la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

En el nivel contributivo, la obligación de cotizar viene impuesta por ley a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social.

La TGSS es el sujeto activo de la obligación de cotizar. Es la entidad que tiene atribuida la competencia sobre la gestión de los recursos del sistema. El artículo 104.1 TRLGSS le otorga la titularidad del patrimonio único de la Seguridad Social. Por tanto, será la que intervenga en el concurso, quedando al margen tanto las entidades gestoras como las colaboradoras de la Seguridad Social.

Los sujetos pasivos son tanto el empresario como los trabajadores, de acuerdo con los requisitos fijados en cada uno de los regímenes de Seguridad Social. Aunque ambos están obligados a abonar sus respectivas cuotas, solo el empresario es el responsable del ingreso, tal como dispone el artículo 142.1.2 TRLGSS, al establecer que el empresario es el responsable del cumplimiento de la obligación de cotización y de ingresar tanto las aportaciones propias como las de sus trabajadores.

El objeto de la obligación es la cantidad que han de ingresar los obligados a favor de la TGSS. Se trata de la cuota, que se regula en el artículo 6.2 del RD 2064/1995⁹⁷⁷. La cuota fija el importe de la obligación en el período de liquidación y resulta de una operación liquidatoria que consiste en aplicar el tipo de cotización a la cantidad fijada como base⁹⁷⁸ en cada uno de los regímenes de Seguridad Social.

El empresario ha de descontar de la retribución del trabajador la parte correspondiente a la cuota obrera. Si no lo hiciere así, quedará obligado a abonar el importe íntegro de la cuota a su cargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.2 TRLGSS.

⁹⁷⁷RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, BOE núm. 22, de 25 de enero de 1995.

⁹⁷⁸La base de cotización comprende la totalidad de las remuneraciones que el trabajador perciba tanto en dinero como en especie [arts. 143 y 147 LGSS, art. 23 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, art. 113 de la L 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2013, BOE núm. 312, de 28 de 2012 y art. 1 de la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2013. BOE núm. 25, de 29 de enero de 2013.

La obligación de cotizar se mantiene durante todo el tiempo en el que el trabajador desarrolle su actividad e incluso cuando, estando incluido en el sistema de Seguridad Social, no desarrolle una prestación efectiva de servicios. Esto es, en los supuestos de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, vacaciones retribuidas y no disfrutadas, desempleo, supuestos de excedencia por cumplimiento de deberes públicos o de cargos sindicales, entre otros.

La obligación corresponde a quien percibe la prestación de servicios de forma efectiva, aun cuando no aparezca formalmente como empresario en la documentación correspondiente⁹⁷⁹. Pero no solo existe una obligación directa de cotizar, sino que caben supuestos de responsabilidad solidaria, subsidiaria e incluso *mortis causa* u otras derivaciones de responsabilidad como la cesión ilegal de trabajadores, subcontrataciones de obras y servicios, sucesión en la titularidad del negocio o supuestos de levantamiento del velo, entre otros, tal como dispone el artículo 18.3 LGSS⁹⁸⁰.

En los casos en los que el empresario, tras haber retenido la cuota del trabajador, no la haya ingresado dentro del plazo establecido reglamentariamente, tendrá responsabilidad frente a las entidades gestoras de la Seguridad Social y frente a la TGSS por el correspondiente crédito. Cabe también que se deriven posibles responsabilidades tanto penales como administrativas.

Las cuotas tendrán la consideración de créditos contra la masa si se generan tras la declaración de concurso como consecuencia de la continuación de la actividad, por la vía del artículo 242.8º TRLC. Así se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial Albacete, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2014⁹⁸¹, que establece que los créditos por cuotas mensuales de Seguridad Social devengados tras la declaración del concurso, son créditos contra la masa⁹⁸².

Por su parte, la continuación de la actividad es un requisito indispensable, ya que, en caso contrario, tampoco se reconocería ninguna cantidad por salarios postconcursoales⁹⁸³.

A este carácter de crédito contra la masa se refieren las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de junio de 2014⁹⁸⁴ y de 4 de junio de 2014⁹⁸⁵, que anudan la misma calificación a los intereses y recargos derivados de las mismas, como luego expondré. De cualquier modo,

⁹⁷⁹Artículo 18.4 LGSS introducido por el número uno del artículo 12 de la L 52/2003, 10 diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, BOE núm. 256, de 11 de diciembre de 2003.

⁹⁸⁰El artículo 18.3 LGSS fue introducido por el número uno del artículo 12 de la L 52/2003, de 10 de diciembre.

⁹⁸¹SAP de Albacete, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2014 (Rec. 82/2013) [AC 2014\131].

⁹⁸²En el mismo sentido se pronuncia la SJM núm. 2 de Bilbao, de 13 de septiembre de 2012 (Rec. 557/2011) [JUR 2013\94088].

⁹⁸³SSAP de Asturias, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 5/2014) [AC 2014\1845] y de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de mayo de 2014 (Rec. 27/2014) JUR 2014\178941].

⁹⁸⁴STS, Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de junio de 2014 (Rec. 107/2012) [RJ 2014\3899].

⁹⁸⁵STS, Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de junio de 2014 (Rec. 1434/2012) [RJ 2014\3905].

también cabría considerarlas como créditos contra la masa por el artículo 242.13º TRLC, esto es, como derivados de obligaciones legales⁹⁸⁶.

Entiendo que dentro de este tipo de créditos, que se generan por la falta de ingreso de las cuotas de Seguridad Social, no cabría incluir las deudas por cuotas salariales relativas a los últimos treinta días de trabajo efectivo⁹⁸⁷, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242.1º TRLC. El precepto se refiere a créditos puramente salariales. Por tanto, quedan al margen de este “superprivilegio” los conceptos retributivos que no ostenten esta naturaleza, es decir, los indemnizatorios y también las prestaciones de Seguridad Social⁹⁸⁸.

Hay que tener en cuenta que las cuotas de Seguridad Social están unidas al pago del salario. Su abono deriva de una obligación legal que se impone tanto al empresario como al trabajador y su finalidad es contribuir a la financiación del sistema. Por tanto, aunque las cotizaciones forman parte de las obligaciones o créditos de naturaleza laboral, no se puede predicar de ellas el carácter netamente salarial que exige el artículo 242.1º TRLC para otorgarles la condición de créditos contra la masa. Tampoco podrían incluirse por la vía del artículo 242.13º TRLC, al ser previas a la declaración del concurso.

Por otro lado, cobran singular relevancia otro tipo de cuotas de Seguridad Social, que son las derivadas de salarios de trámite. Actualmente, tras la reforma laboral de 2012, dichos salarios de tramitación están limitados a los casos en los que, declarada la improcedencia del despido, se opta por la readmisión o a los supuestos de declaración de nulidad del mismo. El plazo establecido para el abono de estas cuotas termina el último día del mes siguiente al de la notificación de la resolución judicial o del acta de conciliación. Igual que ocurre con el resto de cuotas de Seguridad Social, las correspondientes a los salarios de trámite serán créditos contra la masa cuando se devenguen tras la declaración del concurso (art. 242.8º TRLC). Pero las derivadas de salarios de trámite anteriores a dicha declaración serán, necesariamente, créditos concursales con privilegio general, dentro de los límites del artículo 280.1º TRLC.

La STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014, como antes se vio, analiza la calificación que merecen tanto la indemnización por despido como los salarios de trámite derivados. Aborda la cuestión desde el punto de vista del crédito salarial, pero entiendo que su doctrina es aplicable al posible crédito derivado de la falta de ingreso de las correspondientes cuotas de Seguridad Social

⁹⁸⁶MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 325.

⁹⁸⁷La STS, Sala Primera, 22 de febrero de 2012 (Rec. 321/2009), respecto a la forma de pago de los créditos contra la masa, indica que en primer lugar se abonan los créditos superprivilegiados de los últimos treinta días de trabajo efectivo.

⁹⁸⁸HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal ...”, op. cit., p. 202.

respecto a los salarios de trámite. Por tanto, la calificación correspondiente dependerá del momento en que se haya reconocido judicialmente la indemnización por la extinción del contrato y, en el caso de los salarios de trámite, del momento de su devengo⁹⁸⁹.

Es necesario tener en cuenta que la indemnización por despido o cese del trabajador está exenta de la base de cotización en la parte que no exceda de la fijada como mínima, bien en el TRLET, en sus normas de desarrollo, o bien en las reglas fijadas para la ejecución de las sentencias⁹⁹⁰. Por tanto, cabría aplicar esta doctrina a la parte no exenta de la base de cotización.

La cuestión no ha sido pacífica, ya que los salarios de trámite no derivan de una efectiva prestación de servicios. La consideración de que se trata de una especie de ficción jurídica determinó que algunas Audiencias Provinciales entendiesen que había que estar a la fecha determinante de la extinción del contrato. De este modo, la extinción de un contrato, derivada de un incumplimiento producido antes de la declaración del concurso, determinaba que el crédito debía calificarse como concursal⁹⁹¹.

Otros tribunales, sin embargo, consideraron determinante el elemento temporal. Esto es, la fecha de devengo de las cuotas de Seguridad Social por los salarios de trámite. Si se producía tras la declaración del concurso, el crédito era calificado como crédito contra la masa y si era posterior se calificaba como concursal con privilegio general⁹⁹².

El criterio de clasificación conforme a la fecha de devengo de las cuotas correspondientes a los salarios de trámite se mantiene en la SAP de Almería, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2014⁹⁹³. Esta sentencia califica como créditos contra la masa los derivados de la falta de abono de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a los salarios de trámite devengados tras la declaración del concurso. Los devengados con anterioridad a dicha declaración se califican como créditos concursales y dentro del crédito contra la masa se incluye tanto el principal como los recargos e intereses⁹⁹⁴.

⁹⁸⁹PÉREZ PÉREZ, E., “La clasificación de los créditos de la Seguridad Social”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M. (Dir.), *Las Administraciones...*, op. cit., pp. 233-234.

⁹⁹⁰No se consideran incluidas en la exención las cuantías que puedan derivar de lo dispuesto en los convenios o pactos colectivos, así como en el propio contrato de trabajo.

⁹⁹¹SAP de Palencia, Sección 1ª, de 27 de junio de 2013 (Rec. 140/2013) [JUR 2013\249752].

⁹⁹²SSAP de Almería, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 379/2013) [JUR 2014\285591]; de AP de Madrid, Sección 28ª, de 10 de febrero de 2011 (Rec. 305/2010) [JUR 2011\161027] y de 14 de marzo de 2014 (Rec. 650/2012) [JUR 2014\107295], y SAP de Palencia, Sección 1ª, de 27 de junio de 2013 (Rec. 140/2013) [JUR 2013\249752].

⁹⁹³SAP de Almería, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 379/2013) [JUR 2014\285591].

⁹⁹⁴En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 433/2014) [AC 2015\46] y de Cáceres, Sección 1ª, de 9 de enero de 2015 (Rec. 470/2014) [JUR 2015\48386].

Por último, cabría extender este supuesto a los casos de cuotas correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas que hubieran sido retribuidas al finalizar la relación laboral, ya que la liquidación y cotización, en este caso, comprende los días de duración de las vacaciones.

B) Créditos derivados de intereses y recargos de cuotas de Seguridad Social derivados de la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Las cuotas de Seguridad deben ser ingresadas dentro del mes siguiente al de su devengo, salvo que la normativa de cada uno de los regímenes de Seguridad Social establezca un plazo diferente.

Las cuotas por contingencias profesionales pueden ingresarse de forma separada de las derivadas de contingencias comunes y de los conceptos de recaudación conjunta. La falta de pago de dichas cuotas en el plazo reglamentario determina el devengo de intereses de demora y la imposición de recargos.

El recargo es diferente, en función de que se haya presentado o no la documentación de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso. Será del veinte por ciento en los casos en los que se presente dicha documentación. Si no se presenta, también será del veinte por ciento, cuando la deuda se abona antes de la terminación del plazo de ingreso de la reclamación o del acta de liquidación y, por último, será del treinta y cinco por ciento si se abona después.

Los intereses de demora derivan igualmente de la falta de ingreso de las cuotas en el plazo previsto. El interés es el legal del dinero del período de devengo, pero incrementado en un veinticinco por ciento, con la salvedad de que se fije uno diferente en la LGP. El principal devenga este interés de demora desde el día siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso.

La calificación de los recargos e intereses derivados de la falta de cotización no fue clara hasta la STS, Sala Primera, 15 de marzo de 2013⁹⁹⁵. Previamente, Audiencias Provinciales como la de León y Navarra⁹⁹⁶ consideraban que no podían ser incluidos dentro de los créditos contra la

⁹⁹⁵STS, Sala Primera, 15 de marzo de 2013 (Rec. 1727/2010) [RJ 2013\3484].

⁹⁹⁶SSAP de León, Sección 1ª, de 13 de febrero de 2012 (Rec. 669/2011) [JUR 2012\104359]. Sentencia casada por la STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2014 (Rec. 845/2012) [RJ 2014\3909] y 28 de febrero de 2012 (Rec. 603/2011) [JUR 2011\433353]. Sentencia casada por la STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2014 (Rec. 392/2012) [RJ 2014\3902] y SAP de Navarra, Sección 3ª, 12 de marzo de 2012 (Rec. 246/2011) [JUR 2012\374413], Sentencia casada por la STS, Sala Primera, 21 de mayo de 2014 (Rec. 1497/2012) [RJ 2014\4578].

Este mismo criterio lo mantenía la sentencia del JM núm. 1 de Málaga, de 12 de noviembre de 2007 (Rec. 79/2005) [AC 2008\87].

masa. En sentido contrario, sin embargo, se pronunciaban las Audiencia Provinciales de Córdoba y de la Rioja⁹⁹⁷.

La STS de 15 de marzo de 2013 ha declarado el carácter de créditos contra la masa de los citados intereses y recargos cuando su devengo se haya producido, una vez declarado el concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial o profesional. En el mismo sentido se han pronunciado posteriores sentencias del Tribunal Supremo, destacando, entre otras, la STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014⁹⁹⁸. Dicho criterio ha sido asumido por los órganos jurisdiccionales mercantiles, destacando, por todas, la SJM núm. 2 de Palma de Mallorca, de 21 de noviembre de 2017⁹⁹⁹.

Se trata de créditos que necesariamente han de tener la misma consideración que el principal que ha determinado su devengo. En principio, los créditos contra la masa no pueden ejecutarse al margen del concurso. Son exigibles al tiempo de su vencimiento y la falta de pago genera tanto intereses de demora como recargos (art. 28 LGSS). Además, la regla del artículo 245 TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 84.3 LC, no puede afectar, en ningún caso, a los créditos de Seguridad Social y la del artículo 152 TRLC (anterior art. 59 LC) solo opera para los créditos concursales, mientras los créditos contra la masa son exigibles a su vencimiento y devengan los intereses de la legislación concursal¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷SSAP de Córdoba, Sección 3ª, de 27 de octubre de 2006 (Rec. 300/2006 [JUR 2007\183122], AP de Asturias, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2007 (Rec. 239/2007) [JUR 2008\13299] y SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 6 de octubre de 2008 (Rec. 165/2008) [AC 2009\137].

⁹⁹⁸STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 2310/2012) [RJ 2014\3763].

⁹⁹⁹SJM núm. 2 de Palma de Mallorca, de 21 de noviembre de 2017 (Proc. núm. 15/2017) [JUR 2018/177452].

¹⁰⁰⁰En el mismo sentido, se había pronunciado la previa STS, Sala Primera, 26 de noviembre de 2012 (Rec. 1723/2010) [RJ 2013\185].

Como indica ELIZALDE RENDÍN, G., la STS, Sala Primera, 26 de noviembre de 2012 (Rec. 1723/2010) [RJ 2013\185] ya establecía que el impago de cuotas de Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso genera intereses y recargos que tienen la misma calificación de créditos contra la masa. Ahora bien, en dicho supuesto, como quiera que la TGSS solo había solicitado el reconocimiento como tales de los recargos, la estimación del recurso de casación se ciñe a los mismos, dejando al margen los intereses.

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTS, Sala Primera, de 19 de marzo de 2013 (Rec. 1746/2010) [RJ 2013\2425], de 22 de marzo de 2013 (Rec. 1821/2010) [RJ 2013\3383], de 10 de abril de 2013 (Rec. 488/2011) [RJ 2013\3686], de 11 de abril de 2013 (Rec. 770/2011) [RJ 2013\3687], de 9 de mayo de 2013 (Rec. 996/2011) [RJ 2013\4612], de 14 de mayo de 2013 (Rec. 1021/2011) [RJ 2013\4952], de 23 de mayo de 2013 (Rec. 958/2011) [RJ 2013\4959], de 4 de junio de 2013 (Rec. 1060/2011) [RJ 2013\4967], de 26 de septiembre de 2013 (Rec. 2366/2011) [RJ 2013\7048], de 14 de mayo de 2014 (Rec. 2661/2012) [RJ 2014\3865], de 21 de mayo de 2014 (Recs. 1753/2012 y 1928/2012) [RJ 202014\3875 y RJ 2014\3762], de 22 de mayo de 2014 (Recs. 1502/2012 y 2310/2012) [RJ 2014\3335 y RJ 2014\3763], de 2 de junio de 2014 (Recs. 560/2012, 241/2012 y 477/2012) [RJ 2014\3897, RJ 2014\3896 y RJ

C) Recargos sobre prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral.

El incumplimiento empresarial de las normas de seguridad y salud laboral puede generar daños que deben ser objeto de la correspondiente indemnización. Dichas indemnizaciones son compatibles con las prestaciones de Seguridad Social por muerte, incapacidad permanente, incapacidad temporal y lesiones permanentes no invalidantes¹⁰⁰¹.

Además de esta responsabilidad y de la que administrativamente se pueda imponer a la empresa, el artículo 164 LGSS articula otra responsabilidad diferente, que es el recargo de prestaciones de Seguridad Social.

Se impone, lógicamente, sobre prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Es independiente de la indemnización, aunque compatible con las que pudieran derivar de la posible responsabilidad penal. Por ello, el abono de las indemnizaciones por parte de las compañías aseguradoras no obsta a la calificación del recargo y a su inclusión en el concurso en la calificación que proceda¹⁰⁰².

A diferencia de las prestaciones, en el recargo no hay anticipo ni responsabilidad subsidiaria del INSS, ni tampoco cobertura de seguro¹⁰⁰³. Tiene una naturaleza compleja, pues para el trabajador es un complemento de la prestación, esto es, tiene naturaleza indemnizatoria, mientras para el empresario es una especie de sanción¹⁰⁰⁴.

Es una responsabilidad específica que deriva del incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Incrementa las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales¹⁰⁰⁵, en un porcentaje que va desde el treinta hasta el cincuenta por ciento. Recae de forma directa sobre el

2014\3895], de 4 de junio de 2014 (1434/2012 y 692/2012) [RJ 2014\3905 y RJ 2014\3906] y de 18 de febrero de 2015 (Rec. 2067/2013) [RJ 2015\2670], entre otras.

Vid. ELIZALDE RENDÍN, G., “Recargos por cuotas de la TGSS posteriores a la declaración de concurso: créditos contra la masa”, *Revista on-line de la comisión de social de Jueces para la Democracia*, núm. 135, agosto-2013, <http://www.juecesdemocracia.es/revistas/revistajurisdiccionsocial.asp>.

¹⁰⁰¹La STS, Sala Cuarta, de 23 de junio de 2014 (Rec. 1257/2013) [RJ 2013\4761], seguida por las posteriores SSTs, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2014 (Rec. 2059/2013) [RJ 2014\6340] y de 13 de octubre de 2014 (Rec. 2843/2013) [RJ 2014\6436], entre otras, han modificado los módulos de cálculo de las indemnizaciones resultantes de un accidente de trabajo.

¹⁰⁰²SJM núm. 6 de Madrid, de 31 de marzo de 2014 (Proc. 43/2014) [JUR 2014\111056].

¹⁰⁰³STS, Sala Cuarta, de 22 de abril de 2004 (Rec. 4555/2002) [RJ 2004\4391].

¹⁰⁰⁴La STS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 2008 (Rec. 1964/2007) [RJ 2008\6968] establece que el recargo de prestaciones de Seguridad Social tiene una naturaleza mixta.

¹⁰⁰⁵No puede recaer sobre las mejoras voluntarias de Seguridad Social. En este sentido, STS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/1999) [RJ 2000\9673].

empresario y no puede ser objeto de aseguramiento.

El recargo lo impone el INSS¹⁰⁰⁶, previo informe-propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y es revisable por la jurisdicción social. Requiere la existencia de un daño, el incumplimiento de medidas de prevención y la existencia de un nexo causal.

Cuando se haya impuesto el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la empresa debe proceder a la capitalización de su importe. La TGSS es la que lo recauda y si no lo hace, surge el crédito de Seguridad Social.

La calificación del crédito no es sencilla. Se puede tomar como fecha determinante la del hecho causante o la de determinación de la responsabilidad y concreción del porcentaje. Entiendo que la cuestión está ligada a la naturaleza del recargo. Tradicionalmente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido reconociendo el carácter híbrido del recargo. Las SSTS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 2011¹⁰⁰⁷ y de 28 de octubre de 2014¹⁰⁰⁸ destacan que tiene naturaleza indemnizatoria o resarcitoria, por cuanto complementa las prestaciones e indemnizaciones que el trabajador tiene derecho a percibir como consecuencia del accidente o la enfermedad profesional. Pero también tiene una evidente condición punitiva o sancionadora, dado que impone una responsabilidad al empresario que tiene una cuantificación independiente.

Si consideramos que el aspecto sancionador o punitivo-preventivo es el que prima, la fecha del hecho causante de la prestación sobre la que recae será la que determine la calificación del crédito. De este modo, si el hecho causante es posterior a la declaración de concurso, el crédito estará comprendido en el ámbito del artículo 242.8º TRLC. Pero si es anterior, tendrá privilegio general del artículo 280.1 TRLC¹⁰⁰⁹.

Se aplicaría el criterio fijado en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 6 de abril de 2011¹⁰¹⁰ y de 1 de julio de 2011¹⁰¹¹, que se apartan del criterio del vencimiento fijado en las previas de 1 de septiembre de 2009¹⁰¹² y de 20 de septiembre de 2009¹⁰¹³ y establecen que la

¹⁰⁰⁶ Así lo establece el art. 1.1.e) del RD 1300/1995, de 21 de junio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la L 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1995.

¹⁰⁰⁷ STS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 2011 (Rec. 2502/2010) [RJ 2011\6561].

¹⁰⁰⁸ STS, Sala Cuarta, de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2784/2013) [RJ 2014\5849].

¹⁰⁰⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Comentario de...*, op. cit., p. 1518.

¹⁰¹⁰ STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2011 (Rec. 2204/2007) [RJ 2011\5706].

¹⁰¹¹ STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2011 (Rec. 947/2008) [RJ 2011\7374]. Seguida por la STS, Sala Primera, 13 de junio de 2011 (Rec. 1306/2007). Todas ellas relativas a créditos por sanciones tributarias.

¹⁰¹² STS, Sala Primera, de 1 de septiembre de 2009 (Rec. 253/2007) [RJ 2009\4583].

¹⁰¹³ STS, Sala Primera, de 20 de septiembre de 2009 (Rec. 202/2007) [RJ 2009\5482].

sanción no puede confundirse con la obligación de la que deriva¹⁰¹⁴.

De acuerdo con la STS, Sala Primera, de 23 de febrero de 2011¹⁰¹⁵, lo determinante es la fecha de comisión de la conducta sancionada, puesto que es la que determina la imposición de la sanción. Se trata de una concepción del recargo desde su vertiente sancionadora, esto es, como el resultado que deriva de un acto de incumplimiento de normas de prevención de riesgos¹⁰¹⁶.

No obstante, un sector doctrinal sostiene que la calificación como crédito contra la masa depende de la fecha en que se declare la responsabilidad y se determine el porcentaje¹⁰¹⁷.

Por mi parte, considero que el momento determinante para la calificación del crédito ha de ser la fecha del hecho causante, esto es, la del accidente, ya que, actualmente, prima el aspecto resarcitorio sobre punitivo y, por tanto, el recargo se asemeja a las prestaciones y, en ellas, la fecha del hecho causante es la que determina su calificación, como veremos a continuación¹⁰¹⁸.

D) Capital coste de prestaciones devengadas tras la declaración de concurso.

En los casos en los que se declare la responsabilidad empresarial en el abono de prestaciones periódicas porque no ha cumplido sus obligaciones de alta, afiliación o cotización, el empresario debe ingresar en la TGSS el capital coste de la prestación para que la entidad proceda a su abono. Si incumple esta obligación, la entidad que la haya anticipado se subroga en la posición del trabajador en el concurso.

En los casos en los que la entidad gestora, la mutua o la TGSS anticipan el pago de una prestación, constituyendo el capital coste de la misma, el crédito no es del beneficiario, sino de la

¹⁰¹⁴Este criterio se aplica en las SSAP de Asturias, Sección 1ª, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 221/2014) [JUR 2015\111729], AP de Málaga, Sección 6ª, de 22 de enero de 2014 (Rec. 994/2011) [JUR 2014\277810], AP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 351/2007) [JUR 2008\5767] y en la SJM núm. 1 de Oviedo, de 28 de enero de 2008 (Proc. 257/2007) [AC 2008\355].

¹⁰¹⁵STS, Sala Primera, de 23 de febrero de 2011 (Rec. 1627/2007) [RJ 2011\453].

¹⁰¹⁶No obstante, existen pronunciamientos judiciales que apuntan a la fecha de imposición de la responsabilidad. En este sentido se pronuncia la SAP de Castellón, Sección 3ª, de 17 de junio de 2010 (Rec. 64/2010) [JUR 2010\312528].

¹⁰¹⁷MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 334. En contra, ORELLANA CANO, A. M.^a y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84 LC)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentario de...*, op. cit., p. 1518.

¹⁰¹⁸La sentencia de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) [RJ 2015\1250] se aparta de los criterios de las previas de 18 de julio de 2011 (Rec. 2502/2010) [RJ 2011\6561] y de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2784/2013) [RJ 2014\5849], que consideraban que el aspecto sancionador del recargo impedía su transmisión. Ahora, esta responsabilidad es transmisible porque prima el aspecto resarcitorio del recargo sobre el preventivo o punitivo. Por tanto, se mantiene su naturaleza doble, pero los intereses se equilibran de una forma diferente.

Seguridad Social frente a la empresa.

Si las prestaciones a las que nos venimos refiriendo se han devengado con posterioridad a la declaración del concurso, serán créditos contra la masa del artículo 242.8º TRLC. El artículo 280.1 TRLC incluye entre los créditos contra la masa el capital coste de las prestaciones de Seguridad Social. Pero hay que tener en cuenta que el elemento temporal es el que delimita la calificación de los créditos en el concurso, ya que dicho artículo recoge que el privilegio se predica de aquellos que surgen con anterioridad a la declaración del concurso. Por tanto, la fecha del hecho causante será lo que determine la calificación del crédito que surge de la constitución de un capital coste para hacer frente a una prestación de Seguridad Social.

En las prestaciones por muerte o supervivencia el hecho causante lo constituye el fallecimiento. En la incapacidad permanente, si va precedida de incapacidad temporal estaremos a la fecha de finalización de esta y si no hay previa incapacidad temporal, consideraremos la fecha del informe del equipo de valoración¹⁰¹⁹ y en la incapacidad temporal habrá que estar al tiempo de emisión del parte de baja¹⁰²⁰.

E) Indemnizaciones de accidente de trabajo o enfermedad profesional tras la declaración de concurso.

Estas indemnizaciones dan cobertura a los daños derivados del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional. Cabe incluirlas en el ámbito protector de la Seguridad Social, aunque carezcan de naturaleza prestacional. Si son posteriores a la declaración de concurso son créditos concursales del artículo 242.8º TRLC.

El citado artículo 242.8º TRLC no incluye estas indemnizaciones, a diferencia de lo que hace el artículo 280.1 TRLC para las devengadas antes. Pero sí incluye los recargos sobre prestaciones derivadas de infracción de las normas de prevención de riesgos, razón por la que considero que no hay motivo para excluirlas.

Por otro lado, lo cierto es que la lista del artículo 242.8º TRLC no es cerrada y, además, hay que tener en cuenta que, si no las incluimos en el referido precepto, carecerían de protección, dado

¹⁰¹⁹Artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, BOE núm. 23, de 26 de enero de 1996.

¹⁰²⁰Artículos 16, 17 y 18 de la OM de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 1966; arts. 5, 6 y 17 de la OM de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967 y art. 171 LGSS.

que el artículo 280.1º TRLC puntualiza que las indemnizaciones que se protegen con el privilegio general son las anteriores a la declaración del concurso. Lo que no considero posible, sin embargo, es su inclusión por la vía del artículo 242.13º TRLC, dado que la responsabilidad de la que derivan es contractual¹⁰²¹.

2.1.3. Ejecución de los créditos contra la masa por deudas de Seguridad Social.

La posibilidad de abrir ejecuciones administrativas separadas por créditos contra la masa se venía abordando por las Audiencias Provinciales de forma dispar. Negaban la posibilidad de ejecución singular de estos créditos, entre otras, las Audiencias Provinciales de Valladolid, León, Navarra, Álava y Baleares¹⁰²². Por el contrario, las Audiencias Provinciales de Asturias y de Zamora¹⁰²³ admitían la ejecución separada y rechazaban que el juez del concurso pudiese declarar la nulidad de las providencias de apremio dictadas por la TGSS.

La cuestión ha sido resuelta en la STS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2014¹⁰²⁴, que niega dicha posibilidad. Parte de una interpretación sistemática la normativa concursal. Argumenta que el artículo 53 TRLC atribuye al juez del concurso el conocimiento de todas las ejecuciones frente a bienes de la concursada y el artículo 142 TRLC¹⁰²⁵ prohíbe tanto las ejecuciones singulares como los apremios administrativos. Se exceptúan los apremios administrativos y ejecuciones laborales en los que se hubieran embargado bienes concretos antes de la declaración del concurso. En el mismo sentido se pronuncia la posterior STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2017¹⁰²⁶.

Por otro lado, el artículo 245 TRLC establece que los créditos contra la masa deben satisfacerse a su vencimiento, salvo que la masa se presuma insuficiente, en cuyo caso la

¹⁰²¹El artículo 2.b) y e) LRJS atribuye a la jurisdicción social la competencia para estas cuestiones. La responsabilidad deriva de un incumplimiento contractual. PÉREZ PÉREZ, E., “La clasificación de los créditos de la Seguridad Social”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M. (Dir.), *Las Administraciones...*, op. cit., pp. 241-242.

¹⁰²²SSAP de Valladolid, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2011 (Rec. 268/2011 [AC 2012\71], AP de León, Sección 1ª, de 24 de noviembre de 2011 (Rec. 159/2011) [JUR 2011\427831], de Navarra, Sección 3ª, de 25 de junio de 2014 (Rec. 256/2014) [JUR 2015\41814], de Sevilla, Sección 5ª, de 27 de febrero de 2015 (Rec. 6188/2014) [JUR 2015\129423], de Álava, Sección 1ª, de 4 de febrero de 2015 (Rec. 415/2014) [JUR 2015\101267] y de Salamanca, Sección, 1ª, de 10 de marzo de 2015 (Rec. 435/2014) [JUR 2015\656], así como el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 30 de julio de 2007 (Rec. 166/2007) [JUR 2008\53013].

¹⁰²³SSAP de Asturias, Sección 1ª, 3 de septiembre de 2014 (Rec. 138/2013 [AC 2014\1702] y de Zamora, Sección 1ª, 15 de julio de 2014 (Rec. 80/2014) [JUR 2014\221890].

¹⁰²⁴STS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2014 (Rec. 2500/2013) [RJ 2014\6561].

¹⁰²⁵Recoge el contenido del anterior artículo 55.1 LC.

¹⁰²⁶STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2017 (Rec. 2798/2014) [RJ 2017\1343].

administración concursal debe comunicarlo al juez y proceder al pago de acuerdo con el orden establecido (art. 250 TRLC). Partiendo de esta premisa y del carácter universal de la liquidación, carecería de sentido que se admitiese la ejecución separada de un crédito contra la masa. La sentencia concluye que los embargos trabados por la TGSS deben dejarse sin efecto y obliga a la devolución de lo que se hubiera cobrado en virtud de aquellos.

Este pronunciamiento se reitera en la posterior STS, Sala Primera, de 18 de febrero de 2015¹⁰²⁷, que insiste en la falta de competencia de la jurisdicción civil para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas. El pronunciamiento de fondo, sin embargo, es el mismo, pues se dejan sin efecto los apremios administrativos y se sostiene que la existencia del crédito puede justificarse mediante las correspondientes certificaciones del período impositivo de que se trate.

Al hilo de lo anterior, conviene tener presente que, en principio, las certificaciones de la TGSS están amparadas por el principio de veracidad de los actos administrativos, pero no tienen valor pleno en materia de calificación del crédito. La clasificación crediticia excede de su competencia, pues el artículo 25 LGSS somete los créditos por cuotas de Seguridad Social a la legislación concursal, de ahí que sea necesario que la certificación comprenda todos los datos fácticos necesarios y suficientes para la calificación del crédito¹⁰²⁸.

2.2. Créditos concursales. Créditos con privilegio especial. Créditos con privilegio general. Créditos ordinarios y créditos subordinados.

Se definen como aquellos créditos que no pueden tener la condición de créditos contra la masa e integran la masa pasiva del concurso. Están sometidos a la tramitación concursal, especialmente, a la suspensión del devengo de intereses (art. 152 TRLC) y a la prohibición de compensación (art. 153 TRLC, que recoge el contenido del art. 58 LC).

Se trata de créditos nacidos antes de la declaración del concurso, que deben ser comunicados y reconocidos. Se satisfacen una vez deducidos los créditos contra la masa. La legislación concursal los divide en tres tipos. En primer lugar, están los que cuentan con privilegio especial (arts. 270 a 272 TRLC, que se corresponden con el art. 90 LC). En segundo término, los privilegiados generales

¹⁰²⁷STS, Sala Primera, de 18 de febrero de 2015 (Rec. 2067/2013) [RJ 2015\2670].

¹⁰²⁸SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 11 diciembre de 2014 (Rec. 450/2014) [JUR 2015\65060]; SSAP de Alicante, Sección 8ª, de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 655/2011) [JUR 2012\44582] y de 21 de octubre de 2011 (Rec. 504/2011) [JUR 2012\45924]. En este último supuesto no se cuestionaba certificación administrativa como título hábil para acreditar la existencia del crédito sino su suficiencia para determinar una concreta clasificación, que únicamente puede deducirse de los datos que consten en él.

(art. 280 TRLC, antes art. 91 LC) y, por último, los subordinados (art. 282 TRLC, anterior art. 93 LC).

Deben comunicarse en el plazo de un mes desde la publicación en el Boletín Oficial de la situación de concurso. La comunicación ha de ser escrita, con identificación del acreedor y los datos relativos al derecho de crédito¹⁰²⁹. No obstante, la falta de comunicación no afectará al crédito, ya que la administración concursal ha de pronunciarse tanto sobre los créditos comunicados como sobre los que resulten de los libros y documentos del deudor, o sobre los que, de cualquier otro modo, consten en el concurso (art. 259.1 y 2 TRLC, que reproduce el contenido del art. 86.1 LC).

En cualquier caso, si el crédito no se comunica y no consta en el concurso o en los libros o documentos del deudor, no será reconocido. Si se comunica de forma extemporánea será reconocido, pero calificado como subordinado del artículo 281.1º TRLC (anterior art. 92.1 LC), salvo que derive de un procedimiento laboral iniciado con posterioridad a la lista definitiva de acreedores o al informe de la administración concursal (art. 308.4º TRLC, antiguo art. 97.3. 2ª LC).

El pago de estos créditos se sujeta a las reglas del procedimiento concursal, por lo que se verá postergado a la aprobación del convenio, o a la liquidación de la masa activa, según el orden de prelación establecido.

2.2.1. Créditos con privilegio especial.

A) Créditos laborales con privilegio especial. Los créditos refaccionarios.

Dentro de ellos se encuentran los créditos de los trabajadores sobre los objetos muebles o inmuebles que hayan sido elaborados por ellos, mientras sean propiedad de la concursada o se encuentren en su posesión.

Su cuantía tampoco está limitada ni su ámbito temporal de devengo. La referida participación ha sido interpretada de forma muy amplia, de modo que en este concepto están comprendidas tanto las contribuciones directas como las indirectas en la elaboración o reparación del concreto bien.

No ocurre lo mismo con el concepto posesión, que, sin embargo, ha sido objeto de interpretación restrictiva. El privilegio no opera sobre bienes de terceros que se encuentren en poder del empresario concursado, por ejemplo, para su reparación, pero sí sobre aquellos que, habiendo sido vendidos por la concursada, siguen en su poder, tal como más ampliamente se expondrá, a lo largo de los siguientes epígrafes.

¹⁰²⁹Cuantía, concepto, fecha de adquisición y vencimiento y la certificación que se pretenda recibir por la administración concursal.

Estos créditos gozan de preferencia absoluta en el concurso y tienen carácter prededucible, ya que el abono de los créditos contra la masa ha de hacerse con cargo a bienes y derechos que no estén sujetos al pago de créditos privilegiados (art. 428 TRLC). Además, el privilegio va más allá del propio bien, pues se extiende al precio que se haya obtenido con su venta y no precisa inscripción para ser reconocido como tal en el concurso, lo que determina que pueda considerarse como un privilegio que se encuentra al margen de la garantía real¹⁰³⁰.

Por otro lado, estos créditos no están sometidos a quitas o esperas que puedan acordarse en la junta de acreedores, salvo adhesión o votación a favor del acreedor con expresa indicación al respecto¹⁰³¹. Pero si el bien es insuficiente para la satisfacción del crédito, el remanente se calificará como crédito ordinario.

Por último, este privilegio garantiza el pago de créditos tanto salariales como indemnizatorios, pero en este último caso será obligado que el concepto indemnizatorio tenga su origen en el propio proceso productivo¹⁰³².

A.1) Titularidad.

Corresponde a los trabajadores respecto a aquellos objetos que hayan elaborado personalmente¹⁰³³, ya sea de manera directa o indirecta. Es decir, el concepto comprende a los que ejecutan directamente los trabajos propios de elaboración del bien y también a aquellos que realizan tareas administrativas o auxiliares y colaboran de este modo en el proceso de producción¹⁰³⁴. Incluso se ha sostenido que los trabajadores dedicados a labores de mantenimiento o limpieza pueden ser titulares del crédito refaccionario¹⁰³⁵.

¹⁰³⁰GARRIDO, J. M.^a, “Créditos con privilegio especial (Art. 90)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentario de...*, op. cit., pp. 1619-1620.

¹⁰³¹HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., “La clasificación concursal ...”, op. cit., p. 220.

¹⁰³²Vid., en este sentido, MUÑOZ PAREDES, A., “La lista de ...”, op. cit., p. 522.

¹⁰³³ALBIOL MONTESINOS, I., “Notas sobre los créditos laborales en la Ley concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Bilbao, 2004, ISBN: 9788497255356, p. 139.

¹⁰³⁴RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, op. cit., p. 371 y GARRIDO, J. M.^a, “Créditos con privilegio especial (art. 90 LC)” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentario de ...*, op. cit., p. 1623.

¹⁰³⁵SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentario de la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, Valladolid, 2004, ISBN13: 9788484066026, p. 1826.

A.2) Concepto de bien elaborado. Bienes muebles e inmuebles.

Son los bienes muebles o inmuebles¹⁰³⁶ que hayan sido objeto de elaboración o fabricación por los trabajadores, o a los que se haya incorporado el trabajo de estos. La inclusión de los bienes inmuebles garantiza la de los elementos propios del proceso productivo de determinadas empresas dedicadas, por ejemplo, al sector de la construcción, a los que se haría de peor condición si se interpretase que el objeto de refacción solo puede ser el concepto tradicional de objeto mueble.

No obstante, el concepto no incluye el inmueble en el que radique el centro de trabajo, es decir, el lugar en donde se realice de manera efectiva la prestación de servicios¹⁰³⁷.

Tampoco están incluidos aquellos bienes que se hayan utilizado en el proceso productivo. Por tanto, no comprende los locales o los instrumentos de producción a los que no se haya incorporado la actividad de los trabajadores, ni la mera actividad o la prestación de servicios que no se materialice en un determinado bien. Tampoco los bienes que no sean susceptibles de identificación, como ocurre con cualquier tipo de energía producida.

Se trata de bienes que hayan producido los trabajadores mediante la transformación de materias primas y comprende los que hayan sido modificados mediante el referido trabajo.

Por último, no se exige publicidad registral del bien.

A.3) Propiedad y posesión del bien. Problemática.

Los referidos bienes han de estar en posesión del concursado o ser de su propiedad. El requisito de la posesión del bien es el que genera mayores dudas interpretativas, especialmente, en los casos en los que el bien no es de su propiedad, pero se encuentra en su posesión.

La doctrina, de forma mayoritaria, ha interpretado que este supuesto se ciñe a los casos en los que el bien elaborado por los trabajadores todavía se encuentra en poder del empresario aunque haya sido vendido a un tercero que todavía no ha abonado su precio¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., “Notas sobre los créditos laborales en la Ley concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Nueva sociedad y ...*, op. cit., p. 130.

¹⁰³⁷ Vid., en este sentido, RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los créditos de los trabajadores”, en ORELLANA CANO, A. M.^a, *La ejecución laboral*, Madrid, CGPJ, 2005, ISBN:9788496518087, p. 394, en relación al anterior artículo 155 LC.

¹⁰³⁸ RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del ...*, op. cit., p. 372.

B) Créditos de Seguridad Social con privilegio especial.

Estos créditos se caracterizan porque afectan a bienes y derechos concretos y cuentan con garantía real. Se satisfacen de forma preferente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429 TRLC¹⁰³⁹ y, por tanto, cabe que la administración concursal opte por atender a su pago con cargo a la masa, sin realización del bien, en los supuestos previstos en la norma.

Se trata de créditos garantizados con prenda, hipoteca o hipoteca sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados. Están regulados en el artículo 270.1º TRLC, que reproduce el contenido del anterior artículo 90.1. 1º LC y atribuye privilegio especial a los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

En el ámbito de los créditos de Seguridad Social, el artículo 23.1 TRLGSS establece que la TGSS puede conceder aplazamientos para su pago. El aplazamiento puede ser de cualquier deuda de Seguridad Social, objeto de gestión recaudatoria, con la excepción de las cuotas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y de las aportaciones de los trabajadores correspondientes a las cuotas aplazadas (art. 32.2 RD 1415/2004)¹⁰⁴⁰. Su duración máxima es de cinco años (art. 31.2 RD 1415/2004) y debe asegurarse mediante garantía suficiente para cubrir el principal del crédito, los intereses, recargos y costas. El aval solidario es el medio ordinario de garantía admitido, pero caben otros como la hipoteca inmobiliaria o mobiliaria o la prenda con o sin desplazamiento.

El aplazamiento se considerará incumplido en los supuestos de falta de pago de los plazos o de incumplimiento de cualquiera de las condiciones fijadas¹⁰⁴¹. También habrá incumplimiento cuando no se constituyan los derechos de garantía indicados en la resolución que lo conceda y en el plazo fijado para ello¹⁰⁴².

Cuando los aplazamientos para el pago de las deudas de Seguridad Social se garantizan con hipoteca o prenda sin desplazamiento son créditos con privilegio especial y la hipoteca debe recaer sobre bienes que estén integrados en el patrimonio del concursado¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹Artículo modificado por la L 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

¹⁰⁴⁰RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, BOE núm. 153, de 25 de junio de 2004.

¹⁰⁴¹Artículo 23.6 TRLGSS.

¹⁰⁴²Artículo 33.1 y 2 del RD 1415/2004, de 11 de junio.

¹⁰⁴³En este sentido se pronuncian las SSAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 26 de septiembre de 2011 (Rec. 402/2011) [JUR 2011\34176] y SAP de Burgos, Sección 3ª, de 16 de diciembre de 2011 (Rec. 318/2011) [AC 2012\50].

2.2.2. Créditos con privilegio general.

Estos créditos afectan a todo el patrimonio de la concursada. El artículo 280 TRLC establece una lista jerarquizada en la que obran siete tipos de crédito. Se trata de créditos por salarios e indemnizaciones derivadas de accidentes laborales y enfermedades profesionales, recargos de prestaciones y cuotas a cargo del empresario que no afectan a un determinado bien o derecho, siempre que se hayan devengado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso. Entre ellos, como créditos de Seguridad Social, destacan los derivados de retenciones de Seguridad Social y los que la ley denomina demás créditos de derecho público. Su pago se efectúa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 431 TRLC (anterior art. 156 LC), una vez abonados los créditos contra la masa.

Como apunté más arriba, los salarios de trámite del periodo anterior a la declaración de concurso son créditos concursales con privilegio general dentro de los límites del artículo 280.1 TRLC¹⁰⁴⁴ y están limitados en su cuantía. Dicho límite cuantitativo se sitúa en el triple del SMI.

A) Créditos laborales con privilegio general. Créditos salariales e indemnizatorios.

Se trata de todos los créditos salariales¹⁰⁴⁵ anteriores a la fecha de declaración del concurso en cuantía, como he dicho, que no supere el triple del SMI¹⁰⁴⁶, que sean diferentes de los regulados en el artículo 242.8º TRLC. Por tanto, ostentarán el privilegio del artículo 280.1º TRLC, los créditos por salarios de los treinta últimos días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, pero solo en la parte comprendida entre el doble y triple del SMI. Hasta el doble del SMI será crédito contra la masa y la parte que exceda del referido límite será calificada como crédito ordinario.

Por otro lado, la mayoritaria opinión tanto doctrinal como en la práctica judicial es que no se incluyen en esta categoría las pagas extraordinarias¹⁰⁴⁷ ni tampoco los salarios de tramitación. El privilegio afecta al salario neto, esto es, al resultante de descontar las cuotas de Seguridad Social y

¹⁰⁴⁴STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592].

¹⁰⁴⁵Se excluyen los créditos de naturaleza extrasalarial del artículo 26.2 TRLET, tales como indemnizaciones por gastos derivados de la actividad laboral, de traslados, suspensiones contractuales o extinción del contrato. Tampoco se incluyen las prestaciones de Seguridad Social.

¹⁰⁴⁶SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.^a L., “Algunas consideraciones sobre el privilegio reconocido a los créditos de los trabajadores en la Ley Concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Coord.), *Nueva sociedad y ...*, op. cit., p. 109.

¹⁰⁴⁷SJM núm. 5 de Madrid, de 21 de marzo de 2005 (Sent. núm. 23/2005) [AC 2005\740]. Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., “La clasificación concursal ...”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso ...*, op. cit., p. 222.

las retenciones tributarias correspondientes.

Por último, dentro de los créditos indemnizatorios se incluyen las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, ex artículo 49.1 TRLET, las derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales anteriores a la declaración del concurso y los recargos por incumplimientos de obligaciones de seguridad y salud, que pasamos a examinar a continuación.

A.1) Indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos.

Se trata de las indemnizaciones por la extinción de los contratos de trabajo devengadas antes de la declaración del concurso, con independencia del tipo de extinción contractual que se haya acordado. Por tanto, el crédito comprende las indemnizaciones por despido disciplinario, por extinción del contrato derivada de causas objetivas, ya sea individual o colectiva, por fuerza mayor, por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, extinción de la personalidad jurídica, resoluciones de contrato por incumplimientos graves del empresario o extinciones de contratos temporales por expiración del plazo previsto o realización de la obra o servicio contratada. Además, pueden incluirse las indemnizaciones reguladas en los artículos 40.3 y 41.3 TRLET para los supuestos de resolución del contrato a instancia del trabajador frente a las decisiones de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo¹⁰⁴⁸.

El privilegio también está limitado cuantitativamente, ya que alcanza a la cuantía del mínimo legal, que se calcula sobre una base que no exceda del triple del SMI.

Se incluyen todas las extinciones reguladas en el artículo 49 TRLET. Doctrinalmente se considera que la fecha determinante de la calificación del crédito es la del momento en que haya tenido lugar el hecho determinante de la extinción del contrato y no la fecha de concreción de la indemnización correspondiente¹⁰⁴⁹. De este modo, si el hecho es anterior a la declaración del concurso, el crédito tendrá la calificación de crédito concursal y si, por el contrario, es posterior y está vinculado a la actividad profesional o empresarial de la empresa en concurso, entonces, el crédito será calificado como crédito contra la masa¹⁰⁵⁰.

En los supuestos de petición del trabajador de la resolución de su contrato por impagos reiterados del empresario regulados en el artículo 50.1.b) TRLET, cabría sostener que la calificación del crédito derivase del momento en el que se produjeron los respectivos impagos¹⁰⁵¹, de modo que

¹⁰⁴⁸En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 357.

¹⁰⁴⁹HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal...”, op. cit., p. 224.

¹⁰⁵⁰SJM núm. 1 de Málaga, de 14 de febrero de 2006 [AC 2006\401].

¹⁰⁵¹Vid., en este sentido, BLASCO PESUDO, J., “Tratamiento de los ...”, op. cit, p. 399.

en los supuestos en que estos se hayan producido tanto antes como después de la declaración de concurso, habría que considerar en qué momento se produjo el mayor número de mensualidades impagadas. También en los casos en los que la resolución se solicita por cualquier otro incumplimiento grave del empresario, relacionado con la situación patrimonial de la empresa, habría que estar a la fecha en la que tuvo lugar el hecho del que deriva la resolución del contrato¹⁰⁵².

No obstante, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión de forma distinta. El Alto Tribunal considera que el devengo de estas indemnizaciones se produce cuando se dicta la sentencia firme que declara la extinción de la relación laboral, dado el carácter constitutivo de la misma. Así lo establece, de forma tajante, la STS, Sala Primera, 13 de julio de 2016¹⁰⁵³, cuyo criterio sigue la posterior sentencia de fecha 15 de julio de 2019¹⁰⁵⁴.

Lo mismo ocurre en los casos de despido, pues, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 julio de 2014¹⁰⁵⁵, aunque el despido se haya producido antes de la declaración de concurso de la empresa y, por tanto, derive de hechos anteriores a dicha declaración, si la fecha de la extinción de la relación laboral se ha producido después, ya sea por cese o por la no readmisión del trabajador, el crédito indemnizatorio será un crédito contra la masa del artículo 242.8º TRLC.

También se produce este efecto con los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque los salarios anteriores a dicha declaración serán considerados como crédito concursal del artículo 280.1 TRLC.

Por último, la cuantía, de nuevo, está limitada al mínimo legal calculado sobre una base que no exceda del triple del SMI. El exceso de dicho límite será calificado como crédito ordinario¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵²ARA, C. y ALBALATE, J., “Los efectos del concurso sobre la resolución del contrato laboral por causa imputable al empresario”, *Aranzadi Insignis, Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28/2013, BIB 2012/3156, pp. 221-231.

¹⁰⁵³STS, Sala Primera, 13 de julio de 2016 (Rec. 413/2014) [RJ 2016\3392]. La referida sentencia razona que los créditos derivados de indemnizaciones que se hayan acordado en sentencias dictadas con posterioridad a la declaración del concurso, por extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador en base a incumplimientos graves del empleador, prevista en los artículos 49.1.j) y 50 del Estatuto de los Trabajadores, no se devengan cuando se produce el incumplimiento del empleador, ni siquiera cuando se interpone la demanda por el trabajador, sino cuando hay sentencia firme extintiva de la relación laboral, que tiene carácter constitutivo. En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, de 13 julio de 2017 (Rec. 413/2014) [RJ 2016\3392], entre otras.

¹⁰⁵⁴STS, Sala Primera, de 15 de julio de 2019 (Rec. 3654/2016) [RJ 2019\2808].

¹⁰⁵⁵STS, Sala Primera, de 24 julio de 2014 (2622/2012) [RJ 2014\4592].

¹⁰⁵⁶SJM núm. 6 de Madrid, de 4 de abril de 2011 (1163/2009) [AC 2011\499].

A.2) Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional antes del concurso.

Son créditos privilegiados los derivados de este tipo de indemnizaciones siempre que las mismas se hayan devengado antes de la declaración del concurso.

Hay que estar al momento en que se produjo el hecho determinante de la indemnización, con independencia de la fecha en la que se dicte la resolución que la reconozca¹⁰⁵⁷. Además, es preciso destacar que estos créditos carecen de límites cuantitativos.

A.3) Recargos por incumplimiento de obligaciones de seguridad y salud.

El privilegio afecta al recargo siempre que las prestaciones sobre las que este recaiga se hayan devengado antes de la declaración del concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 280.1 TRLC.

El devengo se identifica en función del momento de reconocimiento de la prestación, ya sea por resolución administrativa o judicial¹⁰⁵⁸.

B) Créditos de Seguridad Social con privilegio general.

B.1) Capital coste de prestaciones y recargo de prestaciones anteriores a la declaración de concurso.

Como ya apunté, el empresario es responsable del abono de las prestaciones de Seguridad Social en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización. Si el incumplimiento es del deber de afiliación o alta, la empresa responde íntegramente de la prestación. El incumplimiento de la obligación de cotizar puede determinar la misma responsabilidad cuando impide el acceso del trabajador a la prestación¹⁰⁵⁹.

No obstante, si se ha producido infracotización, la responsabilidad empresarial se determinará de forma proporcional al incumplimiento¹⁰⁶⁰. En estos supuestos el TRLGSS garantiza

¹⁰⁵⁷HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M., “La clasificación concursal de ...”, op. cit., p. 227.

¹⁰⁵⁸Si la prestación se hubiera devengado tras la declaración del concurso, el crédito sería calificado como crédito contra la masa (art. 84.2.5 LC).

¹⁰⁵⁹SSTS, Sala Cuarta, 26 de noviembre de 2012 (Rec. 3614/2011) [[RJ 2013\1744] y 8 de marzo de 2011 (Rec. 1075/2010) [RJ 2011\3115], entre otras muchas.

¹⁰⁶⁰SSTS, Sala Cuarta, 10 de noviembre de 2009 (Rec. 288/2009) [RJ 2009\7740] y 26 de septiembre de 2011 (Rec. 733/2011) [RJ 2011\7634].

a los beneficiarios la percepción de las respectivas prestaciones mediante el principio de automaticidad y la responsabilidad subsidiaria del INSS (art. 126.3 LGSS).

Cuando la entidad gestora, la mutua o la TGSS constituyan el capital coste para anticipar el pago de una prestación y luego repiten contra la concursada, el artículo 280.1 TRLC reconoce un privilegio general a estos créditos, pero siempre que el hecho causante de la prestación se haya producido antes de la declaración del concurso. El precepto se refiere tanto a los créditos que la TGSS tiene frente al concursado como a los que ostentan los trabajadores.

Parece lógico considerar que, si el crédito de Seguridad Social es privilegiado, debe serlo también el del beneficiario frente a la empresa. En esta misma línea, las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, que se hayan devengado antes del concurso, tendrán esta misma consideración de créditos con privilegio general del artículo 280.1 TRLC¹⁰⁶¹.

Además, del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional pueden surgir prestaciones de Seguridad Social. En los casos en los que sea el empresario el obligado a su abono, el crédito debe ser privilegiado¹⁰⁶². No obstante, se ha sostenido también que, cuando el trabajador sea el que reclame a la empresa, no puede invocar este privilegio, sino el del artículo 280.5º TRLC de los créditos extracontractuales¹⁰⁶³.

Por otro lado, las prestaciones a tanto alzado tienen idéntica consideración que las periódicas. En estos casos la empresa no ingresa capital coste, sino el importe de la indemnización que corresponda, pero el objeto del crédito, en su caso, tendría la misma consideración que el capital coste de una prestación periódica¹⁰⁶⁴. Este tipo de crédito no tiene más límite que el de su propio importe¹⁰⁶⁵ y el régimen de pago es el del artículo 431 TRLC.

A efectos de calificación del crédito conviene tener en cuenta que la comunicación tardía del mismo no determina necesariamente su consideración como crédito subordinado si consta en documento con fuerza ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.2 TRLC¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹MONTOYA MELGAR, A., *Derecho Laboral ...*, op. cit., p. 360.

¹⁰⁶²Vid. GONZÁLEZ SUÁREZ, C., “La Masa pasiva”, en AA.VV., *Practicum...*, op. cit., p. 556.

¹⁰⁶³GARRIDO, J. M.^a, “Comentario al art. 91 de la Ley Concursal”, *Monografías Aranzadi*, 2015, ap. 4, BIB 2015\1342.

¹⁰⁶⁴BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Comentario al art. 84 LC”, *Monografías Aranzadi*, enero de 2015, ap. 5.2.5.A, BIB 2015\1342.

¹⁰⁶⁵En este sentido se pronuncia la SAP de Albacete, Sección 1ª, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 109/2011) [JUR 2011\224733]. En dicho supuesto el accidente de trabajo se había producido con anterioridad a la declaración del concurso. Al trabajador se le había reconocido una prestación de gran invalidez incrementada con un recargo del 50%. Los intereses, multas y sanciones se califican como créditos subordinados.

¹⁰⁶⁶Sobre esta cuestión destaca la SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de octubre de 2014 (Rec. 434/2013) [JUR

Finalmente, las costas derivadas del procedimiento de apremio administrativo, sin embargo, tienen una naturaleza diferente a los recargos, ya que su objeto es satisfacer los gastos que el referido procedimiento ha generado a la TGSS y su coste debe soportarlo el obligado al pago. Por tanto, estos importes incrementan el crédito con privilegio general o, en su caso, el crédito ordinario¹⁰⁶⁷.

B.2) Retenciones debidas por el concursado por obligaciones legales anteriores a la declaración de concurso.

El titular de estos créditos es la TGSS, tal como establece el artículo 7.1 del RD 2064/1995. Se trata de retenciones correspondientes a cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes, profesionales, horas extraordinarias y conceptos de recaudación conjunta, es decir, el desempleo, la formación profesional y el FOGASA¹⁰⁶⁸.

Como ya indiqué, el empresario es quien está obligado a ingresar las cuotas de los trabajadores junto con la suya propia (art. 22.6 del RD 2064/1995). La cuota de Seguridad Social es una aportación legal de naturaleza jurídico-pública y un crédito que ostenta la TGSS frente a la empresa que la retiene (arts. 22.5 del RD 2064/1995 y 22.2 y 3 LISOS).

Si se ha producido la retención, pero no el ingreso de cuotas de Seguridad Social anteriores a la fecha de declaración del concurso, serán créditos con privilegio general, pues como hemos visto, las cuotas devengadas tras la declaración del concurso serán créditos contra la masa.

B.3) Créditos de Seguridad Social que no gocen de privilegio general ni especial hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Se trata de créditos que no tienen privilegio especial del artículo 270 TRLC, ni obedecen a la constitución de un capital coste. Tampoco derivan de retenciones por cuotas de Seguridad Social. La ley se refiere a ellos como “otros créditos públicos”. Los anuda a los tributarios, ya que todos ellos tienen la naturaleza jurídico-pública a la que alude la norma y permanecen al margen los derivados de frutos o rentas de bienes muebles o inmuebles de la Seguridad Social.

2015\12191], en relación al artículo 92. 1º LC.

¹⁰⁶⁷Destacan, en este sentido, la SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de octubre de 2014 (Rec. 765/2013) [JUR 2015\85856] y las SSAP de Alicante, Sección 8ª, de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 655/2011) [JUR 2012\44582] y de 21 de octubre de 2011 (Rec. 504/2011) [JUR 2012\45924], así como la SAP de Asturias, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 277/2011) [JUR 2012\113323].

¹⁰⁶⁸GARRIDO, J. M.ª, “De la clasificación de ...”, op. cit., p. 1646.

Se trata de ingresos de derecho público a favor de la TGSS y son los enumerados en el art. 1 del Reglamento de Recaudación. La legislación concursal prevé un régimen idéntico para los créditos de Seguridad Social y los tributarios. El privilegio afecta a créditos de Seguridad Social derivados de las cuotas empresariales¹⁰⁶⁹, conceptos de recaudación conjunta y restantes créditos de Seguridad Social, que pueden derivar de aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social¹⁰⁷⁰, reintegros de prestaciones indebidas y reintegros de préstamos¹⁰⁷¹.

La cuantía de estos créditos está limitada al cincuenta por ciento de su importe. A pesar de que la redacción legal podría llevar a considerar que el límite cuantitativo se refiere a ambos créditos públicos, lo cierto es que debe calcularse de forma separada¹⁰⁷². Además, según establece la STS, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Rec. 842/2007)¹⁰⁷³, en el cálculo del referido límite no se computan los créditos que tengan privilegio especial ni tampoco aquellos que tengan privilegio general, pero de otro de los apartados de la norma, ni tampoco los subordinados¹⁰⁷⁴.

2.2.3. Créditos ordinarios.

Están regulados en el artículo 269 TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 89 LC. En lo que nos interesa, se trata de créditos laborales que no tengan reconocido privilegio ni puedan calificarse como subordinados. Estamos ante un criterio residual que permite incluir a los créditos laborales que no ostenten la calificación de créditos contra la masa; los refaccionarios en la cuantía que exceda de la garantía, con la salvedad de que tengan privilegio especial¹⁰⁷⁵; los créditos

¹⁰⁶⁹La cuota de los trabajadores tiene el privilegio del artículo 91.2 LC. Vid. GARRIDO, J. M.^a, “De la clasificación de ...”, op. cit., p. 1649.

¹⁰⁷⁰El ingreso se aportaciones de empresas colaboradoras en la gestión de asistencia sanitaria e incapacidad temporal por contingencias profesionales para el sostenimiento de los servicios comunes se efectúa junto a las cuotas, en los mismos plazos y forma. En caso de incumplimiento la TGSS lo reclama por el procedimiento del art. 82 del RD 1415/2004.

¹⁰⁷¹GARRIDO, J. M.^a, “De la clasificación de ...”, op. cit., p. 1649.

¹⁰⁷²PÉREZ PÉREZ, E., “La clasificación de los créditos de la Seguridad Social”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M. (Dir.), *Las Administraciones...*, op. cit., p. 248.

¹⁰⁷³STS, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Rec. 842/2007) [RJ 2009\398].

¹⁰⁷⁴En el mismo sentido se pronuncian las posteriores SSTs, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Rec. 341/2007) [RJ 2009\399], de 22 de junio de 2009 (Rec. 2058/2007) [RJ 2009\5105], de 29 de junio de 2009 (Rec. 485/2007) [RJ 2009\4243], de 20 de septiembre de 2009 (Rec. 202/2007) [RJ 2009\5482], de 30 de septiembre de 2010 (Rec. 670/2007) [RJ 2010\7300], de 17 de marzo de 2011 (Rec. 2209/2007) [RJ 2011\2878], de 25 de marzo de 2011 (Rec. 398/2007) [RJ 2011\3015] y de 3 de octubre de 2011 (Rec. 1099/2008) [RJ 2011\6694], entre otras.

¹⁰⁷⁵HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., “La clasificación concursal de ...”, op. cit., p. 227.

salariales, en la cuantía que exceda del triple del SMI, siempre que no tengan reconocido un privilegio especial; las indemnizaciones por la extinción de contratos laborales en la parte que exceda del límite del mínimo legal indemnizatorio calculado sobre la base del triple del SMI y, por último, las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional devengadas antes de la declaración de concurso.

2.2.4. Créditos subordinados.

Se trata de una nueva categoría de créditos cuyo cobro ha de ser postergado hasta que se produzca el íntegro pago a los restantes acreedores¹⁰⁷⁶. Es una categoría que no admite la inclusión de créditos cuya titularidad corresponda a los trabajadores, a excepción de los intereses por mora¹⁰⁷⁷. Por ello, como ya apunté, aquellos créditos laborales que no puedan ser calificados como créditos contra la masa ni privilegiados, serán créditos ordinarios.

El artículo 281 TRLC (anterior art. 91 LC) no contiene una expresa referencia a los créditos laborales, pero lo cierto es que los mismos pueden ser objeto de subordinación por razón de su naturaleza, como ocurre con los créditos por intereses; por la pasividad de los acreedores en la comunicación del crédito o por la naturaleza del vínculo que une al trabajador y al empresario, como ocurre con los créditos de trabajadores especialmente relacionados con el empresario concursado.

Estos créditos aparecen regulados en el citado artículo 281 TRLC. Se abonan tras los ordinarios, es decir, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. Se trata de la última clase de créditos, en la graduación que efectúa la legislación concursal. El orden de abono es jerárquico. Siguen el establecido en el citado artículo 281 TRLC, es decir, se abonan a prorrata dentro de cada uno de sus números (art. 434.2 TRLC, que reproduce el contenido del anterior art. 158.2 LC).

A) Créditos comunicados tardíamente.

Son créditos que han sido comunicados de forma tardía. Se trata de créditos que son considerados subordinados por la administración concursal o por las resoluciones judiciales que resuelvan los incidentes de impugnación de la lista de acreedores o por aquellas otras que atribuyan al crédito esa clasificación, conforme dispone el artículo 281.1 TRLC.

¹⁰⁷⁶Como indica GARRIDO, J. M.^a, “Comentario al artículo 92 de la Ley Concursal”, *Monografías, Aranzadi*, enero 2015. BIB 2015/1342.

¹⁰⁷⁷Vid., en este sentido, BAJO BARCÍA, “Cuestiones socio-laborales ...”, op. cit., p. 15.

Por otro lado, es posible que consten de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, como ocurre con los créditos reconocidos en certificaciones administrativas u otra documental con fuerza ejecutiva.

Finalmente, cabe que la determinación del crédito requiera actuaciones de comprobación de las Administraciones Públicas, pero ello no obsta a que deban comunicarse, a efectos de su calificación como créditos contingentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 87.2 LC. En principio, parece un supuesto residual, dado que los créditos de Seguridad Social suelen constar documentalmente o exigir actuaciones de comprobación de las Administraciones Públicas para su determinación.

No faltan, sin embargo, casos de subordinación de créditos de Seguridad Social. Uno de ellos se examina en la SAP de Asturias, Sección 1ª, de 23 de marzo de 2015¹⁰⁷⁸. Confirma esta calificación para un crédito por recargo de prestaciones derivado del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, ya que la resolución administrativa se había dictado antes de la declaración del concurso y la TGSS había tardado cinco meses en comunicar el crédito. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de octubre de 2014¹⁰⁷⁹, resuelve un supuesto diferente al anterior en el que admite que se excepcione la subordinación cuando el crédito conste en documento con fuerza ejecutiva.

De otro lado, el artículo 308 TRLC¹⁰⁸⁰ establece que, aun cuando el crédito no se haya comunicado, si tras la presentación del informe provisional o de la lista definitiva de acreedores, se inicia un proceso laboral que pueda suponer su reconocimiento, no procederá la subordinación por comunicación tardía, aunque ello suponga modificar la lista de acreedores.

Desde mi punto de vista, la subordinación parece obedecer a la finalidad de incentivar la diligencia de los acreedores en la comunicación de sus créditos. Se trata de una medida acorde con la siempre deseable celeridad del procedimiento. Ahora bien, desde el punto de vista laboral puede generar situaciones de injusticia material, dado que los trabajadores pueden obviar la comunicación de sus créditos en tiempo y forma, actuando en la confianza de que los mismos consten en la documentación de la empresa concursada y, en consecuencia, pueden ver subordinados sus créditos.

B) Créditos por intereses y recargos.

El artículo 152 TRLC establece que la declaración de concurso supone la suspensión del devengo de intereses, por lo que solo podrán obtener este reconocimiento los intereses que se

¹⁰⁷⁸SAP de Asturias, Sección 1ª, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 221/2014) [JUR 2015\111729].

¹⁰⁷⁹SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de octubre de 2014 (Rec. 434/2013) [JUR 2015\12191].

¹⁰⁸⁰Anterior artículo 97.3 LC. Este párrafo introducido por la Ley 38/2011.

devenguen hasta la fecha de declaración del concurso. Se trata de créditos por intereses derivados de los créditos laborales, salvo que el crédito tenga un privilegio real al que se anuden, siempre hasta donde alcance la respectiva garantía.

El artículo 281.1. 3ª TRLC incluye intereses y recargos. Respecto a los intereses, se trata de los devengados de deudas de Seguridad Social antes de la declaración del concurso, incluyendo los moratorios del artículo 31 TRLGSS.

Por otro lado, se incluyen los recargos de deudas de Seguridad Social¹⁰⁸¹, salvo que deriven de indemnizaciones por accidentes de trabajo anteriores a la declaración del concurso, ya que son créditos con privilegio general del artículo 280.1 TRLC.

Se exceptúan el capital coste de prestaciones de Seguridad Social, así como los recargos e intereses derivados de créditos con garantía real, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.1. 3º TRLC, que recoge el contenido del anterior artículo 92. 3º LC.

Antes de la reforma operada por la L 38/2011, se consideraban subordinados los créditos por recargos ordinarios y moratorios del artículo 92.4 LC, en atención a su naturaleza sancionadora¹⁰⁸². La referida reforma los equiparó a los intereses, lo que parece acorde con la naturaleza accesorio del recargo¹⁰⁸³. Son créditos subordinados del artículo 281.1. 3º TRLC y, por lo tanto, se anteponen a los créditos de naturaleza sancionatoria del artículo 281.1. 4º TRLC (anterior art. 92. 4º LC).

Se ha planteado si los intereses de capitalización en el recargo de prestaciones pueden calificarse como créditos subordinados del artículo 281.1. 3º TRLC o con privilegio general del artículo 280.1 TRLC. Cuando el INSS o el ISM dictan la resolución que impone la responsabilidad empresarial, la TGSS recauda, entre otros conceptos, el capital coste de la prestación y los intereses de capitalización devengados desde la fecha de efectos económicos hasta el día del ingreso. Cabría considerar que los referidos intereses forman parte del recargo y gozan de su misma naturaleza, tal como ha declarado la jurisdicción contencioso-administrativa, que sostiene que no surgen de un mero retraso en el pago, sino que forman parte del propio capital coste, en su actualización al tiempo del hecho causante¹⁰⁸⁴.

No obstante, los intereses de capitalización no pierden esta condición y han de calificarse

¹⁰⁸¹STS, Sala Primera, de 25 de marzo de 2011 (Rec. 398/2007) [RJ 2011\3015].

¹⁰⁸²En este sentido se pronunciaban las SSTs, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Recs. 842/2007 y 341/2007) [RJ 2009\398 y RJ 2009\399], de 22 de junio de 2009 (Rec. 2058/2007) [RJ 2009\5105], de 29 de junio de 2009 (Rec. 485/2007) [RJ 2009\4243], de 20 de septiembre de 2009 (Rec. 202/2007) [RJ 2009\5482], de 30 de septiembre de 2010 (Rec. 670/2007) [RJ 2010\7300], de 25 de marzo de 2011 (Rec. 398/2007) [RJ 2011\3015] y de 3 de octubre de 2011 (Rec. 1099/2008) [RJ 2011\6694], entre otras.

¹⁰⁸³GONZÁLEZ SUÁREZ, C., “La masa pasiva”, en AA.VV., *Practicum concursal* ..., op. cit., p. 562.

¹⁰⁸⁴SSTs, Sala Tercera, de 9 de enero de 2015 (Rec. 3483/2013 [RJ 2015\436] y de 14 de abril de 2015 (Rec. 3735/2013) [RJ 2015\1527].

como créditos subordinados¹⁰⁸⁵ y la posibilidad de que estos intereses sean créditos contra masa por la vía del artículo 242.13º TRLC es rechazada en la SAP de Valencia, Sección 9ª, de 12 de febrero de 2013¹⁰⁸⁶, cuando el hecho causante del que derivan es anterior a la declaración del concurso¹⁰⁸⁷.

C) Créditos laborales de personas especialmente relacionadas con el empresario.

Cuando el trabajador tenga una relación especial a las que se refiere el artículo 282 TRLC (antiguo artículo 93 LC), su crédito será calificado como subordinado. Se trata de relaciones de parentesco de los apartados primero a tercero del artículo 282.1 TRLC, esto es, matrimonio dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso o relación de convivencia de análoga afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos del concursado o de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, así como los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

También cuando la empresa es una persona jurídica y el trabajador es uno de los socios con responsabilidad personal e ilimitada, titular del cinco por ciento del capital social, siempre que la sociedad tenga valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o un diez por ciento si no los tuviera; administrador de hecho o de derecho, liquidador del concursado o apoderado con poderes especiales o lo hubiera sido durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. En tales casos, los créditos laborales son calificados como subordinados.

D) Créditos por multas y sanciones.

Se trata de multas impuestas por las Administraciones Públicas. Se incluyen los créditos de la TGSS por sanciones impuestas al deudor en esta materia¹⁰⁸⁸.

Resulta clara la subordinación de estos créditos, dado que derivan de actos sancionables cometidos por el empresario y su cobro preferente generaría un claro perjuicio a los restantes acreedores¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁵ Así lo establecen las SSAP de Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 16 de diciembre de 2014 (Rec. 91/2014) [JUR 2015\162906]; de Asturias, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 277/2011) [JUR 2012\113323] y de Albacete, Sección 1ª, 23 de mayo de 2011 (Rec. 109/2011) [JUR 2011\224733].

¹⁰⁸⁶ SAP de Valencia, Sección 9ª, de 12 de febrero de 2013 (Rec. 822/2012) [JUR 2013\155118], en relación al anterior artículo 84.2.10 LC.

¹⁰⁸⁷ PÉREZ PÉREZ, E., “La clasificación de los créditos de la Seguridad Social”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M. (Dir.), *Las Administraciones...*, op. cit., p. 251.

¹⁰⁸⁸ Artículo 25 del RD 1415/2004, de 11 de junio y arts. 21 a 32 LISOS.

¹⁰⁸⁹ GARRIDO, J. M.ª, “De la clasificación de ...”, op. cit., p. 1665.

VII. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL.

1. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL.

1.1. Introducción.

La venta de una unidad productiva precisa la autorización del juez del concurso. En dicha autorización se fijan las consecuencias jurídicas derivadas de la operación, que no solo producen efectos patrimoniales, sino que también afectan a los contratos de trabajo. Esta circunstancia ha determinado que una resolución civil sea fuente de numerosos conflictos en el orden social, pues, generalmente, al tiempo de la enajenación de una unidad productiva en funcionamiento, solo parte de la plantilla continúa prestando servicios. Es decir, antes de la operación de venta o durante su tramitación suelen producirse solicitudes de extinción colectiva de los contratos de trabajo, que antes de la promulgación del TRLC, se amparaban en los artículos 148.4 y 149.1. 2ª LC.

En la actualidad, como sabemos, la nueva norma regula esta cuestión en el artículo 200.2 TRLC, que remite a la normativa reguladora de los contratos la tramitación de las medidas consistentes en modificación sustancial de condiciones de contrato, traslado, despido, suspensión de contratos o reducción de jornada colectivos que sea necesario adoptar como consecuencia de las operaciones de venta de unidades productivas (arts. 169 a 189 TRLC).

Hasta ahora, era relativamente frecuente que los trabajadores afectados por medidas extintivas colectivas suscitasen ante el orden social la posible concurrencia de una sucesión empresarial, una vez tenían constancia de la venta de la unidad a la que estaban adscritos. La pretensión principal, en tales casos, solía ser la declaración de nulidad del despido por concurrencia de fraude de ley. Con ello se trataba de obtener un pronunciamiento judicial que garantizase su incorporación a la empresa adquirente que había continuado la actividad y la consecuente reanudación de su vínculo laboral.

En otros supuestos, la pretensión se refería a las responsabilidades patrimoniales por deudas tanto salariales como indemnizatorias y trataba de garantizar el pago de los créditos pendientes, mediante la obtención de un pronunciamiento de condena solidaria de la empresa en concurso y de la adquirente. Este tipo de reclamaciones se suscitaban tanto en fase declarativa como en ejecución de sentencia.

En el ámbito civil, antes de las reformas de los años 2014 y 2015, la mayor parte de las Audiencias Provinciales consideraban que el juez del concurso era competente para determinar los efectos derivados de la venta de una unidad productiva, incluida la existencia de una posible sucesión de empresas. En la mayor parte de los casos se negaba la existencia de la sucesión en el

seno del concurso y se aplicaban las limitaciones de responsabilidad que admitía el artículo 149.4 LC (actual art. 221 TRLC), si bien, con diversas consecuencias jurídicas.

Cuando la cuestión se suscitaba ante el orden social, la resolución dictada por el juez del concurso había adquirido ya firmeza. Hay que tener en cuenta que las resoluciones que autorizan las ventas de unidades productivas suelen establecer los efectos patrimoniales derivados de aquellas, aunque no se pronuncien expresamente sobre la existencia de la sucesión o, incluso, aunque la nieguen. Los principios básicos que rigen son la conservación del valor patrimonial, la satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de los contratos de trabajo.

Si analizamos el articulado de la anterior LC, el interés en la fase de concurso se identificaba con la conservación del patrimonio, de la actividad de la empresa y del interés de los acreedores en la satisfacción de sus créditos¹⁰⁹⁰. Los actos de disposición de bienes solían autorizarse judicialmente cuando implicaban un aumento de liquidez¹⁰⁹¹, aunque supusieran una modificación de los elementos que integraban la masa activa, pero siempre que incrementasen el valor de la empresa¹⁰⁹².

Durante la fase de convenio, nuevamente, la LC velaba por la conservación de la continuidad de la actividad. Para ello se proponían las quitas y esperas y también, la enajenación de bienes afectos a la actividad empresarial, tratando de obtener con ello, la recuperación económica¹⁰⁹³.

En la fase de liquidación, el interés seguía siendo la conservación de la empresa y, sucesivamente, la conservación del mayor número de puestos de trabajo y la mayor satisfacción de los acreedores¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰GONZÁLEZ BILBAO, E., GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley concursal”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso), Marcial Pons, Madrid, 2005, ISBN 84-9768-178-9, pp. 293-314.

¹⁰⁹¹SERRA RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones en torno al concepto de ‘interés del concurso’”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 30, parte artículos, 2013, ISSN 1139-7179, ep. I, pp. 63-93.

¹⁰⁹²GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Comentario al art. 61”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de ...*, op. cit., p. 673.

¹⁰⁹³PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003, ISBN 13 9788488910462, p. 485.

¹⁰⁹⁴ROJO BELTRÁN, E. y MERCADER UGUINA, J. “Comentario al art. 149”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de ...*, op. cit, p. 2387.

En estas enumeraciones se advierte que el interés por la conservación de los contratos de trabajo no siempre era prevalente. La necesidad de disponer de liquidez o incluso la propia continuidad de la actividad podían hacer imprescindible la venta de bienes. En este escenario podía surgir la necesidad de extinguir o imponer modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en las relaciones laborales. Así lo admitían expresamente los artículos 148.4 y 149.1.2ª LC (actualmente, art. 220.2 TRLC), en la fase de liquidación, comprendiendo todo tipo de operaciones liquidatorias, ya fueran las previstas en el plan o en las reglas supletorias de la fase de liquidación sin plan.

Actualmente, tras la aprobación del TRLC, no se han modificado los objetivos perseguidos por la normativa concursal. Como hemos visto, la regulación de la sucesión de empresa se ha unificado, lo que ha simplificado y aclarado numerosas cuestiones. Ahora bien, esta regulación ha experimentado un notorio cambio, no solo a nivel de sistemática legal y de aclaración de conceptos. La nueva norma contiene una regla de atribución de competencia al juez de lo mercantil para declarar la existencia de sucesión de empresa en supuestos de ventas de unidades productivas, en el artículo 221.2 TRLC, creando un nuevo escenario que no estaba previsto en la anterior regulación y que, por su relevancia, merece una singular atención.

A lo largo de los siguientes epígrafes trataré de analizar cada una de las circunstancias que acabo de exponer, comenzando, como es lógico, por el examen de la delimitación competencial entre los órganos jurisdiccionales de los órdenes social y civil-mercantil.

1.2. Competencias del juez del concurso y del juez social.

La LC daba una clara preferencia a la venta global de la empresa o de sus unidades productivas. Si como consecuencia de este tipo de operaciones surgía la necesidad de extinguir determinadas relaciones laborales, cabía que el juez del concurso autorizase las colectivas, a través del procedimiento regulado en el artículo 64 LC y también, que la administración concursal acordase las individuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 TRLET.

Los trabajadores afectados podían ver extinguida su relación laboral y acto seguido, tener conocimiento de una operación de venta de la unidad productiva a la que estaban adscritos o de la totalidad de la empresa. Si la actividad continuaba era muy probable que se suscitara la cuestión ante la jurisdicción social.

Cuando la extinción contractual era individual parecía clara la competencia del orden social para el conocimiento de las demandas de planteadas frente a la comunicación del despido, generalmente, basado en circunstancias económicas. Pero cuando la extinción se había producido, previa autorización del juez del concurso, en el expediente concursal que regulaba el artículo 64

LC, la primera cuestión que se suscitaba era la relativa a la competencia objetiva del orden social.

Fueron numerosas las ocasiones en las que se planteó ante la jurisdicción social la cuestión relativa a la posible existencia de una sucesión de empresa en casos de ventas de unidades productivas pertenecientes a una empresa declarada en situación de concurso o, incluso, en los supuestos de venta de la propia empresa en su conjunto.

Las iniciales resoluciones judiciales que defendieron la competencia de la jurisdicción social partían de que la resolución que, en estos casos, dicta el juez del concurso, autorizando la venta y, en numerosas ocasiones, regulando sus efectos, no es vinculante fuera de su concreto ámbito de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en el anterior artículo 9 LC -actualmente, artículo 55 TRLC-. Por ello, era posible plantear la cuestión relativa a la existencia de una sucesión de empresa ante el orden social, ya fuera a través de la impugnación colectiva del auto o mediante el planteamiento de la correspondiente demanda ante este orden jurisdiccional.

A fin de poner de manifiesto la disparidad de criterios existente entre las distintas salas de lo social, efectuaré una breve enumeración de los distintos pronunciamientos sobre la materia, con la finalidad de exponer, sintéticamente, la problemática sufrida en torno a la atribución competencial, para luego exponer la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

En primer lugar, la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de abril de 2014¹⁰⁹⁵ analizó una demanda de despido formulada por un trabajador incluido en un expediente de empleo concursal, que había sido autorizado mediante auto del juzgado de lo mercantil. En la demanda se alegaba la existencia de una sucesión empresarial, como consecuencia de la venta de la unidad productiva. No constaba si las extinciones se enmarcaban dentro de un plan de liquidación o si se habían aplicado las normas supletorias de la liquidación sin plan. El juzgado de lo social había dictado un auto declarando, de oficio, la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la demandada, pero la Sala estimó el recurso interpuesto por el trabajador y declaró la competencia del orden social para el conocimiento del litigio, aunque se advertía de la posibilidad de estimar la falta de acción si el contrato se había extinguido válidamente por el juez mercantil¹⁰⁹⁶.

En el mismo sentido la STSJ de Valencia, Sala Social, de 14 de enero de 2014¹⁰⁹⁷ considera que el juez del concurso no tiene competencia para determinar la existencia de una sucesión de empresa, sino solo para limitar sus efectos a las obligaciones no cubiertas por el FOGASA, por lo

¹⁰⁹⁵ STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de abril de 2014 (Rec. 99/2014) [JUR 2014\126234].

¹⁰⁹⁶ Esta sentencia parte de la falta de un dato fundamental, que era conocer si el juez del concurso había estimado o no la existencia de una sucesión de empresa y los términos en los que se había fijado la responsabilidad de la adquirente. Como quiera que no constaba, entendió que no cabía sostener que el orden social no era competente, sino que lo prudente era que se citara a las partes a juicio a fin de determinar las concretas circunstancias alegadas en la demanda.

¹⁰⁹⁷ STSJ de Valencia, Sala Social, de 14 de enero de 2014 (Rec. 2483/2013) [JUR 2014\55618].

que esta cuestión podía suscitarse válidamente ante el orden social, incluso a través de una demanda de despido en la que se reclamasen las responsabilidades de la nueva adquirente.

También se pronuncia en este sentido la STSJ Cataluña, Sala Social, de 11 de julio de 2014¹⁰⁹⁸ que, asumiendo los argumentos de la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de abril de 2014, considera que la competencia de la jurisdicción social deriva de la materia y es independiente de la resolución de fondo que se pueda dictar.

En el mismo sentido, se pronuncian las SSTSJ, Sala Social, de Aragón, Sala Social, de 3 de octubre de 2012¹⁰⁹⁹, de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012¹¹⁰⁰, de Baleares, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010¹¹⁰¹.

Por su parte, la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco también ha dictado sentencias en las que se afirma la competencia del orden social para conocer de una posible sucesión de empresas derivada de la adquisición de una unidad productiva en fase de liquidación. A título de ejemplo, destaca la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 22 de noviembre de 2011¹¹⁰², que entra a conocer de la posible existencia de sucesión de empresa, si bien en un proceso declarativo de despido. Advierte de que el hecho de que los contratos se hubieran extinguido antes de la adquisición de la unidad productiva, en virtud de un expediente de regulación de empleo concursal, no excluye la competencia del orden social, toda vez que la extinción puede haberse producido un fraude de ley¹¹⁰³.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 19 de noviembre de 2013¹¹⁰⁴, que destaca la irrelevancia del auto de extinción colectiva dictado por el juzgado de lo mercantil. Dicha resolución no constituye un obstáculo susceptible de impedir el posible éxito de una acción individual ante la jurisdicción social en la que se solicita la declaración de nulidad o improcedencia

¹⁰⁹⁸STSJ Cataluña, Sala Social, de 11 de julio de 2014 (Rec. 2291/2014) [JUR 2014\242475].

¹⁰⁹⁹STSJ, Sala Social, de Aragón, Sala Social, de 3 de octubre de 2012 (Rec. 449/2012) [JUR 2013\115930].

¹⁰⁹⁹STSJ Cataluña, Sala Social, de 11 de julio de 2014 (Rec. 2291/2014) [JUR 2014\242475].

¹¹⁰⁰STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012 (Rec. 1108/2011) [AS 2012\1914].

¹¹⁰¹STSJ de Baleares de 30 de noviembre de 2010 (Rec. 437/2010 [AS 2011\682].

¹¹⁰²STSJ del País Vasco, Sala Social, de 22 de noviembre de 2011 (Rec. 2226/2011) [AS 2012\1799].

¹¹⁰³No obstante, tras el concreto análisis de las circunstancias concurrentes, la referida sentencia considera que no se ha producido una auténtica sucesión de empresa, ya que la adquisición de la unidad productiva se había producido cinco meses después de la extinción de los contratos, motivo por el que declara la falta de acción para demandar por despido, ya que los contratos habían sido válidamente extinguidos por el previo auto del juez del concurso, resolviendo la solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo.

¹¹⁰⁴STSJ del País Vasco, Sala Social, de 19 de noviembre de 2013 (Recs. 1900/2013) [JUR 2014\140040]. En el mismo sentido, las SSTSJ del País Vasco, 20 de noviembre de 2013 (Rec. 1964/2013) [JUR 2014\140043] y de 17 de diciembre de 2013 (Rec.1899/2013) [JUR 2014\137224].

del despido, ya que lo único relevante es que el contrato estuviera vigente al tiempo de la posible sucesión empresarial.

En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia la Sentencia del TSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de septiembre de 2013¹¹⁰⁵, que considera que el órgano competente para determinar si ha existido o no una sucesión de empresa en fase de liquidación, es el juez del concurso. Según esta resolución, cuando el juez del concurso ha autorizado la extinción parcial de los contratos de trabajo y, a la vez, ha autorizado la venta de una unidad productiva, la posible existencia de una sucesión de empresa ha de suscitarse ante la jurisdicción civil-mercantil, a través del incidente concursal laboral, o bien, mediante el recurso de suplicación formulado por los representantes legales de los trabajadores.

También la Sala de lo Social del País Vasco, en el pleno no jurisdiccional de 3 de junio de 2014, rectificando su anterior criterio, resolvió que el conocimiento de este tipo de reclamaciones correspondía al juez del concurso, como único órgano competente para determinar los efectos derivados de este tipo de transmisiones¹¹⁰⁶. Este criterio se aplica en la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014¹¹⁰⁷. En este caso se trataba de una demanda de reclamación de cantidad planteada ante el juzgado de lo social en la que los trabajadores reclamaban los importes correspondientes a las indemnizaciones por la extinción de sus contratos¹¹⁰⁸. Se había autorizado la venta de la unidad productiva por auto del juzgado de lo mercantil y la demanda se formulaba frente a la concursada y a la adquirente de la unidad productiva, alegando sucesión de empresas. La sentencia de instancia había admitido la competencia del orden social y había estimado la demanda, partiendo del carácter vinculante del pronunciamiento del juez del concurso. La Sala, sin embargo, declaró la incompetencia del orden social, valorando que los créditos reclamados por los trabajadores ya obraban en la lista de acreedores de la concursada y que la sucesión empresarial se había producido en el seno del concurso, por lo que el juez del concurso era el único competente para el conocimiento de la cuestión¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵STSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de septiembre de 2013 (Rec. 1878/2013) [JUR 2013\317387].

¹¹⁰⁶Previamente, la Sala del TSJ País Vasco, había mantenido este criterio en las sentencias de 18 de marzo de 2014 (Rec. 382/2014) [JUR 2014\150928] y de 25 de marzo de 2014 (Rec. 489/2014) [JUR 2014\192613].

¹¹⁰⁷STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014 (Rec. 900/2014) [AS 2014\2226].

¹¹⁰⁸El expediente de regulación de empleo había sido autorizado por la Dirección General de Empleo, de fecha 10 de abril de 2012 (legislación vigente: previa al RD 3/2012, de 10 de febrero). Con posterioridad al ERE, la empresa había sido declarada en concurso y había instado un ERE concursal para la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo.

¹¹⁰⁹Es conveniente destacar que esta sentencia cuenta con un voto particular en el que se defiende la competencia del orden social. Se considera que ninguno de los autos del juez mercantil analiza la responsabilidad por deudas anteriores a la venta, pues las únicas referencias que se efectúan se refieren a créditos de Seguridad Social y a deudas con la

Por otro lado, son también dispares los pronunciamientos dictados en fase de ejecución de sentencia. En este sentido, la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014¹¹¹⁰ analiza un supuesto de ejecución de sentencia de extinción de contratos dictada por un juzgado de lo social. La ejecución versaba sobre la parte de las indemnizaciones pendientes de pago. La empresa había sido declarada en concurso y el juez había autorizado la venta de la unidad productiva. Los trabajadores solicitaban la ampliación de la ejecución frente a la empresa adquirente y a la avalista. El juzgado de lo social apreció falta de competencia y remitió a las partes al juez del concurso. La sala desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida, aplicando el criterio fijado en el pleno no jurisdiccional de 3 de junio de 2014. La solicitud de extensión de responsabilidad derivaba de una “sucesión” que se había producido en el seno del proceso concursal, lo que determinaba que solo el juez del concurso podía resolver esta cuestión¹¹¹¹.

Otro ejemplo se encuentra en la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014¹¹¹². En este caso, la empresa había sido condenada al abono de una indemnización derivada la extinción de la relación laboral de una trabajadora. Con posterioridad a la referida condena, se había iniciado el trámite concursal. La controversia se suscita cuando la empresa se encontraba disuelta y liquidada. El juzgado de lo mercantil había aprobado el plan de liquidación y la enajenación de la unidad productiva, estableciendo, expresamente, que la adquirente no quedaba subrogada en las

Hacienda Pública. Sostiene que, conforme a los artículos 149.2 y 8 LC y 44 ET, el juez del concurso queda sometido al ordenamiento laboral y solo tiene la facultad de excluir la responsabilidad por deudas cubiertas por el FOGASA para reducir el coste de la adquisición, sin que puede pronunciarse más allá de estos concretos márgenes. Por ello, el referido auto del juez del concurso no puede proyectar sus efectos sobre instituciones propias de la jurisdicción social, ni sobre los derechos y obligaciones que comportan. De este modo, como quiera que los efectos de una subrogación empresarial se producen *ope legis*, no pueden ser desvirtuados. Además, añade que la firmeza de una resolución no puede ser desconocida, pero sí modulada e interpretada en su propio alcance, ya que no constaba el abono por el FOGASA de las deudas reclamadas.

¹¹¹⁰STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014 (Rec. 965/2014) [JUR 2014\231301].

¹¹¹¹Esta sentencia cuenta, al igual que la precedente, con un voto particular. En el voto se sostiene, de nuevo, la competencia orden social, al entender que el auto dictado al amparo del artículo 149.2 LC solo puede excluir la responsabilidad por deudas asumidas por FOGASA, pero las restantes cuestiones relativas a la sucesión deben remitirse a la jurisdicción social, como antes ocurría con el artículo 51.11 ET.

Además, el referido voto particular argumenta que la vía de ejecución iniciada era la adecuada, porque se trataba de una cuestión que había surgido después de la fase declarativa, de manera que parecía difícilmente atribuible a la jurisdicción civil una cuestión relativa a un título surgido con anterioridad al concurso. Sostiene, además, que la resolución adoptada en la sentencia desconoce que las cuestiones relativas a la sucesión empresarial son propias del ámbito laboral, al igual que sus consecuencias jurídicas.

¹¹¹²STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 648/2013) [JUR 2013\209309].

responsabilidades tributarias, laborales y sociales de la anterior -la concursada-. En fase de ejecución de la sentencia dictada por el juez de lo social, la trabajadora solicitó la ampliación de la ejecución a la empresa que había adquirido la unidad productiva y el juzgado de lo social admitió dicha solicitud y declaró la competencia del orden social, argumentando que la empresa frente a la que se solicitaba la extensión de responsabilidad no se encontraba en situación de concurso.

La sala, sin embargo, estimó el recurso y declaró la falta de competencia del orden social. Su razonamiento partía de que el juez del concurso había aprobado el plan de liquidación y la enajenación de la unidad productiva. Además, había determinado los efectos de dicha enajenación sobre los distintos derechos de crédito, estableciendo, de forma expresa, que la adquirente no quedaba obligada por las responsabilidades tributarias, laborales y sociales de la concursada. Por tanto, considera que, estando vivo el proceso concursal, el juez del concurso había resuelto ya la cuestión relativa a la extensión de responsabilidad por créditos laborales, por lo que no cabía que, al margen de dicho procedimiento, la trabajadora intentase la ejecución de su crédito (arts. 55.1 y 8.3 LC)¹¹¹³.

La misma cuestión se suscita en la STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 2 de abril de 2014¹¹¹⁴. En este supuesto también se solicitaba la extensión de responsabilidad a la nueva adquirente de la unidad productiva. La sucesión se había producido antes del dictado del título ejecutivo y la ejecución se había iniciado tras la declaración del concurso. En este caso el tribunal consideró que la competencia era exclusiva y excluyente del juzgado de lo mercantil¹¹¹⁵.

¹¹¹³La sentencia analiza la resolución dictada por el juez del concurso aprobando el plan de liquidación y considera que la cuestión relativa a la existencia de sucesión de empresa está resuelta ya en resolución firme, que niega la existencia de sucesión, ya que exonera a la adquirente de cualquier responsabilidad por créditos anteriores. Por ello, estima competente al juez del concurso, pues antes de la solicitud de ampliación de la ejecución, la empresa ya había sido declarada en concurso y lo que es más importante, el juez concursal había resuelto los efectos de dicha sucesión, mediante un auto firme. Por consiguiente, una vez declarado el concurso, cualquier incidente que se plantee, incluido el de extensión de responsabilidad a una nueva empresa, debe sustanciarse ante el juez del concurso, lo que impide entrar a analizar los requisitos de extensión de responsabilidad del artículo 240.2 LRJS.

¹¹¹⁴STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 2 de abril de 2014 (Rec. 217/2014) [JUR 2014\111183]. En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ Castilla-León, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Recs. 649/2013 [AS 2014\396] y 684/2013 [JUR 2014\36756].) y la STSJ de Asturias, Sala Social, de 2 de noviembre de 2012 (Rec. 1009/2012) [JUR 2012\375079].

¹¹¹⁵Se trataba de una empresa en situación de concurso (auto de fecha 26 de julio de 2011) que había sido condenada al abono de indemnizaciones laborales (sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012). Todos los bienes y derechos de la concursada habían sido adjudicados a la adquirente (auto de fecha 11 de septiembre de 2012). El 4 de octubre de 2013 los trabajadores instaron la continuación de la ejecución frente a la adquirente al amparo de lo dispuesto en el artículo 238 LRJS. El juzgado de lo social acordó la continuación de la ejecución contra la nueva empresa (auto de 4 de octubre de 2013).

En sentido contrario, sin embargo, se pronuncia la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en una sentencia anterior a las comentadas, esto es, la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2013¹¹¹⁶, que llegó a una conclusión distinta en un supuesto semejante, al analizar los efectos del pronunciamiento previo del juez del concurso sobre la responsabilidad de la adquirente. En dicha sentencia, el trabajador era acreedor de una indemnización por despido improcedente y había solicitado, en fase de ejecución de sentencia, la extensión de responsabilidad a la adquirente de la unidad productiva y su pretensión había sido estimada. La sala analizó el contenido del auto del juez del concurso en el que se establecía expresamente que no existía sucesión de empresa y se limitaba la responsabilidad por deudas laborales, tributarias y de Seguridad Social, aunque posteriormente, se había dictado un auto de aclaración en el que se limitaban los efectos de la sucesión a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores comprendidos en la autorización. Con base en esta aclaración, la sala entendió que la referida autorización solo limitaba los efectos de la sucesión a los trabajadores comprendidos en la unidad objeto de enajenación, por lo que, al no estar incluido el ejecutante, debían imponerse a la empresa adquirente los efectos del artículo 44.3 ET.

Al margen de que la interpretación que efectúa la Sala en este supuesto, resulta un tanto curiosa, pues considera que la limitación de responsabilidad que permitía el artículo 149 LC no afectaba a los trabajadores que hubieran visto extinguida su relación laboral antes de la transmisión, lo cierto es que considera que la competencia reside en el orden social. Además, en cualquier caso, el efecto que se deriva de este pronunciamiento es semejante al que resulta de la aplicación de la doctrina legal derivada de las SSTs, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003¹¹¹⁷, de 4 de octubre de 2003¹¹¹⁸ y de 30 de noviembre de 2016¹¹¹⁹, que establecieron que el artículo 44.3 TRLET impone a la adquirente la obligación de asumir los derechos y obligaciones de la anterior, no solo respecto a los trabajadores cedidos, sino también respecto a aquellos cuyas relaciones laborales se hubieran extinguido antes.

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León ha admitido la competencia de la jurisdicción social para determinar si debe extenderse o no la responsabilidad, en sede de ejecución, a la continuadora de la actividad. Así lo recoge la STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 31 de octubre de 2012¹¹²⁰, en la que se analiza la posible existencia de una sucesión empresarial, admitiendo la competencia del orden social. En dicho supuesto, uno de

¹¹¹⁶STSJ de Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 3581/2012) [AS 2014\365].

¹¹¹⁷STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 3442/2001) [RJ 2003\6108].

¹¹¹⁸STS, Sala Cuarta, de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003].

¹¹¹⁹STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

¹¹²⁰STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 31 de octubre de 2012 (Rec. 1354/2012) [JUR 2012\376319].

los administradores de la sociedad declarada en concurso, había continuado la actividad –en ese caso, de gestoría-, con la misma clientela y parte de la plantilla de la concursada, cambiando solo el domicilio. La sala entendió que, con esos datos fácticos, estábamos ante una sucesión empresarial y extendió la ejecución a este sujeto, en calidad de adquirente.

Como se observa, sobre esta materia, los criterios de las Salas de lo Social han sido muy dispares. Ahora bien, la cuestión relativa a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la materia se ha planteado ante la Sala cuarta del Tribunal Supremo, que ha establecido que esta jurisdicción es la competente para declarar la existencia de una sucesión de empresa en supuestos de venta de unidades productivas en el ámbito del concurso de acreedores.

La primera sentencia que así lo declara es la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014¹¹²¹. De acuerdo con su fundamentación jurídica, la sucesión de empresa es una materia propia de la jurisdicción social, con independencia de que la empresa se encuentre o no en la fase de liquidación y con independencia también de las concretas circunstancias que, en su caso, hayan rodeado a la extinción colectiva de contratos de trabajo.

Merece la pena recordar que la sentencia resolvió un supuesto en el que los trabajadores, que habían sido objeto de un despido colectivo acordado por el juez del concurso en el marco del anterior artículo 64 LC, reclamaban el pago de parte de la indemnización pactada. La reclamación se dirigía, entre otros sujetos, a la nueva empresa, creada tras la liquidación de la concursada, que había adquirido, -previa la correspondiente autorización del juez del concurso-, patentes, maquinaria, mobiliario, equipos informáticos, vehículos y existencias y desarrollaba la misma actividad en el mismo local.

En primer lugar, el juzgado de lo social había desestimado su pretensión, entendiendo que la autorización del juez concursal -auto firme-, que exoneraba a la adquirente de cualquier tipo de responsabilidad, debía ser respetada, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, por un lógico principio de coherencia y de unidad de órdenes jurisdiccionales. Dicha resolución fue revocada en suplicación, al entender la sala de lo social que la habilitación del anterior artículo 149.2 LC solo permitía al juez del concurso exonerar a la adquirente del pago de las indemnizaciones cubiertas por el FOGASA.

La Sala Cuarta resuelve la cuestión prescindiendo de cualquier peculiaridad en la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores y en la liquidación de los bienes de la empresa en concurso, fijando como criterio que las cuestiones relativas a la posible existencia de sucesión empresarial deben sustanciarse, necesariamente, ante la jurisdicción social.

¹¹²¹STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) [ROJ: STS 5228/2014].

Parece que el Tribunal Supremo quiso zanjar la cuestión competencial entre ambos órdenes, al margen de la regulación legal concursal, sosteniendo que estamos ante una cuestión puramente laboral, que debe resolverse ante este orden.

Desde mi punto de vista, antes del dictado de la STS 29 de octubre de 2014, el juez del concurso ya tenía que examinar si existía o no una sucesión de empresa, ya que este es un pronunciamiento previo ineludible para poder aplicar el contenido del anterior artículo 149.4 LC. Otra cosa es que este pronunciamiento fuera revisable por la jurisdicción social, a través del recurso de suplicación o en un proceso planteado directamente ante la jurisdicción social, cuyo conocimiento le pudiera corresponder.

Este criterio está avalado por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, entre otros, en el auto de 20 de julio de 2012¹¹²². En dicha resolución se resolvió un conflicto negativo de competencia entre el orden contencioso y el civil, respecto a cuál de ellos debía conocer de la responsabilidad por deudas de Seguridad Social en los supuestos de ventas de unidades productivas. El Tribunal Supremo, analizando la anterior redacción del artículo 149.2 LC, que no contenía referencia alguna a la responsabilidad derivada de tales créditos, interpretó que no cabía solicitar pronunciamiento alguno del juzgado de lo mercantil, pues la cuestión no estaba regulada en la LC, ni podía considerarse una cuestión prejudicial, sino que debía resolverse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, la sucesión de empresa a efectos laborales sí estaba expresamente contemplada en el precepto, lo que llevó a considerar que se trataba de una cuestión prejudicial que debía ser examinada por el juez del concurso y revisada luego por la jurisdicción social.

En este sentido pronunció también la SAN, Sala Social, de 22 de abril de 2014¹¹²³, sosteniendo que el auto de adjudicación de una unidad productiva no produce efecto de cosa juzgada. Se trata de una cuestión prejudicial de la que debe conocer el juez de lo mercantil a título prejudicial.

El dictado de la STS, Sala Social, de 29 de octubre de 2014, sin embargo, no sirvió para unificar los criterios de los juzgados de lo mercantil y de las audiencias provinciales. Así, mientras las Audiencias Provinciales de Asturias o Cantabria¹¹²⁴ consideraron que, a partir de su dictado, ya no era posible sostener que el juez del concurso fuera competente para pronunciarse, ni siquiera con carácter prejudicial, sobre la existencia de una sucesión de empresas y, por lo tanto, tampoco para

¹¹²²ATS, Sala de conflictos, de 20 de julio de 2012 (Rec. 49/2011) [JUR 2012\298521].

¹¹²³SAN, Sala Social, de 22 de abril de 2014 (Rec. 299/2012) [AS 2014\2101].

¹¹²⁴En este sentido se pronuncian los AA AP de Asturias, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2015 (Rec. 276/2014) [JUR 2017/238024] y de Cantabria, Sección 4ª, de 25 de septiembre de 2015 (Rec. 56/2015) [JUR 2016/33713].

exonerar de responsabilidad al adquirente, más allá de las obligaciones laborales cubiertas por el FOGASA. Otras Audiencias, como la de Álava, sin embargo, consideraron que el juez del concurso seguía siendo el órgano jurisdiccional competente para determinar si se había producido o no una sucesión de empresa en el seno del concurso. Así se recoge en las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016¹¹²⁵ y de 18 de mayo de 2016¹¹²⁶.

Siguen este criterio, entre otras resoluciones, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palencia, de 12 de septiembre de 2016¹¹²⁷ y el auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, de 7 de julio de 2016¹¹²⁸. Este último expresa las razones por las que se aparta de la jurisprudencia de la Sala Cuarta. Aduce que la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 es un pronunciamiento aislado, por lo que no lo considera vinculante. Además, sostiene que esta sentencia no explica las razones por las que la competencia corresponde a la jurisdicción social y no al juez que conoce del procedimiento concursal, por lo que sostiene que es posible apartarse de dicho criterio. Desde luego, no comparto estos argumentos, ya que obvian la finalidad a la que responde el recurso de unificación de doctrina.

Tampoco faltan pronunciamientos que admiten la competencia del juez del concurso, pero solo a efectos prejudiciales, por tanto, no vinculantes para el orden social, como el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 19 de enero de 2016¹¹²⁹ o la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015¹¹³⁰.

Incluso existen resoluciones que, aunque asumen la atribución competencial a favor del orden social, sin embargo, contienen pronunciamientos *obiter dicta* en los que fijan los posibles efectos de la sucesión, como ocurre en el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, de 17 de marzo de 2016¹¹³¹.

Ahora bien, en el mismo sentido que la inicial STS de 29 de octubre de 2014 se pronuncian posteriores sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destaca la STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2017¹¹³², que resuelve una demanda de ejecución de sentencia en la que se solicitaba la condena al pago de cantidades derivadas de obligaciones laborales y se pretendía la extensión de la condena a la adquirente de la unidad productiva, como sucesora del artículo 44 TRLET. La

¹¹²⁵SAP de Álava, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016 (Rec. 113/2016) [JUR 2016\76285].

¹¹²⁶SAP de Álava, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 226/2016) [JUR 2016\151302].

¹¹²⁷SJM núm. 1 de Palencia, de 12 de septiembre de 2016 (Proc. 269/2010) [JUR 2016\275457].

¹¹²⁸AJM núm. 5 de Barcelona, de 7 de julio de 2016 (Proc. 648/2015) [AC 2016\1316].

¹¹²⁹AJM núm. 6 de Madrid, de 19 de enero de 2016 (Proc. 392/2013) [JUR 2016\45390].

¹¹³⁰SJM núm. 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Proc. 625/2014) [JUR 2015\137364].

¹¹³¹AJM núm. 1 de Barcelona, de 17 de marzo de 2016 (Proc. 100/2016) [JUR 2016\72934].

¹¹³²STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2017 (Rec. 1689/2015) [ROJ: STS 456/2017].

sentencia, de nuevo, alude a que, con independencia de las circunstancias en que haya tenido lugar la extinción colectiva de los contratos de trabajo y la liquidación de los bienes de la empresa en concurso, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial, es competencia de la jurisdicción social. Puntualiza además que hay que tener en cuenta que la empresa que adquiere la unidad productiva no ha sido parte en el proceso concursal¹¹³³.

Tras las citadas sentencias se han dictado una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo que han venido a consagrar la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de estas cuestiones.

Destaca, en primer lugar, la STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2018¹¹³⁴. En ella se discutía la responsabilidad empresarial sobre las consecuencias de la declaración de nulidad del despido de un trabajador, tras la adquisición de los bienes de la empresa concursada por un tercero ajeno al concurso. El despido colectivo había sido autorizado por el juez del concurso y declarado nulo por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia. El trabajador había pedido la ejecución de la sentencia ante el juez del concurso -su readmisión- y este la había despachado frente a la empresa concursada y las dos empresas que habían adquirido la unidad productiva, que son las que recurren. La sentencia de la sala acordó dejar sin efecto la extensión de la responsabilidad a las adquirentes con el argumento de que, en estos casos, nos encontramos ante una mera adquisición de activos y no una sucesión de empresa. La Sentencia del Tribunal Supremo, sin embargo, declara la existencia de sucesión de empresas, argumentando que el artículo 148.4 LC no excluía que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso supusiera una sucesión de empresa, sino que, por el contrario, la admitía de forma directa. De este modo, como quiera que concurrían los requisitos del art. 44.1 y 2 TRLET, ya que el adquirente se había hecho cargo de una unidad productiva autónoma, de ello se derivaba la responsabilidad solidaria de las adquirentes en relación a las consecuencias del despido anterior a la sucesión.

En idéntico sentido se pronuncian varias sentencias posteriores del Tribunal Supremo, todas ellas relativas a reclamaciones de cantidad o a las consecuencias legales de la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Destaca la STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018¹¹³⁵, que aborda un supuesto de reclamación de cantidad por diferencias entre la indemnización de extinción de contrato y las cantidades abonadas por el FOGASA. La sentencia de 6 de junio de 2018¹¹³⁶, que

¹¹³³En el mismo sentido, las posteriores SSTS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2017 (Rec. 1645/2015) [ROJ: STS 2207/2017], de 5 de julio de 2017 (Rec. 563/2016) [ROJ: STS 3151/2017], de 11 de enero de 2018 (Rec. 3290/2015) [ROJ: STS 164/2018], también respecto a demandas de ejecución de sentencia.

¹¹³⁴STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2018 (Rec. 2004/2016) [ROJ: STS 1777/2018].

¹¹³⁵STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018 (Rec. 471/2017) [ROJ: STS 2351/2018].

¹¹³⁶STS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 2018 (Rec. 372/2016) [ROJ: STS 2258/2018].

resuelve una cuestión relativa a una indemnización por despido colectivo. La sentencia de 12 de julio de 2018¹¹³⁷, respecto a una reclamación por deudas por salarios e indemnizaciones por contratos extinguidos antes de la adjudicación. La STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2018¹¹³⁸, relativa a una reclamación de cantidad por las indemnizaciones de los trabajadores cuyos contratos se habían extinguido por el juez del concurso con carácter previo a la adjudicación de la unidad productiva. La STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018¹¹³⁹, sobre las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido por contratos extinguidos antes de la adjudicación de empresa en el proceso concursal. La STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018¹¹⁴⁰, respecto a salarios adeudados a trabajadores con contrato extinguido antes de la adjudicación y la STS, de 17 de octubre de 2018¹¹⁴¹, que analiza una reclamación de las consecuencias de la declaración de nulidad del despido.

Todas estas sentencias añaden que, a la hora de abordar la cuestión del orden jurisdiccional al que compete resolver la cuestión, hay que tener en cuenta la implicación de una tercera empresa, que es la adquirente de la unidad productiva, que no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, ya que su actuación se ha limitado a la adquisición de una unidad productiva.

La cuestión relativa a la afectación de terceros que no han tenido participación en el proceso concursal, en principio, no es una cuestión novedosa. Como sabemos, ya había sido considerada en los autos dictados por la Sala de Conflictos, si bien respecto a procesos declarativos en los que se solicitaba la condena de entidades integrantes de un grupo empresarial.

La respuesta había sido prácticamente unívoca. Cuando se pretendía la condena de una empresa que no había sido declarada en concurso y que formaba parte de un grupo empresarial, la competencia correspondía a la jurisdicción social. En este sentido se pronunciaron, entre otros, los AATS, Sala Conflictos, de 21 de junio de 2007¹¹⁴², de 30 de noviembre de 2007¹¹⁴³, de 9 de marzo de 2016¹¹⁴⁴ y de 9 de diciembre de 2015¹¹⁴⁵. Ahora bien, luego veremos que no se trata de un

¹¹³⁷STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2018 (Rec. 3525/2016) [ROJ: STS 3199/2018].

¹¹³⁸STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2018 (Rec. 1549/2017) [ROJ: STS 3295/2018].

¹¹³⁹STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 259/2017) [ROJ: STS 3660/2018] y STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 323/2017) [ROJ: STS 3729/2018].

¹¹⁴⁰STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1733/2017) [ROJ: STS 3658/2018].

¹¹⁴¹STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017) [ROJ: STS 3742/20].

¹¹⁴²ATS, Sala Conflictos, de 21 de junio de 2007 (Conflicto 11/2007) [RJ 2007\5507].

¹¹⁴³ATS, Sala Conflictos, de 30 de noviembre de 2007 (Conflicto 3/2007) [JUR 2008\19554].

¹¹⁴⁴ATS, Sala Conflictos, de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016) [ROJ: ATS 2647/2016].

¹¹⁴⁵ATS, Sala Conflictos, de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) [ROJ: ATS 10642/2015].

criterio determinante de la atribución de la competencia para conocer a la jurisdicción social¹¹⁴⁶.

De todas las sentencias antes citadas, la más destacable es la de 6 de junio de 2018, ya que delimita el ámbito de la jurisdicción social. Las reclamaciones económicas y aquellas que versen sobre las responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido serán competencia de la jurisdicción social. En cambio, si se ataca la decisión extintiva, es decir, la validez del despido acordado por el juez del concurso la acción (individual o colectiva) deberá sustanciarse ante dicho juez. La sentencia añade que esta competencia del juez del concurso se mantiene incluso en los casos en los que se discute la existencia de un grupo de empresas, recogiendo los pronunciamientos de las previas sentencias de 8 de marzo de 2018¹¹⁴⁷ y de 21 de junio de 2017¹¹⁴⁸.

Estos criterios continúan vigentes, tal como refleja la posterior STS, Sala Cuarta, 2 de julio de 2020¹¹⁴⁹, que analiza, de nuevo, la cuestión relativa a la competencia del orden social en supuestos en los que se plantea la posible existencia de una sucesión empresarial.

En ese caso se trataba de una demanda de despido formulada por trabajadoras que habían prestado servicios para la empresa concursada y habían visto extinguidas sus relaciones laborales en virtud de la autorización del juez mercantil, mediante auto firme. La Sala parte de la doctrina de los autos de la sala especial de Conflictos de Competencia de 9 de diciembre de 2015¹¹⁵⁰ y de 9 de marzo de 2016¹¹⁵¹ y concluye que, cuando se acciona por despido contra sociedades que no se encuentran en situación de concurso, la competencia para conocer de la cuestión relativa a la sucesión empresarial corresponde a la jurisdicción social.

La sentencia matiza que, en ese caso, la demanda de despido no pide la revisión de lo decidido por el juez mercantil, sino la valoración de cuestiones distintas que no han sido ser analizadas a lo largo del proceso concursal, ni siquiera a título individual, al exceder del ámbito del incidente concursal laboral y no encajar en el supuesto de la posible existencia de un grupo empresarial al que se refería el anterior artículo 64.5 LC (actual art. 176.2 TRLC).

¹¹⁴⁶STS de 21 de julio de 2017 (Rec. 18/2017) [RJ 2017\3072], 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018] y 6 de junio de 2018 (Rec. 372/2016) [ROJ: STS 2258/2018].

¹¹⁴⁷STS, Sala Social, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018]. En ese supuesto, el trabajador había visto extinguido su contrato de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo concursal y, luego, había interpuesto demanda frente a la concursada y otra sosteniendo la existencia de grupo de empresas y reclamando la indemnización correspondiente al despido improcedente.

¹¹⁴⁸STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 18/2017) [RJ 2017\3072].

¹¹⁴⁹STS, Sala Cuarta, 2 de julio de 2020 (Rec. 119/2018) [ROJ: STS 2581/2020].

¹¹⁵⁰ATS, Sala de conflictos, de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) [ROJ: ATS 10642/2015].

¹¹⁵¹ATS, Sala de conflictos, de fecha 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016) [ROJ: ATS 2647/2016].

Por tanto, el Tribunal Supremo sigue manteniendo el criterio de las sentencias de 21 de junio de 2017¹¹⁵², de 8 de marzo de 2018¹¹⁵³ o de 25 de septiembre de 2019¹¹⁵⁴, entre otras muchas, respecto a la afectación de terceros no declarados en concurso, que diferencia los supuestos en los que la acción entablada ataca directamente el auto de despido colectivo y los casos en los que la reclamación versa sobre aspectos diferentes.

La importancia de estas sentencias es que aclaran los pronunciamientos de la Sala de Conflictos de 21 junio de 2007¹¹⁵⁵ y de 30 noviembre 2007¹¹⁵⁶. Afirman que la Sala del artículo 42 LOPJ no ha hecho una declaración genérica de competencia del juez social para declarar la existencia de un grupo de empresas. La competencia de la jurisdicción social se atribuyó porque se trataba de demandas individuales basadas en el artículo 50 ET, que había sido interpuestas antes de la declaración del concurso. Por tanto, considera que es irrelevante que, además, se hubiera interesado la declaración de existencia de un grupo empresarial con responsabilidad solidaria de la empresa que no estaba declarada en concurso.

Ciertamente, los autos de 21 de junio y de 30 de noviembre de 2007 se referían a acciones individuales del art. 50.1.b) ET y no colectivas. Lo mismo ocurría en los posteriores autos de la Sala de conflictos de 6 de julio de 2011¹¹⁵⁷ y de 27 de junio de 2016¹¹⁵⁸. En el primero se ejercitaba una acción de resolución del contrato del artículo 50.1.b) ET y en el segundo, una acción individual de despido objetivo. Pero también es cierto que, en todos los casos, la argumentación jurídica consideraba el hecho de que la demanda se dirigiera contra empresas no declaradas en situación de concurso. Esta circunstancia parecía la base o el elemento determinante de la decisión de atribución de competencia a la jurisdicción social.

Desde luego, el criterio de afectación de terceros no declarados en concurso se ha tenido en cuenta en otros supuestos como elemento determinante de la atribución de competencia a la jurisdicción social, como ocurre en los autos de la Sala de Conflictos de fecha 26 de abril de 2016¹¹⁵⁹. En ellos se partía de una previa sentencia dictada en la jurisdicción laboral, que había declarado la nulidad del despido colectivo. La resolución de la Sala de conflictos se refería a la demanda ejecutiva planteada por varios trabajadores que habían solicitado la readmisión ante el

¹¹⁵²STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 18/2017) [ROJ: STS 2628/2017].

¹¹⁵³STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018].

¹¹⁵⁴ STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019].

¹¹⁵⁵ATS, Sala Conflictos, de 21 junio de 2007 (C. 11/2007) [RJ 2007, 5507].

¹¹⁵⁶ATS, Sala Conflictos, de 30 noviembre 2007 (C. 3/2007) [JUR 2008, 19554].

¹¹⁵⁷ATS, Sala Conflictos de 6 de julio de 2011 (C. 19/2011) [JUR 2011\324776].

¹¹⁵⁸ATS, Sala Conflictos, de 27 de junio de 2016 (C. 3/2016) [JUR 2016\157332].

¹¹⁵⁹AATS, Sala Conflictos de 26 de abril de 2016 (C. 4/2016) [JUR 2016\103756], (C. 5/2016) [JUR 2016\103204] y (C. 7/2016) [JUR 2016\103205].

juez de lo mercantil, una vez declarada la falta de jurisdicción por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Desde luego, parecía que, el único criterio que se consideraba a efectos de atribuir la competencia, era la afectación de terceros no declarados en situación de concurso. Esta singularidad determinaba que el Tribunal se apartase del mandato del artículo 55.1 LC (actual art. 142 TRLC), que establecía que, una vez declarado el concurso, no podían iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra la masa activa.

Creo que la aclaración de este inicial criterio deriva de que el Tribunal Supremo se ha dado cuenta que, al introducir el elemento de los terceros ajenos al concurso -que era propio de los grupos de empresa-, se había generado un problema de seguridad jurídica, pues, en los casos de ventas de unidades productivas, siempre hay un tercero ajeno al concurso. Admitir que en todos los supuestos litigiosos que puedan surgir en este tipo de ventas, puedan ser competencia de la jurisdicción social, podría comprometer la seguridad jurídica, ya que se podría llegar a cuestionar, dentro de la jurisdicción social, la legalidad de resoluciones que son competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil, como son los autos en los que se aprueban medidas colectivas laborales, pudiendo llegar a resucitar vínculos laborales que ya habían sido extinguidos válidamente. Como se razona en la citada resolución de junio de 2018, una cosa es que, a partir de la consideración de la existencia de sucesión, se acuerden los efectos que son propios de la misma, respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social y otra muy diferente es que se pueda resucitar un vínculo contractual que ha sido ya extinguido por el orden jurisdiccional competente.

Además, en este punto, también hay que tener en cuenta la extensión de la fuerza atractiva del concurso y las consecuencias inherentes a la misma, que, en materia de atribución competencial, básicamente, se resumen en una clara extensión de las competencias del juez concursal y un correlativo detrimento de las propias del juez social. Esto ha determinado que algunas pretensiones que, por razón de la materia, antes eran sociales, han tenido que incorporarse al procedimiento concursal.

No obstante, en contrapartida, a su vez, el proceso concursal ha sufrido lo que se ha denominado una clara “laboralización”, ya que ha tenido que adaptarse a la normativa laboral como norma supletoria y ha tenido que acoger las garantías propias y específicas de este orden. En cualquier caso, la fuerza atractiva del concurso genera la obligación examinar todas las pretensiones que se ejerciten contra el deudor, de forma integrada, tratando de evitar el riesgo de no lograr la satisfacción general de los acreedores¹¹⁶⁰. De este modo, considero que lo que late en la doctrina

¹¹⁶⁰Con mayor amplitud, DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante...*, op. cit., pp. 113-114.

legal citada es tratar de evitar la tradicional huida de los créditos laborales del concurso. De ahí que aquellas cuestiones directamente relacionadas con el ámbito concursal, como son las extinciones colectivas, deban permanecer en el seno del concurso, ya que el juez mercantil tiene competencia exclusiva y excluyente sobre las mismas (arts. 86 ter LOPJ, 53 TRLC y 2.a LRJS), mientras que las reclamaciones de cantidad, en las que pueda existir responsabilidad de un tercero ajeno a dicho ámbito, deban residenciarse en el orden social.

En definitiva, lo cierto es que, como se viene indicando, en los casos en los que no se cuestione la legalidad del auto dictado por el juez mercantil, sino que se ejerciten acciones de reclamación de cantidad, ya sea por salarios adeudados o por indemnizaciones derivadas de la declaración de improcedencia o de nulidad del despido, la competencia de la jurisdicción social es clara.

Ahora bien, en tales casos, es posible que exista un pronunciamiento previo del juez concursal en relación a la supuesta sucesión de empresa, que incluso haya adquirido firmeza. Pues bien, dicho pronunciamiento no puede vincular a la jurisdicción social. Así se deduce de la sentencia de la Sala Cuarta, de fecha 27 de febrero de 2018¹¹⁶¹, que admite que el juez del concurso se pronuncie sobre la existencia de sucesión de empresa en el seno del concurso, pero solo a efectos prejudiciales. Este pronunciamiento se reitera en sentencias posteriores como las SSTs, Sala Cuarta de 5 o de 13 de mayo de 2020¹¹⁶².

A mi juicio, se trata de una interpretación lógica del tenor de la normativa concursal. Hay que tener en cuenta que la LC permitía que el juez del concurso limitase la responsabilidad del adquirente de la unidad productiva, en los términos del artículo 149.4 LC. La misma facultad regula ahora el artículo 224.3ª TRLC. Tanto antes como ahora, el ejercicio de esta facultad exige verificar que la operación de venta de una unidad productiva merezca el calificativo de sucesión de empresas, en el sentido regulado en el artículo 44 TRLET y en los artículos 220.2 y 221 TRLC. Por tanto, me parece completamente lógico concluir que solo es posible hacer uso de esta facultad moderadora cuando previamente se ha resuelto la cuestión de si se ha producido o no una sucesión empresarial de la puedan derivar responsabilidades económicas por créditos.

¹¹⁶¹STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

¹¹⁶²SSTs, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2020 (Rec. 1916/2017) [ROJ: STS 1137/2020] y de 13 de mayo de 2020 (Rec. 1239/2018) [ROJ: STS 1538/2020].

1.3. Regulación del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal.

El TRLC ha introducido cambios de singular relevancia en la materia que venimos tratando.

En primer lugar, el artículo 221.2 TRLC atribuye la competencia exclusiva para resolver sobre la posible existencia de una sucesión de empresa, al juez del concurso. La norma indica que será el “único competente” para efectuar tal declaración.

La literalidad del precepto no excluye ningún supuesto, por lo que, en principio, parece que se trata de una norma que pretende centralizar esta cuestión en el orden civil, atribuyendo la competencia de forma exclusiva y excluyente, al juez del concurso.

La opción legal, sin embargo, choca frontalmente con los criterios jurisprudenciales de distribución de competencia de la Sala Cuarta, que, como hemos visto, abogan por atribuir la competencia para resolver las cuestiones relacionadas con la sucesión de empresa dentro del concurso, a sus respectivos órdenes jurisdiccionales, siempre y cuando no se ataque directamente el auto por el que el juez del concurso aprueba medidas colectivas laborales.

La norma introduce un elemento que no estaba recogido en los textos legales vigentes de cuya refundición se ocupa y que había dado lugar a un amplio debate jurisprudencial. Esta circunstancia hace que me plantee serias dudas de que el instrumento legal elegido, esto es, un Real Decreto Legislativo, sea el adecuado para ello. La introducción de una norma de atribución de competencia creo que excede de los términos en los que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración de un texto refundido.

Recordemos que el artículo 82.5 CE dispone que “La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

Cuando las Cortes Generales autorizan al Gobierno a refundir varios textos legales, este está sujeto al contenido de las normas legales en vigor de cuya refundición se trata y no puede crear normas con rango de ley ni derogar otras ya existentes. Lo único que puede realizar es la unificación de la normativa que se encuentre dispersa. En el ejercicio de esta función pueden producirse alteraciones del conjunto normativo, ya que la refundición comporta la necesidad de sistematizar los textos y, por tanto, efectuar aclaraciones e interpretaciones normativas, es decir, se admite que dentro de la refundición de textos legales quepa la denominada innovación legislativa implícita, que es necesaria para dotar de sentido a la delegación legislativa. Pero lo que no es posible es la innovación expresa, ya que la creación de normas con rango de ley solo es admisible a

partir de una ley de bases¹¹⁶³.

Como se indica en la propia introducción del TRLC, la regularización, aclaración y armonización de textos legales permiten alterar tanto la sistemática de la ley como la literalidad de las normas, a fin de eliminar las dudas interpretativas existentes. Es cierto que es posible efectuar ajustes en un texto legal para mantener la unidad, convertir en norma expresa principios implícitos, colmar lagunas o rectificar incongruencias. De este modo, es posible introducir un “contenido innovador”, cuando el mismo sea necesario para dotar de sentido a la delegación legislativa. Como indica la STC 166/2007, de 4 de julio, esta función habilita al Gobierno “para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”.

Ahora bien, aunque el mandato es muy amplio, no es ilimitado. Su limitación se encuentra, como vengo indicando, en la imposibilidad de alterar el sistema legal vigente. La normativa concursal nunca había regulado la competencia para resolver las cuestiones relativas a la sucesión de empresa en el concurso, lo que dio lugar, como hemos dicho, a una doctrina jurisprudencial ya consolidada. Introducir una norma de atribución competencial, que rectifica el sistema vigente, a través de un real decreto legislativo que aprueba un texto refundido, creo que puede incurrir en *ultra vires*, ya que supone una innovación expresa que excede del ámbito de la delegación.

He de puntualizar que la norma, sin embargo, cuenta con el dictamen favorable del Consejo de Estado¹¹⁶⁴ y el informe, también favorable, del CGPJ¹¹⁶⁵.

A diferencia de lo que en ellos se destaca, creo que el artículo 221.2 TRLC no es una norma que simplemente aclara la cuestión relativa a la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y determinar los efectos que produce sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva.

Tampoco puede considerarse como un precepto que viene integrar una laguna legal, que había dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el social, atendiendo a las reglas de competencia generales del juez del concurso previstas en los artículos 86 ter LOPJ y 44 TRLC. Por el contrario, considero que el TRLC ha introducido una norma de atribución de competencia que no existía antes el sistema.

Recordemos que el artículo 221 TRLC, junto al artículo 224 TRLC, pretenden refundir las

¹¹⁶³BASTIDA F.J. y REQUEJO J.L., *Cuestionario comentado de derecho Constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, 1ª ed., Ariel, S.A., Barcelona, 1991, ISBN 84-344-1568-2, p. 110.

¹¹⁶⁴Dictamen del Consejo de Estado núm. 1127/2019 (JUSTICIA), de 26 de marzo de 2020.

¹¹⁶⁵Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 26 de septiembre de 2019.

reglas que se contenían antes en los artículos 146 bis y 149 LC. En ninguno de ellos se hacía mención a la competencia del juez del concurso para conocer de una cuestión que está regulada en el ámbito social (art. 44 TRLET) y que responde a parámetros legales y jurisprudenciales propios de este orden, por lo que, como se recoge en uno de los votos particulares emitidos respecto al informe del CGPJ¹¹⁶⁶, la jurisdicción social es la jurisdicción natural para conocer de la materia.

De otro lado, los artículos 86 ter LOPJ y 53 TRLC efectúan una distribución de competencias entre el juez social y el mercantil. Establecen la competencia del juez mercantil para conocer de las acciones sociales relacionadas con las medidas laborales colectivas que pueden adoptarse en el concurso. Se trata de excepciones a la competencia general de la jurisdicción social, que derivan de la especialidad de la materia concursal.

Ahora bien, a mi juicio, la cuestión relativa a la sucesión de empresa, no puede entenderse incluida en el referido ámbito excepcional de competencia del juez del concurso, por lo que no es posible entender que la atribución que realiza el artículo 221.2 TRLC pueda derivar de las referidas reglas legales de distribución de competencia. Por tanto, entiendo que la atribución de competencia al juez del concurso exigía el uso de un instrumento legislativo adecuado y no la vía el Real Decreto Legislativo a través de la que se ha introducido en nuestro sistema normativo.

Es necesario tener en cuenta además que los principios rectores básicos del orden social, que sirven de fundamento al mismo, también pueden servir para justificar la competencia laboral sobre la materia. Destaca en este sentido el principio tuitivo, que es aplicable al ámbito procesal y que está justificado constitucionalmente por el artículo 1 CE, que reconoce el estado social; por el artículo 9.2 CE, que fija la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas. También por el artículo 14 CE, que consagra el principio de igualdad y por el artículo 35 CE, en relación al derecho al trabajo. Este principio, unido al de estabilidad en el empleo, al carácter central que tienen las extinciones de los contratos de trabajo y a la necesidad de causalidad en las mismas, son elemento claves para el mantenimiento de la competencia del orden social sobre esta materia.

Al margen de ello, también considero que la sustracción de la referida competencia del orden social no contribuye a dar una mayor seguridad jurídica. Como antes expuse, existe una jurisprudencia consolidada en la Sala Cuarta, que ha ido perfilando el ámbito concreto de la competencia de la jurisdicción social sobre la materia. Las reclamaciones económicas y aquellas

¹¹⁶⁶Voto particular concurrente que formula el vocal D. Juan Martínez Moya al acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en sesión celebrada el 26 de septiembre con relación punto I-23º que aprueba el informe al proyecto del RDLeg. por el que se aprueba el TRLC.

que versen sobre responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido son competencia de la jurisdicción social. En tales casos, la posible resolución dictada en el orden civil no será vinculante, pues se habrá dictado solo a efectos prejudiciales. En cambio, si se ataca la validez del despido colectivo acordado por el juez concursal, la competencia será del orden civil.

Parece evidente que la nueva norma trata de centralizar la competencia relativa a la sucesión de empresa en el juez concursal, pensando en la delimitación del perímetro que comprende la sucesión.

Creo que trata de huir de la aplicación de los criterios jurisprudenciales sociales, que extienden los efectos económicos de la misma más allá del concreto ámbito de la unidad productiva objeto de venta, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad por deudas salariales o indemnizatorias derivadas de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión¹¹⁶⁷.

Como luego veremos, el nuevo TRLC no solo ha introducido este cambio en materia de sucesión, sino que, además, a lo largo del artículo 224 TRLC, ha perfilado el ámbito de los créditos laborales y de Seguridad Social comprendidos en la responsabilidad derivada de la sucesión. Con independencia de la valoración que merezca este segundo extremo, que es una cuestión que abordaré más adelante, la técnica empleada para el logro de este objetivo me parece de todo punto rechazable.

La institución de la sucesión de empresa es un fenómeno puramente laboral, como ya he dicho. Pero, conforme establece el artículo 57 TRLET, a la misma se aplicarán las especialidades previstas en la legislación concursal.

Por tanto, considero que la sustracción de la competencia de la jurisdicción social no está justificada. La legislación concursal puede y debe establecer las especialidades que el legislador considere conveniente y los órganos jurisdiccionales sociales están obligados a acatar dicho mandato legal, por imperativo del artículo 57 TRLET. Por ello, si lo que se pretendía era dotar de unidad al sistema concursal y evitar la extensión de las responsabilidades más allá de lo expresamente querido por el legislador concursal, no era necesario más que aclarar los concretos límites de la referida responsabilidad, sin necesidad de modificar las normas de atribución de competencia, máxime cuando, como he razonado, la modificación normativa se ha hecho a través de un instrumento legal no habilitado para ello.

De otra parte, lo que no se modifica en el nuevo TRLC es que la resolución que dicte el juez del concurso en el expediente de regulación de empleo concursal va a tener acceso al recurso de

¹¹⁶⁷STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256], entre otras.

suplicación, por lo que, en definitiva, seguirá siendo revisada por la jurisdicción social.

Si leemos atentamente el contenido del actual artículo 220.2 TRLC, observamos que la norma solo alude, de forma genérica, al hecho de que la operación de enajenación implique la necesidad de adoptar las medidas colectivas laborales, ordenando que, en ese caso, se esté a lo dispuesto en materia de contratos. Por tanto, cabe la posibilidad de que las medidas laborales se adopten antes de que se apruebe la adjudicación de la concreta unidad productiva y que la cuestión de la existencia de una sucesión empresarial se suscite a lo largo del expediente de regulación de empleo. En este caso, será posible que la cuestión llegue a la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación que, contra la misma, pueden interponer los sujetos expresamente mencionados en el artículo 551 TRLC.

Es necesario puntualizar en este punto que, tras la entrada en vigor del TRLC, también cabe que esta cuestión llegue a la correspondiente sala de lo social por la vía del incidente concursal laboral del artículo 541 TRLC, ya que, considero, que la nueva redacción del precepto permite a los trabajadores cuestionar cualquier aspecto relacionado con la medida laboral que se haya adoptado.

El actual artículo 541 TRLC admite que los trabajadores individuales puedan impugnar el auto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de traslado, de extinción, de suspensión o de reducción colectiva de contratos de trabajo, a través de la vía del incidente concursal laboral. Como sabemos, el precepto ya no recoge la anterior limitación del artículo 64.8.2 LC a las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación laboral individual, sino que indica que se sustanciarán a través de este trámite todas las acciones que los trabajadores o el FOGASA ostenten contra las referidas resoluciones judiciales.

Por lo tanto, parece que se aclara la antigua polémica doctrinal y con ello, si bien, los trabajadores individuales no están legitimados para la impugnación directa del auto, sí disponen de la vía incidental y, consecuentemente, podrán acudir a la jurisdicción social una vez se dicte la correspondiente sentencia, frente a la que podrán interponer recurso de suplicación.

Por último, la cuestión de la sucesión no podrá llegar a la jurisdicción social en aquellos casos en los que el concreto pronunciamiento relativo a la misma se haya emitido antes o después de la adopción de las medidas colectivas laborales, ya que el auto que apruebe la transmisión de la unidad productiva no es susceptible de recurso de suplicación.

2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL COMO MEDIDA DELIMITADORA DEL ÁMBITO DE LA SUCESIÓN. EL DEBER DE SUBROGACIÓN.

El artículo 148.4 LC, regulaba la liquidación con plan, estableciendo que cuando las operaciones previstas en el plan de liquidación determinaban la modificación sustancial de las

condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, antes de la aprobación del plan, debía darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 LC.

En los supuestos de liquidación sin plan, la redacción era prácticamente coincidente. El artículo 149.1. 2ª LC disponía que cuando las operaciones de liquidación supusieran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, era obligado seguir el trámite del artículo 64 LC.

Actualmente, el régimen de las medidas colectivas laborales, ya sean modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados, extinciones, suspensiones o reducciones de jornadas colectivas, que tengan su causa en la venta de una unidad productiva, se regula en el artículo 220.2 TRLC, que remite a la regulación de los contratos, esto es, a los artículos 169 a 189 TRLC.

Antes de la reforma operada por el RDL 11/2014, la regulación de las ventas de unidades productivas generaba dudas interpretativas. Esta modificación legal, a mi juicio, aclaró el régimen laboral de las referidas transmisiones. La ley dejó claro que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 TRLET era imperativa. Así lo estableció, de forma expresa, el artículo 146 bis LC, en sus apartados tercero y cuarto. En ellos se refería a los efectos laborales del artículo 44 TRLET, respecto a la obligación de subrogación, dejando al margen los casos en los que existía “disposición en contrario”. En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 149.4 LC que, tras la referida reforma, continuó refiriéndose a la sucesión “a efectos laborales” e incluyendo los de Seguridad Social.

La aclaración legal avaló la interpretación que ya venían haciendo algunas salas de lo social de los anteriores artículos 148.4 y 149.1. 2ª LC, que consideraban que, en caso de que la transmisión comprendiese la globalidad de la empresa o determinados elementos susceptibles de conformar una unidad productiva autónoma, nos encontrábamos en el ámbito propio del artículo 44 TRLET, mientras que, si la venta comprendía solo elementos aislados, no se producía sucesión empresarial.

Dentro de la doctrina, sin embargo, algunos autores alertaron de que el artículo 148.4 LC solo era aplicable cuando se trataba de ventas de elementos aislados que implicaban la extinción colectiva de contratos de trabajo y no cuando el objeto constituía una sucesión empresarial¹¹⁶⁸. No comparto esta interpretación. Por el contrario, como ya apunté, considero que lo que la LC posibilitaba era la adecuación de las condiciones laborales de la plantilla a las necesidades surgidas de las operaciones que debían practicarse en la fase de liquidación. Cuestión distinta era que,

¹¹⁶⁸ DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante ...*, op. cit., pp. 184- 187.

efectivamente, la medida solicitada y autorizada, encubriese una actuación fraudulenta.

Por otro lado, como se argumenta en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018¹¹⁶⁹, la obligada remisión al procedimiento del anterior artículo 64 LC debía interpretarse como una exigencia que obedecía a la necesidad de tratar de evitar que la totalidad de los trabajadores de la empresa concursada pasasen a la adquirente. Esto, en suma, no era más que el reconocimiento implícito de que, en el seno del concurso, en concreto, en la fase de liquidación con plan, regía la norma laboral imperativa que regula el instituto de la sucesión de empresa (art. 44 TRLET).

Como dice la referida sentencia, si no fuera aplicable la sucesión empresarial en el concurso de acreedores, esta remisión sería innecesaria. La adquirente no asumiría a los trabajadores y el plan de liquidación solo se ocuparía de contemplar las condiciones de realización de los bienes y derechos, sin necesidad de efectuar previsión alguna respecto a los trabajadores (fundamento de derecho sexto).

Por tanto, aun cuando el citado artículo 148 LC no contenía ninguna referencia expresa al instituto de la sucesión de empresa como, sin embargo, hacía el artículo 149 LC y también el artículo 146 bis LC, lo cierto es que sí existía en el citado artículo un reconocimiento implícito de que en el concurso regía la normativa de la sucesión de empresa.

Actualmente, tras la promulgación del TRLC, la cuestión se ha aclarado a través del contenido del artículo 221.1 TRLC, que expresamente reconoce la existencia de sucesión de empresa en los supuestos de enajenación de unidades productivas. El precepto unifica la dispersión normativa existente en la materia, por lo que ahora, con independencia de la fase del concurso en la que se produzca la enajenación de una unidad productiva, será aplicable, en todo caso, el régimen de la sucesión de empresa.

Además, el precepto también se refiere a las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones, traslados, suspensiones o reducciones de jornada derivadas de las referidas operaciones de transmisión. Su regulación remite al régimen del expediente de regulación de empleo concursal, es decir, emplea la misma técnica legislativa que la precedente LC, pero ahora, de forma unificada, para todas las fases del concurso.

Por tanto, la norma viene a reforzar y consagrar las referidas tesis jurisprudenciales respecto a la aplicación del régimen de la sucesión de empresa al ámbito concursal.

Por otro lado, la remisión al expediente de regulación de empleo concursal para proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo o para extinciones o suspensiones colectivas de

¹¹⁶⁹STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

los contratos, sigue siendo una garantía que trata de conjurar el fraude. Las referidas medidas deben adoptarse por el juez del concurso que, lógicamente, debe analizar la posible existencia de sucesión de empresa, dado que ahora, el artículo 221.1 TRLC, expresamente, establece la existencia de sucesión empresarial en los casos de ventas de unidades productivas.

En este orden de cosas, cuando las operaciones de venta requieren la adopción de medidas laborales, es obligada la tramitación del expediente de regulación de empleo.

Es evidente que el legislador siempre ha pensado en la necesidad de aligerar la carga laboral de la unidad productiva que va a ser objeto de transmisión, para adecuarla a las circunstancias concretas de la unidad productiva en cuestión. Entiendo que trata de evitar la existencia de unidades que estén sobredimensionadas de personal, con la finalidad de facilitar su venta y la consecuente continuidad de las mismas en el mercado, pues, seguramente, la unidad productiva que continúa funcionando tras la declaración de concurso de acreedores, será el único activo empresarial susceptible de venta.

Por tanto, la obligada tramitación del denominado expediente de regulación de empleo concursal, con supervisión de la autoridad judicial, es una garantía para los trabajadores, ya que los despidos y demás medidas colectivas que deban adoptarse, necesitan contar con la aprobación del juez del concurso.

De este modo, cuando el expediente extintivo se ha tramitado de conformidad con los parámetros legales, que ahora definen los artículos 169 a 189 TRLC, acordando la extinción de los contratos de trabajo, la ulterior aprobación de la venta de una unidad productiva solo puede determinar la subrogación del personal que no haya sido incluido en el referido expediente y que, por tanto, todavía tenga vigente su relación laboral¹¹⁷⁰. De ahí que considere que el expediente de regulación de empleo concursal es el instrumento legal que permite delimitar el ámbito de la sucesión.

No obstante, la garantía judicial en el expediente de regulación de empleo concursal no siempre sirvió como elemento eficaz para conjurar el posible fraude, en los supuestos de concurrencia de una sucesión empresarial. De ahí que existan pronunciamientos dictados por los órganos de la jurisdicción social que, por ejemplo, anulan autos de extinción colectiva de contratos de trabajo al apreciar la existencia de una sucesión de empresas, como ocurre con la STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012¹¹⁷¹, que anuló el auto de extinción colectiva de contratos de trabajo, al entender que la reversión a la empresa arrendataria de un bien inmueble

¹¹⁷⁰En este sentido, destaca la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 4753/2013) [JUR 2014\49183].

¹¹⁷¹STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012 (Rec. 1108/2011) [AS 2012\1914].

destinado a actividad hotelera suponía una sucesión de empresa.

La misma conclusión se alcanza en la STSJ de Canarias, Sala Social, de 27 de marzo de 2014¹¹⁷². En ese caso se consideró la existencia una actuación fraudulenta, ya que la transmisión llevaba aparejados los elementos materiales y la infraestructura necesaria para su desarrollo, por lo que constituía una unidad productiva autónoma. La parcelación de la actividad y la subrogación parcial de los trabajadores de la plantilla se consideró como una actuación artificiosa, ya que el objeto de la actividad era único y lo que realmente se perseguía era evitar la integración de parte de la plantilla¹¹⁷³.

Tampoco faltan supuestos y, de hecho, son claramente mayoritarios, en los que la jurisdicción social convalida la decisión del juez concursal y considera que la reducción de la plantilla, acordada a través del expediente de regulación de empleo concursal, es correcta. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en la STSJ Aragón, Sala Social, de 3 de octubre de 2012¹¹⁷⁴, que examinó un supuesto de transmisión que comprendía una nave industrial y el aprovechamiento de un manantial, sin incluir la maquinaria ni los demás elementos industriales esenciales para desarrollar el objeto y la actividad empresarial. También, en este sentido se pronuncia la STSJ de Baleares, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010¹¹⁷⁵, que tampoco aprecia la existencia de sucesión ya que, según constaba, lo adjudicado era un bien inmueble en el que se prestaba un servicio de actividad docente, pero no constaba la transmisión del resto de elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad.

Todos estos pronunciamientos de la doctrina de suplicación ponen de manifiesto que las cuestiones relativas a la posible existencia de una sucesión de empresa, en las situaciones concursales, no tuvieron un tratamiento uniforme.

Lo que subyace, en primer lugar, es que la jurisdicción social ha tenido que examinar una cuestión que, generalmente, era obviada por los órganos de la jurisdicción civil. Estos últimos partían, en su mayor parte, de la inaplicación del instituto de la sucesión de empresa en el ámbito del concurso y consideraban que lo único que se producía en los casos de ventas de unidades productivas, era el nacimiento de la obligación de responder de determinados créditos laborales y de Seguridad Social, sin que ello comportase otros deberes, en particular, el deber de subrogación del personal. De ahí la existencia de pronunciamientos sociales que anulan expedientes de regulación

¹¹⁷²STSJ de Canarias, Sala Social, de 27 de marzo de 2014 (Rec. 1293/2013) [JUR 2014\198510].

¹¹⁷³En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de enero de 2014 (Rec. 904/2013) [AS 2014\861].

¹¹⁷⁴STSJ Aragón, Sala Social, de 3 de octubre de 2012 (Rec. 449/2012) [JUR 2013\115930].

¹¹⁷⁵STSJ de Baleares, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010 (Rec. 437/2010) [AS 2011\682].

de empleo concursal, sobre la base de la existencia de una sucesión empresarial que había sido negada en sede civil.

Desde luego, me parece de todo punto lógico partir de tales consideraciones, pues la aplicación del instituto de la sucesión rige en el ámbito del concurso de acreedores, tanto ahora como antes. El hecho de que pudiera limitarse la responsabilidad del nuevo adquirente no era un obstáculo, sino una peculiaridad de un sistema, que, además, era perfectamente admisible desde el punto de vista de la normativa europea, como hemos visto.

Por tanto, en los casos en los que el orden mercantil obviaba la cuestión de la existencia de sucesión empresarial, o, incluso, en los supuestos en los que negaba que se produjera la sucesión en el ámbito del concurso, era evidente que este aspecto debía ser abordado por la jurisdicción social. Si la cuestión se planteaba en el recurso de suplicación interpuesto contra el auto de extinción de contratos dictado por el juez del concurso, la consecuencia lógica, desde la perspectiva social, era su estimación y la consecuente anulación del mismo. Resultaba extraño considerar que la situación económica propia del concurso pudiera habilitar a la extinción de la plantilla de una unidad productiva que estaba en funcionamiento y que iba a ser enajenada a otra empresa. La peculiar configuración legal de la sucesión de empresa en el concurso, que admitía y admite delimitar el concreto ámbito subjetivo que va a comprender, a través del expediente de regulación de empleo, no puede quedar al margen del control judicial y si este control no se realizaba por parte de la jurisdicción mercantil, lo lógico era que se hiciera por parte de la jurisdicción social.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de febrero de 2018¹¹⁷⁶ introdujo avances muy significativos respecto a esta cuestión, estableciendo, de forma expresa, que el juez del concurso tenía competencia prejudicial sobre la cuestión de la existencia de una sucesión empresarial, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 9 LC, dicha resolución no era vinculante fuera del concurso.

Esta sentencia, que fue seguida de numerosos pronunciamientos posteriores, supuso un claro punto de inflexión, pues a partir de ese momento, fue claro que la resolución de las cuestiones relacionadas con la sucesión eran propias de la jurisdicción laboral y estaban al margen de las consideraciones efectuadas por la jurisdicción civil, dando lugar a la superación de criterios que abogaban por la vinculación absoluta de la jurisdicción social a los pronunciamientos civiles¹¹⁷⁷.

Esto permitió analizar los aspectos relativos a la sucesión de empresa, de acuerdo con los parámetros propios de la jurisdicción social, prescindiendo de los posibles pronunciamientos previos al auto de extinción de relaciones laborales, lo que no estuvo exento de polémica, ya que

¹¹⁷⁶STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

¹¹⁷⁷STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 4753/2013) [JUR 2014\49183].

podían dictarse resoluciones contradictorias en ambos órdenes. Por ejemplo, el juez concursal podía haber establecido en el auto de adjudicación de la unidad productiva, que la operación de venta no constituía una sucesión de empresa y, sin embargo, luego, la jurisdicción social, al examinar el recurso de suplicación interpuesto frente al auto de extinción colectiva de las relaciones laborales, podía resolver lo contrario y considerar que la venta reunía las características propias de la institución de la sucesión empresarial.

En principio, el hecho de que dos jurisdicciones pudieran establecer efectos jurídicos diferentes respecto a una misma realidad fáctica, resultaba alarmante, por el efecto, se decía, de inseguridad jurídica que podía producir.

Esta circunstancia parece estar en la base de la modificación operada a través del TRLC, que, como sabemos, atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva para conocer de la existencia de una posible sucesión empresarial (art. 221.2 TRLC), modificando significativamente este orden de cosas. A partir de su entrada en vigor y en tanto, no se plantee su posible extralimitación legal, el nuevo sistema establece que el orden social solo conocerá cuando la cuestión de la sucesión de empresa se suscite a través del extraordinario recurso de suplicación.

Considero, sin embargo, que el problema era más teórico que real y que lo que realmente se pretende es sustraer de la jurisdicción social una materia que es propia de este orden, por razones más económicas que de seguridad jurídica. En este sentido, es conveniente tener en cuenta que en los casos en los que la regulación de empleo venía impuesta por la operación de venta de una unidad productiva, el expediente de regulación de empleo debía tramitarse antes de la referida operación. De este modo, el coste real de la operación, con el concreto perímetro subjetivo y objetivo comprendido en ella, quedaba perfectamente delimitado una vez se resolvía el correspondiente recurso de suplicación por parte de la correspondiente sala, si es que se recurría la resolución dictada por el juez del concurso. Por tanto, en puridad, no se trataba de un problema de seguridad jurídica. El problema que subyacía de fondo estaba más bien relacionado con la viabilidad de la propia operación de compra, pues la posible apreciación de una sucesión de empresa podía encarecer el coste inicialmente presupuestado para la misma.

Por otro lado, los problemas relacionados con la sucesión de empresa en el concurso se extendían a otros supuestos en los que la cuestión no surgía a través de la impugnación directa del auto de extinción, sino a través de la demanda individual que podían interponer ante la jurisdicción social los trabajadores afectados. En tales casos, la resolución que podía dictar la jurisdicción social también se encontraba al margen de lo resuelto por el juez mercantil y, de nuevo, se planteaba la cuestión de la seguridad jurídica, pues era posible que, después del dictado del auto de extinción de relaciones laborales por el juez del concurso, la jurisdicción social considerase la improcedencia del despido, al apreciar la concurrencia de una sucesión empresarial. Tampoco se trataba de un

problema real, pues, lo cierto es que, en la mayor parte de las resoluciones dictadas en el orden social, se rechazan estas demandas por falta de acción, ya que la relación laboral había sido extinguida por un auto judicial y, por tanto, no se encontraba viva. En cualquier caso, esta última cuestión se resolvió por la doctrina unificada, que declaró que no era posible considerar incluidas dentro del ámbito competencial de la jurisdicción social, los pronunciamientos relativos a la legalidad del auto dictado por el juez del concurso.

Ahora bien, tras la entrada en vigor del artículo 221.2 TRLC, la determinación de la existencia de sucesión de empresa dependerá del concreto relato fáctico recogido en la resolución firme que, a tal efecto, haya dictado el correspondiente juzgado de lo mercantil en el auto de extinción o en la sentencia que resuelva el incidente concursal laboral, como luego veremos.

El ámbito subjetivo de la sucesión vendrá determinado por lo que resuelva el juez del concurso en el correspondiente expediente de regulación de empleo concursal, ya que una vez que apruebe la extinción de los contratos, las relaciones extinguidas ya no podrán formar parte integrante del deber de subrogación, que es inherente a la sucesión y que paso a examinar a continuación.

Sabemos que la sucesión de empresa no determina la extinción del contrato de trabajo, sino que, por el contrario, cuando concurren los requisitos exigidos, opera por imperativo legal y al adquirente se le impone la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario saliente. La sucesión de empresa se caracteriza porque la unidad transmitida continúa siendo objeto de explotación a pesar del cambio de titularidad y ello determina que las relaciones laborales de la empresa cedente se traspasen a la cesionaria. Si se incumple esta obligación, se produce un despido, ya que el cambio de titularidad de la empresa no puede ser motivo para extinguir los contratos de trabajo¹¹⁷⁸.

En segundo término, la sucesión exige que el contrato de trabajo se encuentre vivo (art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y 44 TRLET). Solo en este caso es posible que se produzca la novación subjetiva, ya que esta no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas¹¹⁷⁹, salvo los supuestos de fraude de ley¹¹⁸⁰, es decir los casos en los que la extinción de la relación laboral se haya producido mediante la connivencia entre las empresas cedente y cesionaria o por otro modo con la finalidad de perjudicar los derechos de los trabajadores.

Es obligado distinguir nítidamente la obligación de subrogación del personal y la

¹¹⁷⁸STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2016 (Rec. 336/2015) [RJ 2016\2698].

¹¹⁷⁹STS, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996) [RJ 1997\618].

¹¹⁸⁰SSTS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002 [RJ 2003\6113], de 15 de abril de 1999 (Rec. 734/1998) [RJ 1999\4408], o de 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996) [RJ 1997\618].

responsabilidad solidaria por deudas que derivan de la sucesión de empresa. Es discutible, como luego veremos, que la responsabilidad solidaria se extienda en el ámbito concursal a las obligaciones derivadas de relaciones laborales ya extinguidas al tiempo de la sucesión, pero lo que resulta claro es que, tanto en el régimen laboral ordinario como en el ámbito del concurso, la obligación de subrogación solo puede afectar a aquellos contratos que continúen estando vigentes al tiempo de la transmisión. Se trata de una cuestión unificada y admitida, de forma prácticamente unánime, en la doctrina de los tribunales de justicia¹¹⁸¹.

Por otro lado, en lo que respecta al ámbito de la obligación de subrogación, he de indicar que, ha de tratarse de relaciones laborales vivas y que, además, estén asignadas a la concreta unidad afectada por la transmisión, esto es, las que operen en el ámbito comprendido en la operación jurídica. Por ello, en supuestos en los que comprenda la totalidad de la empresa, o bien de una unidad productiva en funcionamiento, la garantía solo beneficia a aquellos trabajadores que formen parte del elemento transmitido y no a otros que no presten servicios en aquel¹¹⁸². Ahora bien, hay que puntualizar que cuando los trabajadores prestan servicios indistintamente para varias unidades de la empresa, la subrogación no se produce de forma proporcional, en atención al tiempo de prestación de servicios en cada una de las unidades en cuestión, sino que solo comprende a los trabajadores que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva objeto de transmisión¹¹⁸³.

El nuevo TRLC regula el deber de subrogación en el artículo 222 TRLC. Establece que, en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los “contratos afectos a la continuidad de la actividad”.

La norma tiene un contenido similar al del anterior artículo 146.bis.1 LC, que establecía que, en caso de transmisión de una unidad productiva, se cedían al adquirente “los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o

¹¹⁸¹Existe algún pronunciamiento aislado como la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2011 (Rec. 2602/2011) [AS 2011\3112], que impone a la empresa cesionaria, además de la responsabilidad por deudas laborales, la readmisión de una trabajadora cuyo contrato había sido extinguido válidamente meses antes de la transmisión. Pero se trata de una cuestión superada.

¹¹⁸²Entre otras, STS, Sala Cuarta, de 17 de junio de 2015 (Rec. 1548/2014) [RJ 2015\3659].

¹¹⁸²Existe algún pronunciamiento aislado como la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2011 (Rec. 2602/2011) [AS 2011\3112], que impone a la empresa cesionaria, además de la responsabilidad por deudas laborales, la readmisión de una trabajadora cuyo contrato había sido extinguido válidamente meses antes de la transmisión. Pero se trata de una cuestión superada.

¹¹⁸³En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales ...” op. cit., pp. 1056-1057.

empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada” y el adquirente se subrogaba en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte”.

El nuevo TRLC, diferencia perfectamente los dos efectos básicos de la sucesión de empresa. De una parte, el deber de subrogación del personal, que es el que regula el artículo 222 TRLC y, de otra, la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, que ahora recoge el artículo 224 TRLC.

Como se advierte, el citado artículo 146.bis.1 LC regulaba ambos efectos de forma conjunta, ya que, de una parte, se refería a los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la actividad y de otra, a la subrogación en la posición jurídica del cedente.

Por otro lado, la normativa sigue exigiendo que se trate de contratos “afectos” a la continuidad de la actividad. La redacción del precepto sigue sin ser del todo clara. Entiendo que está fuera de toda duda que la norma se refiere a los contratos que estén vivos al tiempo de la transmisión, por lo que solo cabe excluir aquellas relaciones laborales que hubieran sido extinguidas, válidamente, antes de la fecha en la que transmisión tenga lugar. Lógicamente, esta extinción puede haberse producido a través de despidos individuales o colectivos, que deberán seguir los trámites previstos legalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 220.2 TRLC.

Ahora bien, la frase “afectos a la continuidad de la actividad” puede plantear problemas. En primer lugar, parece que incluye aquellos contratos que sean necesarios para que la unidad productiva continúe funcionando en el mercado y no solo los absolutamente indispensables para que esto se produzca. Una interpretación excesivamente estricta llevaría aparejados, a mi juicio, efectos adversos de cara al mantenimiento de las relaciones laborales, que es una de las garantías básicas del instituto de la sucesión y, sobre todo, no se sustenta en el tenor literal de la norma, que no acota, de forma estricta, el concepto.

En cualquier caso, el carácter necesario de los contratos para la continuidad de la actividad será una cuestión que llevará aparejada un cierto margen interpretativo y que puede dar lugar a controversias.

Lo mismo puede ocurrir, por ejemplo, con contratos cuya prestación se desarrolla en varias unidades productivas, pero es prevalente en la que va a ser objeto de transmisión. Como antes indiqué, entiendo que estos supuestos deben entenderse incluidos dentro de la obligación de subrogación, siempre que la prestación de servicios en la unidad que va a ser transmitida, sea necesaria para su continuidad en el mercado.

No obstante, lo cierto es que la falta de precisión legal puede dar lugar a situaciones en las que sea discutible la inclusión de los trabajadores dentro del expediente de regulación de empleo.

Recordemos que, en el ámbito concursal, la garantía subjetiva va ligada a la posibilidad de tramitar un expediente de regulación de empleo, que es el instrumento que va a delimitar el ámbito

de la subjetivo de la sucesión. En este aspecto pueden surgir cuestiones relativas a la inclusión de los trabajadores en el expediente concursal, que, además, estarán necesariamente ligadas a la falta de subrogación por la nueva cesionaria.

Hemos dicho que la LC obligaba a tramitar un expediente de regulación previo cuando era necesario adoptar medidas laborales, incluidos los despidos colectivos, como consecuencia de las operaciones de venta (art. 148 y 149 LC). Esta obligación sigue vigente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 220.2 TRLC. Es evidente que la norma sigue pensando en la necesidad de aligerar la carga laboral de la unidad productiva que va a ser objeto de transmisión y que la obligada tramitación del procedimiento previsto legalmente, con supervisión de la autoridad judicial, es una indudable garantía para los trabajadores.

Ahora bien, cabe que el trabajador considere que su exclusión dentro del grupo de trabajadores que va a ser objeto de subrogación por la nueva adquirente no es ajustada a derecho. Debe entonces impugnar su inclusión en el expediente concursal. El problema es cómo puede articular dicha solicitud de exclusión.

Analizando la jurisprudencia de las salas de lo social sobre la materia, he encontrado una posibilidad a la que merece prestar atención. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares apunta que dicha solicitud puede canalizarse a través de un incidente concursal del artículo 195 LC, en relación al artículo 64.8 LC¹¹⁸⁴ -actualmente, artículo 541 TRLC-. La competencia para conocer del mismo será, lógicamente, del juzgado de lo mercantil, pues se trata de una acción para solicitar la separación del concurso, canalizada a través de un incidente concursal. Considera que es necesario interponer una demanda incidental ante el juez mercantil para solicitar la exclusión y luego ejercitar una acción de despido ante la jurisdicción social cuando la empresa cesionaria haya negado la existencia de sucesión empresarial y no haya subrogado al trabajador. La posibilidad de que la jurisdicción social conozca de la demanda de despido está ligada, necesariamente, a la previa acción de exclusión del expediente, que impediría considerar que la relación laboral se encuentra extinguida.

Desde mi punto de vista, esta solución sería viable, especialmente, tras la regulación del incidente concursal laboral por parte del TRLC. Como ya he expuesto, el nuevo TRLC ha modificado el ámbito objetivo del incidente laboral concursal, que es el medio que el legislador otorga a los trabajadores individuales afectados por el auto, para la defensa de sus derechos. Como sabemos, anteriormente, la LC, en el artículo 64.8.2. LC, lo ceñía a las acciones de impugnación de aquellas cuestiones que afectasen a su relación laboral individual. Esto es, la acción que se ponía a

¹¹⁸⁴En este sentido se pronuncia la STSJ Sala Social de Baleares, de 28 de noviembre de 2014 (Rec. 177/2014) [JUR 2015\31397].

disposición de los trabajadores individuales solo podía versar sobre las cuestiones individuales de su relación laboral. Normalmente, se trataba de aspectos relacionados con el salario, la antigüedad, el importe de la indemnización reconocida, etc.

Antes de la entrada en vigor del TRLC era dudoso si podían incluirse en este incidente las cuestiones relativas a la inclusión o exclusión del expediente de regulación de empleo concursal. Desde mi punto de vista no era posible utilizar esta vía para este tipo de reclamaciones, ya que la literalidad del anterior artículo 195 LC, como digo, obligaba a entender que los trabajadores solo podían impugnar cuestiones estrictamente referidas a su relación jurídica individual como la antigüedad o el salario. Quedaban fuera de este ámbito aquellas cuestiones relativas a la legalidad del auto dictado en el expediente de regulación de empleo concursal, como la concurrencia de la causa para la extinción colectiva, la posible existencia de dolo, fraude o abuso de derecho, o la posible concurrencia de realidades empresariales como el grupo de empresas con efectos laborales o la sucesión de empresas. Todas estas cuestiones debían canalizarse a través del recurso de suplicación, que únicamente podían plantear, desde la perspectiva social, los legales representantes de los trabajadores. Por tanto, la referida vía de impugnación no sería posible en el anterior régimen de la LC.

Ahora bien, tras la aprobación del TRLC, la cuestión ha adquirido un matiz diferente. La reforma introducida por el artículo 541 TRLC lleva a admitir una interpretación amplia del objeto del incidente concursal laboral, que comprenda cuestiones relativas a la inclusión de los trabajadores en el expediente, pues como he apuntado más arriba, la norma ya no ciñe el objeto del incidente concursal a las cuestiones estrictamente relacionadas con la relación laboral individual.

Por tanto, el TRLC ya no concibe la impugnación de la resolución dictada por el juez del concurso de forma semejante a lo que ocurre con los procesos colectivos de impugnación en el orden laboral, como los conflictos colectivos o el propio despido colectivo laboral. Esto determina que los trabajadores pueden oponerse al auto a través de sus órganos de representación legal o, individualmente, a través del incidente concursal laboral. Por tanto, será posible que los trabajadores discutan su inclusión en el expediente concursal a través de esta vía incidental. La demanda se entablará ante el juez del concurso, pero será susceptible de recurso de suplicación (art. 551 TRLC).

En caso de que el incidente sea estimado, entiendo que sería viable la acción de despido ante la jurisdicción social, planteada frente a la nueva adquirente. El problema en este caso vendrá por el plazo de caducidad de la acción de despido (20 días). Lo lógico será que esta acción se entable de forma simultánea a la interposición del incidente concursal laboral, a fin de evitar la referida caducidad y en este último caso, se producirá una clara litispendencia, ya que la resolución que se dicte en el ámbito civil vinculará al orden jurisdiccional social, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 221.2 TRLC.

3. LAS RESPONSABILIDADES DEL ADQUIRENTE.

En los ámbitos mercantil y laboral se ha discutido mucho sobre el alcance de las obligaciones derivadas de la adquisición de una unidad productiva para la empresa adquirente, básicamente, porque existían discrepancias sobre la existencia de la disposición en contrario del artículo 5.1 de la Directiva 23/2001.

Como ya apunté a lo largo del estudio del régimen legal de la sucesión de empresa en el ámbito concursal, considero que nuestro ordenamiento sí contiene la norma en contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23. Partiendo de esta premisa, entiendo que el régimen actual solo admite limitar la responsabilidad del adquirente en los concretos términos del actual artículo 224 TRLC, que no hace más que recoger el contenido de los anteriores artículos 146.bis.4 y 149.4 LC. Es decir, en los casos en los que se haya producido una sucesión de empresa como consecuencia de la venta de una unidad productiva autónoma, el adquirente solo puede ser exonerado de la responsabilidad solidaria derivada de las deudas laborales anteriores a la transmisión que hayan sido cubiertas por el FOGASA, debiendo responder de las restantes obligaciones tanto laborales como de Seguridad Social que no hubieran sido satisfechas por el empresario concursado.

Ahora veremos cuáles son las concretas consecuencias derivadas de este posicionamiento, así como las discrepantes resoluciones que encontramos en la práctica mercantil y laboral.

3.1. La responsabilidad solidaria.

El carácter de ley especial de la LC, respecto de las previsiones generales, ha sido declarado reiteradamente por la doctrina de las Audiencias Provinciales¹¹⁸⁵. Según esta concepción, los efectos

¹¹⁸⁵En este sentido, destacan los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007 (Rec. 788/2007) [JUR 2008\127523]; AAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Rec. 332/2010) [AAP PO 715/2010] y de 22 de junio de 2012 (Rec. 164/2012) [AC 2012\2090]; de Badajoz, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2013 (Rec. 539/2012) [AAP BA 2/2013]; de Palencia, Sección 1ª, de 12 de septiembre de 2013 (Rec. 175/2013) [AAP P 2/2013], SAP de Toledo, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2013 (Rec. 26/2013) [SAP TO 762/2013] y AAP de La Rioja, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2012 (Rec. 396/2011) [AC 2012\378].

También los AAJM núm. 1 de Santander, de 14 de abril de 2014 (Proc. 480/2013), JM núm. 3 de Vigo, de 18 de marzo de 2014 (Proc. 376/2012) [JUR 2014\1081144], JM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 1/2013) [JUR 2015\14541] y AJM núm. 2 de Oviedo, de 28 de abril de 2014 (Proc. 58/2013) [AC 2014\808].

de la sucesión quedarían limitados al personal subrogado, como recoge el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015¹¹⁸⁶. Aunque, como veremos, esta es una cuestión que no está exenta de polémica.

Hay que tener en cuenta que el apartado primero del artículo 224 TRLC, al igual que antes hacía el apartado cuarto del artículo 146 bis LC, establece que la transmisión de una unidad productiva no impone la obligación de hacer frente a los créditos no satisfechos por el concursado, que sean anteriores a la transmisión. El precepto establece tres excepciones.

En primer lugar, la responsabilidad por créditos pendientes se impondrá en los casos en los que el adquirente asuma dicha obligación de forma expresa (art. 224.1ª TRLC).

En segundo término, se excepcionan los supuestos en los que “así lo establezca una disposición legal” (art. 224.2ª TRLC).

Finalmente, la norma se refiere a los casos en los que se produzca una “sucesión respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”. En tales casos, el juez del concurso podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago que sean anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA (art. 224.3ª TRLC).

El artículo 224 TRLC sintetiza el contenido de los artículos 146 bis.4 LC y 149.4 LC. De este modo, se unifica el régimen de responsabilidad en casos de sucesión empresarial dentro del concurso.

La responsabilidad respecto a los créditos pendientes de pago tiene un régimen unificado en todas las fases del concurso. No obstante, cabe, igual que antes, que en el convenio se asuma expresamente la responsabilidad por créditos pendientes. Dicha asunción puede referirse a los créditos de los trabajadores subrogados, pero también puede comprender los créditos relativos a trabajadores no subrogados, como consecuencia de la previa extinción de sus contratos de trabajo. La norma no fija ningún límite al respecto, como tampoco hacía antes el artículo 146.bis.4 LC. Por tanto, en tales casos, la única especialidad concursal que deriva de la existencia de sucesión sería la limitación de la responsabilidad en los términos del apartado tercero del artículo 224 TRLC. Esto es, el adquirente puede ser exonerado de la parte cubierta por el FOGASA, pero las restantes responsabilidades se transmiten del mismo modo que en los supuestos ordinarios de sucesión fuera del concurso. Esto es, en casos de asunción expresa por el adquirente, la garantía alcanza las

¹¹⁸⁶SAP de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (Rec. 138/2013) [JUR 2015\137551]. Esta es la interpretación que efectúa el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (Rec. 138/2013) [JUR 2015\137551].

obligaciones derivadas de todos contratos laborales, que hayan nacido antes de la adquisición y que no hayan sido satisfechas, incluso las derivadas de los contratos ya extinguidos.

El razonamiento es simple. En nuestro ordenamiento jurídico existe la disposición en contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23, que es el artículo 57 TRLET, que remite a las especialidades de la legislación concursal. Pues bien, estas especialidades se regulan en el capítulo segundo del título cuarto del libro primero del TRLC. Entre ellas, se encuentra el régimen especial de responsabilidad por créditos pendientes de pago, que regula el artículo 224 TRLC, que admite la total asunción de responsabilidad, con la única limitación de la parte cubierta por el FOGASA, en casos de créditos laborales.

Fuera de esta especialidad, ha de regir el régimen general de la sucesión de empresa y, con ello, la obligación de hacer frente no solo a las responsabilidad solidaria por deudas no satisfechas y previas a la transmisión, relativas a los contratos vigentes, sino además las derivadas de contratos ya extinguidos, en consonancia con la doctrina unificada sobre la materia¹¹⁸⁷.

Antes de la aprobación del TRLC, esta posibilidad de extender la responsabilidad de la nueva adquirente a los créditos pendientes de pago, correspondientes a contratos ya extinguidos, no solo era predicable de los supuestos en los que existía una asunción expresa, sino también a los restantes casos.

Recordemos que el artículo 146.bis.4 LC, excepcionaba tanto los supuestos de asunción expresa del crédito como los casos en los que “existiese disposición legal en contrario”, añadiendo luego, “y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4”. A mi juicio, la redacción del referido párrafo cuarto permitía considerar que la norma se estaba refiriendo al entonces vigente artículo 44 ET, al hablar de disposición legal en contrario.

Antes de la aprobación del TRLC, la LC no se refería al fenómeno sucesorio más que de forma sesgada en cada una de las fases del concurso. Admitía la posibilidad de limitar la responsabilidad por créditos pendientes de pago en la parte no cubierta por el FOGASA, pero lo hacía en la norma que se ocupaba de las reglas supletorias de la liquidación. Por ello, al aludir el artículo 146.bis.4 LC a la disposición legal en contrario, era claro que, en aquel entonces, la norma admitía la aplicación del régimen general de la sucesión de empresa a las transmisiones de unidades productivas. La única especialidad con la que contaba el régimen legal concursal, era la posibilidad de limitación del importe de la deuda. Pero la obligación de hacer frente a las deudas no satisfechas y previas a la transmisión no solo comprendía las relativas a contratos vigentes, sino también las derivadas de contratos ya extinguidos.

¹¹⁸⁷SSTS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Recs. 1973/2002 y 3442/2001) [RJ 2003\6108 y RJ 2003\6919], de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003] y de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

En la jurisdicción social fueron varios los pronunciamientos judiciales que propugnaron esta conclusión. A título de ejemplo, las sentencias del TSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de octubre de 2017¹¹⁸⁸ y de Galicia, de 16 de junio de 2017¹¹⁸⁹, siguiendo la doctrina unificada¹¹⁹⁰, sostuvieron que el legislador español había ido más allá del europeo y había establecido que cuando se produce una sucesión de empresa, la obligación empresarial de la adquirente de asumir los créditos pendientes de pago de la anterior comprendía tanto las derivadas de los contratos laborales vigentes al tiempo de la transmisión, como también las que tuvieran su causa en contratos que ya se hubieran extinguido.

De este modo, el ámbito de la referida obligación solidaria no se ceñía a los contratos laborales de los trabajadores cedidos, sino que se extendía más allá de la concreta unidad que hubiera sido transmitida, comprendiendo las obligaciones derivadas de las relaciones laborales ya extinguidas.

También en el ámbito mercantil se dictaron resoluciones judiciales que sostuvieron esta misma interpretación y entendieron que el ámbito de responsabilidad del adquirente no se ceñía a los contratos vigentes al tiempo de la transmisión, sino que comprendía las obligaciones pendientes derivadas de los extinguidos con anterioridad¹¹⁹¹.

Por el contrario, en otros casos, la práctica mercantil optó por la denominada “teoría del perímetro”, con la finalidad de facilitar las transmisiones de unidades productivas, fijando, de forma clara, en el auto de adjudicación, el concreto perímetro de la unidad productiva al que se referían las obligaciones laborales y de Seguridad Social, con el objeto de intentar lograr la continuidad de la actividad y la conservación de los puestos de trabajo¹¹⁹².

No obstante, hasta febrero de 2018 no era una cuestión pacífica, pues, de hecho, otras resoluciones sostenían el criterio contrario y consideraban que la responsabilidad del adquirente solo comprendía las obligaciones derivadas de los contratos que hubieran sido objeto de

¹¹⁸⁸STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de octubre de 2017 (Rec. 4177/2017) [AS 2018\9].

¹¹⁸⁹STSJ de Galicia, Sala Social, de 16 de junio de 2017 (Rec. 325/2017) [JUR 2017\192453].

¹¹⁹⁰SSTS, Sala Cuarta, SSTs, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Recs. 1973/2002 [RJ 2003\6919] y 3442/2001 [RJ 2003\6108]), de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003] y de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256].

¹¹⁹¹En este sentido destacan, entre otros, el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 19 de enero de 2016 (Proc. 392/2013) [JUR 2016\45390] y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Proc. 625/2014) [JUR 2015\196472].

¹¹⁹²FACHAL NOGUER, N., “El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, parte Avance informativo, 2020, BIB 2020\11584, apartado IV. También en este sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, BIB 2016\3051.

subrogación¹¹⁹³.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018¹¹⁹⁴ contiene un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión. Examina la posible responsabilidad solidaria derivada de la declaración de improcedencia del despido objetivo de un trabajador, producido casi un año antes de la adjudicación de la unidad productiva a una tercera empresa. Considera aplicable la doctrina tradicional derivada de las sentencias dictadas en el año 2003, a los supuestos de sucesión empresarial producida en el seno del concurso de acreedores, por lo que declara la responsabilidad solidaria de la nueva adquirente respecto a las obligaciones laborales pendientes de una relación laboral ya extinguida al tiempo de la transmisión¹¹⁹⁵.

Coincido plenamente con los argumentos de la citada sentencia de febrero de 2018. Entiendo que antes de la aprobación del TRLC, la única especialidad concursal, en los supuestos de sucesión de empresa, era la posibilidad de limitar la responsabilidad de la nueva adquirente en los exclusivos términos del anterior artículo 149.4 LC. Esto es, el adquirente podía ser exonerado del abono de las obligaciones laborales en la parte cubierta por el FOGASA, pero las restantes responsabilidades se transmitían del mismo modo que en los supuestos ordinarios de sucesión fuera del concurso.

Por tanto, la garantía del referido artículo 44.3 TRLET alcanzaba a las obligaciones derivadas de todos contratos laborales, nacidas antes de la adquisición y que no hubieran sido satisfechas, incluso las de contratos ya extinguidos.

Tras la aprobación del TRLC, la norma, sigue excepcionando los supuestos de existencia de una disposición legal que imponga la asunción de los créditos, pero, acto seguido, en el apartado tercero, establece una regla particular para los créditos laborales y de Seguridad Social “correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”.

¹¹⁹³En este sentido se pronunciaba el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 5ª, de 27 de enero de 2016 (Rec. 520/2015) [JUR 2016\48823], el auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016 (Rec. 113/2016) [JUR 2016\76285], o los autos del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Barcelona, de 7 de julio de 2016 (Proc. 648/2015) [JUR 2016\1316] y del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, de 12 de noviembre de 2015 (Proc. 499/2013) [JUR 2016\248863].

¹¹⁹⁴STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

¹¹⁹⁵Con idéntico contenido destacan, entre otras, las SSTs, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018 (Rec. 471/2017) [ROJ: STS 2351/2018]; de 3 de octubre de 2018 (Rec. 259/2017) [ROJ: STS 3660/2018], de 3 de octubre de 2018 (Rec. 323/2017) [ROJ: STS 3729/2018], de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1733/2017) [ROJ: STS 3658/2018]; de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017) [ROJ: STS 3742/20], entre otras.

Esta puntualización no se contenía en el anterior artículo 149.4 LC, ni tampoco en el artículo 146.bis.4 LC, que admitían la posibilidad de limitar la responsabilidad por créditos pendientes de pago que fueran anteriores a la transmisión.

Parece que el legislador concursal ha querido fijar, de forma expresa, que la responsabilidad está ligada, exclusivamente, a la plantilla de la unidad productiva que es asumida como consecuencia de la transmisión, dejando fuera, por tanto, los créditos impagados de trabajadores que hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo, ya sea como consecuencia del expediente de regulación de empleo que se sustancie, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 220.2 TRLC, o por despidos individuales.

La finalidad de la norma parece clara. Trata de agilizar las ventas de unidades productivas, facilitando la continuidad de la parte de la empresa que todavía puede seguir en funcionamiento dentro del mercado y, a lo mejor también que no se burle, de forma indirecta, el orden de prelación de créditos, ya que mediante esta vía se está garantizando la satisfacción de deudas al margen del procedimiento concursal.

Seguramente, también la norma trate de conjurar las dificultades prácticas que se venían produciendo como consecuencia de la aplicación de la responsabilidad solidaria a la totalidad de los créditos laborales y de Seguridad Social. La práctica mercantil, de hecho, había venido alertando de la existencia de dificultades respecto a este tipo de operaciones de venta, precisamente, por la incertidumbre generada por la posible necesidad de asumir las cargas laborales y de Seguridad Social derivadas de contratos ya extinguidos¹¹⁹⁶. Esta finalidad resulta loable, sobre todo en el momento en el que se dicta, esto es, en plena crisis económica derivada de la pandemia sanitaria producida por el COVID19, que, a buen seguro, dará lugar a una importante crisis empresarial.

Ahora bien, desde mi punto de vista, la norma modifica el sistema legal vigente, introduciendo un elemento, que creo, que excede del ámbito de la delegación normativa.

Si el régimen anterior a la publicación del nuevo TRLC remitía a la regulación de la norma imperativa del artículo 44 TRLET, ya que excepcionaba los supuestos en los que existiese disposición legal en contrario, una modificación del referido sistema legal no podía articularse a través de un Real Decreto Legislativo que aprueba un texto refundido, ya que no se trata de colmar una mera laguna legal o aclarar un concepto oscuro. La nueva regulación cambia completamente las previsiones concursales en materia de sucesión de empresa, introduciendo un régimen especial propio, que la anterior normativa no preveía.

Por último, al margen ya de la referida polémica, como sabemos, la responsabilidad solidaria

¹¹⁹⁶FACHAL NOGUER, N., “El Texto Refundido de la Ley Concursal: ...”, op. cit., apartado IV.

de la empresa adquirente está sometida a un concreto plazo temporal. El plazo de prescripción de la deuda salarial, que es el general del artículo 59.1 ET -un año- y el especial plazo de caducidad del artículo 44.3 TRLET -tres años-. A raíz del pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018¹¹⁹⁷, que ha establecido que el plazo de tres años al que alude el art. 44.3 TRLET, no es un plazo especial de prescripción, diferente del previsto en el art. 59 ET, sino que fija un plazo de ejercicio de la acción frente al adquirente.

Por tanto, es un plazo de caducidad, que requiere que la acción frente al transmitente esté viva y solo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. De modo que la responsabilidad del adquirente solo se puede reclamar durante los tres primeros años posteriores a la sucesión empresarial, al igual que ocurre en el régimen laboral ordinario.

3.2. Deudas laborales y de Seguridad Social.

La redacción del artículo 149.2 LC -antes del año 2014- recogía, de forma literal, la definición de sucesión de empresa del artículo 44.2 TRLET. Esta se producía cuando la transmisión afectaba a una entidad económica con identidad propia, entendida esta como “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoría”. Por tanto, la norma recogía una definición que encajaba en los supuestos de sucesión de empresa del art. 44.2 TRLET.

Ahora bien, los efectos derivados de la concurrencia de una posible sucesión empresarial parecían limitados al ámbito puramente laboral, pues el precepto no efectuaba mención alguna a las consecuencias propias en materia de Seguridad Social (actuales arts. 142 y 168 LGSS). Esta circunstancia dio pie a una larga polémica doctrinal y judicial acerca de la posible exoneración por parte del juez del concurso de la responsabilidad del adquirente, respecto a las obligaciones de Seguridad Social pendientes de pago del cedente.

Como se sostuvo por parte de la doctrina¹¹⁹⁸, la posición partidaria de la posibilidad de exonerar al adquirente de este tipo de créditos públicos podría justificarse en la literalidad del precepto. El artículo 149.2 LC se redactó en el año 2003, esto es, tras la modificación del artículo 44.1 ET por parte de la L 12/2001. Dicha ley introdujo el deber de subrogación, no solo a efectos laborales, sino también de Seguridad Social. No obstante, el citado artículo 149.2 LC solo contempló como efectos derivados de la sucesión, la obligación de subrogarse en los créditos

¹¹⁹⁷STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Rec. 78/2016) [RJ 2018\2103].

¹¹⁹⁸GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La sucesión de empresa en el concurso y las deudas y obligaciones de la Seguridad Social” en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum*, V. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, ISBN 978-84-9119-269-5, p. 2153-2182.

laborales, dejando al margen los de Seguridad Social.

Esta opinión podría entenderse reforzada por el hecho de que la LC no modificó los antiguos artículos 104 y 127.2 LGSS, a diferencia de lo que hizo con la LGT, que fue expresamente modificada para exonerar a los adquirentes de las explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tuviera lugar en un procedimiento concursal¹¹⁹⁹.

Considero que el argumento no es sólido, ya que desde el año 2001, el ET preveía la subrogación en las deudas laborales y de Seguridad Social. A mi juicio, esta circunstancia exigía un pronunciamiento expreso del legislador para considerar admisible la exoneración de la responsabilidad por deudas de Seguridad Social. Los artículos 104.1 y 127.1 LGSS establecían la referida responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de cotización y de prestación nacidas antes de la transmisión.

Por tanto, si la exoneración de la responsabilidad solidaria para otros créditos públicos, como los tributarios, requería la modificación de la LGT, era perfectamente sostenible entender que la exoneración de los créditos de Seguridad Social también exigía la correlativa modificación legal.

A mayor abundamiento, es conveniente traer a colación la modificación operada por L 52/2003¹²⁰⁰. Esta norma modificó el contenido del artículo 15.3 LGSS, estableciendo que la responsabilidad, entre otras, de naturaleza solidaria puede surgir de cualquier norma con rango de ley, que se refiera a las obligaciones de Seguridad Social o que no las excluya expresamente.

La norma se dictó cuando ya estaba vigente la LC de 2003 y recalcó la necesidad de una exclusión expresa de la responsabilidad solidaria por obligaciones de Seguridad Social. A mi juicio, esta circunstancia abunda en la interpretación que sostengo. No recoge una excepción a la responsabilidad por deudas y obligaciones de Seguridad Social para supuestos de adquisición de unidades productivas pertenecientes a un deudor concursado, que supongan una sucesión de empresa. A diferencia de lo que recoge el artículo 42.1.c) LGT, la norma pone el acento en la necesidad de exclusión expresa en disposición legal¹²⁰¹.

La novedad introducida en el artículo 149.4 LC¹²⁰², tras las reformas de los años 2014 y 2015, fue que la sucesión debía entenderse no solo a “efectos laborales”, sino que también se incluían los de Seguridad Social.

¹¹⁹⁹ Apartado segundo de la disposición final undécima de la LC, que modificó el contenido del art. 72.3 LGT.

¹²⁰⁰ BOE de 11 de diciembre de 2003.

¹²⁰¹ En contra de este criterio, vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La sucesión de empresa ...”, op. cit., p. 2158, que considera que la reforma del art. 15.3 LGSS no es decisiva para la interpretación de los arts. 104.1 y 127.2 LGSS y el anterior art. 149.2 LC.

¹²⁰² Se introdujo por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, en el anterior art. 149.2 LC.

La redacción del precepto zanjó los numerosos litigios planteados sobre el alcance de la responsabilidad patrimonial del adquirente de una unidad productiva. Los pronunciamientos de las Audiencias eran muy dispares respecto a la inclusión de los créditos de la Seguridad Social. La mayor parte de ellas excluían los créditos de Seguridad Social¹²⁰³, interpretando que la expresión legal “sucesión de empresa a efectos laborales” excluía las deudas y obligaciones derivadas de Seguridad Social.

Alguno de estos pronunciamientos analizaba además la trasposición de la Directiva 2001/23 al ordenamiento jurídico español y sostenía que el legislador había hecho uso de la posibilidad prevista en el apartado segundo del artículo 5, que admite la no subrogación en los créditos por salarios e indemnizaciones cubiertos por el FOGASA [art. 5.2.a)] y posibilita que el adquirente y los representantes legales de los trabajadores suscriban acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo [art. 5.2.b)]¹²⁰⁴.

Incluso, tras la modificación legal del año 2014, en las jornadas de magistrados especialistas en el ámbito mercantil, de octubre de 2014, se acordó, de forma unánime, que el juez del concurso podía delimitar el pasivo laboral del que debía responder el adquirente de una unidad productiva, esto es, fijar los contratos laborales que debían ser objeto de transmisión, así como las deudas laborales y de Seguridad Social transmisibles¹²⁰⁵.

Por otro lado, algunas Audiencias Provinciales mantuvieron una postura intermedia, de acuerdo con la cual la exoneración de responsabilidad prevista en el anterior artículo 149.2 LC no podía ir más allá de los créditos expresamente incluidos en el precepto¹²⁰⁶.

Otras, sin embargo,¹²⁰⁷ sostuvieron que en el concurso no se producía una auténtica sucesión

¹²⁰³En este sentido, AA AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de enero de 2014 (Rec. 624/2013) [JUR 2014\112045] y de Málaga, Sección 5ª, de 9 de abril de 2014 (Rec. 1125/2013) [AC 2014\1730]. El auto de la AP de Pontevedra sostenía además que la disposición del antiguo artículo 149.2 LC era aplicable a los supuestos de liquidación con plan, concluyendo que cualquier tipo de venta de una entidad o unidad productiva como un todo producida en el seno del concurso, en todo caso supone una sucesión de empresa, “al menos a efectos laborales”.

¹²⁰⁴AAP de Málaga, Sección 5ª, de 9 de abril de 2014 (Rec. 1125/2013) [AC 2014\1730].

¹²⁰⁵ORELLANA CANO, N., “La liquidación y las administraciones Públicas. La sucesión de empresa”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª M, *Las administraciones públicas ...*, op. cit., p. 423, con cita del A J núm. 1 de Alicante, de 13 de marzo de 2015, que aplica este criterio y establece que la responsabilidad del adquirente respecto a obligaciones previas derivadas de contratos laborales queda limitada a los contratos objeto de subrogación, pero no a la totalidad del pasivo laboral.

¹²⁰⁶AAP de Álava, Sección 1ª, de 24 de marzo de 2011 (Rec. 623/2010) [AC 2011\1808].

¹²⁰⁷AAAP de Barcelona, Sección 15ª, de 16 de diciembre de 2009 (Rec. 323/2009) [JUR 2010\180618] y de 29 de noviembre de 2007 (Rec. 788/2007) [JUR 2008\127523]; AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2013 (Rec. 2545/2013) [JUR 2013\338578]; AAP de Badajoz, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2013 (Rec. 539/2012) [AC 2013\1052] y AAP Palencia, Sección 1ª, de 12 de septiembre de 2013 (Rec. 175/2013) [AC 2014\188323].

de empresa, salvo en los casos del artículo 149.2 LC, pero a este último supuesto, solo se generaba la obligación de hacer frente a determinados créditos de origen laboral.

En fase de liquidación, el anterior artículo 149. 4 LC, al que remitía el artículo 146 bis. 4 LC, hablaba de sucesión de empresa no solo a efectos laborales, sino que incluía los de Seguridad Social, lo que evidenciaba que la legislación nacional había querido incluir entre las obligaciones del nuevo adquirente, las derivadas de los créditos de Seguridad Social¹²⁰⁸.

Por su parte, el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, 13 de abril de 2015¹²⁰⁹, efectúa la misma interpretación, pero limitando los efectos de la subrogación a los contratos que no se hayan extinguido antes de la venta. Considera que artículo 146 bis. 4 LC es una especie de correctivo para evitar situaciones abusivas. Sus efectos, sin embargo, no pueden generalizarse a todo el pasivo laboral. Como razona, ello configuraría un mecanismo disuasorio desproporcionado, cuando la propia norma ya regula un elemento correctivo al establecer que no es posible la exoneración de responsabilidad de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 146 bis. 4 LC).

En el mismo sentido se pronuncia el auto de la Audiencia de Álava, Sección 1ª, 26 de marzo de 2015¹²¹⁰, sosteniendo que la norma especial en materia de sucesión dentro del procedimiento concursal era, en aquel momento, el artículo 149. 4 LC, lo que impide extender la responsabilidad más allá de lo expresamente previsto en aquella.

El auto del TJUE de 28 de enero de 2015¹²¹¹ al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona¹²¹², se pronunció sobre el régimen legal de las deudas de Seguridad Social. En esta resolución se sostiene que un Estado Miembro puede emplear la facultad que otorga el artículo 5.2.a) de la Directiva siempre que disponga de un mecanismo que garantice el abono de los créditos de los trabajadores que sea equivalente al regulado en la Directiva europea 80/987.

Es lo que ocurre en el caso español, pues el artículo 33 TRLET y el RD 505/1985¹²¹³, fijan

¹²⁰⁸ Así lo han interpretado el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia, 4 de noviembre de 2014 (Rec. 946/2011) [JUR 2015\61861] y el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería, 19 de diciembre de 2014 (Rec. 4205/2012) [JUR 2015\23973], siempre que el referido precepto sea de aplicación, conforme a la Disposición transitoria 1.2 del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, que regula los Procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya abierto la fase de liquidación.

¹²⁰⁹ AJM núm. 5 de Barcelona, 13 de abril de 2015 (Rec. 945/2014) [JUR 2015\137364].

¹²¹⁰ AAP de Álava, Sección 1ª, 26 de marzo de 2015 (Rec. 604/2014) [JUR 2015\137551].

¹²¹¹ ATJUE de 28 de enero de 2015 (C-688/13, asunto Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L.) [TJCE 2015\1].

¹²¹² Auto de 11 de diciembre de 2013.

¹²¹³ RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. BOE núm. 92, de 17 de abril de 1985.

un marco mínimo de garantía de los derechos de crédito de los trabajadores en casos de insolvencia empresarial, que comprende tanto créditos salariales como indemnizatorios derivados de las extinciones de las relaciones laborales.

Ahora bien, el citado auto establece que, en cualquier caso, este régimen excepcional no tiene por qué limitarse a los concretos términos previstos en la norma [art. 5.2.a], sino que puede ir más allá y garantizar una protección mayor a los trabajadores que la prevista en la referida directiva europea.

Por tanto, una vez garantizados los créditos laborales (en nuestro caso, por el FOGASA), la normativa interna puede imponer al adquirente de una unidad productiva la obligación de hacer frente a otros créditos no cubiertos por el referido ámbito mínimo de protección. Esta extensión de la garantía puede incluir los créditos de Seguridad Social y también otros créditos laborales no incluidos en el régimen general del artículo 3 de la Directiva, como pueden ser los créditos laborales derivados de contratos ya extinguidos al tiempo de la sucesión, pues como dice el referido auto de enero de 2015, la Directiva no impone las cargas derivadas de contratos laborales extinguidos antes de la sucesión de empresa, pero no se opone a que la legislación interna imponga a los adquirentes dichas cargas.

Tanto esta resolución como las modificaciones legales iniciadas por el RDL 11/2014 y la L 9/2015, han dado respuesta a la polémica cuestión de la inclusión de los créditos laborales y de Seguridad Social en la responsabilidad del adquirente de una unidad productiva.

Conviene recordar que el preámbulo del RD 11/2014, ya advertía este efecto al mencionar, en el apartado II, los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que, por su singularidad, siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores”. La norma tenía como finalidad la adopción de medidas que permitiesen flexibilizar la transmisión del negocio o de alguna de sus ramas de actividad, ya que, como recogía el referido apartado II del preámbulo, “en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concursado sea inevitable, están dificultando su venta”.

Ahora bien, lo cierto es que a esa finalidad de garantizar la continuación de la actividad no obsta la obligación de hacer frente a determinados créditos públicos, como ocurre con los de Seguridad Social -a diferencia de los tributarios que siguen gozando de exención- y privados, como los derivados de las relaciones contractuales con la plantilla.

Estos iniciales pronunciamientos se vieron superados tras la promulgación de la L 9/2015, pues parece evidente que el legislador optó, en ese momento, de una forma clara, por no exonerar la

responsabilidad del adquirente respecto al pago de determinados créditos de Seguridad Social y de los trabajadores. La L 9/2015, consideró que estos créditos eran merecedores de una especial tutela por su singularidad y alude a ellos, de forma expresa, en la exposición de motivos.

En la actualidad, tras la aprobación del TRLC, la limitación de los efectos de la subrogación a los contratos que no se hayan extinguido antes de la venta vuelve a estar de actualidad. Como hemos dicho, el artículo 224 TRLC, en su apartado tercero, permite al juez limitar la responsabilidad por créditos de Seguridad Social a los expresamente ligados a los contratos de los trabajadores de la unidad productiva que hayan sido subrogados como consecuencia de la operación de venta. Por ello, al margen de la crítica que antes efectué sobre el instrumento empleado para realizar, lo que considero, un cambio del sistema legal vigente, lo cierto es que, en tanto no se declare que la nueva normativa haya incurrido en *ultra vires*, la opción legislativa parece clara y no permite incluir, más allá de la libre asunción por el adquirente, el pasivo derivado de créditos de Seguridad Social de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión.

En lo que respecta a las obligaciones laborales, el régimen anterior de la LC solo admitía limitar la responsabilidad del adquirente en los concretos términos del artículo 149.4 LC. Es decir, en los casos en los que se hubiera producido una sucesión de empresa como consecuencia de la venta de una unidad productiva autónoma, el adquirente solo podía ser exonerado de la responsabilidad solidaria derivada de las deudas laborales anteriores a la transmisión que hubieran sido cubiertas por el FOGASA, debiendo responder de las restantes obligaciones, tanto laborales como de Seguridad Social que no hubieran sido satisfechas por el empresario concursado.

Esta conclusión se mantuvo por parte de algunas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, como las sentencias de 30 de junio de 2017¹²¹⁴ y de 31 de mayo de 2017¹²¹⁵ de la Sala de Castilla León.

La discrepancia, sin embargo, fue manifiesta, pues se dictaron otros pronunciamientos, incluso de la misma Sala de lo Social de Castilla León, que sostenían el criterio contrario, entendiendo que era posible ir más allá de los expuestos términos del apartado cuarto del artículo 149 LC. En este sentido destaca la STJS de Castilla León, Sala Social, de 7 de diciembre de 2016¹²¹⁶, que consideró que no era posible imponer al adquirente la responsabilidad solidaria por obligaciones laborales pendientes, anteriores a la transmisión, cuando dicha responsabilidad se había excluido en las condiciones pactadas para la adquisición y aprobadas por el juez del concurso.

En el mismo sentido se pronunciaba la STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de mayo de

¹²¹⁴STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 30 de junio de 2017 (Rec. 408/2017) [JUR 2017\200046].

¹²¹⁵STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 31 de mayo de 2017 (Rec. 340/2017) [ROJ: STSJCL 2163/201].

¹²¹⁶STJS de Castilla León, Sala Social, de 7 de diciembre de 2016 (Rec. 1404/2016) [AS 2016\1826].

2016¹²¹⁷, que insistió en la idea de que cuando el juez del concurso aprueba la venta de una unidad productiva, estableciendo, de forma expresa, que no existe sucesión de empresa y que, por lo tanto, no se imponen al adquirente las obligaciones de subrogación y de responsabilidad solidaria, no es posible obviar dicha resolución e imponer al adquirente una responsabilidad distinta.

Ambos pronunciamientos parten de que el conocimiento de la cuestión relativa a la posible existencia de una sucesión empresarial por parte del juez del concurso no es a nivel prejudicial, sino que se trata de una cuestión que entra plenamente dentro de sus competencias y, por lo tanto, vincula a los restantes órdenes jurisdiccionales, incluido el Social.

Los discrepantes criterios mantenidos por los distintos Tribunales Superiores de Justicia fueron superados desde febrero de 2018, fecha en la que, como sabemos, la cuestión fue objeto de un recurso de casación para unificación de la doctrina. La STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018¹²¹⁸ analiza el ámbito de responsabilidad de la empresa adquirente de una unidad productiva en el seno del concurso, cuando se ha producido una sucesión de empresa del artículo 44 TRLET.

Conviene destacar que la referida sentencia del Tribunal Supremo aborda esta cuestión desde la perspectiva de la legislación anterior a septiembre de 2014. De hecho, a lo largo del fundamento de derecho sexto destaca que la adición a la LC del artículo 146 bis LC, por la L 9/2015, no supone que “con anterioridad no se produjera sucesión de empresa en los supuestos de adjudicación de una unidad productiva en fase de convenio”.

En apoyo de este argumento destaca que el apartado IV del preámbulo de la referida ley consigna que no existe exoneración por deudas previas -artículo 146 bis LC- en casos especiales, como las deudas frente a los trabajadores, que siguen mereciendo una especial tutela, es decir que la no exoneración en las deudas frente a los trabajadores no se ha introducido *ex novo* por vía del artículo 146 bis, añadido por la L 9/2015, sino que se mantiene la tutela que antes se otorgaba a dichos créditos.

Comparto plenamente la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo y, especialmente, el hecho de que, ya antes de las reformas de los años 2014 y 2015, era incontestable la aplicación imperativa del artículo 44 ET a los supuestos de transmisión de unidades productivas en el seno del concurso.

Por otro lado, lo cierto es que, tras las referidas reformas legales de los años 2014 y 2015, se advirtió una mayor claridad legal al respecto. Este hecho se refleja, aunque no en todos los pronunciamientos de las Salas de lo Social, sí en algunos de ellos. A título de ejemplo, además de las Salas que ya venían reconociendo este efecto, como la de Cantabria o la de Castilla-León, la

¹²¹⁷STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de mayo de 2016 (Rec. 490/2016) [JUR 2016\155899].

¹²¹⁸STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de 18 de octubre de 2017¹²¹⁹ es buena prueba de ello. Tras analizar el contenido del artículo 146.bis. 4. 1ª LC, considera que la regla general de exoneración del pago al adquirente de las obligaciones pendientes del concursado, se excepciona en los casos en los que tenga lugar una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social, conforme dispone el artículo 149.4 LC. Por tanto, en estos casos, es decir, cuando se advierta una transmisión de una unidad productiva que reúna los requisitos propios de la sucesión empresarial, solo es posible exonerar al adquirente de las deudas que estén cubiertas por el FOGASA, pero no de las restantes, respecto a las cuales rige el artículo 44.3 ET.

En el mismo sentido se pronunciaron la STSJ de Galicia, Sala Social, de 16 de junio de 2017¹²²⁰ y la STSJ de Andalucía, Sala Social, de 22 de junio de 2017¹²²¹, que puntualizan que el artículo 149.4 LC no permite la exclusión de todo tipo de responsabilidad solidaria al adquirente de una unidad productiva, sino solo de aquellas obligaciones que hayan sido asumidas por el FOGASA. En consecuencia, en la resolución que aprueba la venta el juez del concurso no puede minorar la responsabilidad del adquirente más allá de lo dispuesto en el artículo 149.4 LC. Además, cuando haga uso de dicha posibilidad podrá, de forma paralela, acordar la no subrogación del FOGASA en el crédito laboral de los trabajadores, lo que determina que este pase a ser una especie de responsable directo -no subsidiario- que queda fuera de la lista de acreedores.

Ahora bien, como he dicho, la situación ha cambiado tras la promulgación del TRLC, que delimita el ámbito de responsabilidad por deudas tanto laborales como de Seguridad Social. Fija el concreto ámbito de la responsabilidad solidaria, limitándolo a la plantilla que haya sido objeto de subrogación y dejando, por lo tanto, al margen a los trabajadores que ya no formen parte de la misma por haber visto extinguidos sus contratos de trabajo.

¹²¹⁹STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de octubre de 2017 (Rec. 4177/2017) [AS 2018\9].

¹²²⁰STSJ de Galicia, Sala Social, de 16 de junio de 2017 (Rec. 325/2017) [JUR 2017\192453].

¹²²¹STSJ de Andalucía, Sala Social, de 22 de junio de 2017 (Rec. 2581/2016) [JUR 2017\229606].

VIII. CONCLUSIONES.

1.- El régimen jurídico del expediente de regulación de empleo concursal presenta significativas diferencias con el expediente laboral que se puede adoptar por parte de empresas que, aunque atraviesan dificultades económicas, pueden subsistir en el mercado, desarrollando su actividad al margen del concurso y, por tanto, sin verse sometidas a ninguno de los controles propios del ámbito concursal.

Las iniciales similitudes existentes entre el expediente concursal y el derogado procedimiento administrativo laboral, se han desdibujado a partir de las reformas del año 2012. Desde entonces, en el ámbito laboral, las empresas pueden acordar extinciones colectivas de contratos, al margen de la intervención pública administrativa. Es el empresario el que, con sujeción a los trámites legales y reglamentarios vigentes, puede adoptar la decisión de poner fin a las relaciones laborales cuando concurra una situación económica negativa, en los términos establecidos legalmente. En cambio, en el ámbito concursal, la decisión está sometida al control previo de la autorización judicial.

Dentro de las principales diferencias entre ambas regulaciones, la cuestión de mayor relevancia es la relativa a los efectos que se pueden derivar de la venta de la empresa en situación de concurso, de alguno de sus centros de trabajo o de alguna de sus unidades productivas en funcionamiento. En concreto, destaca el reflejo que pueden tener este tipo de operaciones en las relaciones laborales, que suele canalizarse a través del expediente de regulación de empleo, que, generalmente, las acompaña.

El articulado de la anterior LC ponía de manifiesto, de forma expresa, que la legislación concursal, durante la fase de concurso, persigue, como fines básicos, la conservación del patrimonio, de la actividad de la empresa y también la satisfacción de los créditos de los acreedores¹²²². En dicha fase se puede disponer de los bienes, de hecho, los actos de disposición patrimonial suelen autorizarse por el juez cuando suponen un aumento de liquidez de la empresa¹²²³, aunque, correlativamente, impliquen una modificación de los elementos que integran la masa activa¹²²⁴.

En segundo término, durante la fase de convenio, nuevamente, la ley tiende a velar por la

¹²²²GONZÁLEZ BILBAO, E., GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley concursal...*, op. cit., pp. 293-314.

¹²²³SERRA RODRÍGUEZ, A., Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”, op. cit., pp. 63-93.

¹²²⁴GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Comentario al art. 61”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de ...*, op. cit., p. 673.

conservación de la continuidad de la actividad. Para ello se proponen las quitas y esperas y también, la enajenación de bienes afectos a la actividad empresarial. Lo que se trata de obtener con ello es la recuperación económica de la empresa¹²²⁵.

Por último, en la fase de liquidación, aunque también está presente la necesidad de conservar el mayor número de puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores, el interés primordial sigue siendo la conservación de la empresa¹²²⁶.

En definitiva, el objetivo de la estabilidad en el empleo y la conservación de los contratos de trabajo, aunque son principios que están, lógicamente, ligados al interés de la conservación de la empresa, no constituyen una finalidad prevalente en el ámbito del procedimiento concursal. Por el contrario, la necesidad de disponer de liquidez, o incluso la propia continuidad de la actividad pueden hacer imprescindible la venta de bienes y en este escenario puede surgir la necesidad de extinguir las relaciones laborales de la plantilla o de adoptar otras medidas colectivas como admitían, expresamente, los artículos 148.4 y 149.1. 2ª LC y, ahora, el artículo 220.2 TRLC.

Estos objetivos y finalidades, como no podía ser de otro modo, siguen estando presentes en la regulación concursal, tras la aprobación del TRLC.

La venta de activos de una empresa en situación de concurso y el expediente concursal de regulación de empleo siguen perfilándose como operaciones legales que están intrínsecamente relacionadas entre sí. Aunque las referidas ventas pueden tener lugar al margen del expediente, también puede ocurrir que dichas operaciones generen la necesidad de solicitar medidas laborales, ya sean de reducción de la plantilla, suspensión de contratos de trabajo, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o medidas de traslado colectivo, como expresamente admite la regulación concursal. Este hecho dará lugar a que se accione el denominado expediente de regulación de empleo concursal.

Ahora bien, la operación de venta, que debe ser autorizada por el juez del concurso, puede contener los requisitos propios de una sucesión de empresa. Lo que se plantea entonces es si es posible aplicar a este tipo de ventas las consecuencias legales propias de la sucesión de empresas y si, como consecuencia de ello, es posible imponer a la adquirente las obligaciones legales derivadas. A continuación, paso a exponer las conclusiones alcanzadas respecto a estas cuestiones.

2.- Antes de abordar el tema de la sucesión de empresa dentro del concurso de acreedores,

¹²²⁵PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 485.

¹²²⁶ROJO BELTRÁN, E. y MERCADER UGUINA, J. “Comentario al art. 149”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Comentarios de ...*, op. cit, p. 2387.

haré una breve síntesis de las conclusiones relativas a los aspectos más relevantes del expediente de regulación de empleo concursal.

Resulta claro que el ámbito de aplicación del expediente de regulación de empleo concursal se ciñe a las medidas laborales colectivas, esto es, a las extinciones, suspensiones, reducción de jornada, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y traslados, que deriven de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

El inicial problema interpretativo que surge es la forma en que deben computarse los umbrales que determinan el carácter colectivo de las referidas medidas laborales, dado el silencio que, al respecto, guarda la normativa concursal. Se trata de una cuestión que tiene singular interés, ya que afecta tanto a la fase previa de adopción de las medidas como a la fase posterior de impugnación y puede generar un evidente riesgo de inseguridad jurídica, ya que puede llegar a alterar los criterios de atribución de la competencia jurisdiccional.

La delimitación del carácter colectivo de estas medidas debe efectuarse mediante una adecuada aplicación de la normativa laboral al ámbito concursal, incluyendo los criterios jurisprudenciales, tanto nacionales como europeos, que la interpretan, pues la legislación laboral en su integridad, es la normativa supletoria del ámbito concursal, tal como establece el artículo 169.2 TRLC.

De este modo, el carácter colectivo de las extinciones de contratos debe calcularse en función de los umbrales del artículo 51.1 TRLET, incluido el mínimo de los cinco trabajadores afectados. Las extinciones que no alcancen este umbral mínimo no deben seguir los trámites del expediente de regulación de empleo concursal, pues no están incluidas en ninguno de los parámetros de la Directiva 98/59, ni tampoco dentro de la legislación interna.

Carece de sentido extender la protección del despido colectivo a supuestos que están expresamente excluidos de la misma, ya que esto alteraría la propia dinámica concursal, que admite expresamente la adopción de medidas individuales de extinción de contratos al margen del concurso. El régimen de impugnación de las mismas está sometido a los ordinarios cauces del proceso laboral, en donde se puede cuestionar su posible improcedencia o nulidad, dando lugar, en caso de estimación, al reconocimiento de indemnizaciones superiores a las que podrían reconocerse en el concurso, que luego quedarán sometidas al régimen de prelación de créditos previsto en la normativa concursal.

Respecto a la unidad de referencia para el cálculo del número de trabajadores en el despido colectivo, resulta obligado aplicar los criterios derivados de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque, en este aspecto, sería conveniente una modificación del contenido del artículo 51.1 TRLET, a fin de adaptarlo a los referidos cánones europeos, ya que, a mi juicio, la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo no resulta conciliable con nuestra normativa

interna. Se ha introducido un dato numérico, que es el umbral mínimo de los veinte trabajadores, que nuestra normativa no exige. La trasposición de la normativa europea podría efectuarse sustituyendo directamente el término empresa por el centro de trabajo. Esto otorgaría una mayor protección y garantía de los derechos de información y consulta de los trabajadores, ya que se partiría de un ámbito temporal más amplio que el de la Directiva (noventa días) y de un ámbito material (el centro de trabajo), en principio, más restringido que la empresa, pero, por ello, más garantista con los referidos derechos de información y consulta.

De otra parte, en el cómputo han de excluirse determinadas extinciones contractuales como las derivadas de la ineptitud del trabajador, de su falta de adaptación a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo, siempre que sean ajustadas a la ley. No computarán las extinciones de los contratos temporales derivadas de la propia causa de temporalidad, aunque se incluyen aquellas extinciones de contratos temporales que sean fraudulentos. Tampoco se tienen en cuenta los despidos disciplinarios declarados procedentes, las extinciones contractuales derivadas de cláusulas debidamente consignadas, ni las derivadas de la incapacidad o de la jubilación del trabajador.

Se computan, sin embargo, los despidos derivados de fuerza mayor, de la extinción de la personalidad jurídica del empresario, los declarados nulos o improcedentes y los objetivos amparados en el artículo 52.c) TRLET.

Otra de las novedades respecto al cómputo de los trabajadores afectados es la inclusión de las denominadas “extinciones indirectas”, esto es, los casos en los que la extinción del contrato de trabajo derive de una previa modificación sustancial no transitoria de las condiciones de trabajo. Aunque no comparto dicho criterio, de acuerdo con la doctrina europea, en el concepto de “extinciones indirectas” no solo deben integrarse aquellas que se produzcan por la voluntad del trabajador como reacción frente a la previa modificación de sus condiciones de trabajo, derivada de una situación de crisis empresarial y que haya sido indemnizada como despido improcedente, sino también los supuestos de modificaciones sustanciales no transitorias que hayan afectado a elementos esenciales del contrato, sin necesidad de reacción extintiva del trabajador.

Por tanto, dentro de los umbrales del despido colectivo se computarán las modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato, aunque el trabajador no haya solicitado la resolución del mismo. También aquellas modificaciones que no tengan carácter sustancial y afecten a elementos esenciales del contrato y las que, siendo sustanciales, sin embargo, afecten a elementos no esenciales. En ambos casos se exige que el trabajador haya reaccionado frente a la decisión empresarial y haya obtenido la extinción de su contrato.

Me parece criticable la opción adoptada por la jurisprudencia europea, pues la equiparación de contratos en los que se han producido cambios sustanciales pero siguen vivos, a los contratos efectivamente extinguidos, solo podría producirse en los casos de negativa del trabajador a aceptar

el cambio, ya que, en caso contrario, en puridad, no habría extinción asimilada, sino que, únicamente, podría considerarse como novación contractual consentida por el trabajador, que, según mi criterio, no debería ser incluida en los umbrales del despido colectivo.

No obstante, considero que la doctrina europea es vinculante y que es obligado efectuar una interpretación conforme a la misma, lo que, sin lugar a dudas, generará indudables problemas en la práctica judicial, dada la necesidad de efectuar un análisis previo de las circunstancias en las que se han producido las posibles modificaciones de los contratos de la plantilla, a fin de verificar si se trata de trabajadores que deben ser incluidos o no en el cómputo del despido colectivo.

Por otro lado, en función de las concretas circunstancias de cada caso, es posible incluir en el cómputo de los umbrales del artículo 51 TRLET a los trabajadores en prácticas y también al personal directivo.

Respecto al personal directivo, será obligado examinar las concretas condiciones en las que presta servicios, de modo que, cuando ejerza su actividad bajo la dirección y control de otro órgano societario, perciba retribución y pueda ser destituido sin limitación, puede ser calificado como trabajador. Es decir, desde la perspectiva de nuestro derecho interno, será obligada su inclusión en los supuestos en los que se acredite la existencia de una relación laboral, que reúna los requisitos de voluntariedad, dependencia y ajenidad. Me parece de todo punto acertada esta interpretación, dado que, principalmente, el sometimiento al círculo rector del empleador hace que se trate de un trabajador más que integra la plantilla y que, como tal, debe ser incluido dentro de los umbrales que delimitan el despido colectivo, sin perjuicio de las concretas condiciones en las que se desarrolla su relación contractual. Sostener lo contrario podría desnaturalizar la protección que persigue tanto la normativa interna como la europea, que no es otra que salvaguardar los derechos de información y consulta en los procesos de despido colectivo. La exclusión de relaciones contractuales que, en definitiva, son puramente laborales, podría dejar sin efecto la tutela de los derechos inherentes a las mismas.

El personal en prácticas, por su parte, también entra dentro del concepto de trabajador del derecho de la Unión, por lo que su inclusión es obligada, con independencia de que realicen un menor número de horas de trabajo o perciban una retribución inferior.

Por último, también es posible la aplicación supletoria de la norma antifraude recogida en el artículo 51.1 TRLET al expediente de regulación de empleo concursal. La finalidad buscada por el legislador concursal es tener en cuenta no solo las extinciones producidas tras la declaración del concurso, sino también las anteriores que hubieran tenido lugar en el referido plazo de los noventa días previos a dicha declaración. Sostener lo contrario podría dar lugar a actuaciones fraudulentas que, utilizando la legislación concursal como norma de cobertura, no buscaran otra cosa más que

huir del procedimiento del expediente de regulación de empleo concursal que cuenta con la supervisión de la autoridad laboral.

Respecto a las causas que habilitan a la adopción de la medida de extinción colectiva de contratos de trabajo, se trata de causas objetivas que habrán de ser ponderadas, a pesar del actual silencio legal (art. 173 TRLC), de acuerdo con criterios de razonabilidad, pues será necesario considerar el concreto alcance que la situación de crisis económica de la empresa pueda tener sobre las relaciones laborales. No obstante, lógicamente, estos criterios de razonabilidad deben ser matizados por la compleja realidad económica de la situación de concurso de la empresa.

Finalmente, el expediente y también la competencia del juez del concurso vienen marcados por un dato temporal, que es la fecha de declaración de concurso, de modo que solo aquellas medidas de extinción colectiva de contratos posteriores a la declaración del concurso serán objeto de este expediente.

Las que, a dicha fecha, estuvieran tramitándose de acuerdo con el régimen laboral ordinario, seguirán los trámites del artículo 170 TRLC. El precepto ha adaptado la normativa concursal a la regulación del TRLET, omitiendo las referencias al extinto expediente de regulación de empleo que estaba sometido a autorización administrativa.

De este modo, en caso de que no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión a los trabajadores, las medidas deberán comunicarse inmediatamente al juez del concurso, a fin de que se sustancie una comparecencia para decidir sobre la conveniencia de continuar su tramitación. En el supuesto en el que se hubiera alcanzado un acuerdo o las medidas se hubieran notificado, corresponde a la administración concursal su ejecución y, en el caso de que, al tiempo de la declaración de concurso, las referidas medidas se hubieran impugnado judicialmente, ante la jurisdicción social, el procedimiento laboral debe seguir hasta la firmeza de la sentencia.

La regulación legal es, de todo punto, acertada, pues es evidente que, una vez declarado el concurso, es el juez concursal el que debe dirigir y supervisar todo el expediente de regulación de empleo. La declaración de concurso hace que el empleador pierda toda capacidad de maniobra respecto a la adopción de posibles medidas de reestructuración de la plantilla. De ahí que sea lógico que la normativa diferencie los supuestos en los que no se haya agotado el período de negociación de aquellos otros en los que, o bien conste acuerdo, o bien consten notificadas las medidas adoptadas por el empleador. Únicamente, en el primero de los supuestos, será necesario decidir si debe continuar su tramitación, ya que, en los dos restantes, lo procedente será ejecutar las medidas o esperar al resultado del procedimiento de impugnación judicial ante la jurisdicción social.

Por otro lado, como he dicho, en el expediente de regulación de empleo concursal se pueden adoptar otras medidas como la suspensión de los contratos de trabajo, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, reducciones de jornada o traslados.

Respecto a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada, la aplicación del expediente concursal se ciñe a las colectivas, que además deriven de causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, dejando al margen las relacionadas con la fuerza mayor.

Como he dicho, la nueva normativa -TRLR- ha modificado el sistema vigente respecto a la competencia del juez del concurso y al ámbito del expediente de regulación de empleo concursal. El artículo 53 TRLR define tanto las suspensiones de contratos de trabajo como las reducciones de jornada, en función del número de trabajadores afectados, de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral.

Por tanto, al margen de la corrección formal del instrumento empleado para adoptar la referida modificación, ya no es posible entender comprendidas dentro del expediente concursal las suspensiones de contratos ni las reducciones de jornada individuales.

En relación a estas medidas, destaca además la normativa publicada durante la situación de pandemia por COVID19, que reguló especialidades procedimentales para los supuestos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor y por causas económicas, organizativas y de la producción relacionadas con el COVID19. Igualmente se adoptaron medidas en relación a la prestación de desempleo de los trabajadores afectados, así como también en materia de cotización a la Seguridad Social.

Se trata de una serie de RDL que han tratado de dar una respuesta a la situación de emergencia de salud pública derivada de la pandemia internacional. La finalidad de los mismos es tratar de proteger y dar soporte al tejido productivo y social, a fin de minimizar el impacto de la pandemia y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca un rebote de la actividad a la mayor brevedad posible. La valoración de las mismas es claramente positiva, pues considero que están logrando las finalidades para las que han sido concebidas, es decir, permitiendo mantener, en la medida de lo posible, la liquidez del tejido productivo y frenando la salida del mercado de empresas que, siendo solventes, se están viendo claramente afectadas por esta excepcional situación.

De otra parte, respecto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo resulta destacable que la competencia del juez del concurso comprenda, únicamente, las que tengan carácter colectivo y, además, merezcan el calificativo sustancial.

De nuevo, la fecha de declaración de concurso es un dato clave para la atribución de competencia al juez del concurso. Su competencia solo incluye las que se tramiten y decidan tras la declaración concurso, quedando al margen aquellas otras que se hubieran acordado antes de dicha fecha. De ahí que una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo que haya sido tramitada, adoptada e incluso notificada antes del dictado del auto de declaración de concurso, no

sea competencia del juez del concurso, aun cuando su ejecución o sus efectos se vayan a producir después de esta declaración.

Finalmente, en lo que respecta a los traslados, también debe tratarse de medidas colectivas y el umbral temporal marcado por la fecha de declaración del concurso será el que delimite la competencia del juzgado de lo mercantil.

Por otro lado, existen otro tipo de medidas laborales sobre las que el expediente de regulación de empleo mercantil puede tener efectos. Se trata de las medidas de extinción de los contratos instadas por los trabajadores por causas relacionadas con la situación que atraviesa la empresa en concurso. Se trata de demandas de resolución contractual, que se hayan planteado ante los juzgados de lo social tras la fecha de solicitud del concurso, en las que todavía no haya recaído resolución judicial firme.

Una vez que se inicie el procedimiento de regulación de empleo concursal, estas demandas deben sujetarse a la regulación del artículo 185 TRLC. Es decir, el juzgado de lo social debe suspender el procedimiento a la espera de lo que se resuelva en el expediente mercantil y comunicar esta circunstancia a la administración concursal, a efectos del reconocimiento de un crédito contingente, en caso de que el auto que resuelva el expediente no lo apruebe.

Los trabajadores, por su parte, deben ser incluidos en el expediente concursal. En el improbable caso de que no consten en el mismo, es posible su inclusión, una vez se tiene conocimiento del procedimiento social pendiente. Finalmente, el auto que, en su caso, se dicte, producirá efectos de cosa juzgada.

La nueva normativa concursal ha aclarado y simplificado la anterior regulación, a nivel procedimental, pero además ha introducido una novedad. De acuerdo con la nueva regulación, debe tratarse de procedimientos en los que se ejercite cualquier tipo de acción resolutoria individual, que esté relacionada con la situación económica o de insolvencia empresarial, por lo que es posible incluir no solo las acciones resolutorias del artículo 50 TRLET, sino también las ejercitadas con amparo en los artículos 40.1 y 41.2 TRET, ampliando así su objeto de forma notoria.

Por lo demás, la norma sigue regulando un mecanismo de coordinación de las denominadas “extinciones extravagantes” y el expediente de regulación de empleo. Aunque no es una cuestión pacífica, la vía que emplea el precepto es la atracción de las acciones resolutorias al expediente de regulación de empleo concursal¹²²⁷. Se trata de evitar la huida del concurso, mediante un mecanismo atractivo que comienza con la obligada suspensión de las acciones resolutorias

¹²²⁷A favor de esta postura, Cfra. GONZÁLEZ DE PATTO, R. “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de Reforma”, *Revista de Derecho Social*, núm. 53/2011, pp. 79-80. En contra, DESDENTADO BONETE, A., *El concurso...*, op. cit., p. 71.

pendientes, a fin de que los trabajadores puedan ser incluidos en el expediente concursal, en el caso de que no lo estuvieran ya, quedando las acciones sociales finalmente vinculadas por la resolución que se dicte en el citado expediente. Se trata de una manifestación más de la fuerza atractiva del concurso, que trata de evitar la denominada huida del mismo para lograr una satisfacción generalizada y ordenada de todos los créditos. Además, es un adecuado mecanismo de coordinación que permite coherente el ejercicio de las acciones individuales con el proceso colectivo de regulación de empleo concursal.

Por su parte, el personal de alta dirección, como es lógico, también puede formar parte del expediente de regulación de empleo concursal. Respecto al mismo pueden adoptarse medidas colectivas de extinción, suspensión, reducción de jornada, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y traslados. Pero también pueden ser objeto de medidas individuales de extinción o de suspensión de contratos, que podrá adoptar la administración concursal (art. 186.1 TRLC). En este caso, el juez del concurso será quien resuelva las discrepancias, a través de los trámites del incidente concursal laboral.

Además, los artículos 186 y 188 TRLC admiten reducir las indemnizaciones de este personal y también aplazar su pago, circunstancia de todo punto lógica, dado el alto montante al que pueden ascender los respectivos importes en los contratos de alta dirección.

Por último, también podrán ser objeto de decisiones extintivas y suspensivas de carácter individual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, 11, 12 y 15 RPDA. Respecto al importe de las indemnizaciones, la finalidad prevista por el artículo 186 TRLC es desplazar la indemnización más alta que se pudiera haber pactado por otra de menor cuantía. Esta indemnización de menor cuantía será la del despido colectivo por causas objetivas en los casos en los que exista pacto indemnizatorio. Pero en aquellos otros casos en los que no se haya pactado nada, el límite se encuentra en la indemnización de siete días que prevé el artículo 11.1 RPDA. Hay que tener en cuenta que el RPDA es la norma que integra el régimen jurídico del personal de alta dirección y, en consecuencia, en defecto de pacto, lo lógico es que dicha normativa supla la falta de acuerdo expreso entre las partes.

En síntesis, el expediente de regulación de empleo concursal engloba una serie de medidas laborales colectivas de reestructuración empresarial tanto interna como externa. En concreto, lo que la normativa concursal trata de regular son los efectos que puede tener la declaración de concurso sobre las relaciones laborales. Pero, desde el punto de vista sustantivo, lo cierto es que los preceptos del TRLC apenas contienen algún pronunciamiento, girando más bien sobre aspectos procedimentales. Por ello, la normativa laboral será la que regule, básicamente, todas las cuestiones sustantivas y será de todo punto necesario para el operador jurídico verificar tanto la regulación legal laboral como los criterios jurisprudenciales nacionales y europeos. Esto determina que, aun

siendo la legislación concursal la norma especial sobre la materia (art. 57 TRLET), realmente, la normativa laboral es la que disciplina las medidas colectivas de flexibilidad interna y externa en la empresa en situación de concurso.

3.- Una vez expuesto el ámbito objetivo del expediente de regulación de empleo concursal, es obligado hacer una breve síntesis de las principales conclusiones alcanzadas respecto al procedimiento regulado en los artículos 169 a 185 TRLC, que, como hemos dicho, es el aspecto más relevante de la regulación concursal.

La legitimación activa para iniciar el expediente corresponde a la empresa concursada, a la administración concursal y a los trabajadores, si bien, estos últimos únicamente ostentan legitimación a través de su representación legal.

El expediente se inicia mediante una solicitud que ha de presentarse ante el juzgado de lo mercantil competente. En la misma deben constar las causas que sirven de base a las medidas solicitadas, así como los fines perseguidos y, además, ir acompañada de la documental acreditativa. Debe presentarse tras la emisión del informe de la administración concursal, salvo que la demora pueda comprometer gravemente la viabilidad de la empresa o el empleo, o causar grave daño a los trabajadores.

Respecto a la documentación que debe acompañar a la solicitud, debe aplicarse, como régimen legal supletorio, la legislación laboral común, esto es, lo dispuesto en el RPDC.

La solicitud será admitida a trámite, una vez que el juez compruebe que reúne los requisitos legalmente exigidos, siendo admisible la subsanación de defectos.

Acto seguido se abrirá el período de consultas, en el que regirá el deber de buena fe. Pero no será necesaria su apertura en los supuestos en los que la solicitud se presente acompañada del acuerdo suscrito entre la empresa y la representación legal de los trabajadores.

En el período de consultas intervendrá, la administración concursal, el concursado, con autorización del juez y los representantes legales de los trabajadores. Cuando no exista órgano de representación de los trabajadores regirá lo dispuesto en el artículo 41 TRLET, pero en el caso de que, dentro del plazo legal previsto, no se designe tal representación, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de tres miembros integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca. Se trata de una novedad respecto al régimen laboral común, que no prevé la intervención judicial en tales casos. El régimen concursal podría ser tenido en cuenta en una futura modificación del artículo 41.4 TRLET, a fin de coordinar adecuadamente los derechos de información y consulta de los trabajadores con la imposibilidad de paralización del proceso negociador en caso de falta de designación de la representación legal de los mismos.

Además, es posible la intervención de terceros que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, ya que tanto los trabajadores como la administración concursal pueden solicitar al juez su participación en el período de consultas.

En estos casos, el juez debe analizar las circunstancias fácticas concurrentes, pero solo a efectos de valorar la concurrencia o no de la causa alegada como fundamento de las medidas. Es decir, la única declaración judicial posible es la autorización o no autorización del despido. No es admisible, por tanto, una declaración de improcedencia de los despidos, ni tampoco que se acuerden indemnizaciones por importe equivalente al despido improcedente, ya que tales cuestiones, por razón de la materia, son competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción social.

Además, tras el dictado del auto que resuelve el expediente concursal, la cuestión relativa a la posible existencia de un grupo empresarial patológico puede plantearse ante los órganos de la jurisdicción social, pero siempre y cuando no suponga una impugnación del auto que haya acordado la extinción colectiva de contratos de trabajo. Esto es, pueden plantearse ante el orden social cuestiones relativas al abono de cantidades adeudadas derivadas de dicha extinción, pero no es posible atacar la resolución judicial firme del juez del concurso a través de esta vía.

En relación al desarrollo del período de consultas, aunque la normativa se expresa en plazos máximos de treinta y quince días, en función del número de trabajadores en plantilla, cabe que se exceda de los límites máximos previstos, cuando sea necesario para lograr un acuerdo. La normativa concursal, al igual que la laboral, otorga un valor preponderante a las consultas, con una finalidad clara, que es posibilitar la adopción de las medidas propuestas mediante el acuerdo de los interlocutores.

De otro lado, es necesario recabar informe de la Autoridad Laboral, que es preceptivo, aunque no vinculante y debe emitirse en el plazo máximo de quince días.

Por su parte, la resolución judicial reviste forma de auto y tiene un claro carácter constitutivo, como expresamente reconoce ahora el artículo 183 TRLC. En caso de que se haya alcanzado un acuerdo en el período de consultas, el auto debe aceptarlo, aunque previamente, debe realizar un preceptivo control formal. Además, también, debe verificar que no concurren vicios del consentimiento, como dolo, fraude, coacción, abuso de derecho o maquinación fraudulenta para la obtención indebida, por ejemplo, de prestaciones de desempleo.

El referido control no puede extenderse, sin embargo, a aspectos relacionados con la procedencia o la oportunidad de las medidas acordadas. Se trata de cuestiones que no es posible soslayar, pues, aunque el posible acuerdo entre los interlocutores sociales y la administración concursal tiene una importancia capital y, sin duda, favorecerá la aceptación de las medidas por parte de la plantilla, no es posible ni deseable obviar el referido control previo de validez tanto material como formal.

Se trata de una medida de control previo que no solo viene impuesta por el sometimiento del juez a la ley y por la necesidad de proteger a la parte más débil, que está constituida, sin duda, por los trabajadores que no pueden participar en el período de consultas más que a través de su representación legal, sino que, además, es un medio de evitar la posible conflictividad futura.

En cuanto a las indemnizaciones, si existe acuerdo en el período de consultas, deberán fijarse en el mismo, pero siempre teniendo en cuenta los límites mínimos que vienen impuestos por la legislación laboral. Cabe, sin embargo, que se pacten indemnizaciones superiores, tras una adecuada ponderación de intereses afectados en el concurso, siempre que no sean lesivas para los referidos intereses. Lo que no es posible es que se pacten indemnizaciones por debajo de los límites fijados en el TRLET, ya que se trata de mínimos de derecho necesario que no es posible obviar ni siquiera por la especial situación de concurso de la parte empleadora.

Por último, resulta obligado hacer una mención a los recursos que caben contra el auto que resuelve el expediente concursal laboral.

Frente a dicho auto cabe recurso de suplicación. Los sujetos legitimados para ello son el concursado, la administración concursal, el FOGASA y los representantes legales de los trabajadores. Los trabajadores individuales, sin embargo, no ostentan legitimación directa para impugnar el auto dictado por el juez mercantil ante la correspondiente sala de lo social.

Ahora bien, aunque a buen seguro esta cuestión será objeto de discusiones tanto doctrinales como judiciales, considero que la nueva regulación concursal atribuye ahora a los trabajadores individuales la posibilidad de impugnar el auto a través del incidente concursal laboral. Así lo establece el actual artículo 541 TRLC, que admite, implícitamente, que los trabajadores individuales puedan impugnar el auto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de traslado, de extinción, de suspensión o de reducción colectiva de contratos de trabajo, a través de la vía del incidente concursal laboral. El citado artículo 541 TRLC, ya no recoge la anterior limitación del artículo 64.8.2 LC, a las cuestiones que se refieran estrictamente a la relación laboral individual, sino que establece que se sustanciarán a través de este trámite todas las acciones que los trabajadores o el FOGASA ostenten contra las referidas resoluciones judiciales.

Dejando al margen la cuestión relativa a la corrección formal del instrumento normativo a través del cual se ha introducido el cambio, lo cierto es que se trata de un instrumento procesal que puede corregir la situación de indefensión material que se advertía en la anterior legislación. Los trabajadores individuales estaban privados de la posibilidad de articular una adecuada defensa de sus concretos intereses, pues tenían cerrada la vía de la impugnación directa del auto, lo cual era lógico, pero tampoco podían cuestionar más que concretos aspectos particulares de su relación individual, a través del referido incidente concursal laboral. El nuevo escenario, sin duda, favorece su derecho de defensa.

Por último, en términos generales, la normativa concursal regula un procedimiento marcado por la concentración en el juez del concurso de la facultad de decidir sobre las medidas de flexibilidad interna y externa en la empresa en concurso. Se trata de una competencia que recuerda a las anteriores facultades de la Autoridad Laboral respecto a las medidas de regulación de empleo. Al margen de esta singularidad, la tramitación, en sí, es bastante similar a la laboral, destacando en ambos casos el central papel que tiene el proceso de negociación o consultas.

4.- En lo que respecta al régimen legal español en materia de sucesión de empresas en supuestos de concurso, he de indicar que la Directiva europea 2001/23/CE, se ocupa de la regulación de la sucesión de empresa en el ámbito concursal. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1, esta institución no será de aplicación a las empresas en situación de quiebra o insolvencia, salvo que la legislación interna del Estado Miembro disponga lo contrario.

Cabe que la legislación interna establezca que la sucesión se aplique a estos supuestos con todas sus garantías, o que solo se imponga una responsabilidad moderada o limitada que, en todo caso, ha de respetar el límite de la protección equivalente que dispensa la Directiva 80/987/CEE, en relación a la protección de los trabajadores asalariados en casos de insolvencia. Por último, también es posible que se pacten nuevas condiciones laborales (art. 5.1.b).

Por tanto, la regla general es la inaplicación de las garantías inherentes a la sucesión (art. 5.1) y la excepción a dicha regla es que el Estado Miembro establezca, de forma expresa, la aplicación de la normativa de la sucesión (art. 5.1), ya sea de forma íntegra o limitada, o bien pactando nuevas condiciones contractuales [art. 5.2 a) y b)].

En nuestro ordenamiento jurídico, la situación legal se ha clarificado tras las reformas operadas en la LC durante los años 2014 y 2015. A través de ellas se introdujo el artículo 146.bis.4. 1ª LC, que contenía una regla general, por la que se podía exonerar al adquirente de una unidad productiva del pago de las obligaciones laborales y de Seguridad Social que estuvieran pendientes y que fueran anteriores a la operación jurídica de transmisión.

La regla general tenía varias excepciones. En primer lugar, se excepcionaba el supuesto de que el adquirente asumiese, de forma voluntaria, dicha obligación de pago.

En segundo término, que el adquirente fuera una persona especialmente relacionada con el concursado y, por último, se añadía el caso de existencia de disposición legal en contrario.

Partiendo de esta regulación, resultaba claro que todas las transmisiones de empresas en situación de concurso estaban sometidas al régimen de la sucesión de empresa, ya que en nuestro ordenamiento existe una disposición legal en contrario a la regla general del artículo 146 bis.4. 1ª LC, que es el artículo 44 TRLET.

Esta circunstancia permitía concluir que en nuestro ordenamiento existía la norma en

contrario a la que alude el artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 y que la misma adoptaba un régimen de responsabilidad limitada. Es decir, solo permitía exonerar al adquirente de la parte de los créditos por salarios o indemnizaciones, anteriores a la enajenación, que fuera asumida por el FOGASA, acogiendo las opciones a) y b) del artículo 5.2 de la referida Directiva 2001/23.

El nuevo TRLC unifica la regulación de las enajenaciones de las unidades productivas y la simplifica. Define la unidad productiva y regula el procedimiento de enajenación y sus concretos efectos, cualquiera que sea la fase en la que se produzca. Ya no es necesario acudir a normas de derecho supletorio, como las contenidas en la regulación de la fase de liquidación sin plan, sino que todo el régimen de la sucesión de empresa se encuentra regulado en el capítulo segundo del título cuarto del libro primero del TRLC, por lo que la remisión del artículo 57 TRLET a las especialidades de la legislación concursal, debe entenderse referida a los artículos que esta comprende, esto es, los artículos 200 a 225 TRLC.

De este modo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 TRLC, la unidad productiva se define como el conjunto de bienes y derechos organizados para el desarrollo de una actividad económica esencial o accesoria.

La normativa impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que tengan lugar dentro del procedimiento concursal y que tengan por objeto una unidad productiva, es decir, un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica, ya sea esencial o accesoria, tal como establecen los artículos 200 y 221.1 TRLC, que, expresamente, fijan que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se entenderá que existe una sucesión de empresa tanto a efectos laborales como de Seguridad Social.

El TRLC regula, de forma unificada, las obligaciones de subrogación y la responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a) de la Directiva, esto es, limitando la responsabilidad mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

La obligación de subrogación se recoge en el artículo 222 TRLC, que impone la subrogación de los contratos afectos a la continuidad de la actividad de la unidad productiva objeto de enajenación.

Por su parte, la responsabilidad por créditos pendientes se regula, íntegramente, dentro del artículo 224 TRLC, dejando atrás la remisión a preceptos supletorios que generaban cierta confusión.

La nueva regulación deja clara la opción legislativa. Es evidente ahora que el legislador ha hecho uso de la opción prevista en el artículo 5.2.a) de la Directiva de 2001. La norma expresa en contrario se encuentra en la propia legislación concursal, que impone la aplicación del régimen de la sucesión de empresa a las transmisiones que comprendan un conjunto de medios organizados para

el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio. Además, la normativa regula, de forma unificada, las obligaciones de subrogación y de responsabilidad solidaria por créditos pendientes, en la forma admitida por el citado artículo 5.2.a), esto es, limitando la responsabilidad mediante un sistema de protección de los trabajadores equivalente al dispensado por la Directiva 80/987/CEE.

La valoración que merece la refundición normativa es claramente positiva en este punto, dado que, al margen de las cuestiones polémicas, a las que haré referencia más adelante, lo cierto es que clarifica, de forma definitiva, la cuestión de la opción legislativa española. Se impone un régimen que podríamos denominar híbrido, ya que, si bien se admite su aplicación a los supuestos de declaración de concurso, sus efectos están claramente limitados, tanto a nivel de responsabilidad solidaria como en el ámbito de la obligación de subrogación.

Se trata de una opción legislativa, desde luego, válida, pero, a mi juicio, no del todo deseable, ya que genera efectos perniciosos para los trabajadores que conforman el capital humano de la empresa en concurso. Hay que tener en cuenta que la sucesión de empresa introduce dentro de la relación contractual entre el empleador concursado y su plantilla, a un tercero, que es ajeno a la referida situación de crisis. La asunción de una unidad productiva marcada por la indicada situación de crisis económica, no constituye una situación fáctica que, por sí misma, pueda habilitar a la modificación del régimen impuesto por una norma de derecho necesario como es el artículo 44 TRLET, por mucho que existan intereses económicos ligados a la posible refluotación de la unidad. El capital humano también debe ser un interés preponderante, no solo en el ordenamiento jurídico laboral, sino muy especialmente, también en el ámbito concursal.

5.- Partiendo de esta conclusión inicial, de que el instituto de la sucesión es aplicable a las empresas en situación concursal, es obligado examinar el propio concepto de sucesión empresarial y establecer las conclusiones básicas que permitan identificarlo en la práctica jurídica.

Se trata de una cuestión es ciertamente compleja. El concepto de sucesión de empresa ha tenido una evolución no siempre constante. Inicialmente, el legislador europeo ligó el concepto de sucesión al traspaso de los elementos materiales organizados para llevar a cabo una actividad económica.

La jurisprudencia europea, sin embargo, se inclinó por una concepción funcional, ligada a la actividad. De acuerdo con esta interpretación, la falta de transmisión de elementos materiales, no impedía apreciar la existencia de una sucesión empresarial.

No obstante, el Tribunal de Justicia acogió después el concepto de sucesión del legislador europeo, abandonando las iniciales posturas funcionales y el elemento material volvió a ser determinante.

Más recientemente, el Tribunal europeo ha matizado sus iniciales pronunciamientos respecto al elemento material. De este modo, en actividades esencialmente materializadas, la falta de transmisión de elementos objetivos o materiales no excluye la sucesión de empresa, por lo que en tales casos será necesario examinar las concretas circunstancias concurrentes, así como las razones de la referida falta de transmisión.

También puede suceder que la plantilla sea el preponderante para el desarrollo de la actividad, es decir, cabe la posibilidad de que la sucesión se produzca como consecuencia de la asunción de la plantilla. Existen determinados sectores económicos en los que los elementos materiales están reducidos a la mínima expresión y en los que la actividad empresarial se basa en la mano de obra. En este tipo de ámbitos, un conjunto organizado de trabajadores, específicamente destinados a una actividad común, de forma estable, puede constituir una unidad económica.

En definitiva, para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para dar lugar a una transmisión de empresa, es obligado tomar en consideración todas las circunstancias de hecho características de la misma, teniendo en cuenta que, en la actualidad, se ha flexibilizado mucho el inicial criterio material, que, en determinadas ocasiones, no es más que un elemento a tener en cuenta dentro del examen global de las circunstancias concurrentes.

Se trata de una cuestión que presenta una indudable complejidad en la práctica judicial, pues no siempre es fácil dilucidar si, en función del conjunto de elementos fácticos que constan, se ha transmitido un conjunto organizado de medios materiales y humanos, susceptible de configurar una sucesión de empresa. Quizá hubiera sido deseable, en aras a la seguridad jurídica, que el legislador español no se hubiera limitado a trasponer, prácticamente, de forma literal, la definición de sucesión de la Directiva europea y hubiese optado por una fórmula más amplia en la que se identificasen, con mayor precisión, los elementos que la delimitan y definen.

6.- Por otro lado, antes de abordar la cuestión relativa a la sucesión de empresa en el ámbito concursal, es necesario efectuar unas breves conclusiones respecto a los efectos jurídicos derivados de la sucesión fuera de dicho ámbito.

En términos generales, podemos identificar dos consecuencias jurídicas básicas que derivan de la sucesión de empresa.

De una parte, está la obligación de subrogar al personal afectado y, de otra, la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente.

Respecto a la obligación de subrogar al personal de la anterior empresa, en primer lugar, la sucesión no determina la extinción del contrato de trabajo. Por el contrario, cuando concurren los requisitos legamente exigidos, el deber de subrogar opera por imperativo legal y al adquirente se le impone la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario cedente. Si se incumple

esta obligación, se produce un despido, ya que el cambio de titularidad no puede ser motivo para extinguir los contratos de trabajo.

En segundo lugar, la sucesión exige que el contrato de trabajo se encuentre vivo (art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y 44 TRLET). Solo en este caso es posible que se produzca la novación subjetiva, ya que esta no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas.

En tercer término, la sucesión solo opera en el concreto ámbito que se encuentre comprendido en la operación jurídica. Por ello, en supuestos en los que esta comprenda determinadas unidades productivas en funcionamiento, solo beneficia a aquellos trabajadores que formen parte de la unidad transmitida y no a otros, que no presten servicios en aquella.

No obstante, esta regla tiene una excepción. Se trata de los trabajadores que presten servicios, de forma indistinta, para varias unidades dentro de la misma empresa. El deber de subrogación, en este caso, alcanzará a aquellos que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva transmitida, aun cuando no estén formalmente adscritos a la misma.

Por último, la obligación de subrogar no rige en los supuestos en los que la relación laboral se ha extinguido válidamente antes de la fecha del traspaso, aunque sí lo hará en los casos de extinciones que se hayan acordado en fraude de ley. Esto es, cuando se pruebe que, antes de la concertación del negocio jurídico determinante de la sucesión, se han producido extinciones contractuales al margen de las causas legales justificadas con la única finalidad de evitar la aplicación de la obligación de subrogación.

En suma, la normativa laboral reconoce a los trabajadores una garantía de permanencia en la empresa en los casos de cambio de titularidad, que actúa como elemento neutralizador de la posible extinción de la relación laboral. A mi juicio, la garantía está correctamente delimitada. En términos generales, al margen de supuestos puntuales, se ciñe al personal que presta servicios en la unidad que haya sido objeto de transmisión. Es importante tener en cuenta esta circunstancia, ya que la imposición de un deber de subrogación sobredimensionado, especialmente, en los supuestos de empresas en concurso, como se observa en algunos pronunciamientos judiciales del orden social, puede ser la base de la modificación legislativas que tratan de sustraer la competencia natural de este orden para el conocimiento de las cuestiones relacionadas con la sucesión de empresa y el deber de subrogación del nuevo adquirente.

7.- En cuanto a la normativa aplicable a las relaciones laborales, una vez producida la transmisión de empresa, el convenio colectivo en vigor al tiempo de la misma continuará rigiendo las relaciones laborales, incluso durante su eventual ultraactividad.

Por tanto, solo dejará de aplicarse en los casos en los que pierda vigencia como

consecuencia de la entrada en vigor de uno nuevo, o en aquellos otros en los que exista un pacto entre la empresa y los legales representantes de los trabajadores, que así lo establezca de forma expresa.

El respeto de las condiciones laborales del convenio colectivo de la anterior empleadora no impide que las condiciones futuras puedan ajustarse a las nuevas normas pactadas por el nuevo empresario. Este mismo efecto se puede producir cuando, el convenio colectivo de la cedente hubiera perdido vigencia antes de la transmisión y el aplicable en la cesionaria, globalmente, considerado suponga una mejora de las condiciones laborales de la plantilla, lo que supone una excepción al principio de contractualización de las condiciones laborales.

Por último, es posible que, con ocasión de la transmisión empresarial, se adopten determinadas medidas laborales por la empresa cesionaria, de conformidad con lo previsto en el apartado noveno del artículo 44 TRLET.

Ahora bien, se ha de dar cumplimiento a la tramitación ordinaria prevista para cada una de ellas. Esto es, no solo las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica, sino también los despidos colectivos o las suspensiones de los contratos de trabajo, deben sustanciarse de acuerdo con su normativa respectiva, esto es, conforme a las prescripciones de los artículos 40, 41, 51, 52 y 47 TRLET.

Otras medidas de menor calado, como son los traslados individuales o plurales, que no alcancen los umbrales del artículo 40 TRLET, las modificaciones sustanciales individuales o plurales que se sitúen por debajo de los límites del artículo 41 TRLET, así como otras medidas, que no generen una importante modificación de las condiciones laborales previas, quedarán sujetas al procedimiento de consultas que regula el apartado noveno del artículo 44 TRLET.

8.- Por otro lado, acaecida la sucesión, el órgano de representación de los trabajadores se mantiene siempre y cuando se mantenga la unidad en la que el trabajador fue elegido y el ámbito electoral subsista como entidad económica autónoma.

La autonomía que exige la normativa es una autonomía a efectos electorales. Por tanto, el mantenimiento del mandato representativo no depende de la transmisión, sino de las circunstancias en las que esta se produce, ya que la representación del personal no puede quedar afectada por un acto discrecional del empresario.

9.- De otra parte, el segundo efecto básico, que deriva de la sucesión empresarial, es la responsabilidad solidaria de la nueva empresa. En principio, la obligación comprende los créditos laborales no satisfechos, que hayan nacido antes del negocio traslativo y que estén dentro del concreto ámbito en el que la sucesión tenga lugar.

Se trata de una garantía para el cobro de los créditos de los trabajadores y también para los empresarios adquirentes, ya que la obligación se encuentra limitada temporalmente. El artículo 44.3 TRLET establece un plazo de tres años. Se trata de un plazo especial de caducidad y no de prescripción, es decir, un plazo para el ejercicio de la acción frente al adquirente. Ahora bien, la deuda salarial está sujeta además al plazo de prescripción general de un año del artículo 59.1 TRLET. Por tanto, el referido plazo de caducidad solo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario. De este modo, la responsabilidad del adquirente solo se puede reclamar durante los tres años posteriores a la sucesión empresarial y requiere que la acción frente al transmitente esté necesariamente viva.

En lo que respecta al ámbito de la responsabilidad solidaria, resulta claro que se extiende a los contratos de la plantilla de la unidad que haya sido objeto de transmisión. Por tanto, están incluidos todos los trabajadores y no solo a los que hayan sido subrogados. Se trata de una diferencia fundamental entre el deber de subrogación y la responsabilidad solidaria. Mientras el primero solo afecta a las relaciones laborales vivas, la segunda, comprende todos los contratos ligados a la unidad transmitida, lo que incluye los créditos derivados de contratos que ya se hubieran extinguido al tiempo de la transmisión.

Se trata de una responsabilidad que, sin duda, encarece las operaciones de transmisión, circunstancia que adquiere una singular relevancia en el concurso de acreedores. Por ello, es deseable que el legislador concursal aclare -a través de un instrumento hábil para ello, tal como luego expondré-, si, en este concreto punto, la responsabilidad del adquirente es la ordinaria que prevé el artículo 44.3 TRLET, en la interpretación judicial que se ha dado al precepto, o si, por el contrario, existe alguna especialidad al respecto.

Desde luego, se trata de una cuestión central dentro del régimen de la sucesión. Una válida aclaración legislativa evitaría multitud de reclamaciones judiciales y aportaría seguridad jurídica a las operaciones de transmisión que se realizan en sede concursal.

10.- Una vez delimitadas las obligaciones y garantías derivadas del instituto de la sucesión de empresa, es el momento de exponer las conclusiones relativas al ámbito concursal.

En primer lugar, abordaré la competencia para decidir si una operación de venta autorizada por el juez del concurso constituye o no una sucesión de empresa.

En este punto existe un hito fundamental que es la promulgación del TRLC. Antes de la aprobación del mismo, el sistema legal vigente era el siguiente.

La cuestión relativa a la existencia de una sucesión empresarial era claramente una materia propia de la jurisdicción social tanto en los casos en los que la misma se plantease dentro del expediente de regulación de empleo mercantil como en aquellos otros en los que surgiese con

posterioridad al dictado del mismo, en relación a reclamaciones de salarios o indemnizaciones que pudieran adeudarse por parte de la concursada. Sobre esta materia fueron múltiples los pronunciamientos judiciales, primero de las salas de suplicación y luego de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que determinó, de forma clara, el ámbito de competencia de la jurisdicción social.

Ahora bien, cuando la cuestión se planteaba de forma directa dentro del ámbito del expediente de regulación de empleo concursal, creo que el juez de lo mercantil debía resolverla como cuestión prejudicial social previa. La resolución que, al respecto, dictase el referido órgano judicial era un pronunciamiento previo y necesario para poder determinar luego los efectos derivados de la posible sucesión empresarial, en concreto, para poder limitar la responsabilidad solidaria respecto a los créditos de los que debía responder el FOGASA.

Debíamos tener en cuenta que cuando se preparaba una operación de venta de una unidad productiva y, paralelamente, debía sustanciarse un expediente de regulación de empleo concursal, el juez mercantil tenía que fijar en su resolución los elementos fácticos que acompañasen a la referida operación de venta, dejando constancia de aspectos materiales, inmateriales y personales que eran objeto de transmisión, ya que, todo lo relativo a la existencia de una posible sucesión de empresa, podía suscitarse en el recurso de suplicación frente al auto. Por ello era necesario que la correspondiente sala de lo social contase con un relato fáctico que le permitiese examinar si, efectivamente, nos encontrábamos ante un supuesto de sucesión empresarial. Desde mi punto de vista, era razonable considerar que era necesario este pronunciamiento el juez mercantil, básicamente, porque suponía el punto de partida de la siguiente decisión que se debía adoptar, que no era otra que la posible limitación de la responsabilidad solidaria en los casos en los que se apreciase la existencia de sucesión empresarial.

La cuestión, como digo, podía llegar a luego la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación. La impugnación directa del mismo solo la podía ejercitar la administración concursal, el concursado, el FOGASA y los trabajadores a través de sus representantes legales. Por su parte, los trabajadores individuales tenían la vía del incidente concursal laboral, pero a través del mismo, únicamente, podían cuestionar aspectos de su relación laboral individual y no otras cuestiones relacionadas con la legalidad del auto, lo que excluía la posibilidad de que planteasen cuestiones relacionadas con la sucesión de empresa.

En segundo término, cuando se reclamaban responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido, como indemnizaciones o salarios adeudados, la competencia para conocer de la posible existencia de una sucesión de empresa también correspondía a la jurisdicción social, aunque la resolución se hubiera dictado por el juez del concurso.

Esta conclusión, lejos de generar problemas, solucionaba diversas cuestiones relacionadas

con los créditos de los trabajadores. Hay que tener en cuenta que cuando se entablaban estas demandas, generalmente, los créditos laborales ya estaban clasificados. Lo que se pretendía lograr era el cobro de los créditos por la vía de la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente. Se trataba de cobrar, al margen del procedimiento concursal y sus normas de prelación de créditos, pero, con ello, no se ocasionaba ningún perjuicio al régimen concursal, pues la satisfacción del crédito se exigía a una empresa distinta. La única consecuencia negativa, de cara al concurso, era el posible encarecimiento final de las operaciones de venta.

También podía ocurrir que la incertidumbre respecto al concreto coste final que este tipo de operaciones, dificultase o redujese las mismas. Estas dificultades no eran fáciles de vencer, sobre todo porque el análisis de la existencia de una posible sucesión de empresas se efectuaba una vez se aprobaba la concreta operación y se fijaban las responsabilidades correspondientes. Pero, al menos desde la perspectiva laboral, no era posible obviar, el efecto de justicia material que se producía, ya que la unidad productiva objeto de transmisión comprendía no solo activos materiales, sino también personales. Entre ellos se encontraba la plantilla, con todas las obligaciones inherentes a la misma, lo que, lógicamente, incluía salarios y demás créditos adeudados, que, tras la operación de compra, eran obligación de la nueva adquirente, por imperativo del art. 44 TRLET, en los casos en los que concurriesen los requisitos determinantes de una sucesión empresarial.

Por último, era obligado concluir que lo que no cabía era interponer una demanda de despido que tratase de impugnar la decisión adoptada por el juez del concurso, ya que este tipo de acciones eran competencia del juez de lo mercantil y solo podían acceder a la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación.

El TRLC, ha introducido dos cambios de singular relevancia en la materia.

En primer lugar, el artículo 221.2 TRLC atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva para resolver sobre la posible existencia de una sucesión de empresa. La literalidad del precepto no excluye ningún supuesto, por lo que, en principio, parece que se trata de una norma que trata de centralizar esta cuestión en el orden civil, atribuyendo la competencia de forma exclusiva y excluyente, al juez del concurso.

La opción legal, sin embargo, choca frontalmente con los criterios jurisprudenciales de distribución de competencia de la Sala Cuarta. Introduce un elemento que no estaba recogido en los textos legales vigentes de cuya refundición se ocupa y que había dado lugar a un amplio debate jurisprudencial. Esta circunstancia me suscita serias dudas de que el instrumento legal elegido, esto es, un real decreto legislativo, sea el adecuado para ello. La introducción de una norma que atribuye la competencia exclusiva al juez del concurso para conocer de una materia que es propia del orden social por naturaleza, creo que excede de los términos en los que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido.

El artículo 221.2 TRLC no es una norma que simplemente aclara la cuestión, ni tampoco puede considerarse como un precepto que viene a integrar una laguna legal, que había dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el social. Por el contrario, el TRLC ha introducido una norma que no existía antes el sistema y que contradice una doctrina legal consolidada en el orden jurisdiccional social. Ninguno de los artículos que refunde (arts. 146 bis y 149 LC) hacía mención a la competencia del juez del concurso. Tampoco podía entenderse incluida en el concreto ámbito de competencia excepcional del juez del concurso que establecían los artículos 86 ter LOPJ y 8 LC, por lo que no es sostenible que la norma del artículo 221.2 TRLC derive de las referidas reglas legales de distribución de competencia.

Por tanto, la atribución de competencia al juez del concurso exigía el uso de un instrumento legislativo adecuado y no la vía el real decreto legislativo a través de la que se ha introducido en nuestro sistema normativo.

Al margen de ello, la sustracción de la referida competencia al orden social no está justificada ni, por lo tanto, contribuye a dar una mayor seguridad jurídica, pues, como antes expuse, existe una jurisprudencia consolidada en la Sala Cuarta, que ha ido perfilando el ámbito concreto de la competencia de la jurisdicción social sobre la materia. Las reclamaciones económicas y aquellas que versen sobre responsabilidades derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido son competencia, por razón de la materia, de la jurisdicción social. En tales casos, la posible resolución dictada en el orden civil no será vinculante, pues se habrá dictado solo a efectos prejudiciales. En cambio, si se ataca la validez del despido colectivo acordado por el juez concursal, la competencia será del orden civil.

Parece evidente que la nueva norma trata de centralizar la competencia relativa a la sucesión de empresa en el juez concursal, pensando en la delimitación del perímetro que comprende la sucesión. Se trata de evitar la aplicación de los criterios jurisprudenciales sociales que extendieron los efectos económicos de la misma, más allá del concreto ámbito de la unidad productiva objeto de venta, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad por deudas salariales o indemnizatorias derivadas de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión. La técnica empleada para el logro de este objetivo me parece, de todo punto, rechazable.

La institución de la sucesión de empresa es un fenómeno puramente laboral, como ya he dicho. Pero, conforme establece el artículo 57 TRLET, a la misma se aplicarán las especialidades previstas en la legislación concursal.

Desde luego, la legislación concursal puede y debe establecer las especialidades que el legislador considere conveniente. Los órganos jurisdiccionales sociales están obligados a acatar dicho mandato legal, por imperativo del artículo 57 TRLET. Por ello, si lo que se pretende es dotar de unidad al sistema concursal y evitar la extensión de las responsabilidades, más allá de lo

expresamente querido por el legislador concursal, no era necesario más que aclarar los concretos límites de la referida responsabilidad, sin necesidad de modificar las normas de atribución de competencia. Máxime cuando se ha hecho uso de un instrumento normativo no habilitado para ello. En definitiva, la sustracción de la competencia de la jurisdicción social no está justificada.

En cualquier caso, debo destacar el nuevo TRLC no modifica el régimen de los recursos que caben contra el auto que dicta el juez en el expediente de regulación de empleo concursal. Por ello, la cuestión va a tener acceso al recurso de suplicación y, en definitiva, seguirá siendo revisada por la jurisdicción social.

Por su parte, el contenido del actual artículo 220.2 TRLC alude, de forma genérica, a que la operación de enajenación implique la necesidad de adoptar las medidas colectivas laborales, ordenando que, en ese caso, se esté a lo dispuesto en materia de contratos. Por tanto, cabe que las medidas laborales se adopten antes de que se apruebe la adjudicación de la concreta unidad productiva y que la cuestión de la existencia de una sucesión empresarial se suscite a lo largo del expediente de regulación de empleo. En este caso, será posible que la cuestión llegue a la jurisdicción social por la vía del recurso de suplicación, no solo a través del recurso directo, sino por la vía incidental del artículo 541 TRLC.

Por último, la posible sucesión no podrá llegar a la jurisdicción social en aquellos casos en los que el concreto pronunciamiento relativo a la misma se haya emitido antes o después de la adopción de las medidas colectivas laborales, ya que el auto que apruebe la transmisión de la unidad productiva no es susceptible de recurso de suplicación.

11.- Una vez que el juez de lo mercantil analiza la cuestión relativa a la existencia de la sucesión, si la conclusión que alcanza es positiva, se impone perfilar los concretos deberes y obligaciones que surgen para la nueva adquirente.

En primer lugar, aunque la obligación de subrogación del personal sigue vigente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 220.2 TRLC, lo cierto es que está muy matizada en el ámbito concursal, ya que, como hemos visto, existe la posibilidad de tramitar un expediente de regulación de empleo en el que se puede acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Es evidente que la normativa sigue pensando en la necesidad de aligerar la carga laboral de la unidad productiva que va a ser objeto de transmisión y que la obligada tramitación del procedimiento, con supervisión de la autoridad judicial, es una garantía para los trabajadores. Cuando esto ocurre, es usual que los trabajadores afectados susciten, ante el orden social, la posible concurrencia de una sucesión empresarial, una vez tienen constancia de la venta de la unidad a la que estaban adscritos.

Al margen de las cuestiones formales antes apuntadas, cuando el expediente extintivo se ha tramitado de conformidad con los parámetros legales que ahora definen los artículos 169 a 189

TRLC, la ulterior aprobación de la venta de una unidad productiva solo determina la subrogación del personal que no haya sido incluido en el referido expediente y que, por tanto, todavía tenga vigente su relación laboral. Por tanto, el expediente de regulación de empleo concursal es el instrumento legal que permite delimitar el ámbito subjetivo de la sucesión, ya que una vez que apruebe la extinción de los contratos, las relaciones extinguidas ya no podrán formar parte integrante del deber de subrogación.

En cualquier caso, la delimitación derivada del auto que resuelve el expediente de regulación de empleo concursal no siempre será definitiva, sino que puede ser revisada luego. Cabe que los trabajadores discutan su inclusión en el referido expediente, a través de la vía del incidente concursal laboral. La reforma introducida por el artículo 541 TRLC lleva a admitir una interpretación amplia del objeto del incidente concursal laboral, que comprenda cuestiones relativas a la inclusión de los trabajadores en el mismo, pues como he apuntado más arriba, la norma ya no ciñe el objeto del incidente a las cuestiones estrictamente relacionadas con la relación laboral individual.

Por tanto, en caso de que el incidente sea estimado, entiendo que sería viable la acción de despido ante la jurisdicción social planteada frente a la nueva adquirente. El problema en este caso vendrá por el plazo de caducidad de la acción de despido. Lo lógico será que esta acción se entable de forma simultánea a la interposición del incidente concursal laboral, a fin de evitar la referida caducidad y, en este último caso, se producirá una clara litispendencia, ya que la resolución que se dicte en el ámbito civil vinculará al orden jurisdiccional social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.2 TRLC.

Ahora bien, en caso de que las medidas de regulación de empleo se hayan adoptado antes de la operación de venta, ya no existirá posibilidad de plantear cuestiones relacionadas con el deber de subrogación, porque, como he dicho, este deber solo se proyecta sobre las relaciones laborales vigentes al tiempo de la sucesión. Esto excluye los contratos que han sido válidamente extinguidos en virtud de una resolución judicial dictada en el procedimiento legalmente previsto.

De otro lado, la obligación de subrogación, en el ámbito concursal, opera en los mismos términos que en el régimen ordinario. Por tanto, la sucesión impone al adquirente la obligación de subrogarse en la posición jurídica del empresario saliente. Este deber de subrogación solo opera respecto de los contratos laborales que estén vivos al tiempo en que esta se produzca. Solo en este caso es posible que se produzca la novación subjetiva, ya que esta no opera respecto de las relaciones laborales que se hubieran extinguido por la concurrencia de causas legalmente previstas.

El nuevo TRLC acoge de forma decidida esta regulación en el artículo 222 TRLC, al establecer que en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado en los “contratos afectos a la continuidad de la actividad”.

La redacción del precepto, sin ser del todo clara, permite entender excluidos los contratos que se hayan extinguido válidamente antes de la transmisión. Ahora bien, dentro de los contratos que sigan vigentes, el deber de subrogación se extenderá a los que sean necesarios para que la unidad productiva continúe funcionando en el mercado y no solo los absolutamente indispensables para que esto se produzca. Una interpretación excesivamente estricta de los términos legales llevaría aparejados efectos claramente adversos de cara al mantenimiento de las relaciones laborales, que es una de las garantías básicas del instituto de la sucesión y, sobre todo, no se sustenta en el tenor literal de la norma, que, entre otras cosas, no acota, de forma estricta, el concepto.

En cualquier caso, el carácter necesario de los contratos para la continuidad de la actividad será una cuestión que llevará aparejada un cierto margen interpretativo y que puede dar lugar a controversias.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con contratos cuya prestación se desarrolla en varias unidades productivas, pero es prevalente en la que va a ser objeto de transmisión. Estos trabajadores deben ser subrogados siempre que su prestación de servicios, en la unidad que va a ser transmitida, sea necesaria para la continuidad en el mercado. Como sabemos, la sucesión solo opera en el ámbito concreto comprendido en la operación jurídica. Es decir, solo beneficia a aquellos trabajadores que formen parte de la unidad transmitida, salvo los que presten servicios de forma prevalente en ella. Tanto antes de la aprobación del TRLC como ahora, es posible considerar incluidos los contratos de los trabajadores que presten servicios de forma prevalente en la unidad productiva objeto de enajenación. Lo único que la normativa exige es que sean contratos “afectos” a dicha continuidad. Se trata de un término que solo permite excluir los contratos que no se encuentren vivos al tiempo de la transmisión, pero no otros que, aunque formalmente no estén adscritos a la citada unidad, sin embargo, estén ligados a ella en el referido modo.

12.- Por último, en lo que respecta a la responsabilidad solidaria derivada de la sucesión, también hay que diferenciar la regulación legal previa de la LC y el régimen legal derivado de la publicación del TRLC.

Respecto al régimen legal establecido por la LC, he concluido que el legislador español ha ido más allá del europeo. La normativa fijaba que, cuando se produjese una sucesión de empresa, la obligación de la adquirente de asumir los créditos pendientes de pago de la anterior, comprendía tanto las obligaciones derivadas de los contratos laborales vigentes al tiempo de la transmisión, como las procedentes de aquellos ya extinguidos.

En los supuestos de sucesión de empresa la única especialidad que contenía la regulación concursal era la posibilidad de limitar la responsabilidad de la nueva empresa adquirente en los términos del anterior artículo 149.4 LC. Por tanto, esta podía ser exonerada del abono de las

obligaciones laborales, en la parte cubierta por el FOGASA, pero las restantes responsabilidades se transmitían del mismo modo que en los supuestos ordinarios de sucesión fuera del concurso.

Por tanto, la garantía del art. 44.3 TRLET alcanzaba las obligaciones derivadas de todos contratos laborales nacidas antes de la adquisición y que no hubieran sido satisfechas, incluso las de contratos ya extinguidos. Regía, además, el plazo especial de caducidad de tres años para la reclamación de la deuda, en los mismos términos antes expuestos.

Tras la aprobación del TRLC, el artículo 224 TRLC sintetiza el contenido de los artículos 146 bis.4 y 149.4 LC. La responsabilidad respecto a los créditos pendientes de pago tiene un régimen unificado en todas las fases del concurso. La norma sigue excepcionando los supuestos de existencia de una disposición legal que imponga la asunción de los créditos, pero, acto seguido, en el apartado tercero, establece una regla particular para los créditos laborales y de Seguridad Social “correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”. El legislador concursal ha querido fijar que la responsabilidad está ligada, exclusivamente, a la plantilla de la unidad productiva que es asumida como consecuencia de la transmisión, dejando fuera, por tanto, los créditos impagados de trabajadores que hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo.

La finalidad de la norma parece clara. Trata de agilizar las ventas de unidades productivas, facilitando la continuidad de la parte de la empresa que todavía puede seguir en funcionamiento dentro del mercado, tratando de este modo de conjurar las dificultades prácticas que se venían produciendo como consecuencia de la aplicación de la responsabilidad solidaria a la totalidad de los créditos laborales y de Seguridad Social. Esta finalidad resulta loable, sobre todo en el momento en el que se dicta, esto es, en plena crisis económica derivada de la pandemia sanitaria producida por el COVID19, que, a buen seguro, dará lugar a una importante crisis empresarial.

No obstante, la norma modifica el sistema legal vigente, introduciendo un elemento que creo excede del ámbito de la delegación normativa. Si el régimen anterior a la publicación del nuevo TRLC remitía a la regulación de la norma imperativa del artículo 44 TRLET, ya que excepcionaba los supuestos en los que existiese disposición legal en contrario, una modificación del referido sistema legal no podía articularse a través de un real decreto legislativo que aprueba un texto refundido, ya que no se trata de colmar una mera laguna legal o aclarar un concepto oscuro. La nueva regulación cambia completamente las previsiones concursales en materia de sucesión de empresa, introduciendo un régimen especial propio, que la anterior normativa no preveía. Por tanto, en tanto no se emplee un instrumento legal hábil a tal efecto, debe seguir operando la responsabilidad solidaria tal como se concibe en la interpretación jurisprudencial del artículo 44.3 TRLET.

Por último, esta responsabilidad solidaria comprende tanto los créditos laborales como los

de Seguridad Social. El legislador solo permite exonerar de responsabilidad al nuevo adquirente en los concretos términos del artículo 224.3ª TRLC. Es decir, el adquirente solo puede ser exonerado de la responsabilidad solidaria derivada de las deudas laborales anteriores a la transmisión que hayan sido cubiertas por el FOGASA, debiendo responder de las restantes obligaciones tanto laborales como de Seguridad Social que no hubieran sido satisfechas por el empresario concursado.

ANEXO DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. ACTIVIDAD ECONÓMICA

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 19 de enero de 1994 (C-364/92, Eurocontrol) [TJCE 1994\3]

Concepto de actividad económica. Aquellas actividades que están vinculadas al ejercicio de prerrogativas relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público, no tienen carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.

STJCE de 18 de marzo de 1997 (C-343/95, Calí y Fligi) [TJCE 1997\54]

Concepto actividad económica. La vigilancia anticontaminación en un puerto petrolero es una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo. Por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público y no tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.

STJCE de 25 de octubre de 2001 (C-475/99, asunto Ambulanz Glöckner) [TJCE 2001\294]

Actividad empresarial. Transporte de enfermos en una zona geográfica. La normativa nacional reserva a determinadas empresas la prestación del servicio. Se trata de una actividad de interés económico general. Una disposición nacional que deniegue la autorización cuando su utilización pueda menoscabar el funcionamiento y la rentabilidad del servicio de asistencia médica de urgencia puede otorgar a estas un derecho exclusivo, siempre que no impida la concesión de autorización a operadores independientes, cuando conste que las organizaciones de asistencia sanitaria son manifiestamente incapaces de satisfacer la demanda en el ámbito de los servicios de transporte médico de urgencia y de transporte de enfermos.

STJCE 24 de octubre de 2002 (C-82/01, asunto Aeroports de París) [TJCE 2002\299]

Concepto de empresa y actividad empresarial. Una entidad que dispone de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de sus actividades no impide calificarla de empresa a efectos del artículo 86 del Tratado. En el ámbito del derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

STJCE de 10 de enero de 2006 (C-222/04, asunto Cassa di Risparmio di Firenze y otros) [TJCE 2006\9]

Actividad económica. El concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. Lo es cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en el mercado, aunque sea de forma indirecta. Una entidad que posee el control de otra y lo ejerce, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada. En este caso se trataba de una fundación bancaria que controlaba el capital de una entidad bancaria.

2. AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 2011 (Rec. 733/2010) [RJ 2011\7634]

Base reguladora de la pensión de jubilación por afiliación incorrecta. Principio general de que, a nadie, incluida la administración de la Seguridad Social, puede beneficiarse de su propia torpeza. Reconoce al demandante el incremento del porcentaje de pensión por aplicación de los coeficientes reductores por edad, siendo responsable el ISM, pero manteniéndose, en consecuencia, el plazo de retroacción de tres meses.

3. CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 23 de abril de 2009 (C-378 a 380/2007, asunto Angelidaki) [TJCE 2009\94]

Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Directiva 99/70/CE. Medidas para prevenir abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada (cláusula 5. 1). La referida cláusula no se opone a la aplicación de una normativa nacional que, en el sector público, prohíbe transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada que, al tener por objeto cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador, deben considerarse abusivos, siempre que dicha normativa respete el derecho europeo y, especialmente, la cláusula 8. 3 de dicho acuerdo.

4. CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 6 de marzo de 1987 (Sent. núm. 466/1987) [ROJ: STS 13696/1987]

Alta dirección. Notas características. Autonomía de criterio y la plena responsabilidad. La autonomía solo puede quedar limitada por las instrucciones de quien es el titular de la empresa, no por directivos delegados. No desnaturaliza el contrato de trabajo el hecho de que el trabajador tenga una pequeña participación en el capital de la empresa que adopta la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, si realmente concurre con esta participación una prestación de servicios en régimen de dependencia.

STS, Sala Cuarta, de 30 de enero de 1990 (Sent. núm. 96/1990) [ROJ: STS 17037/1990]

Personal de alta dirección. Alto cargo, director de publicación. Criterio funcional. Trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los intereses generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad. El concepto comprende a los trabajadores que, dotados de los correspondientes poderes, asuman altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 1990 (Sent. núm. 1206/1990) [ROJ: STS 10546/1990]

Alta dirección. El alto cargo ha de gozar de autonomía y responsabilidad. La autonomía solo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa. Quedan excluidos de la relación especial y sometidos a la legislación laboral común, los que reciban tales instrucciones de órganos directivos delegados de quien ostente la titularidad de la empresa.

STS, Sala Cuarta, de 2 de enero de 1991 (Sent. núm. 6/1991) [ROJ: STS 16405/1991]

Alta dirección. Criterio objetivo. La relación especial se caracteriza por el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Se requiere el al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa. Director administrativo que no reúne tal condición.

STS, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 2015 (Rec. 819/2014) [ROJ: STS 1543/2015]

Alta dirección. Gerente provincial de una empresa pública no es alta dirección. Realización de funciones directivas intermedias dependiendo funcionalmente de los distintos directores de áreas de

los servicios centrales y con subordinación al consejo de dirección. Relación laboral ordinaria. Contrato de trabajo por tiempo indefinido como directivo intermedio.

5. CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 17 de junio de 2008 (Rec. 4426/2006) [RJ 2008\4229]

Contrato de obra o servicio determinado. Licitud de la cláusula que limita su vigencia a la vigencia de una contrata. Cese que constituye despido improcedente porque la finalización de la contrata fue seguida de otra nueva contrata con la misma empresa, en la que el objeto sigue siendo el mismo.

6. CONVENIO COLECTIVO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 1998 (Rec. 121/1997) [RJ 1998\1428]

Negociación. Deber de buena fe. Convenios colectivos extraestatutarios.

STS, Sala Cuarta, de 17 de noviembre de 1998 (Rec. 1760/1998) [RJ 1998\9750]

Negociación colectiva. Alcance del deber de negociar de buena fe. Legitimación para exigirlo.

STS, Sala Cuarta, de 14 de marzo de 2006 (Rec. 99/2005) [RJ 2006\5227]

Convenios colectivos. Sector público. Alcance del deber de negociar de buena fe.

STS, Sala Cuarta, 4 de junio de 2008 (Rec. 1771/2008) [RJ 2008\7541]

Convenio colectivo aplicable. Prohibición del "espiguelo" por aplicación del principio de apreciación conjunta. El Convenio aplicable no contiene lagunas. No es posible la aplicación subsidiaria por remisión de la Ordenanza de trabajo.

STS, Sala Cuarta, de 26 de mayo de 2009 (Rec. 116/2007) [RJ 2009\4974]

Convenio colectivo. La obligación de negociar no impone la necesidad de alcanzar un efectivo consenso.

STS, Sala Cuarta, de 25 de mayo de 2010 (Rec. 203/2009) [RJ 2010\5925]

Deber de negociar de buena fe. Demora en la constitución de la mesa negociadora del convenio colectivo. Inexistencia de vulneración del derecho a la libertad sindical.

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 140/2015) [ROJ: STS 3200/2016]

Impugnación de convenio colectivo. Impugnación del convenio colectivo sólo cabe pedir su declaración de ilegalidad o lesividad, pero no que se asuma o descarte determinada interpretación.

STS, Sala Cuarta, de 29 de junio de 2017 (Rec. 186/2016) [RJ 2017\3363]

Modificación de condiciones previstas en el convenio colectivo. Han de seguir los trámites del artículo 83.2 ET, aunque sean de escasa relevancia. Modificación de los importes de las dietas, si son relevantes han de seguir los trámites del artículo 41 ET.

7. COTIZACIÓN

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero de 2000 (Rec. 694/1999) [RJ 2000\1436]

Reintegro de cantidades anticipadas por la mutua en conceptos de asistencia sanitaria e incapacidad temporal. Descubierta total de cotizaciones por la empresa. Responsabilidad de la empresa y del INSS.

STS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2009 (Rec. 288/2009) [RJ 2009\7740]

Reitera doctrina. En el accidente de trabajo y la enfermedad profesional la falta de cotización rupturista o expresiva de una voluntad de incumplimiento acarrea la responsabilidad del empresario sin perjuicio de los deberes de anticipo de la mutua y de la garantía subsidiaria y final del INSS.

STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2011 (Rec. 1075/2010) [RJ 2011\3115]

Infracotización. La responsabilidad de la empresa es proporcional a la infracotización producida, sin que quepa moderarla en función de su gravedad o de que se traten de incumplimientos esporádicos, al contrario de lo que sucede cuando la contingencia causante es el accidente de trabajo. Anticipo del INSS, que es el responsable directo de la cuantía restante de la prestación.

STS, Sala Cuarta, de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 3614/2011) [RJ 2013\1744]

Infracotización, responsabilidad proporcional. Criterios de determinación.

8. CRÉDITOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Primera

STS, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Rec. 842/2007) [RJ 2009\398]

Créditos con privilegio general del art. 91. 4º LC. Exclusión de los importes que gozan de privilegio especial del art. 90.1 LC, los beneficiarios del privilegio general del art. 91. 2º LC, y el crédito que se califica como subordinado conforme al art. 92. 4º, atribuyendo el privilegio general del art. 91.4º al cincuenta por ciento del crédito concursal resultante. Créditos subordinados. Recargos de apremio, naturaleza accesorio, la regulación de la LGT se halla subordinada a la normativa de la LC. Limitación de los privilegios de derecho público, no es una sanción en el sentido a que se refiere el art. 58.3 LGT.

STS, Sala Primera, de 21 de enero de 2009 (Rec. 341/2007) [RJ 2009\399]

Créditos con privilegio del art. 91.4 LC. Límite cuantitativo del cincuenta por ciento de los créditos de Seguridad Social privilegiados. Subordinación de los recargos por deudas de Seguridad Social.

STS, Sala Primera, de 22 de junio de 2009 (Rec. 2058/2007) [RJ 2009\5105]

Créditos con privilegio del art. 91.4 LC. Límite cuantitativo del cincuenta por ciento de los créditos de Seguridad Social privilegiados. Subordinación de los recargos por deudas de Seguridad Social.

STS, Sala Primera, de 29 de junio de 2009 (Rec. 485/2007) [RJ 2009\4243]

Incidente de impugnación de la lista de acreedores. Privilegio de la Hacienda Pública. Límite del cincuenta por ciento al que alude el artículo 91.4 LC. Se excluyen los créditos de los artículos 90, 91 y 92 LC porque no es razonable considerar unos créditos que el legislador posterga para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios. Los recargos por deudas de Seguridad Social son créditos subordinados.

STS, Sala Primera, de 1 de septiembre de 2009 (Rec. 253/2007) [RJ 2009\4583]

Créditos tributarios. Aplica el criterio del devengo a efectos de su clasificación. Doctrina anterior.

STS, Sala Primera, de 20 de septiembre de 2009 (Rec. 202/2007) [RJ 2009\5482]

Créditos con privilegio del art. 91.4 LC. Límite cuantitativo del cincuenta por ciento de los créditos de Seguridad Social privilegiados. Subordinación de los recargos por deudas de Seguridad Social.

STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 2010 (Rec. 670/2007) [RJ 2010\7300]

Créditos con privilegio del art. 91.4 LC. Límite cuantitativo del cincuenta por ciento de los créditos de Seguridad Social privilegiados. Subordinación de los recargos por deudas de Seguridad Social.

STS, Sala Primera, de 23 de febrero de 2011 (Rec. 1627/2007) [RJ 2011\453]

Sanciones tributarias. El criterio de clasificación deriva de la fecha de comisión de la conducta sancionada.

STS, Sala Primera, de 17 de marzo de 2011 (Rec. 2209/2007) [RJ 2011\2878]

Privilegio del art. 91.4 LC. Créditos de la Hacienda Pública y demás de derecho público y de la Seguridad Social. Cálculo del límite del cincuenta por ciento. Se descuentan los de los arts. 90, 91 y 92 LC que ya están clasificados.

STS, Sala Primera, de 25 de marzo de 2011 (Rec. 398/2007) [RJ 2011\3015]

Privilegio del art. 91.4 LC. Créditos de la Hacienda Pública y demás de derecho público y de la Seguridad Social. Cálculo del límite del cincuenta por ciento. Se descuentan los de los arts. 90, 91 y 92 LC que ya están clasificados.

STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2011 (Rec. 2204/2007) [RJ 2011\5706]

Sanciones tributarias. La clasificación deriva de la fecha de comisión de la conducta sancionada.

STS, Sala Primera, de 13 de junio de 2011 (Rec. 1306/2007) [RJ 2011\3442]

Sanciones tributarias. La clasificación del crédito se efectúa tomando en consideración la fecha de comisión de la conducta sancionada.

STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2011 (Rec. 947/2008) [RJ 2011\7374]

Sanciones tributarias. La clasificación del crédito deriva de la fecha de comisión de la conducta sancionada.

STS, Sala Primera, de 3 de octubre de 2011 (Rec. 1099/2008) [RJ 2011\6694]

Cálculo del cincuenta por ciento del importe de los créditos de la Hacienda Pública sujetos a privilegio especial. Se deja fuera el importe de los créditos comprendidos en los arts. 90, 91 y 92 LC.

STS, Sala Primera, de 22 de febrero de 2012 (Rec. 321/2009) [RJ 2012\5287]

Forma de pago de los créditos contra la masa. Primero se abonan los créditos superprivilegiados de los últimos treinta días de trabajo efectivo.

STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 1723/2010) [RJ 2013\185]

El impago de cuotas de Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso genera tanto intereses como recargos en caso de impago, que tienen la misma calificación de créditos contra la masa.

STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2013 (Rec. 1727/2010) [RJ 2013\3484]

Recargos e intereses derivados de la falta de cotización. Son créditos contra la masa cuando su devengo se haya producido una vez declarado el concurso y como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la empresa.

STS, Sala Primera, de 19 de marzo de 2013 (Rec. 1746/2010) [RJ 2013\2425]

Recargos e intereses derivados de la falta de cotización posteriores a la declaración de concurso. Créditos contra la masa.

STS, Sala Primera, de 22 de marzo de 2013 (Rec. 1821/2010) [RJ 2013\3383]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el

principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 10 de abril de 2013 (Rec. 488/2011) [RJ 2013\3686]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 11 de abril de 2013 (Rec. 770/2011) [RJ 2013\3687]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 (Rec. 996/2011) [RJ 2013\4612]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 14 de mayo de 2013 (Rec. 1021/2011) [RJ 2013\4952]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 958/2011) [RJ2013\4959]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2013 (Rec. 1060/2011) [RJ 2013\4967]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2013 (Rec. 845/2012) [RJ 2013\3909]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 26 de septiembre de 2013 (Rec. 2366/2011) [RJ 2013\7048]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 14 de mayo de 2014 (Rec. 2661/2012) [RJ 2014\3865]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 1753/2012) [RJ 202014\3875]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 1497/2012) [RJ 202014\4578]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 1928/2012) [RJ 2014\3762]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 1502/2012) [RJ 2014\3335]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014 (Rec. 2310/2012) [RJ 2014\3763]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 2 de junio de 2014 (Rec. 241/2012) [RJ 2014\3896]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 2 de junio de 2014 (Rec. 560/2012) [RJ 2014\3897]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 2 de junio de 2014 (Rec. 477/2012) [RJ 2014\3895]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2014 (Rec. 107/2012) [RJ 2014\3899]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2014 (Rec. 392/2012) [RJ 2014\3902]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2014 (Rec. 845/2012) [RJ 2014\3909]

Créditos contra la masa. Crédito de la TGSS por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa.

STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2014 (Rec. 1434/2012) [RJ 2014\3905]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 4 de junio de 2014 (Rec. 692/2012) [RJ 2014\3906]

Recargos e intereses por falta de cotización tras el concurso tienen la misma naturaleza que el principal del que derivan.

STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2014 (Rec. 2384/2012) [RJ 2014\4768]

Abono de los créditos contra la masa a su vencimiento. Postura procesal de la TGSS. Debe solicitar

la satisfacción de sus créditos y, en su caso, el reintegro de lo cobrado de forma indebida.

STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [RJ 2014\4592]

Calificación de los salarios de trámite. Se diferencian los anteriores y los posteriores a la declaración del concurso. Créditos concursales con privilegio general del art. 91.1 LC y créditos contra la masa. Créditos laborales. Indemnización por despido se devenga en la fecha en que se haya producido la extinción del contrato con independencia del momento en el que hayan ocurrido los hechos determinantes del mismo.

STS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2014 (Rec. 2500/2013) [RJ 2014\6561]

Ejecuciones separadas de TGSS por créditos contra la masa. No cabe que la TGSS acuerde apremios administrativos derivados de créditos de Seguridad Social calificados como créditos contra la masa.

STS, Sala Primera, de 18 de febrero de 2015 (Rec. 2067/2013) [RJ 2015\2670]

Falta de competencia de la jurisdicción civil para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas. Se dejan sin efecto los apremios administrativos derivados de créditos de Seguridad Social, calificados como créditos contra la masa. La existencia del crédito puede justificarse mediante las correspondientes certificaciones del período impositivo de que se trate.

STS, Sala Primera, de 1 de julio de 2015 (Rec. 1793/2013) [RJ 2015\4488]

Clasificación de créditos. Es un crédito contra la masa la indemnización por despido improcedente correspondiente a la extinción de la relación laboral acordada con posterioridad a la declaración de concurso por la no readmisión del trabajador y los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la declaración de concurso. Son créditos concursales los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración de concurso, con privilegio general dentro de los límites previstos.

STS, Sala Primera, de 13 de julio de 2016 (Rec. 413/2014) [RJ 2016\3392]

Créditos contra la masa. Las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, acordada judicialmente a instancia del trabajador, por incumplimientos graves del empresario. Hay que estar a la fecha de devengo de la indemnización, que se produce con el dictado de la sentencia judicial firme extintiva. Proceso iniciado antes de la declaración de concurso, pero sentencia posterior, crédito contra la masa.

STS, Sala Primera, de 6 abril de 2017 (Rec. 2383/2014) [RJ 2017\2674]

Pago de los créditos contra la masa. El orden de prelación establecido en el art. 176.bis 2 LC solo se aplica desde la comunicación al juez de la insuficiencia de la masa activa por la administración concursal.

STS, Sala Primera, de 6 de abril de 2017 (Rec. 2798/2014) [RJ 2017\1343]

Ejecuciones separadas de TGSS por créditos contra la masa. No cabe que la TGSS acuerde apremios administrativos derivados de créditos de Seguridad Social calificados como créditos contra la masa.

STS, Sala Primera, de 8 de junio de 2017 (Rec. 126/2014) [RJ 2016\2341]

Prelación de créditos, orden del art. 176 bis LC desde la comunicación de insuficiencia efectuada por la administración concursal. En principio, afecta a todos los créditos contra la masa pendientes de pago. Los honorarios de la administración concursal no se incluyen dentro de los créditos por costas y gastos judiciales, pertenecen al grupo residual del ap. 5º art. 176 bis LC.

STS, Sala Primera, de 15 de julio de 2019 (Rec. 3654/2016) [RJ 2019\2808]

Clasificación de créditos laborales. Indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, acordada judicialmente a instancia del trabajador: fecha de devengo de la indemnización, que se produce con el dictado de la sentencia judicial firme extintiva.

Tribunal Supremo, Sala Tercera

STS, Sala Tercera, de 9 de enero de 2015 (Rec. 3483/2013) [RJ 2015\436]

Naturaleza de los intereses de capitalización del capital coste de prestaciones tras la condena de la empresa por falta de medidas de seguridad. No surgen de un mero retraso en el pago, sino que forman parte del propio capital coste, en su actualización al tiempo del hecho causante.

STS, Sala Tercera, de 14 de abril de 2015 (Rec. 3735/2013) [RJ 2015\1527]

Intereses de capitalización del capital coste de prestaciones tras la condena de la empresa por falta de medidas de seguridad. No surgen de un mero retraso en el pago, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al tiempo del hecho causante.

Sentencias y autos de Audiencias Provinciales

SAP de Álava, Sección 1ª, de 4 de febrero de 2015 (Rec. 415/2014) [JUR 2015\101267]

Niega la posibilidad de ejecución singular de los créditos contra la masa en favor de la TGSS.

SAP de Albacete, Sección 1ª, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 109/2011) [JUR 2011\224733]

Recargo de prestaciones por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos. Crédito con privilegio general del art. 91.1 LC. Accidente de trabajo anterior a la declaración del concurso. Estos créditos están al margen del límite del cincuenta por ciento previsto en el apartado cuarto del art. 91 LC.

SAP de Albacete, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2014 (Rec. 82/2013) [AC 2014\131]

Créditos por cuotas de Seguridad Social. Obligación de los administradores concursales de

abonarlos al tiempo de sus respectivos vencimientos. Era un hecho conocido por los administradores la existencia de trabajadores y la naturaleza de los créditos (contra la masa).

SAP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 351/2007) [JUR 2008\5767]

Recargo de prestaciones por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales. Fecha de devengo coincide con el hecho causante.

SAP de Alicante, Sección 8ª, de 21 de octubre de 2011 (Rec. 504/2011) [JUR 2012\45924]

Eficacia de la certificación administrativa. Gastos derivados del procedimiento de apremio no son costas en sentido estricto. Han de reconocerse como créditos ordinarios o con privilegio general al no caber dentro del concepto de subordinados.

SAP de Alicante, Sección 8ª, de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 655/2011) [JUR 2012\44582]

Eficacia de la certificación administrativa. Tiene ciertos límites que pueden ser apreciados por el juez del concurso. No puede vulnerar el principio de la «*par conditio creditorum*». Los gastos derivados del procedimiento de apremio no son costas en sentido estricto. Han de reconocerse como créditos ordinarios o con privilegio general, al no caber dentro del concepto de subordinados.

SAP de Almería, Sección 2ª, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 222/2012) [JUR 2014\202523]

Créditos contra la masa. Indemnización por despido reconocida en sentencia tras la declaración de concurso. Carta de despido anterior a la declaración de concurso, que no hacía referencias a la indemnización ni al preaviso.

SAP de Almería, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2014 (Rec. 379/2013) [JUR 2014\285591]

Salarios de trámite. Créditos contra la masa los derivados de la falta de abono de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a los salarios de trámite devengados tras la declaración del concurso y como concursales los anteriores. Dentro del crédito contra la masa incluye tanto el principal como los recargos e intereses.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2007 (Rec. 239/2007) [JUR 2008\13299]

Intereses y recargos de cuotas de Seguridad Social son créditos contra la masa. Están ligados al principal del que derivan.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 277/2011) [JUR 2012\113323]

Eficacia de la certificación administrativa. Gastos derivados del procedimiento de apremio no son costas en sentido estricto. Han de reconocerse como créditos ordinarios o con privilegio general, al no caber dentro del concepto de subordinados.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 25 de febrero de 2014 (Rec. 12/2014) [JUR 2014\89786]

Salarios de los últimos treinta días de trabajo. No se incluyen como créditos contra la masa los días de suspensión del contrato derivados de un expediente de regulación de empleo suspensivo, ya que no son días de trabajo efectivo.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 3 de septiembre de 2014 (Rec. 138/2013) [AC 2014\1702]

Admite la ejecución separada de créditos contra la masa y niega la posibilidad de que el juez del concurso pueda declarar la nulidad de las providencias de apremio dictadas por la TSGSS.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 5/2014) [AC 2014\1845]

Los salarios posteriores al concurso del art. 84.2.5 LC son sólo los que derivan de la continuación de la actividad empresarial. Si no hubo prestación de servicios no hay crédito contra la masa. Salarios de trámite por despido improcedente.

SAP de Asturias, Sección 1ª, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 221/2014) [JUR 2015\111729]

Recargo de prestaciones por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales. No puede calificarse como crédito contra la masa porque la fecha del accidente laboral y la de la resolución administrativa del INSS eran anteriores a la declaración del concurso.

AAP de Baleares, Sección 5ª, de 30 de julio de 2007 (Rec. 166/2007) [JUR 2008\53013]

Créditos contra la masa en favor de la TGSS. No cabe ejecución singular de los mismos fuera del concurso.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de noviembre de 2008 (Rec. 494/2008) [JUR 2009\76004]

Los recargos de demora sobre créditos concursales no se subordinan.

SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de mayo de 2014 (Rec. 27/2014) [JUR 2014\178941]

Salarios posteriores al concurso (art. 84.2.5 LC). Los que derivan de la continuación de la actividad empresarial. Si no hubo prestación de servicios no hay crédito contra la masa.

SAP de Burgos, Sección 3ª, de 16 de diciembre de 2011 (Rec. 318/2011) [AC 2012\50]

Impugnación de la lista de acreedores. Bien hipotecado que no es titularidad del concursado. La calificación del crédito exige distinguir entre deuda y responsabilidad. Considera que ese crédito no reúne los requisitos para ser calificado como privilegiado.

SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 9 de enero de 2015 (Rec. 470/2014) [JUR 2015\48386]

Clasificación de créditos. Indemnizaciones por despido. Salarios de tramitación. Los devengados antes de la declaración del concurso son créditos concursales con privilegio general del art. 91.1 LC, los posteriores son créditos contra la masa.

SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 22 de octubre de 2014 (Rec. 434/2013) [JUR 2015\12191]

Capital coste de Seguridad Social comunicado tardíamente pero que consta en documento con fuerza ejecutiva. Privilegio general.

SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 16 de diciembre de 2014 (Rec. 91/2014) [JUR 2015\162906]

Intereses de capitalización en el recargo de prestaciones no pierden su naturaleza accesorio. Créditos subordinados del art. 92.3 LC.

SAP de Castellón, Sección 3ª, de 17 de junio de 2010 (Rec. 64/2010) [JUR 2010\312528]

Recargo de prestaciones por incumplimiento de obligaciones de prevención. Fecha de la imposición del recargo para efectuar la calificación del crédito.

SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 27 de octubre de 2006 (Rec. 300/2006) [JUR 2007\183122]

Intereses y recargos de cuotas de Seguridad Social son créditos contra la masa. Están ligados al crédito principal del que derivan.

SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 6 de octubre de 2008 (Rec. 165/2008) [AC 2009\137]

Intereses y recargos de cuotas de Seguridad Social son créditos contra la masa igual que el principal del que derivan.

AAP de La Rioja, Sección 1ª, de 8 de marzo de 2012 (Rec. 396/2011) [AC 2012\378]

Exclusión de los créditos de Seguridad Social en los supuestos del art. 149.2 LC. Fase de liquidación del concurso, supuesto de sucesión empresarial. Venta aprobada judicialmente como unidad.

SAP de León, Sec. 1ª, de 24 de noviembre de 2011 (Rec. 467/2011) [JUR 2011\427831]

Niega la posibilidad de ejecución singular de los créditos contra la masa en favor de la TGSS.

SAP de León, Sección 1ª, de 13 de febrero de 2012 (Rec. 669/2011) [JUR 2012\104359]

Los intereses de las cuotas de Seguridad Social devengadas tras el concurso se suspenden. Inexigibilidad de los intereses de demora. Sentencia casada por la STS, Sala Primera, 4 de junio de 2014 (Rec. 845/2012) [RJ 2014\3909].

SAP de León, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 603/2011) [JUR 2011\433353]

Intereses de cuotas de Seguridad Social devengadas tras el concurso se suspenden. Inexigibilidad de los intereses de demora. Sentencia casada por la STS, Sala Primera, 3 de junio de 2014 (Rec. 392/2012) [RJ 2014\3902].

SAP de Madrid, Sección 28ª, de 10 de febrero de 2011 (Rec. 305/2010) [JUR 2011\161027]

Salarios de trámite. Es determinante el elemento temporal. Si la fecha de devengo de las cuotas de Seguridad Social por los salarios de trámite es posterior a la declaración del concurso, el crédito era calificado como crédito contra la masa y como concursal con privilegio general del art. 91.1 LC, si es posterior.

SAP de Madrid, Sección 28ª, de 14 de marzo de 2014 (Rec. 650/2012) [JUR 2014\107295]

Salarios de trámite. Elemento temporal es el que delimita su clasificación.

SAP de Málaga, Sección 6ª, de 22 de enero de 2014 (Rec. 994/2011) [JUR 2014\277810]

Recargo de prestaciones por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales. Fecha del hecho causante.

SAP de Málaga, Sección 6ª, de 4 de julio de 2018 (Rec. 55/2017) [AC 2019\863]

Clasificación de créditos. La indemnización por despido improcedente acordada tras la declaración del concurso es un crédito contra la masa, igual que los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a dicha declaración de concurso, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la referida declaración de concurso.

SAP de Murcia, Sección 4ª, de 10 de enero de 2013 (Rec. 1100/2012) [AC 2013\845]

Indemnización por extinción de contrato. Causa de la extinción anterior a la declaración de concurso. No es un crédito contra la masa sino concursal.

SAP de Murcia, Sección 4ª, de 24 de enero de 2013 (Proc. 1119/2012) [AC 2013\655]

Indemnización por despido y salarios de trámite no son créditos contra la masa cuando el despido deriva de causa anterior a la declaración de concurso. Es preciso que deriven de actos relacionados con el concurso, no de la inactividad empresarial varios meses antes de la dicha declaración.

SAP de Murcia, Sección 4ª, de 21 de febrero de 2013 (Proc. 1154/2013) [AC 2013\707]

Indemnización por despido y salarios de trámite no son créditos contra la masa cuando el despido deriva de causa anterior a la declaración de concurso.

SAP de Murcia, Sección 4ª, de 4 de diciembre de 2015 (Proc. 664/2014) [JUR 2015\51319]

Indemnización por extinción de contrato no es un crédito contra la masa cuando se genera antes de la declaración de concurso.

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 12 de marzo de 2012 (Rec. 246/2011) [JUR 2012\374413]

Intereses de cuotas de Seguridad Social devengadas tras el concurso se suspenden. Inexigibilidad de los intereses de demora. Sentencia casada por la STS, Sala Primera, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 1497/2012) [RJ 2014\4578].

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 25 de junio de 2014 (Rec. 256/2014) [JUR 2015\41814]

Niega la posibilidad de ejecución singular de los créditos contra la masa en favor de la TGSS. Reintegración de cantidades embargadas por la TGSS. Alteración del orden de pagos fijado en el art. 84.3 LC.

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 11 de mayo de 2015 (Rec. 637/2014) [JUR 2015\298726]

Créditos por indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos. Extinciones posteriores a la declaración de concurso. Son créditos contra la masa y no concursales.

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2015 (Rec. 714/2014) [JUR 2016\147464]

Créditos contra la masa. Indemnización por extinción de contrato. Auto del juez del concurso que aprueba la extinción produce efectos al tiempo de su dictado. Si es posterior a la declaración de concurso, el crédito es contra la masa.

SAP de Navarra, Sección 3ª, de 30 de octubre de 2015 (Rec. 184/2015) [JUR 2016\147972]

Indemnizaciones por extinción de contratos reconocidas en el auto que autoriza la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Si el auto es posterior a la declaración de concurso, son créditos laborales.

SAP de Palencia, Sección 1ª, de 27 de junio de 2013 (Rec. 140/2013) [JUR 2013\249752]

Salarios de trámite. Especie de ficción jurídica. Hay que estar a la fecha de la extinción de la relación laboral para clasificarlos.

SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 24 de enero de 2008 (Rec. 898/2007) [JUR 2008\124743]

Los recargos de demora sobre créditos concursales no se subordinan. Auto del TS, Sala Primera, 10-11-2009 (JUR 2009\482258) de inadmisión del recurso de casación interpuesto frente a esta sentencia.

SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 27 de diciembre de 2010 (Rec. 479/2010) [JUR 2011\61327]

Indemnización por despido no es un crédito contra la masa cuando el despido se ha producido antes de la declaración de concurso, ya que no deriva de la continuidad de la actividad de la empresa.

SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 26 de septiembre de 2011 (Rec. 402/2011) [JUR 2011\34176]

Préstamo hipotecario. Privilegio especial o crédito subordinado. Si el bien hipotecado pertenece al deudor concursado, el bien habrá de incluirse en el inventario de la masa activa. Si el deudor no es el concursado se plantea si el crédito puede acceder o no a la lista de acreedores. Respecto a la hipoteca de máximo, el acreedor impugnante debe probar las razones sobre la procedencia de revisar el criterio de dicha administración.

AAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de junio de 2012 (Rec. 164/2012) [AC 2012\2090]

Exclusión de los créditos de Seguridad Social en los supuestos del art. 149.2 LC.

SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2015 (Rec. 435/2014) [JUR 2015\656]

Niega la posibilidad de ejecución singular de los créditos contra la masa en favor de la TGSS.

SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 27 de febrero de 2015 (Rec. 6188/2014) [JUR 2015\129423]

No es posible la ejecución singular de los créditos contra la masa en favor de la TGSS.

SAP de Toledo, Sección 1ª, de 4 de diciembre de 2014 (Rec. 21/2013) [JUR 2014\9733]

Exoneración de créditos de Seguridad Social en supuestos del art. 149.2 LC.

SAP de Valencia, Sección 9ª, de 12 de febrero de 2013 (Rec. 822/2012) [JUR 2013\155118]

Intereses de capitalización en el recargo de prestaciones. Crédito concursal. Accidente de trabajo y resolución anteriores a la declaración del concurso.

SAP de Valencia, Sección 9ª, de 18 de junio de 2013 (Rec. 212/2013) [JUR 2013\280165]

Intereses de capitalización en el recargo de prestaciones. Crédito concursal. Accidente de trabajo y resolución anteriores a la declaración del concurso.

SAP de Valencia, Sección 9ª, de 19 de febrero de 2014 (Proc. 760/2013) [JUR 2014\111500]

Créditos contra la masa. La postergación de su pago (art. 176.bis.2 LC) no puede afectar a los créditos en favor de los trabajadores.

SAP de Valencia, Sección 9ª, de 5 de mayo de 2015 (Proc. 1112/2014) [JUR 2015\207030]

Créditos contra la masa. Postergación de su pago (art. 176.bis.2 LC). La administración concursal puede postergarlos, alterando la regla del vencimiento, cuando se presuma que la masa activa no es suficiente para pagar todos los créditos contra la masa. La postergación no puede afectar a los créditos de los trabajadores.

SAP de Valencia, Secc. 9ª, de 24 de septiembre de 2015 (Rec. 370/2015) [JUR 2015\272938]

Créditos contra la masa. Subrogación del FOGASA en los créditos de los trabajadores. No es posible la postergación del crédito.

SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2011 (Rec. 268/2011) [AC 2012\71]

Créditos contra la masa en favor de la TGSS. No cabe ejecución singular de los mismos fuera del concurso.

SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 450/2014) [JUR 2015\65060]

Valor de las certificaciones de TGSS. Rige principio de veracidad de los actos administrativos, pero no tiene valor pleno ya que la calificación de los créditos excede de su competencia.

SAP de Zamora, Sección 1ª, de 15 de julio de 2014 (Rec. 80/2014) [JUR 2014\221890]

Admite la ejecución separada de créditos contra la masa y niega la posibilidad de que el juez del concurso pueda declarar la nulidad de las providencias de apremio dictadas por la TGSS.

SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 433/2014) [AC 2015\46]

Salarios de tramitación. Un solo día de salario de tramitación devengado antes de la declaración del concurso. Ese día y la cuota correspondiente de Seguridad Social es un crédito concursal con privilegio general del art. 91.1 LC mientras las cuotas posteriores a dicha declaración son créditos contra la masa.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

SJM núm. 1 de Alicante, de 18 de enero de 2008 (Proc. 363/2007) [AC 2008\1]

Masa pasiva. Créditos salariales fijados en sentencia dictada por los órganos de la jurisdicción social. Cese material de la actividad de la empresa sin extinción de las relaciones laborales. Crédito contra la masa, aunque no haya habido una actividad empresarial tras la declaración del concurso, esta circunstancia no es imputable al trabajador, sino a la dejadez del empleador que con su actuación agrava la situación patrimonial de la empresa. Incremento en el diez por ciento como intereses moratorios.

SJM núm. 2 de Bilbao, de 13 de septiembre de 2012 (Proc. 557/2011) [JUR 2013\94088]

Créditos por cuotas de Seguridad Social posteriores a la declaración del concurso se califican como créditos contra la masa.

SJM núm. 5 de Madrid, de 21 de marzo de 2005 (Sent. núm. 23/2005) [AC 2005\740]

Créditos con privilegio general. Pagas extraordinarias. Límite del privilegio: exceso del triple del SMI sin inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago.

SJM núm. 6 de Madrid, de 4 de abril de 2011 (Proc. 1163/2009) [AC 2011\499]

Créditos con privilegio general. Indemnizaciones por extinción colectiva de los contratos de trabajo. El privilegio general abarca todos los supuestos legales de extinción de los contratos. La expresión

legal relativa al “mínimo legal” debe interpretarse de modo unitario para todos los supuestos de extinción de los contratos. Doble límite legal. El exceso debe calificarse como crédito ordinario.

SJM núm. 6 de Madrid, de 31 de marzo de 2014 (Proc. 43/2014) [JUR 2014\111056]

El recargo es independiente de la indemnización y compatible con las que pudieran derivar de la posible responsabilidad penal. El abono de las indemnizaciones por parte de las compañías aseguradoras no obsta a la calificación del crédito.

SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de octubre de 2014 (Rec. 765/2013) [JUR 2015\85856]

Las costas del apremio administrativo devengadas antes del concurso no son equiparables a los recargos y deben incrementar el crédito privilegiado del que derivan.

SJM núm. 1 de Málaga, de 14 de febrero de 2006 [AC 2006\401]

Créditos con privilegio general. Indemnización por despido improcedente. Los salarios de tramitación posteriores a la declaración son créditos contra la masa, los anteriores a la declaración de concurso son créditos concursales.

SJM núm. 1 de Málaga, de 12 de noviembre de 2007 (Proc. 79/2005) [AC 2008\87]

Recargos e intereses por cuotas de Seguridad Social. Calificación. No podían ser incluidos como créditos contra la masa.

SJM núm. 1 de Oviedo, de 28 de enero de 2008 (Proc. 257/2007) [AC 2008\355]

Recargo de prestaciones puede constituir un crédito contra la masa en atención a la fecha de los hechos del incumplimiento empresarial.

SJM núm. 2 de Palma de Mallorca, de 21 de noviembre de 2017 (Proc. 15/2017) [JUR 2018\177452]

Los créditos por recargo tendrán la misma fecha de vencimiento que el crédito principal.

SJM núm. 2 de Valencia, de 11 de mayo de 2015 (Proc. 342/2015) [JUR 2015\131585]

Créditos contra la masa. No tienen esta condición las indemnizaciones por despido reconocidas en una sentencia dictada por un juzgado de lo social que declara la improcedencia, cuando el despido es anterior a la declaración de concurso. Inaplicación de la doctrina derivada de la STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2014 (Rec. 2622/2012) [JR 2014\4592].

Sentencias y autos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 31 de julio de 2015 (Proc. 466/2014) [JUR 2015\288804]

Salario de los treinta últimos días. Crédito contra la masa del art. 84.2.1 LC. Tras la reforma del año 2011, se refiere a los salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo.

9. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 8 de junio de 2000 (C-258/98, asunto Giovanni) [TJCE 2000\128]

Abuso de posición dominante. Defensa de la competencia. La legislación nacional excluye a las empresas privadas del ejercicio de actividades de colocación de trabajadores.

Las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del artículo 86 del Tratado. El estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90.1 del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven obligadas a infringir los términos del artículo 86 del Tratado.

10. DELEGACIÓN NORMATIVA

Sentencias y autos del Tribunal Constitucional

STC 166/2007, de 4 de julio [RTC 2007\166]

Texto refundido. Límites de la habilitación legal. Permite aclarar, armonizar, eliminar discordancias para lograr coherencia y sistemática.

11. DERECHO A LA IGUALDAD

Sentencias y autos del Tribunal Constitucional

STC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981\22]

Disposición adicional quinta del ET. Jubilación por edad. Inconstitucionalidad si se interpreta como norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años.

12. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Sentencias y autos del Tribunal Constitucional

STC 107/2000, de 5 de mayo [RTC 2000\107]

Revisión unilateral de salarios. Negociación colectiva insuficiente. Contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Derecho a la negociación colectiva de los sindicatos. Mediante la decisión unilateral de la empresa no cabe eludir la presencia de la representación sindical para regular las condiciones de trabajo.

13. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Sentencias y autos del Tribunal Constitucional

STC 3/1983, de 25 de enero [RTC 1983\3]

Tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos establecidos en la ley. Constitucionalidad del requisito de la consignación de la condena para poder recurrir. Art. 170 de la derogada LPL.

STC 205/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987\205]

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la ejecución de la sentencia. Cumplimiento en sus propios términos de sentencia dictada por la jurisdicción social. Posibilidad de cumplimiento por equivalente en función de lo dispuesto en los artículos 209-211 LPL. Administración Pública como empleadora.

STC 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003\192]

Despido de un trabajador por haber trabajado para otra empresa durante sus vacaciones retribuidas. Resoluciones judiciales que sostienen que el empresario puede tener un derecho a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso para la recuperación de su energía física y mental, de modo que, si no se hace así se incurre en un incumplimiento grave y culpable que puede dar lugar a un despido por transgresión de la buena fe contractual. Derecho a la tutela judicial efectiva. El art. 24.1 CE no solo comprende la comprobación negativa de que la decisión judicial no es infundada, manifiestamente irrazonable o arbitraria, ni incurre en error patente, sino que añade el control el positivo sobre la ponderación y adecuación de la motivación de tal decisión judicial, que ha de exteriorizarse. Interpretación judicial del principio de buena fe contrario a pautas axiológicas constitucionales recogidas en el art. 10.1 CE y, por ello, manifiestamente infundada.

ATC 16/2015, de 2 de febrero [JUR 2015\84640]

Cuestión de inconstitucionalidad art. 55.2 LOTC, art. 230.1 LRJS, de 10 de octubre, por posible colisión con el art. 24.1 CE.

STC 166/2016, de 6 de octubre [RTC 2016\166]

Tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos establecidos en la ley. Recurso de suplicación laboral. Inadmisión por falta de consignación solicitando en su lugar la admisión del mero reconocimiento por los administradores de que las cantidades objeto de condena constituyen “créditos contingentes

sin cuantía propia con la calificación de ordinarios”, certificación que no constituye una garantía alternativa idónea. No hay vulneración del derecho.

14. DESEMPLEO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 2919/2014) [RJ 2016\2785]

Prestación de desempleo. Procede la reposición del derecho a la prestación por desempleo consumida durante el periodo de suspensión temporal del contrato por causas organizativas y productivas con el límite máximo legal de 180 días, cuando la extinción contractual posterior se produce porque el trabajador no se ha acogido a una medida de modalidad geográfica adoptada por el empresario e incluida en un plan de reestructuración global. Concurrían los restantes requisitos legales y se trataba de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la persona del trabajador.

15. DESPIDO COLECTIVO

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 7 de diciembre de 1995 (C-449/93, asunto Rockfon) [TJCE 1995\218]

Despido colectivo. Umbrales. Directiva 75/129/CEE. El concepto de centro de trabajo se identifica con aquellas unidades a las que están adscritos los trabajadores afectados por el despido para llevar su cometido. Sociedad perteneciente a un grupo de empresas. Unidad de producción con dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos.

STJCE de 12 de octubre de 2004 (C-55/02, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal) [TJCE 2004\376]

Despido colectivo. Directiva 75/129/CEE. Se incluyen las extinciones por causas ajenas a la voluntad del empresario. Obligación de los Estados miembros de adaptar el derecho nacional a las directivas europeas. Falta de transposición adecuada.

STJCE de 7 de septiembre de 2006 (C-187/05, asunto Georgios Agorastoudis) [TJCE 2006\235]

Despido colectivo. Ámbito de aplicación de la Directiva 75/129/CEE. Se aplica a los supuestos de cese de las actividades del centro de trabajo por voluntad exclusiva del empresario, aunque no medie una decisión judicial y ello con independencia de la norma de derecho interno.

STJCE de 18 de enero de 2007 (C-385/05, asunto *Confédération générale du travail*) [TJCE 2007\14]

Despido colectivo. El artículo 3.1 de la Directiva 2002/14/CE y el artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que excluye, aunque solo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados.

STJCE de 15 de febrero de 2007 (C-270/05, asunto *Athinaiki Chartopoïia*) [TJCE 2007\33]

Despido colectivo. Umbrales. Directiva 75/129/CEE. Se toma como referencia el centro de trabajo. Unidad de producción separada de una sociedad que emplea a cuatrocientos veinte trabajadores, con funcionamiento autónomo, personal y equipamiento diferente y un responsable de producción.

STJCE de 16 de julio de 2009 (C-12/08, asunto *Mono Car Styling S.A.*) [TJCE 2009\237]

Los artículos 2 y 6 de la Directiva 98/59/CE, no se oponen a una normativa nacional que establece procedimientos que pretenden que los trabajadores y sus representantes puedan exigir el control del cumplimiento de las obligaciones fijadas en la referida Directiva, pero que limita el derecho individual de los trabajadores y lo supedita a que previamente, sus representantes hayan notificado objeciones al empresario y a que el trabajador afectado haya comunicado al empresario que impugna la regularidad del procedimiento de información y de consulta.

El artículo 2 de la Directiva 98/59 se opone a una normativa nacional que reduce las obligaciones del empresario que tiene intención de realizar despidos colectivos. Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe garantizar que el empresario cumple las obligaciones fijadas en el artículo 2 de la Directiva.

STJCE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08, asunto *Akavan Eritysalojen Keskusliitto AEK ry y otros*) [TJCE 2009\263]

El artículo 2.1 de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que la adopción de decisiones estratégicas o de cambios de actividades dentro de un grupo de empresas, generan la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores.

El nacimiento de la obligación de iniciar consultas sobre los despidos colectivos no depende de que este pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información exigida en el artículo 2, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 98/59.

El artículo 2.1 de la Directiva 98/59, en relación con el artículo 2. 4.1º debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un grupo de empresas formado por una sociedad matriz y una o varias filiales, la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores solo nace,

para la filial que tiene la condición de empresario, cuando se identifica dicha filial en la que pueden realizarse los despidos colectivos.

El artículo 2.1 de la Directiva 98/59, en relación con su artículo 2.4, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un grupo de empresas, el procedimiento de consulta debe haber sido concluido por la filial afectada por los despidos colectivos antes de que extinga los contratos de los trabajadores afectados, siguiendo instrucciones directas de su sociedad matriz.

STJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14, asunto USDAW) [TJCE 2015\25]

Cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England and Wales) (Reino Unido). Concepto centro de trabajo y módulo de cálculo del número de trabajadores despedidos a efectos del despido colectivo. El TJUE considera que el concepto «centro de trabajo» del art. 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse del mismo modo que el que figura en la letra a), inciso i) de ese mismo párrafo. No se opone a una norma nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, al menos a veinte trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de los veinte trabajadores.

STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13) [TJCE 2015\24]

Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona. Alcance exacto del concepto centro de trabajo a efectos de la Directiva 98/59/CE. El TJUE reitera que el concepto «centro de trabajo» del art. 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse del mismo modo que el que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo. No se opone a una norma nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de noventa días, al menos a veinte trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de veinte trabajadores. No rechaza que el legislador nacional pueda emplear como módulo del cómputo de los trabajadores la empresa en su globalidad y no el centro de trabajo, en los casos en los que ello pueda resultar más favorable de cara a garantizar los derechos de información y consulta de los trabajadores. Corresponde al órgano judicial nacional determinar cuándo se da esta circunstancia.

STJUE de 13 de mayo de 2015 (C- 182/2013, asunto Lyttle) [TJCE 2015, 187]

Despido colectivo. Ámbito de aplicación de los umbrales numéricos. Concepto de centro de trabajo. Misma doctrina que la STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C- 392/2013).

STJUE 30 de mayo de 2015 (C-392/13, asunto Rabal Cañas) [TJCE 2015, 24]

Umbral del despido colectivo. Reitera la doctrina de la STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/2013). Tiene carácter colectivo el despido por causas no inherente a los trabajadores, que afecta, al menos, a veinte, en un período de noventa días, sea cual sea el número de trabajadores empleados en el centro o centros de trabajo afectados. Concepto de centro de trabajo.

STJUE de 9 de julio de 2015 (C-229/14, asunto Ender Balkaya) [TJCE 2015\284]

Despido colectivo. Directiva 75/129/CEE. Ámbito de aplicación. Concepto de trabajador habitualmente empleado en el centro de trabajo. Incluye a los miembros de la dirección de una sociedad de capital, que ejercen su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, perciben retribución a cambio de su actividad y no poseen ninguna participación en la sociedad y también al trabajador que ha concertado un contrato de aprendizaje, de trabajo en prácticas, o de reinserción profesional, que disfruta de una ayuda pública para la formación sin percibir retribución del empresario.

STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14, asunto Pujante Rivera) [TJCE 2015\245]

Despido colectivo. Número de afectados. Se incluyen las personas con contrato de duración determinada o para una tarea determinada como trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo, a efectos de los umbrales previstos en el art. 1.1 a) i) y ii) de la Directiva 98/59/CE.

STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-149/16, asunto Socha) [TJCE 2017\172]

Umbral numérico del despido colectivo. Modificación unilateral de las condiciones de trabajo que, en caso de negativa del trabajador, determina la extinción de su contrato de trabajo. El artículo 1.1 de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral de las condiciones de retribución, adoptada por la empresa en perjuicio de los trabajadores, en caso de negativa de estos, determina la extinción de los contratos de trabajo y puede ser calificada como “despido”. El artículo 2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Directiva, aspecto que debe comprobar el tribunal nacional.

STJUE de 21 de septiembre de 2017 (C-429/16, asunto Ciupa) [TJCE 2017\173]

Umbral numérico del despido colectivo. Modificación unilateral de las condiciones de trabajo que, en caso de negativa del trabajador, determina la extinción de su contrato de trabajo. El artículo 1.1 de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral de las condiciones de retribución adoptada por la empresa en perjuicio de los trabajadores, en caso de negativa de estos, determina la extinción de los contratos de trabajo, puede ser calificada como “despido”. El artículo 2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación

unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Directiva, aspecto que debe comprobar el tribunal nacional.

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 2002 (Rec. 2643/2001) [RJ 2002\5679]

FOGASA, abono del cuarenta por ciento de la indemnización en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Denegación del abono por extinguir el contrato eludiendo los trámites reglamentarios. Despido colectivo. La empresa, en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el artículo 51 ET, realiza extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo. 52.c) ET en número inferior a los umbrales señalados, sin que concurren nuevas causas que lo justifiquen.

STS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 2002 (Rec. 43/2002) [RJ 2003\1952]

Despido colectivo. Acuerdo sobre las jubilaciones anticipadas. Prevalencia del acuerdo sobre el mínimo indemnizatorio previsto para el despido colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 5 de mayo de 2003 (Rec. 47/2002) [RJ 2003\4848]

Despido colectivo. La cuantía mínima de la indemnización fijada en el ET para los trabajadores que cesan como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, no rige para el caso de una jubilación anticipada solicitada voluntariamente por el trabajador y que fue prevista en un expediente de regulación de empleo, con arreglo a lo pactado en el período de consultas entre los representantes.

STS, Sala Cuarta, de 21 de julio de 2003 (Rec. 4454/2002) [ROJ: STS 5220/2003]

Despido objetivo por causas productivas y organizativas. Modificación del sistema de distribución de los productos en una empresa de elaboración de alimentos congelados. Ámbito de concurrencia de la causa.

STS, Sala Cuarta, de 18 de noviembre de 2003 (Rec. 1470) [RJ 2004\28]

Despido colectivo. Acuerdo sobre las jubilaciones anticipadas. Prevalencia del acuerdo sobre el mínimo indemnizatorio previsto para el despido colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 24 de junio de 2008 (Rec. 2937/2007) [RJ 2008\5363]

Negociación colectiva. Alcance del deber de buena fe. No comprende la obligación de alcanzar un acuerdo efectivo entre las partes. Personal administrativo, derecho a trabajar vestidos de uniforme e indemnización por la demora. Falta de acuerdo.

STS, Sala Cuarta, de 3 de julio de 2008 (Rec. 1657/2011) [ROJ: STS 5928/2012]

Despido colectivo. Umbrales. La empresa cesa a los trabajadores por el fin de la obra para la que habían sido contratados. No obstante, la obra no había finalizado y la empresa había continuado con la adjudicación. El número de trabajadores temporales cesados computa a efectos de los umbrales numéricos del art. 51.1 ET.

STS, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2009 (Rec. 1878/2008) [ROJ: STS 3672/2009]

Despido por causas económicas. Cómputo de los trabajadores afectados. El módulo de cálculo es la empresa y no el centro de trabajo. Criterio de interpretación que se desprende del tenor literal del art. 51.1 ET, que, además, es más favorable que el previsto en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio. Despidos improcedentes y no nulos.

STS, Sala Cuarta, de 18 de enero de 2012 (Rec. 139/2011) [RJ 2012\3623]

Contenido y alcance del deber de buena fe. Negativa a facilitar información sobre la relación de puestos de trabajo y plantilla necesaria para el ejercicio de las funciones sindicales. Vulneración del derecho a la libertad sindical.

STS, Sala Cuarta, de 20 de marzo de 2012 (Rec. 81/2012) [ROJ: STS 1710/2013]

Despido colectivo. Aportación de documentación suficiente a los representantes de los trabajadores al inicio del período de consultas. Responsabilidad solidaria de las empresas demandadas. Grupos de empresas con efectos laborales. Requisitos. Rectificación de doctrina. La prestación indistinta de servicios puede ser colectiva o individual y la confusión patrimonial no se asimila a los supuestos de participación en el capital.

STS, Sala Cuarta, de 23 de abril de 2012 (Rec. 2724/2011) [ROJ: STS 4641/2012]

Despido colectivo. Umbrales. Período de noventa días del art. 51.1 ET, interpretación. El día del despido es el día final del plazo para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. No pueden computar los ceses posteriores al periodo de referencia, salvo en supuestos de fraude. La norma solo sanciona con la nulidad las extinciones que se retrasaron con la finalidad de no superar los umbrales, siempre que, además, no se justifiquen por otras causas.

STS, Sala Cuarta, de 3 de julio de 2012 (Rec. 1744/2011) [ROJ: STS 5932/2012]

Despido colectivo. Umbrales. Contratos para obra o servicio extinguidos por un supuesto fin del servicio. El cese de los cuatro trabajadores demandantes, sumado a los de otros trabajadores acordados en las mismas fechas por la misma causa, exceden de los umbrales del art. 51.1 ET, para el despido colectivo. Contratos fraudulentos, ya que los trabajadores prestaban servicios diferentes a los fijados en la respectiva contratación. Se computan todas las contrataciones fraudulentas, al ser indefinidas, o absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos. Nulidad de los despidos por no haber seguidos los requisitos del art. 51.1 ET.

STS, Sala Cuarta, de 8 de julio de 2012 (Rec. 2341/2011) [ROJ: STS 5663/2012]

Extinción de contratos de obra o servicio fraudulentos. Aplica la normativa y jurisprudencia europea en materia de despidos colectivos. La causa que, en definitiva, determina las extinciones es de carácter organizativo y productivo. Como quiera que no se han respetado los requisitos del art. 51 ET, los despidos son nulos y no improcedentes.

STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2013 (Rec. 1362/2012) [RJ 2013\2851]

Delimitación entre el despido individual y el colectivo. Despidos efectuados en períodos de noventa días. El período de noventa días la fecha de la extinción del contrato constituye el día final (*dies ad quem*) del cómputo del primer periodo de noventa días y el día inicial (*dies a quo*) para el siguiente período, salvo que exista fraude de ley en la actuación empresarial.

STS, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883]

Despido colectivo por causas económicas. Insuficiencia de la memoria económica, falta de aportación de la documentación obligatoria e incumplimiento del período de consultas por la empresa. Grupo de empresas, imposibilidad de analizar la responsabilidad solidaria por falta de proposición de infracción jurídica o modificación de hechos probados.

STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013 (Rec. 81/2012) [RJ 2013\2883]

Despido colectivo por causas económicas. Insuficiencia de la memoria y de la documental contable de la empresa. Nulidad de la medida.

STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) [ROJ: STS 4017/2013]

Despido colectivo. Periodo de consultas. Documentación (art. 6 RD 801/2011). Negociación de buena fe. Determinación de existencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Rectificación de la doctrina anterior y consolidación de la doctrina de la previa STS de 20 de marzo de 2012 (Rec. 81/2012).

STS, Sala Cuarta, de 28 de octubre de 2013 (Rec. 2689/2012) [ROJ: STS 6571/20]

Despido por causas económicas. Fraude de ley. Inicio del cómputo del plazo de noventa días del art. 51. 1 ET. El día de la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente. En el supuesto, el despido impugnado era colectivo, pues, a la fecha del mismo, ya se habían producido diez despidos en una empresa de menos de cien trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 52/2013) [ROJ: STS 5943/2013]

Despido colectivo. Umbrales. Aplicación del RDL 3/2012. Se computan los despidos disciplinarios y objetivos declarados improcedentes tanto en conciliación judicial como extrajudicial, o con finiquitos firmados. En el período de noventa días, la empresa había despedido a cuatro trabajadores por causas objetivas y a nueve mediante despidos disciplinarios y había reconocido la improcedencia de dichos despidos. Además, constaban veintinueve despidos objetivos con finiquito firmado. Nulidad de los despidos por omitir el período de consultas. Cabe impugnación colectiva, aunque no haya una decisión empresarial de despido colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 26 de noviembre de 2013 (Rec. 334/2013 [ROJ: STS: 6530/2013])

Despido colectivo. Umbrales art. 51.1 ET. Se incluyen los despidos disciplinarios declarados improcedentes y todas las extinciones independientes de la voluntad de los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 19 de diciembre de 2013 (Rec. 37/2013) [ROJ: STS 6638/2013]

Despido colectivo. Grupo de empresas que es una agrupación de interés económico. La unidad de dirección es un elemento esencial o consustancial de las AIE. No hay confusión de plantillas, ni hay confusión patrimonial. No se aprecia una utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, o el uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 26 de diciembre de 2013 (Rec. 28/2013) [RJ 2014\1253]

Despido colectivo. La legitimación activa para impugnar la medida solo corresponde a los sujetos mencionados en la norma, no la ostentan los trabajadores individualmente considerados. Inadecuación del procedimiento. El proceso de negociación había terminado con acuerdo. La empresa solicita la convalidación del acuerdo, pero no hay un sujeto pasivo colectivo que se oponga a la pretensión, no pudiendo considerarse como tal a los trabajadores individuales.

STS, Sala Cuarta, 28 de enero de 2014 (Rec. 46/2013) [ROJ: STS 1038/2014]

Despido colectivo. Grupo de empresas. Grupo mercantil de carácter familiar. No hay grupo patológico. No hay confusión de plantilla, de actividades, ni caja única ni prestación indistinta de servicios. Inexistencia de defectos formales en la tramitación. Negociación de buena fe.

STS, Sala Cuarta, de 11 de febrero de 2014 (Rec. 323/2013) [RJ 2014\1856]

Delimitación del despido objetivo individual y el colectivo. El período de noventa días se computa partiendo de la fecha de la extinción del contrato, que constituye el día final (*dies ad quem*) del cómputo del primer período de noventa días y el día inicial (*dies a quo*) para el siguiente período.

STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014 (Rec. 96/2013) [ROJ: STS 2571/2014]

Despido colectivo. Concurrencia de la causa. Control judicial de la causa que va más allá de los meros hechos e implica analizar la razonabilidad de la medida. Grupo de empresas a efectos laborales legitimado para instar el despido colectivo. La articulación de la negociación a través de distintas comisiones *ad hoc* no es un defecto de entidad suficiente para determinar la nulidad. Acreditada una clara situación económica negativa, con pérdidas acumuladas de más de 60 millones de euros y una previsión de continuidad de resultados negativos. Se descarta el trato discriminatorio por afiliación sindical.

STS, Sala Cuarta, de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013) [RJ 2014\2769]

Despido colectivo nulo. Fraude de ley, subarriendo de estación de servicio a través de un pacto interempresarial fraudulento firmado a los pocos días de haberse prescindido de todo el personal. La única finalidad es evitar la aplicación del artículo 44 del ET. Responsabilidad solidaria de la

empresa transmitente y sucesora, sin que abarque a todas las empresas del grupo por faltar los requisitos exigidos legalmente para su declaración. Sentencia con voto particular.

STS, Sala Cuarta, de 9 de abril de 2014 (Rec. 2022/2013) [RJ 2014, 2601]

Delimitación despido individual y colectivo. Período de noventa días. La extinción del contrato constituye el día final (*dies ad quem*) del cómputo del primer período de noventa días y el día inicial (*dies a quo*) para el siguiente período.

STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 136/2013) [RJ 2014\4342]

Despido colectivo. Sociedad pública estatal. Sociedad mercantil, creada para satisfacer necesidades de interés general, pero, aunque está incluida en el sector público, no se encuentra comprendida en el artículo 3.2 de la LCSP. Despido ajustado a derecho, concurrencia de la causa y proporcionalidad.

STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 188/2013) [RJ 2014\3276]

Despido colectivo por causas económicas procedente. Supresión definitiva de la subvención estatal con la que se financiaban los contratos de los trabajadores afectados. Se trata de un supuesto de insuficiencia presupuestaria sobrevenida al que alude el art. 35.3 del RPDC. Legitimación del comité intercentros que ha llevado a cabo la negociación. La superación del plazo de duración del periodo de consultas no determina su nulidad.

STS, Sala Cuarta, de 16 de abril de 2014 (Rec. 152/2013) [RJ 2014\3279]

Despido colectivo. Nulidad. Fraude de ley. Los despidos pretenden evitar la asunción de la obligación legal prevista en la ley, mediante la utilización de otro medio para resolver todos los contratos laborales vinculados a los Consorcios, con el fin de no asumir dicho personal. Actuación administrativa que constituye una desviación de poder.

STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2014 (Rec. 153/2013) [RJ 2014\4355]

Despido colectivo. Nulidad. Fraude de ley. Los despidos pretenden evitar la asunción de la obligación legal prevista en la ley, mediante la utilización de otro medio para resolver todos los contratos laborales vinculados a los Consorcios, con el fin de no asumir dicho personal a través del mecanismo de la subrogación. Actuación administrativa que constituye una desviación de poder.

STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2014 (Rec. 166/2013) [RJ 2014\5097]

Despido colectivo. Ámbito de la negociación cuando la medida afecta a varios centros de trabajo. Validez de la negociación por centros cuando no existe un comité intercentros ni comisión *ad hoc*. Los representantes de los trabajadores de un centro de trabajo no están legitimados para impugnar los acuerdos legítimamente alcanzados en otro centro.

STS, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 182/2013) [ROJ: STS 3297/2014]

Despido colectivo. Grupos de empresas con efectos laborales. No se reúnen los requisitos del grupo de empresas, por lo que el despido es colectivo. Se ha dado cumplimiento al deber de aportación documental por parte de la empresa y de buena fe. La infracción de las garantías de permanencia de

los representantes legales de los trabajadores no puede alegar en el proceso de despido colectivo. Concurrencia de la causa de despido colectivo alegada.

STS, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 2014 (Rec. 249/2013) [RJ 2014\4214]

Despido colectivo por causas organizativas. Contratación de nuevos trabajadores durante el mismo período, falta de razonabilidad de la medida. Cumplimiento de los requisitos formales y el deber de buena fe, no hay nulidad. Conocimiento de los criterios de selección para poder abrir una negociación o bien reducir el número de despidos.

STS, Sala Cuarta, de 23 de mayo de 2014 (Rec.179/2013) [RJ 2014\4358]

Administración pública. Despido colectivo por causas económicas improcedente, por no acreditar la insuficiencia presupuestaria. Inexistencia de fraude de ley o de discriminación en la selección de los afectados. Se han garantizado los derechos de información de los legales representantes de los trabajadores. Superación máxima del tiempo de consultas pactada por las partes. Inexistencia de nulidad.

STS, Sala Cuarta, de 2 de junio de 2014 (Rec. 2534/2013) [RJ 2014\4218]

Despido colectivo. Notificación a los trabajadores. No es necesario que se incorporen los criterios de selección de los afectados por la medida. El mandato legal representativo de los representantes de los trabajadores permite presumir su conocimiento. Validez del pacto sobre el aplazamiento de la puesta a disposición de la indemnización, que además es superior a la establecida legalmente.

STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2014 (Rec. 198/2013) [RJ 2014\4763]

Despido colectivo ajustado a derecho por concurrir causa económica. Buena fe. Documentación preceptiva. En el proceso de impugnación colectivo no pueden plantearse cuestiones relativas al análisis individualizado de la aplicación de los criterios de selección.

STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) [ROJ: STS 3449/2014]

Despido colectivo por causas económicas y productivas. Grupo de empresas. Acuerdo en el periodo de consultas. El grupo de empresas está legitimado para iniciar y llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo; es el verdadero empresario y además la causa económica está justificada. Reducciones millonarias de ingresos o ventas ordinarias sufridas y las previstas para el siguiente ejercicio económico por la pérdida de sus principales clientes.

STS, Sala Cuarta, de 26 de junio de 2014 (Rec. 219/2013) [RJ 2014\4392]

Despido colectivo. Nulidad. Desaparición de la personalidad jurídica de la entidad pública contratante. No se indican las concretas causas justificativas y la documentación aportada es básica. Incumplimiento trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Responsabilidad solidaria entre la Agencia de Protección de Datos y la comunidad de Madrid. Fraude de ley.

STS, Sala Cuarta, de 9 de julio de 2014 (Rec. 1767/2012) [RJ 2014\4261]

Despido colectivo e individual. Período de noventa días. La fecha de la extinción del contrato constituye el día final (*dies ad quem*) del cómputo del primer período de noventa días y el día inicial (*dies a quo*) para el siguiente período.

STS, Sala Cuarta, de 17 de julio de 2014 (Rec. 32/2014) [ROJ: STS 4131/2014]

Despido colectivo por causas productivas. No ajustado a Derecho. Aportación documental al periodo de consultas. Los criterios de selección no pueden sustituirse por la relación nominativa de afectados. Control judicial de la causa; alcance del juicio de razonabilidad. No es posible dejar sin efecto un ERTE vigente y acudir a un ERE si no han variado las circunstancias, de forma notable e imprevisible desde el inicio del ERE.

STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 27/2014) [RJ 2014\6122]

Despido colectivo. Comisión híbrida, conformada entre miembros del comité de empresa y de la comisión *ad hoc*. Válida constitución. Acreditación de las causas.

STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2014 (Rec. 231/2013) [RJ 2014\6420]

Despido colectivo. No ajustado a derecho por insuficiencia de las causas alegadas. Inadecuación del procedimiento para reclamar la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores. Afectación de los trabajadores con contrato temporal, de acuerdo con los criterios fijados en una ley autonómica que respeta la prioridad de permanencia fijada para las entidades públicas. No infringe el principio de igualdad. Sucesión de empresa. Inexistencia de fraude de ley.

STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015 (Rec. 15/2014) [ROJ: STS 474/2015]

Despido colectivo. Impugnación de la resolución administrativa. Sucesión de empresa. Sector de *contact center*. No se ha transmitido una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio. La nueva contratista no se ha limitado a continuar con la actividad, asumiendo parte de su plantilla, sino que ha puesto sus propias instalaciones, ha puesto en marcha tres plataformas, centros de trabajo y otros medios materiales (sistemas de telefonía, sistemas de comunicación, medios informáticos) y todo lo necesario para la prestación del servicio. Lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos. La importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos. Sin las inversiones hechas por la nueva contratista y demás medios materiales puestos por ella los trabajadores que contrató de la antigua no habrían podido prestar el servicio que requería la actividad por falta de instalaciones. Sentencia desestima la nulidad y la existencia de sucesión de empresas.

STS, Sala cuarta, de 25 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014) [ROJ: STS 2611/2015]

Despido colectivo por causas organizativas y productivas. Rebaja sustancial del precio del servicio contratado. Ajustado a derecho. Inexistencia de mala fe en la negociación y cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de información. No concurre mala fe ni fraude por el hecho

que el acuerdo final alcanzado fuera más favorable para la empresa de lo que resultaba en el momento inicial. Acreditada la difícil situación en que queda la empresa sometida a la reducción económica sustancial del encargo del casi único cliente, por lo que la previsión negativa por la reducción de ingresos constituye causa razonable para la extinción.

STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2015 (Rec. 1731/2014) [ROJ: STS 2123/2015]

Despido colectivo. Impugnación individual. Requisitos formales de la carta de despido. Necesaria interrelación entre los hechos y las causas descritas en la carta y los que se declaren probados en la sentencia. Procedencia del despido solo cuando se cumplan los requisitos formales y se acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la carta.

STS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre de 2015 (Rec. 183/2014) [RJ 2015\1765]

Despido colectivo. Nulo por incumplimientos formales. Falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores tras periodo de consultas que termina sin acuerdo.

STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2015 (Rec. 64/2015) [RJ 2015\5803]

Despido colectivo. Nulo por incumplimientos formales. Falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores tras periodo de consultas que termina sin acuerdo. La comunicación expresa sobre la decisión final de despido que adopta la empresa cuando el periodo de consultas acaba sin acuerdo es un "requisito esencial" que no puede suplirse mediante vías indirectas que trasladen a la RLT noticia de lo acordado por su empleador.

STS, Sala Cuarta, de 15 de marzo de 2016 (Rec. 2507/2014) [RJ 2016\994]

Despido colectivo. Notificación a los trabajadores. No es necesario que se incorporen los criterios de selección de los afectados por la medida. El mandato legal representativo de los representantes de los trabajadores permite presumir su conocimiento.

STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/2014) [RJ 2016\3570]

Despido colectivo. Deber de aportación documental y de información en el período de consultas. Información verbal válida. Los deberes de aportación documental son instrumentales, solo determinan la nulidad si condicionan el desarrollo del período de consultas. Comisión negociadora, la defectuosa configuración tampoco determina la nulidad. Legitimación activa para impugnar el despido colectivo corresponde a un sindicato que ha participado en la designación de la comisión negociadora y que tiene implantación suficiente en el ámbito del despido. Validez del acuerdo adoptado sobre aplazamiento de la indemnización.

STS, Sala cuarta, de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/2016) [RJ 2016 4654]

Despido colectivo. Umbrales del art. 51.1 ET. Aplicación de la doctrina del TJUE y ratificación de la doctrina de la STS de 18 de marzo de 2008 (Rec. 1878/2008). La unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo [SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14, asunto Wilson) y de 13 de mayo de 2015 (C-392/13, asunto Rabal Cañas)] que emplea a más de veinte trabajadores en los casos en los

que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales y debe ser la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2017 (Rec. 1595/2015) [RJ 2017\1098]

Reducción de la contrata de una empresa de limpieza. Excedente de plantilla. Causa productiva u organizativa que permite el despido procedente e indemnizado de los trabajadores. Inexistencia de circunstancias excepcionales que permitan considerar que la empresa pudiese recolocar a los afectados en otras contratas diferentes. Reitera doctrina.

STS, Sala Cuarta de 6 de abril de 2017 (Rec. 3566/2015) [ROJ: STS 1759/2017]

Despido colectivo. Umbrales. Ámbito que se debe considerar. Aplicación de la doctrina del TJUE en el asunto Rabal Cañas. El ámbito puede ser el centro de trabajo o la empresa. Empresa con más de trescientos trabajadores y extinción de veinte contratos en un centro de trabajo que cuenta con treinta y ocho. Si se aplica el ámbito del centro de trabajo sí se superan los umbrales del despido colectivo.

STS, Sala de lo Social, de 21 de abril 2017 (Rec. 258/2016) [RJ 2017\2689]

Despido colectivo y reducción salarial. Causas organizativas y productivas derivadas de la reducción de la contrata. Concurrencia de las causas y afectación proporcionada de las medidas adoptadas. Inexistencia de vulneración del artículo 44 ET, ya que la causa de las medidas no es la sucesión empresarial sino la reducción del objeto de la contrata decidida por la empresa principal, que se produce con independencia de la sucesión empresarial, pues se hubiera producido igual si la contratista fuese la misma. Existencia de acuerdo durante el período de consultas suscrito por una amplia mayoría de los integrantes de la comisión negociadora en representación de los trabajadores (once de los trece miembros). La reducción salarial durante veinticuatro meses es una medida coyuntural que aminoró los efectos del despido.

STS, Sala Cuarta, de 13 de junio de 2017 (Rec. 196/2017) [ROJ: STS 2480/2017]

Despido colectivo. Umbrales. No se superan los límites del art. 51.1 ET ni de la directiva europea 98/59/CE. La medida afectó a los doce trabajadores del centro de trabajo y supuso su cierre. Centro que cuenta con menos de veinte trabajadores y el cierre no afecta a la totalidad de la empresa, sino solo al referido centro de trabajo. Tampoco se ha producido el despido por el cese total de la actividad, por lo que no cabe aplicar la disposición más favorable del derecho español, dado que la misma ha de interpretarse en el sentido propio de sus palabras.

STS, Sala Cuarta, de 14 de julio de 2017 (Rec. 74/2017) [ROJ: STS 3229/2017]

Despido colectivo. Umbrales. Ámbito que se debe considerar. El ámbito puede ser el centro de trabajo o la empresa. El despido será colectivo no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en cualquiera de sus

centros de trabajo, aisladamente considerados, siempre que dichos centros cuenten con más de veinte trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 62/2017) [ROJ: STS 3681/2017]

Cláusula antifraude del art. 51.1 ET. Exige que se superen los umbrales numéricos del referido precepto o del art. 1.1 de la Directiva 98/59/CE, de veinte empleados por centro de trabajo. El período de noventa días no es elástico. Supone una mejora respecto a la Directiva 98/59/CE, pero no es una variedad extendida del despido colectivo. El cómputo se hace desde la fecha del último despido computable hacia atrás.

STS, Sala Cuarta, de 10 de octubre de 2017 (Rec. 86/2017) [ROJ: STS 3906/2017]

Despido colectivo. Umbrales del art. 51.1 ET. No se superan. Se trata de un despido que afecta a doce trabajadores en una empresa que cuenta con un total de quinientos cuarenta y seis trabajadores en plantilla. La medida no alcanza el umbral de los treinta trabajadores que exige la norma y el centro de trabajo no cuenta con más de veinte trabajadores, que es lo que exige la directiva europea. El cierre del centro de trabajo tampoco convierte la medida en despido colectivo, pues el ET exige el cese de actividad empresarial no del centro de trabajo.

STS, Sala Cuarta, de 31 de enero de 2018 (Rec. 1190/2016) [ROJ: STS 385/2018]

Despido colectivo objetivo. Causa productiva y organizativa. Pérdida de una contrata. El artículo 52.c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma.

STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 43/2018) [ROJ: STS 3463/2018]

Despido colectivo. Ajustado a derecho. Inexistencia de mala fe en la negociación. Aportación documental. Criterios de selección de los trabajadores. Doctrina sobre los criterios de selección de los trabajadores. Las insuficiencias documentales han de evaluarse con un criterio finalista, atendiendo al conjunto de la documentación aportada. No es suficiente aportar el listado de trabajadores afectados, sino que debe incorporarse también la indicación de criterios de selección de los despedidos. El carácter genérico o abstracto de los criterios no equivale a su ausencia. La buena fe exige que los representantes de los trabajadores negocien sobre los criterios propuestos por la empresa, sin limitarse a cuestionar su insuficiencia. No solo ha de valorarse la aportación de criterios por parte de la empresa sino también su aceptación para negociarlos. Solo la ausencia de tal aportación de criterios da lugar a la nulidad del despido. Proporcionalidad de la causa económica y concurrencia de la causa productiva.

STS, Sala cuarta, de 19 de mayo de 2019 (Rec. 246/2018) [ROJ: STS 2070/2019]

Despido colectivo llevado a cabo por tres empresas por causas organizativas y productivas ajustadas al ámbito de afectación. Ajustado a derecho; concurrencia de las causas organizativas y productivas.

Respeto de la buena fe, no fraude de ley ni abuso de derecho. Cuando existe acuerdo no es necesario notificar a los representantes legales de los trabajadores. Grupo de empresas patológico con confusión de plantillas, confusión patrimonial y dirección unitaria. Delimitación de los conceptos funcionamiento unitario y utilización fraudulenta de la personalidad jurídica.

Sentencias y autos de la Audiencia Nacional

SAN, Sala Social, de 11 de marzo de 2012 (Proc. 381/2012) [ROJ: SAN 1024/2013]

Despido colectivo. Acuerdo entre la empresa y los sindicatos mayoritarios. No se trata de un grupo de empresas con efectos laborales. No hay unidad de dirección, confusión patrimonial ni de plantilla. Cumplimiento por la empresa de los deberes de información y consulta que concluyeron con acuerdo. Concurrencia de las causas económicas y productivas. Se acreditó una reducción muy importante de ingresos y ventas en los tres trimestres del año respecto al año precedente, que obliga a reducir la actividad en un porcentaje muy superior a los despidos.

SAN, Sala Social, de 25 de julio de 2012 (Proc. 109/2012) [AS 2012\1674]

Despido colectivo. Nulidad por fraude de ley. Período de consultas con negociación paralela con los trabajadores. Varios centros de trabajo afectados, ámbito de la negociación. Sentencia anulada por la STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2014 (Rec. 166/2013) [RJ 2014\5097].

SAN, Sala Social, de 26 de julio de 2012 (Proc. 124/2012) [AS 2012\1678]

Despido colectivo por causas económicas. Requisitos formales. Nulidad del despido. Falta de aportación de la documentación obligatoria cuando las empresas forman parte de un grupo de empresas. Fraude en las negociaciones. Competencia de la jurisdicción social, aunque varias empresas pertenecientes a un grupo habían sido declaradas en concurso después del despido.

SAN, Sala Social, de 14 de septiembre de 2012 (Proc. 136/2012) [AS 2013\813]

Período de consultas del despido colectivo. Deberes documentales en la causa económica. Causa organizativa.

SAN, Sala Social, de 28 de septiembre de 2012 (Proc. 152/2012) [AS 2012\2515]

Despido colectivo. Grupo de empresas. Legitimación del grupo para instar el despido colectivo. La negociación a global es más garantista que la individual. Acreditación de las causas económicas y productivas. Información facilitada a los trabajadores de los centros de trabajo que carecían de representantes. Inexistencia de fraude. Inexistencia de vulneración del derecho a la libertad sindical.

SAN, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc. 162/2012) [AS 2013\2]

Deber de buena fe. Incumplimiento. La empresa adopta su decisión tras un único intento negociador, sin escuchar las alternativas ofrecidas por los representantes de los trabajadores.

SAN, Sala Social, de 21 de noviembre de 2012 (Proc. 167/2012) [ROJ: SAN 4756/2012]

Despido objetivo por causas económicas. Negociación global en el período de consultas. Verdadera negociación entre las partes. Despido justificado porque la empresa acreditó las pérdidas económicas alegadas y una reducción del volumen de actividad superior al porcentaje de contratos extinguidos.

SAN, Sala Social, de 25 de febrero de 2013 (Proc. 324/2012) [ROJ: SAN 695/2013]

Despido colectivo. Grupo de empresas. Acuerdo entre la empresa y los sindicatos. La negociación se articuló de forma global. Adecuada negociación porque se trata de un grupo laboral y no mercantil. Existencia de negociación efectiva. Concurrencia de causas productivas y organizativas adecuadas a las amortizaciones acordadas y reducción sustancial de la cifra de negocio.

SAN, Sala Social, de 6 de marzo de 2013 (Proc. 24/2013) [ROJ: SAN 1022/2013]

Despido objetivo procedente. Medida acreditada. Falta de impugnación por la representación legal de los trabajadores y la Autoridad Laboral. La empresa acreditó haber cumplido el período de consultas y la concurrencia de causas tanto económicas como organizativas, así como la existencia de una plantilla desequilibrada respecto a una demanda muy recesiva.

SAN, Sala Social, de 26 de abril de 2013 (Rec. 29/2013) [AS 2013\1735]

Despido colectivo. Es válido negociar con el comité intercentros. Inexistencia de vulneración de la libertad sindical. Acreditación de las causas económicas y productivas alegadas y asumidas por la mayor parte de la representación de los trabajadores. Inexistencia de incumplimientos formales. Innecesario identificar a los trabajadores afectados de forma nominativa.

SAN, Sala Social, de 22 de abril de 2014 (Rec. 299/2012) [AS 2014\2101]

Despido colectivo anterior a la reforma del año 2012. La vía de impugnación es la del art. 151 LRJS porque la resolución administrativa contiene lista de afectados. Legitimación de la empresa que adquirió una de las empresas en concurso. Intrascendencia del auto del juzgado de lo mercantil que limita su responsabilidad por no respetar el régimen legal de la sucesión de empresas. Inexistencia de discriminación, medida que afecta a todos los trabajadores por el cierre del centro.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía, Sala Social, de 19 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2008) [ROJ: STSJ AND 15658/2008]

Extinción colectiva de contratos de trabajo, empresa declarada en concurso. El Juzgado de lo mercantil no admitió a trámite el expediente por haberse presentado antes de que la administración concursal emitiese el informe previsto en los arts. 74 y 75 LC. Interpretación flexible de la excepción prevista en el art. 64.3 LC, viabilidad futura de la empresa. Cuando sea inevitable el cese de la actividad o el cierre de la empresa, si se pueden producir graves perjuicios a los trabajadores

porque no puedan percibir salarios o prestaciones de desempleo, se puede instar el expediente antes del informe de la administración concursal.

STSJ de Andalucía, Sala Social, de 14 de julio de 2009 (Rec. 1504/2008) [JUR 2009\439022]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. El Juez del concurso debe aceptar el contenido del acuerdo alcanzado en período de consultas, salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Principio de congruencia que supone que el auto debe atenerse al *petitum* de la solicitud. El juez mercantil no puede decidir la adopción de medidas distintas de las solicitadas. Los efectos de la extinción no tienen por qué coincidir con los de la fecha de la resolución cuando el periodo de consultas ha concluido con acuerdo de las partes, pueden retrotraer los efectos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

STSJ de Andalucía, Sala Social, de 20 de marzo de 2013 (Proc. 11/2012) [AS 2013\277]

Despido colectivo. Deberes de información, consulta y negociación. Desestima pretensión de nulidad del despido colectivo, pero estima la improcedencia por incumplimiento parcial del deber de negociar de buena fe sobre la aplicación de los criterios de selección de los trabajadores. Sentencia anulada por la STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2014 (Rec. 198/2013) [RJ 20144763].

STSJ de Aragón, Sala Social, de 14 de junio de 2010 (Rec. 379/2010) [JUR 2010\370887]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. La fecha de efectos es al que se fija en la parte dispositiva de la resolución que dicta el juez del concurso, que puede ser distinta de la fecha de dictado de la referida resolución. Diferencias entre la autorización de la Autoridad Administrativa y la resolución que dicta el juez del concurso en el expediente del art. 64 LC.

STSJ de Aragón, Sala Social, de 23 de junio de 2010 (Rec. 394/2010) [JUR 2010\388444]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Fecha de efectos de las extinciones contractuales y del devengo de las correspondientes prestaciones de desempleo es la fijada en la parte dispositiva del auto que dicta el juez del concurso y no la fecha de dictado de dicha resolución.

STSJ de Aragón, Sala Social, de 16 de marzo de 2011 (Rec. 110/2011) [JUR 2011\242280]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. En caso de acuerdo en período de consultas, el juez del concurso debe aprobarlo salvo que aprecie la concurrencia de dolo, fraude, abuso de derecho o mala fe. Si en el acuerdo se pacta retrotraer a una fecha anterior la efectividad de las extinciones, el juez debe acordarla de acuerdo con el principio de congruencia.

STSJ de Aragón, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 21/2012) [AS 2012\709]

Despido colectivo. Empresa en concurso. Se acredita la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. Necesidad de acreditar la concurrencia de la causa en todas las empresas integrantes del grupo.

STSJ Aragón, Sala Social, de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 473/2014) [JUR 2014\251747]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Empresa en concurso de acreedores. Legitimación para recurrir el auto dictado por el juez del concurso. Falta de legitimación de los trabajadores individuales.

STSJ de Asturias, Sala Social, de 21 de diciembre de 2007 (Rec. 765/2007) [AS 2008\792]

Despido colectivo, empresa en concurso de acreedores. La competencia para extinguir los contratos corresponde al juez del concurso. El auto que dicta declara la extinción, no es una mera autorización para extinguir. Inexistencia de relación especial. Deportista aficionado.

STSJ de Asturias, Sala Social, de 17 de diciembre de 2010 (Rec. 1969/2010) [AS 2011\1307]

Extinción colectiva de contratos laborales. Empresa en concurso. Los trabajadores individuales no tienen legitimación para impugnar el auto dictado por el juez del concurso.

STSJ de Asturias, Sala Social, de 30 de octubre de 2012 (Rec. 2315/2012) [AS 2013\36]

Despido colectivo por causas económicas. Requisitos formales. Período de consultas. Legitimidad del acuerdo alcanzado antes del plazo máximo legal. Negociación con concesiones recíprocas. Suficiencia de la memoria explicativa y acompañamiento de la documentación contable. Vulneración de la garantía de indemnidad. Nulidad del despido porque el cese es una represalia por la reclamación salarial. La empresa no ha justificado la inclusión del trabajador en el despido colectivo.

STSJ de Baleares, Sala Social, de 14 de mayo de 2013 (Rec. 31/2013) [JUR 2013\218028]

Despido colectivo, nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido. Falta de legitimación activa de los trabajadores individuales para la impugnación del auto de extinción colectiva, la legitimación corresponde a la representación de los trabajadores.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 12 de abril de 2013 (Rec. 137/2013) [JUR 2013\364982]

Despido colectivo. Causa económica alegada ha de ser actual. Falta de acreditación de la causa alegada. Improcedencia del despido. Desestimación del motivo de nulidad por vulneración del principio de igualdad.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 19 de mayo de 2016 (Rec. 318/2016) [ROJ: STSJ CANT 765/2016]

Despido colectivo. Impugnación por la representación legal de los trabajadores el auto del Juez del concurso que autorizó la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Buena fe negocial y cumplimiento de los requisitos formales del período de consultas. Una sola reunión de las partes sin que conste oposición. La representación social no solicitó en tiempo y forma la participación de terceros en el período de consultas, ni tampoco el auxilio judicial a fin de verificar la concurrencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Acreditación de la falta de viabilidad empresarial.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 14 de febrero de 2017 (Rec. 8/2017) [ROJ: STSJ CANT 72/2017]

Despido y cesión ilegal de trabajadores. Cuando la empresa no alcanza el mínimo de cinco trabajadores el despido es plural y no colectivo. Despido improcedente por falta de comunicación formal que no puede entenderse subsanada por la tramitación de un despido colectivo. Se rechaza la cesión ilegal pues era el ayuntamiento quien ostentaba las funciones de organización la actividad, los traslados del centro de trabajo, el que tramitó el expediente para la reducción salarial aplicando su propio convenio colectivo y quien resolvía todas las cuestiones relacionadas con el personal.

STSJ de Castilla La Mancha, Sala Social, de 28 de junio de 2011 (Rec. 587/2011) [JUR 2011\288538]

Extinción colectiva de contratos de trabajo, empresa en concurso. Causas económicas. Falta de legitimación de un grupo de trabajadores individuales para impugnar directamente el auto dictado por el juez del concurso.

STSJ de Castilla La Mancha, Sala Social, de 30 de marzo de 2012 (Rec. 51/2012) [JUR 2012\138140]

Extinción del contrato por causas económicas. No es admisible instar la extinción de los contratos de los trabajadores afectados por ERE suspensivo durante su vigencia, salvo concurrencia de nueva causa o cambio relevante de circunstancias. Despido improcedente.

STSJ de Castilla León, Sala Social, 23 de marzo de 2011 (Rec. 125/2011) [JUR 2011\166617]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Empresa en concurso. Legitimación para impugnar el auto del juez del concurso. Los trabajadores individuales pueden impugnar a través del incidente concursal atacando directamente el auto, tanto por razones de fondo como formales.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 7 de noviembre de 2012 (Rec. 1945/2012) [AS 2013\530]

Despido colectivo. Nulidad. Superación de los umbrales numéricos al computar todas las extinciones contractuales practicadas dentro del periodo de noventa días por motivos no inherentes a la persona del trabajador, aunque las causas económicas, organizativas, productivas o técnicas de los despidos sean diferentes.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 27 de junio de 2013 (Rec. 2110/2012) [JUR 2013\276384]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Previa autorización administrativa de extinción de los contratos que afectaba a las recurrentes. El hecho de encontrarse incluidas en la lista de empleados no es sinónimo de la extinción inmediata de sus contratos de trabajo. La resolución de la autoridad laboral no tiene efectos constitutivos, solo autoriza al empresario a extinguir, o suspender, en un determinado periodo de tiempo un concreto número de relaciones laborales. Por el contrario, la resolución del juez del concurso produce efectos constitutivos.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 27 de septiembre de 2005 (Sent. núm. 7204/2005 [AS 2005\2699])

Despido colectivo. Empresa declarada en concurso de acreedores. El auto dictado por el juez del concurso no es una mera autorización, sino que declara la extinción de los contratos de los trabajadores.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 19 de febrero de 2009 (Rec. 8063/2008) [AS 2009\330]

Despido colectivo. Umbrales del artículo 51.1 ET.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 13 de enero de 2010 (Rec. 5429/2011) [JUR 2012\99923]

Cómputo de los umbrales numéricos del artículo 51.1 ET.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 14 de febrero de 2012 (Rec. 6579/2011) [JUR 2012\111357]

Cómputo de los umbrales numéricos del artículo 51.1 ET. Extinciones excluidas.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 19 de junio de 2012 (Rec. 2140/2012) [ROJ: STSJ CAT 7007/2012].

Despido por causas económicas. Recurso de suplicación contra el auto de extinción de las relaciones laborales dictado por el juez del concurso. En el periodo de consultas se había solicitado documental que acreditaba la posible existencia de un grupo de empresas entre la concursada y otra empresa, que no se admitió, ya que solo cabía tras la reforma por L 38/2011 LC. Además, los recurrentes no aportaron indicio alguno de la posible existencia del grupo de empresas. Se desestima el motivo de nulidad y la revisión fáctica basada en documental extemporánea.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de julio de 2012 (Proc. 17/2012) [JUR 2012\299430]

Despido colectivo. Incumplimiento de requisitos formales. La empresa no había comunicado por escrito a los representantes de los trabajadores el inicio del periodo de consultas, ni que realmente este haya tenido lugar. Nulidad del despido colectivo.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 15 de octubre de 2012 (Proc. 32/2012) [AS 2012\3007]

Despido colectivo por causas económicas. Procedencia. Descenso acusado de ventas y pérdidas continuadas. Requisitos formales. Cumplimiento de las exigencias documentales en el período de consultas. No concurre fraude de ley. Inexistencia de vulneración de la garantía de indemnidad. Despido colectivo posterior a la interposición de las demandas de extinción contractual por impago de salarios. Crisis económica y productiva conocida por los trabajadores con anterioridad a las solicitudes de rescisión contractual.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 22 de noviembre de 2012 (Rec. 23/2012) [AS 2013\1007]

Despido colectivo. La tramitación del despido colectivo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores se había iniciado antes de la declaración del concurso. Una vez que se produce esta declaración, la competencia para resolver corresponde exclusivamente al juez del concurso. Aplicación de lo dispuesto en el art. 64.1 LC, aunque se refiere a los antiguos expedientes

de regulación de empleo sujetos a autorización administrativa, resulta aplicable a los despidos colectivos regulados en el art. 51 ET y en el RPDC.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2013 (Rec. 45/2013) [AS 2013\3159]

Despido colectivo. Competencia de la jurisdicción social. Despido colectivo llevado a cabo antes del dictado del auto que declara a la empresa en situación de concurso voluntario. Nulidad del despido colectivo (art. 124.11 LRJS) por incumplimiento de la empresa de las obligaciones iniciales de comunicación y documentación. Grupo de empresas patológico. Extensión de la responsabilidad, teoría del levantamiento del velo.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 22 de octubre de 2013 (Rec. 3229/2013) [JUR 2013\360445]

Falta de legitimación de los trabajadores individuales para impugnar directamente el auto dictado por el juez del concurso. Los trabajadores individuales tienen la vía del incidente laboral concursal.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de julio de 2014 (Rec. 2693/2014) [AS 2014\2672]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Legitimación de los trabajadores individuales para recurrir el auto del juez del concurso. Se admite la legitimación porque el recurso es interpuesto por la totalidad de los trabajadores afectados por la medida, entre los que se encuentran delegados de personal. Grupo de empresas. Responsabilidad solidaria.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 6 de mayo de 2015 (Rec. 831/2015) [AS 2015, 1328]

Extinción colectiva de contratos de trabajo autorizada por el juzgado de lo mercantil en un grupo de empresas. Concurrencia de causas económicas y cumplimiento de los requisitos del periodo de consultas. La adopción del acuerdo de extinción sin esperar a la elaboración del informe de la administración concursal no ocasiona indefensión, al haber prueba suficiente de la existencia de urgencia para dictar el citado auto. Comisión negociadora, validez de la delegación de voto. La superación del plazo máximo legal del período de consultas no vulnera el derecho a la huelga al tratarse de una lícita ampliación frente a una última oferta empresarial, no condicionada a ninguna actuación de las partes y haberse acreditado el desistimiento voluntario de los trabajadores de la huelga convocada. No se impone la responsabilidad solidaria porque no se trata de un grupo con efectos laborales.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 13 de enero de 2017 (Rec. 5831/2016) [AS 2017\5528]

Validez del auto dictado por el juez del concurso acordando la extinción colectiva de las relaciones laborales, aun cuando en ese momento se hubiese dictado ya una sentencia en el orden social de resolución del contrato (art. 50.1.b ET), que aún no había adquirido firmeza.

STSJ de Extremadura, Sala Social, de 12 de julio de 2012 (Rec. 258/2012) [ROJ: STSJ EXT 1143/2012]

Despido colectivo precedido de un ERTE. Cálculo de la indemnización. Salario anterior a la suspensión de los contratos de trabajo.

STSJ de Extremadura, Sala Social, de 5 de marzo de 2013 (Proc. 27/2013) [AS 2013\935]

Empresa en situación de concurso. Acción de extinción del contrato. Suspensión del procedimiento social hasta que el auto dictado por el juzgado de lo mercantil adquiera firmeza. Aplicación del art. 64.10 LC.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 17 de diciembre de 2009 (Rec. 4463/2009) [AS 2010\269]

Extinción colectiva de contratos de trabajo, empresa en concurso. La vía del incidente laboral concursal permite al trabajador individual impugnar las condiciones laborales individuales, pero no impugnar directamente el auto dictado por el Juez del concurso.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 20 de julio de 2011 (Rec. 820/2011) [AS 2011\2467]

Despido colectivo. Empresa declarada en concurso de acreedores. Estimación: Límites de la negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal. El control judicial no incluye la valoración de soluciones alternativas, sino la razonabilidad y justificación de la medida adoptada. Necesidad de que el auto que dicta el juez del concurso consigne en los antecedentes de hecho aquellos que el magistrado ha deducido en la valoración de la prueba que efectúa, según se deduce de los fundamentos jurídicos del auto y considera probados.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de julio de 2012 (Proc. 8/2012) [AS 2012\1888]

Despido colectivo por causas organizativas y productivas (pérdida de cliente). Incumplimientos formales. Desestimación. Solo procede la declaración de nulidad en los casos de incumplimiento de los requisitos del art. 51 ET.

STSJ de Galicia, Sala Social, 29 de octubre de 2012 (Proc. 14/2012) [ROJ: STSJ GAL 8765/2012]

Despido colectivo acordado durante la vigencia de un expediente colectivo de suspensión de contratos. Inexistencia de causa para acordar la extinción de los contratos de trabajo.

STSJ de Galicia, Sala Social, 21 de noviembre de 2012 (Proc. 22/2012) [ROJ: STSJ GAL 9456/2012]

Despido colectivo por causas económicas. Decisión ajustada a derecho. Pérdidas acreditadas desde el año 2003 hasta el 2011, con la salvedad del ejercicio económico de 2010 como consecuencia de la venta de un bien inmueble. Nexo entre la causa y las amortizaciones de contratos de trabajo. Cumplimiento de los requisitos documentales en el período de consultas. Inexistencia de dolo, fraude o abuso de derecho. No hay vulneración de derechos fundamentales. Inexistencia de grupo de empresas. Sentencia confirmada por la STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2013 (Rec. 3/2013) [ROJ: STS 6391/2013].

STSJ de Galicia, Sala Social, de 2 de mayo de 2013 (Rec. 10/2013) [AS 2013\1134]

Despido colectivo. Administración Pública. Improcedente. No consta la insuficiencia presupuestaria, ni una situación de déficit presupuestario. Reducción del presupuesto inicial muy

inferior al cinco por ciento y saldo positivo de sus cuentas. Se desestima la nulidad porque no concurre fraude de ley en la elección de los trabajadores, se han cumplido las obligaciones documentales y la superación del plazo previsto para el periodo de consultas no es determinante de nulidad.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 30 de mayo de 2012 (Proc. 17/2012) [AS 2012\1672]

Despido colectivo por causas económicas. Requisitos formales. Insuficiencia de la memoria; falta de aportación de la documentación exigida e incumplimiento del período de consultas. La empresa ha mantenido una posición inamovible, sin efectuar concesiones u ofrecer otras opciones. Grupo de empresas y responsabilidad solidaria porque concurre un funcionamiento unitario, prestación indiferenciada de servicios por los trabajadores, confusión de plantillas, apariencia externa de unidad empresarial y de dirección, así como la creación de empresas ficticias.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de junio de 2012 (Proc. 22/2012) [AS 2012\2556]

Despido Colectivo. Causas organizativas, técnicas y productivas. Informe técnico obligatorio. Causas económicas y documentación contable de todo el grupo de empresas. Nulidad del despido por abuso de derecho y ejercicio contrario a la buena fe. Acuerdo con los representantes de los trabajadores en un expediente previo sobre suspensión de contratos con compromiso de no realizar despidos durante su vigencia.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 11 de julio de 2012 (Proc. 32/2012) [ROJ: STSJ M 7494/2012]

Despido colectivo por causas económicas y organizativas. Falta de acreditación de las causas alegadas. Control judicial limitado a la valoración sobre la concurrencia de hechos que en este caso no se pueden considerar probados. La empresa no ha aportado las cuentas anuales del último ejercicio económico completo, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión debidamente auditadas y el informe técnico y la memoria aportadas resultan sumamente cuestionables y carentes de credibilidad y rigor. Despido nulo por falta de aportación al periodo de consultas de la documentación exigida.

STSJ de Madrid, de 9 de abril de 2013 (Proc. 18/2013) [ROJ: STSJ M 1728/2013]

Despido colectivo de ente público empresarial declarado improcedente. Desproporción entre la situación económica negativa y el despido masivo indicado. Consta acreditada la merma en subvenciones públicas, pero es del cinco por ciento y además existen otros ingresos empresariales, como los derivados de publicidad. Grupo de empresas con responsabilidades laborales por los despidos. Documentación que se debe aportar en estos expedientes, contenido y alcance de la obligación de negociar de buena fe, mínimos para designar al personal afectado. Sentencia confirmada por la STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014].

STSJ Madrid, Sala Social, de 14 de octubre de 2013 (Rec. 1517/2013) [JUR 2013\357098]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Empresa en concurso. Los trabajadores individuales no tienen legitimación activa para impugnar directamente el auto del juez del concurso, solo tienen la vía del incidente laboral concursal. Pero se admite que en el mismo se cuestione la causa, los defectos del procedimiento colectivo y cualquier otra circunstancia.

STSJ de Madrid, de 15 de enero de 2016 (Rec. 822/2015) [AS 2016/305]

Incidente concursal laboral. En el incidente concursal solo se ventilan las cuestiones puramente individuales. Los trabajadores no tienen legitimación para impugnar directamente el auto de extinción de las relaciones laborales del juez del concurso. Además, no concurren los elementos fácticos que permiten considerar la existencia del grupo, como la confusión de plantillas y patrimonios.

STSJ de Navarra, Sala Social, de 13 de mayo de 2013 (Rec. 95/2013) [ROJ: STSJ NA 145/2013]

Despido por causas económicas. Umbrales. No hay fraude porque el número de despedidos simultáneos o en el periodo previo y posterior de los noventa días computados desde la extinción del contrato del recurrente no alcanza los límites del art. 51.1 ET.

STSJ del País Vasco, de 6 de febrero de 2007 (Rec. 2823/2006) [AS 2007, 1241]

Extinción colectiva de los contratos de trabajo. Empresa en concurso. Legitimación para recurrir el auto del juez del concurso. Los trabajadores individuales pueden recurrirlo si están personados en el procedimiento.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 19 de abril de 2011 (Rec.707/2011) [AS 2011\1904]

Extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas. Pendencia de un expediente colectivo de suspensión de contratos. No cabe instar la extinción de los contratos de los trabajadores afectados por ERE suspensivo durante su vigencia, salvo concurrencia de nueva causa o cambio relevante de circunstancias.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 7 de febrero de 2012 (Rec. 3005/2011) [JUR 2012\185220]

Despido por causas económicas. Notificación individual a los afectados. Suficiencia de la carta, la expresión "causas económicas" unida a la indicación de los datos económicos negativos, "perdidas cuantificadas", es suficiente. Cuentas anuales que arrojan beneficios en una anualidad. Medida no razonable. Despido improcedente.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 20 de febrero de 2012 (Rec. 359/2012) [JUR 2012\185430]

Despido por causas económicas y productivas estando vigente un expediente de regulación de empleo suspensivo. No cabe instar la extinción de los contratos de los trabajadores afectados por ERE suspensivo durante su vigencia, salvo concurrencia de nueva causa o cambio relevante de circunstancias. Despido improcedente.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 9 de octubre de 2012 (Proc. 13/2012) [ROJ: STSJ PV 1227/2012]

Despido colectivo nulo. Indicios suficientes de vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical indicios. Inversión en la carga de la prueba sin que el empresario hubiera acreditado que concurra causa económica que justificara la decisión empresarial. Sentencia confirmada por la STS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 2014 (Rec. 11/2013) [ROJ: STS 3477/2014].

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 9 de julio de 2013 (Rec. 14/2013) [ROJ: STSJ PV 1162/2013]

Despido objetivo colectivo. Umbrales. No se llega a los umbrales del despido colectivo, pero seguir tal trámite en este caso supone más garantías. La fecha del despido es la que inicia el cómputo del período sucesivo de noventa días. No hay fraude de ley. Concepto de causas económicas y productivas. Razonabilidad parcial de la medida, excesivo número de despidos. No hay indicios suficientes de discriminación sindical. Requisitos documentales exigibles a la empresa.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 5 de noviembre de 2013 (Rec. 1865/2013) [JUR 2014\139551]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Grupos de empresas. Legitimación de los trabajadores individuales para impugnar directamente el auto del Juez del concurso en función de su personación en el procedimiento.

STSJ de Valencia, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 2603/2013) [JUR 2014\123109]

Extinción colectiva de los contratos de trabajo. Empresa en concurso de acreedores. Falta de legitimación de los trabajadores individuales para recurrir el auto del juez del concurso.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

AJM núm. 1 de Alicante, de 27 de mayo de 2010 (Proc. 136/2010) [JUR 2010\202305]

Extinción colectiva de relaciones laborales. Estimación. Cese de actividad y cierre de establecimiento. Indemnización, no hay cobertura convencional que permita incrementar el mínimo legal. Ineficacia de los pactos celebrados entre el empleador y los trabajadores, ya que la empresa concursada no está legitimada en el proceso de negociación del art. 64 LC.

SJM núm.1 de Ávila, de 11 de octubre de 2017 (Proc. 90/2017) [JUR 2017\282470]

Incidente concursal laboral. El trabajador impugna el auto que aprobó el acuerdo alcanzado en el período de consultas. Cuestiona la indemnización reconocida y solicita que se incremente el total. Falta de legitimación activa. Se trata de una cuestión colectiva y no individual.

SJM núm. 8 de Barcelona, de 30 de julio de 2012 (Proc. 411/2012) [AC 2012/1528].

Extinción de contratos. Concurrencia de la causa, documentación, memoria y cuentas anuales.

Requisitos documentales, el derecho de información de los representantes legales de los trabajadores no es absoluto. Grupos de empresa. La existencia de un grupo mercantil de empresas no implica la imposición de responsabilidad solidaria, para ello es necesario acreditar la concurrencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Las partes han de alegar en tiempo y forma los indicios relativos a la posible existencia de una unidad empresarial, en caso contrario, no se examinará esta cuestión.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 3 de marzo de 2005 (Auto núm. 67/2005) [AC 2005\332]

Extinción colectiva de contratos de trabajo que afecta a la totalidad de la plantilla. Con independencia de que la plantilla sea superior o inferior a cinco trabajadores, la medida ha de ser autorizada por el juez del concurso, ya que prevalece la normativa concursal.

AAJM núm. 1 Bilbao, de 8 de mayo de 2006 (Proc. 49/2006) [JUR 2006\271972]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Estimación. Acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Concurrencia de causas económicas. Pérdidas continuadas, carencia de tesorería para la continuación de la actividad. Indemnización de veinte días por año trabajado con el tope de diecisiete mensualidades.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 23 de abril de 2007 (Proc. 72/2006) [JUR 2007\125446]

Expediente de regulación de empleo. Acuerdo. Se admite que el acuerdo se adopte al margen de las consultas formales y se presente como una medida aceptada por los trabajadores en asamblea.

AJM núm.1 de Bilbao, de 29 de enero de 2009 (Proc. 623/2008) [JUR 2009\87998]

Contratos de trabajo y convenios colectivos. Extinción colectiva de las relaciones laborales. Concurrencia de causas económicas, pérdidas continuadas y ausencia de pedidos. Acuerdo entre la administración concursal y el órgano de representación de los trabajadores respecto de la indemnización por días de trabajo por año trabajado. No es exigible el acuerdo o la participación de la concursada.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 11 de mayo de 2009 (Proc. 224/2009) [AC 2009\1069]

Posibilidad de modificar la inicial pretensión de extinción colectiva de contratos de trabajo por la suspensión de contratos. Ausencia de mala fe. Acuerdo entre la administración concursal, los representantes legales de los trabajadores y aquiescencia del deudor.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 15 de junio de 2009 (Proc. 181/2009) [JUR 2009\331001]

Excepción del art. 64.3 LC. Informe de la administración concursal. Las medidas colectivas laborales solo pueden solicitarse sin el referido informe cuando se justifica en la solicitud la posible afectación de la viabilidad futura de la empresa o el perjuicio del empleo o de los trabajadores.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 1 de septiembre de 2009 (Proc. 475/2009) [AC 2009\1977]

Posibilidad de modificar la inicial pretensión de extinción colectiva de contratos de trabajo por la suspensión de contratos. Ausencia de mala fe. Acuerdo entre la administración concursal, los

representantes legales de los trabajadores y aquiescencia del deudor. Concurrencia de causa: disminución de pedidos.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 6 de noviembre de 2009 (Proc. 429/2009) [AC 2010\258]

Medida colectiva de extinción de contratos de trabajo. Acreditación de la causa alegada. Es necesario justificar documentalmente la causa alegada. Falta de acreditación en este caso de la denominada “insolvencia irreversible”. Personas físicas.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de noviembre de 2009 (Proc. 573/2009) [AC 2010\71]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Se alega disminución de ingresos. Pero los resultados de explotación de los últimos ejercicios habían mejorado y también el *cash flow* era positivo. Falta de acreditación de la causa alegada. Desestimación de la medida.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 19 de enero de 2015 [JUR 2015\45936]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Acuerdo alcanzado en el período de consultas. Control del juez sobre legalidad externa del acuerdo, que no afecta al contenido ni a la oportunidad del pacto. No se aprueba porque el acuerdo es contrario a la ley, desconoce los derechos de los restantes acreedores.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 21 de enero de 2008 (Proc. 22/2004) [AC 2011\1848]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Se desestima la solicitud. Está prevista la continuidad de la actividad empresarial y se indica que se va a contar con la plantilla. Interpretación flexible del requisito de la viabilidad futura de la empresa.

SJM núm. 1 de Cádiz, de 6 de junio de 2008 (Proc. 157/2008) [JUR 2011\350837]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Se admite a trámite y se estima. Se trata de una medida que afecta a más del diez por ciento de la plantilla y se justifica en la necesidad de preservar la viabilidad futura de la empresa y el empleo. Acuerdo suscrito por los trabajadores y conformidad de la administración concursal.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 31 de julio de 2008 (Proc. 243/2008) [AC 2011\1852]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. El juez debe verificar la legalidad externa del acuerdo adoptado en fase de consultas para descartar el dolo, la coacción, el fraude o el abuso de derecho.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 11 de diciembre de 2009 (Proc. 157/2008) [AC 2011\1945]

Extinción colectiva de relaciones laborales. Aplicación supletoria de la legislación laboral. Diferencias entre el expediente tramitado ante el juez del concurso y el seguido ante la Autoridad Laboral. Acuerdo suscrito por los administradores concursales, la empresa concursada y los representantes de los trabajadores. Cumplimiento de los requisitos del art. 64 LC. Indemnizaciones y determinación del plazo para la ejecución de la extinción.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 25 de mayo de 2012 (Proc. 204/2012) [AC 2012\2304]

Extinción colectiva de contratos de trabajo y modificación sustancial de condiciones de trabajo

plural (afecta a cinco trabajadores). Incompetencia del juez del concurso para conocer de la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo no colectiva. Autorización de la extinción colectiva de contratos de trabajo.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 25 de mayo de 2012 (Proc. 209/2012) [AC 2012\2083]

Extinción colectiva de contratos de trabajo y modificación sustancial de condiciones de trabajo. Competencia del juez del concurso para conocer de ambas. La modificación es sustancial, afecta al sistema de remuneración y a la cuantía salarial y además es colectiva.

AJM núm. 1 de León, de 13 de octubre de 2015 (Proc. 1288/2015) [JUR 2016\37161]

Extinción colectiva de los contratos de toda la plantilla. Falta de concordancia o de proporcionalidad entre la medida solicitada y la causa realmente acreditada. Se alegaba la paralización de la actividad de la empresa, pero se justificaba solo una mera reducción de actividad que no se consideró proporcionada a la solicitud.

AJM núm. 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005 (Proc. 43/2004) [AC 2005\149]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Concurrencia de causas económicas, técnicas y organizativas. La extinción colectiva de los contratos de trabajo es una medida imprescindible para equilibrar la situación económica de la empresa y garantizar su viabilidad futura.

AJM núm. 5 de Madrid, de 22 de mayo de 2008 (A núm. 427/2008) [AC 2009\258]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Es necesario alegar una causa objetiva. Es inadmisibles alegar la falta de acatamiento de las órdenes del jefe de obra. Circunstancia que, en su caso, podría ser determinante de un despido disciplinario, pero no es admisible como casusa de extinción colectiva de contratos de trabajo.

AJM núm. 9 de Madrid, de 15 de febrero de 2010 [JUR 2010/103580]

Solicitud de extinción de contratos de trabajo desestimada por falta de causa. Grupo de empresas. No es competencia del juez del concurso. Su conocimiento se limita a las acciones sociales colectivas en las que es empleadora la concursada, excluyendo a otros sujetos que no hayan sido declarados en concurso, respecto a los cuales, los órganos competentes son los de la Jurisdicción Social, ante los que se puede solicitar la posible condena solidaria.

AJM núm. 6 de Madrid, de 23 de enero de 2012 (Proc. 316/2011) [AC 2012\622]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Momento de la solicitud. Puede ser anterior a la emisión del informe de la administración concursal cuando la demora en su adopción puede comprometer la viabilidad futura de la empresa hay del empleo y causar grave daño a los trabajadores. En este caso, concurren tale circunstancias, ya que la actividad que desarrollaba la concursada era antieconómica desde hacía años, con un importante y continuado deterioro de su situación patrimonial, generadora de pérdidas importantes hasta llevarla a una situación de imposibilidad cierta y real de continuación de su actividad por la inexistencia de contratación y la sola generación de pérdidas y de deudas

sociales. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la extinción de seis contratos por auto dictado en ejecución de sentencia de despido nulo anterior a la declaración de insolvencia.

SJM núm. 12 de Madrid, de 17 de marzo de 2014 (Proc. 552/2013) [JUR 2016\107611]

Incidente concursal laboral. Prioridad de permanencia de los legales representantes de los trabajadores. Falta de identidad entre el puesto de trabajo del actor y los que no se han extinguido como consecuencia del expediente de regulación de empleo.

AJM núm. 4 de Madrid, de 12 de enero de 2015 (Proc. 793/2014) [JUR 2016 \130433]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Acuerdo adoptado en período de consultas. El juez debe realizar un control formal de legalidad del acuerdo, para verificar que no concurra dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley.

AJM núm. 4 de Madrid, de 24 de abril de 2015 (Proc. 127/2015) [JUR 2016 \101931]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Acuerdo adoptado en período de consultas. El juez debe realizar un control formal de legalidad del acuerdo, para verificar que no concurra dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley.

AJM núm. 12 de Madrid, de 19 de mayo de 2015 (Proc. 170/2015) [JUR 2016\104271]

Procedimiento del art. 64 LC. Prueba de la concurrencia de la causa. Dificultades económicas justificadas a través de diversos informes de la administración concursal del art. 75 LC. Descenso de la facturación y de los ingresos tras la declaración del concurso. Ausencia de tesorería que impide abonar las nóminas de los trabajadores.

AJM núm. 4 de Madrid, de 23 de noviembre de 2015 (Proc. 857/2015) [JUR 2016\103824]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Causa: pérdidas económicas durante los últimos ejercicios que han determinado la liquidación de la empresa. Acreditación mediante la memoria. Créditos por indemnizaciones: tratamiento del art. 84.2.5.2 LC, se entienden reconocidos en la resolución que los aprueba.

AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 25 de febrero de 2016 (Proc. 144/2011) [JUR 2016/82061]

Incidente concursal laboral. Despido colectivo. Medida de extinción de todos los contratos por paralización de la actividad fruto del descenso de ventas y falta de liquidez. Los trabajadores individuales no pueden alegar la posible existencia de un grupo de empresas a efectos laborales en la vía del incidente concursal, ya que es una cuestión que excede del ámbito objetivo del incidente que se ciñe a cuestiones puramente individuales. Tampoco es posible alegar la concurrencia de dolo, fraude o abuso de derecho.

AJM núm. 3 de Pontevedra, de 15 de noviembre de 2010 [AC 2011\1702]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Concurrencia de la causa. Pérdidas económicas justificadas a través de las cuentas anuales. Solicitud de una indemnización superior, alegando

discriminación con las indemnizaciones reconocidas en la Jurisdicción Social por resolución del contrato. Inexistencia de discriminación. Los trabajadores no sufrieron ningún incumplimiento empresarial, ya que el ERE se tramitó de inmediato. El juez del concurso no puede fijar una indemnización superior a la legal.

AJM núm. 2 de Pontevedra, de 26 de octubre de 2017 (Proc. 5/2017) [JUR 2017\289948]

Extinción colectiva de contratos de trabajo y cese de actividad. Falta de aportación en el período de consultas de la documental fijada en el RPDC. No es un defecto formal que invalide el período de consultas, ya que ninguna de las partes puso de manifiesto dicha insuficiencia, ni tampoco la Autoridad Laboral. Acreditada la causa económica.

AJM núm. 1 de San Sebastián de 30 de octubre de 2009 (Rec. 337/2009) [AC 2010\157]

Extinción colectiva de contratos de trabajo, sin acuerdo en el período de consultas. Necesidad de acreditar la causa. Falta de concurrencia de causa. Al tiempo de la liquidación de la empresa, no constan pérdidas que la hicieran inviable o carente de futuro. Desestimación de la medida.

AJM núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 2005 (Proc. 5/2005) [JUR 2007\368581]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Legalidad del acuerdo alcanzado en el período de consultas. El Juez debe verificar la legalidad formal del pacto, a fin de que no concurra dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

AJM núm.1 de Valencia, de 28 de julio de 2005 [AC 2005\1302]

Extinción colectiva de los contratos de trabajo. Estimación. Causa acreditada. Cuantiosas pérdidas económicas en el último ejercicio e importante descenso de ventas derivado, entre otras causas, de la afectación que padece el sector por razón de la irrupción en el mercado de nuevos productores.

AJM núm. 1 de Valencia, de 21 de enero de 2008 (Proc. 364/2006) [JUR 2008\350806]

Extinción colectiva de contratos. Estimación. Falta de apoyo financiero a la ulterior actividad de la concursada, dificultades en la prestación del servicio con pérdida de clientela e inexistencia de ofertas de terceros que pudieran propiciar mínimamente la garantía al mantenimiento de la actividad. Número de trabajadores afectados. Aplazamiento de las extinciones de los contratos de los trabajadores que sean necesarios para el buen fin de la liquidación a la fecha en la que esta se produzca.

AJM núm. 1 de Vitoria, de 19 de diciembre de 2005 (A. núm. 29/2005) [AC 2006\302]

Extinción colectiva de contratos de trabajo. Aprobación del acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, aunque la indemnización pactada supere la previsión del ET y no haya liquidez para afrontar su pago.

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 18 de enero de 2000 (Rec. 3894/1998) [RJ 2000\1059]

Despido. Requisitos de forma de la notificación escrita remitida al trabajador. Es necesario que proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba para su defensa. No basta con hacer constar imputaciones genéricas e indeterminadas.

STS, Sala Cuarta, de 21 de mayo de 2008 (Rec. 528/2007) [RJ 2008\4336]

Requisitos formales de la carta de despido disciplinario. Debe concretar, especificar y acreditar, los días y las concretas imputaciones a fin de posibilitar la adecuada defensa del trabajador.

17. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001) [ROJ: STS 9329/2002]

Despido por causas objetivas. Ámbito de aplicación de las causas organizativas o de la producción, donde es necesaria la amortización de un puesto de trabajo y no en la totalidad de la empresa.

STS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2007 (Rec. 191/2006) [ROJ: STS 3994/2007]

Despido objetivo por resolución de contrata. La pérdida de una contrata no constituye una situación económica, técnica, productiva u organizativa imprevisible o imprevista. Pero en el caso concreto de empresas del sector de limpieza de edificios y locales dicha pérdida suele verse compensada con la subrogación en las sucesivas contratistas, por lo que, en el caso concreto, sí concurre una causa organizativa o productiva, al quedar suprimidos los puestos de trabajo.

STS, Sala Cuarta, de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007) [ROJ: STS 5511/2008]

Despido objetivo por causa económica. Razonabilidad de la causa. es suficiente con que la medida extintiva contribuya a la efectiva superación de la crisis, sin que tenga que garantizarla. Necesidad de una conexión funcional o instrumental entre la medida extintiva y el objetivo perseguido de hacer frente a la situación económica. Lo que se exige son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que conduzca a decidir de forma

razonable sobre la conexión que debe existir entre la situación de crisis y el despido. Basta con que exista el exceso de pérdidas o caída de ventas, aunque este disminuya o se estabilice.

STS, Sala Cuarta, de 16 de septiembre de 2009 (Rec. 2027/2008) [ROJ: STS 6988/2009]

Despido objetivo por causas organizativas o productivas. Finalización de una contrata por causa ajena a la voluntad del empleador. Reitera doctrina. En las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos, por su origen, constituye una causa productiva, ya que implica una reducción del volumen de la producción contratada. Por su ámbito, es una causa organizativa, dado que afecta a los métodos y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores. La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa y constituye justa causa de despido objetivo.

STS, Sala Cuarta, de fecha 30 de marzo de 2010 (Rec. 1068/2009) [RJ 2010\2482]

Despido objetivo. Requisitos formales de la notificación al trabajador. Ha de expresar la causa del despido, que son las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva.

STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2010 (Rec. 1234/2009) [ROJ: STS 2462/2010]

Despido objetivo por causas económicas. conexión entre la extinción del contrato y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad. Falta de contradicción.

STS, Sala Cuarta, de 1 de julio de 2010 (Rec. 3439/2009) [RJ 2010\6777]

Despido objetivo. Requisitos formales de la notificación al trabajador. Ha de expresar la causa del despido, que son las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Insuficiencia de la carta, nulidad. Puesta a disposición de la indemnización, ofrecimiento seguido de la consignación judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas.

STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2010 (Rec. 3876/2009) [ROJ: STS 7621/2010]

Despido objetivo por causas técnicas, organizativas o productivas. Fin del arrendamiento de negocio y cierre del local, pero nuevas contrataciones en otros centros de trabajo. Empresa de máquinas recreativas. La empresa no tiene la obligación de continuar la actividad en otro local. Libertad empresarial. No obstante, no cabe amortizar un puesto de trabajo cuando realiza nuevas contrataciones en otros centros de trabajo, sin, al menos, haber ofrecido al trabajador afectado por el cierre del local, algún puesto adecuado a sus características o, en su caso, haber probado la inexistencia de puestos de trabajo que se adecúen al perfil profesional del trabajador. La sentencia destaca además que la finalización de un arrendamiento de negocio por cierre del local no puede considerarse un supuesto de fuerza mayor.

STS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2011 (Rec. 394/2011) [RJ 2012\1344]

Despido objetivo. Requisitos formales de la comunicación escrita al trabajador. Ha de expresar la causa del despido, que son las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Insuficiencia de la carta, nulidad. La empresa ha de abonar los salarios correspondientes al preaviso, al no haber sido respetado.

STS, Sala Cuarta, de 12 de junio de 2012 (Rec. 3638/2011) [ROJ: STS 5008/2012]

Despido objetivo por causa económica. Pérdidas y disminución del volumen de negocios. Despido objetivo procedente, dado que las pérdidas son elevadas y prolongadas en el tiempo y, por ello, se presume que la amortización de puestos de trabajo contribuye a la superación de la crisis. Cabe la amortización orgánica o de puestos de trabajo y la amortización de carácter funcional. El art. 51.1 ET (redacción por L 35/2010) no exige que la medida tenga por objeto contribuir a la superación de la situación negativa.

STS, Sala Cuarta, de 31 de enero de 2013 (Rec. 709/2012) [ROJ: STS 860/2013]

Despido objetivo por causas objetivas organizativas. Ámbito de apreciación de la causa organizativa. Disminución del volumen y del precio de la contrata en un veinte por ciento respecto a la contrata anterior. Medida racional de cara a la eficacia de la organización productiva. La disminución del volumen de la contrata y su importe determina que el número de trabajadores existentes en la empresa sea excesivo.

STS, Sala Cuarta, de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) [ROJ: STS 2031/2014]

Despido objetivo del personal de un ente público empresarial. No conforme a derecho por falta de justificación. Reitera la doctrina sobre el control judicial de la causa y concluye que, en este caso, hay una clara desproporción entre la medida y la situación económica negativa. Grupos de empresas, doctrina sobre el carácter mercantil de los grupos de empresa no patológicos. Existencia de un grupo de empresas, que determina que la negociación se convalide. Suficiencia de la documentación aportada. La conducta desleal de la empresa de no confesar que se estaban externalizando servicios no constituye el requisito de mala fe que determina la nulidad. La prioridad de permanencia del personal fijo solo se aplica a la Administración no a las empresas públicas.

STS, Sala Cuarta, de 24 de noviembre de 2015 (Rec. 1681/2014) [ROJ: STS 5835/2015]

Despido objetivo por causas económicas. Procedente. Acreditación de la causa. No es necesario que la carta especifique los concretos motivos de selección, cuando la medida es razonable. El artículo 53.1.a) ET exige que en la comunicación escrita figuren las causas, es decir, la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica.

STS, Sala Cuarta, de 5 de octubre de 2016 (Rec. 3946/2014) [RJ 2016\5447]

Despido objetivo individual derivado de un despido colectivo. Decisión de despido precedida por una previa negociación con los representantes de los trabajadores. La falta de entrega a los representantes de los trabajadores de la notificación de despido individual no implica la improcedencia.

STS, Sala Cuarta, de 14 de octubre de 2016 (Rec. 952/2015) [RJ 2016\5385]

Despido objetivo individual derivado de un despido colectivo. Decisión de despido precedida por una previa negociación con los representantes de los trabajadores. La falta de entrega a los representantes de los trabajadores de la notificación de despido individual no implica la improcedencia.

STS, Sala Cuarta, de 18 de octubre de 2016 (Rec. 728/2015) [RJ 2016\5733]

Despido objetivo individual derivado de un despido colectivo. Decisión de despido precedida por una previa negociación con los representantes de los trabajadores. La falta de entrega a los representantes de los trabajadores de la notificación de despido individual no implica la improcedencia.

STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2017 (Rec. 2309/2015) [RJ 2017\678]

Reducción de contrata. Sucesión de contratas. Se ha reorganizado el nuevo servicio, pero no está acreditada su necesidad. No basta con que en la carta de despido se indique que se ha producido una reducción en el volumen de la contrata por parte de la principal, sino que debe acreditarse dicha reducción.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 21 de diciembre de 2012 (Rec. 1030/2012) [ROJ: STSJ CANT 1310/2012]

Despido por causas económicas procedente. Tras el RDL 3/2012 se suprimen las referencias a la viabilidad empresarial o a la capacidad para mantener el volumen de empleo, así como a la conexión funcional. La interpretación literal de la norma conduce a entender que los órganos jurisdiccionales, únicamente, están habilitados para constatar la concurrencia de los hechos. Causa económica acreditada. Resultados negativos en los tres últimos ejercicios económicos, así como en el primer trimestre de la anualidad corriente.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 25 de enero de 2013 (Rec. 1063/2012) [JUR 2013\362059]

La causa económica en el despido objetivo ha de ser actual. Improcedencia. Falta de acreditación de la causa.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 27 de marzo de 2013 (Rec. 139/2013) [AS 2013\3090]

Causa económica. Disminución persistente de ingresos durante tres trimestres consecutivos. Actualidad de la causa. La disminución ha de referirse a los tres trimestres inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación extintiva.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 2 de octubre de 1998 (Rec. 1668/1998) [AS 1998\4195]

Organismos Públicos. Extinción de contratos por causas objetivas. Supresión de la enseñanza de Formación Profesional por implantación de la Educación Secundaria Obligatoria (ESO).

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de diciembre de 2003 (Rec. 341/2002) [AS 2004\320]

Organismos públicos. Extinción del contrato por causas objetivas. Concepto de unidad de empresa y su posible aplicación a los Entes Locales vinculados por acuerdos de colaboración.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 2 de enero de 2010 (Rec. 6115/2009) [JUR 2010\113718]

Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Entidades Locales.

STSJ Cataluña, Sala Social, de 2 de febrero de 2010 (Rec. 7170/2009) [JUR 2010\158026]

Despido por causas objetivas de dos trabajadoras. Ocho extinciones en los noventa días anteriores; seis despidos objetivos, una baja voluntaria y una extinción por fin del contrato. El despido no se considera colectivo. No es posible incluir en el cómputo los despidos disciplinarios previos a la extinción objetiva ya que no están relacionados con las razones técnicas, organizativas, económicas o productivas.

STSJ de Valencia, Sala Social, de 12 de diciembre de 1997 (Rec. 3776/1996) [AS 1997\4767]

Extinciones de contratos en las Administraciones Públicas por causas objetivas, interpretación. Organismo Público. Conversión del contrato a tiempo parcial en contrato por tiempo indefinido. Fraude de ley.

18. DESPIDO TÁCITO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 3 de julio de 2012 (Rec. 3885/2010) [RJ 2012\10679]

Despido tácito. No es posible aducir la figura del despido tácito una vez que se ha declarado la situación de concurso de la empresa, basada en hechos posteriores a tal declaración. Solo cabe solicitar la extinción colectiva de los contratos de trabajo por la vía del art. 64 LC.

19. EMPRESA

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 1 de julio de 2008 (C-49/07, asunto Motoe) [TJCE 2008\148].

Concepto de empresa. Persona jurídica cuyas actividades consisten en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas y también organizarlas y celebrar contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE.

20. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 6 de octubre de 2009 (Rec. 2832/2008) [RJ 2009\5660]

Es posible acordar la extinción del contrato de trabajo en la sentencia que resuelve la demanda de despido cuando la readmisión es imposible por cierre de la empresa. La indemnización debe comprender la totalidad del tiempo de prestación de servicios del trabajador desde el inicio hasta la fecha del despido.

STS, Sala Cuarta, de 27 de diciembre de 2013 (Rec. 3034/2012) [RJ 2013\8365]

Extinción del contrato de trabajo en la sentencia que resuelve la demanda de despido cuando la readmisión es imposible por cierre de la empresa. Salarios de trámite.

STS, Sala Cuarta, de 21 de julio de 2014 (Rec. 1511/2013) [RJ 2014\4545]

Extinción del contrato de trabajo en la sentencia que resuelve la demanda de despido cuando la readmisión es imposible por cierre de la empresa.

STS, Sala Cuarta, de 22 de julio de 2014 (Rec. 1509/2013) [RJ 2014\4785]

Extinción del contrato de trabajo en la sentencia que resuelve la demanda de despido cuando la readmisión es imposible por cierre de la empresa. La indemnización se computa desde la fecha de inicio de la relación laboral hasta la fecha del despido.

21. FRAUDE DE LEY

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 16 de febrero de 1993 (Rec. 2655/1991) [RJ 1993\1174]

Fraude de ley. Contratos temporales concertados por las Administraciones Públicas. El fraude no se presume. Irregularidades de las Administraciones Públicas en la contratación temporal que supongan una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no determinan la condición de contrato indefinido.

STS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 1994 (Rec. 137/1994) [RJ 1994\7055]

Fraude de ley. No se presume. Contratos concertados por las Administraciones Públicas. Contrato válido para obra o servicio determinado hasta la cobertura de la vacante.

STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2004 (Rec. 3143/2003) [RJ 2004\7466]

Fraude de ley. No se presume. Desempleo. El cese voluntario en un contrato por tiempo indefinido, seguido de otro temporal, no puede considerarse como manifestación de un fraude de ley que impusiera al beneficiario la carga de acreditar el carácter no fraudulento de su forma de actuar.

STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 2007 (Rec. 401/2006) [RJ 2007\3616]

Fraude de ley. Desnaturalización del contrato de aprendizaje suscrito. La jornada de la trabajadora fue, desde su inicio, el 97,5 por ciento de la jornada ordinaria; no se le proporcionó efectiva formación teórica y el curso en el que se la inscribe no estaba homologado; tampoco asiste al mismo y no guarda relación con el trabajo desempeñado.

STS, Sala Cuarta, de 31 de julio de 2007 (Rec. 401/2006) [RJ 2007\3616]

Fraude de ley. Carga de la prueba corresponde a la parte que lo alega. Elemento intencional. La valoración de la prueba sobre el elemento intencional corresponde al Juez de instancia y a la Sala de Suplicación en el oportuno trámite revisorio. En el recurso de unificación de doctrina corresponde a la Sala aplicar las reglas sobre la carga de la prueba. Concurrencia de fraude. Contrato para la formación, conversión en contrato por tiempo indefinido por la omisión de la formación teórica.

STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2009 (Rec. 2497/2008) [RJ 2009\3252]

Fraude de ley. Requisitos. Prueba de presunciones. Pensión de jubilación anticipada, cálculo del coeficiente reductor. Inexistencia de fraude.

22. GRUPOS DE EMPRESA

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1987 [ROJ: STS 6260/1987]

Grupo de empresas con efectos laborales. Funcionamiento unitario de las de las empresas del grupo. Condena solidaria respecto de consecuencias del despido nulo de las empresas codemandadas por constituir un mismo grupo empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 1987 [ROJ: STS 7851/1987]

Grupo de empresas con efectos laborales. Requisito de la confusión de plantillas. La responsabilidad solidaria no se presume, solo es posible imponerla en los casos expresamente previstos, dentro de los cuales se encuentra el supuesto del grupo de empresas que concurre cuando hay una prestación de servicios simultánea e indistinta para varias de las empresas del grupo.

STS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 1988 [ROJ: STS 4365/1988]

Grupo de empresas con efectos laborales. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales. Empresa con personalidad jurídica distinta que, sin embargo, forma un grupo de empresas con otra, constituyendo, en realidad, el único empresario del trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 24 de julio de 1989 [ROJ: STS 4494/1989]

Grupo de empresas con efectos laborales. Creación de empresas aparentes sin sustento real. Demanda de conflicto colectivo. Sentencia puramente declarativa.

STS, Sala Cuarta, de 24 de julio de 1989 [RJ 1989\5908]

Escisión de sociedades. Sucesión de empresa. No hay un cambio subjetivo en la titularidad real, sino que se crea un grupo de empresas con una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario. No hay un negocio jurídico real que explique la transmisión. La transmisión es un efecto automático de la fundación de la nueva sociedad, que se hace cargo inmediatamente de la actividad realizada por la primera y de los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 1993 (Rec. 720/1992) [ROJ: STS 4673/1993]

Grupo de empresas con efectos laborales. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencias externas de unidad empresarial y unidad de dirección.

STS, Sala Cuarta, de 29 de mayo de 1995 (Rec. 2820/1994) [ROJ: STS 3058/1995]

Grupo de empresas con efectos laborales. Requisitos. Aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada de un procedimiento anterior de resolución de contrato en el ulterior de reclamación de cantidad.

STS, Sala Cuarta, de 26 de enero de 1998 (Rec. 2365/1997) [ROJ: STS 379/1998]

Grupo de empresas con efectos laborales. Requisitos tradicionales. Reitera doctrina.

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 1998 (Rec. 3310/1997) [ROJ: STS 3198/1998]

Grupo de empresas con efectos laborales. Concorre cuando se advierte una misma dirección y

titularidad empresarial, idéntico domicilio social y cierta coincidencia en el objeto social con utilización indiferenciada de plantillas.

STS, Sala Cuarta, de 17 de febrero de 2000 (Rec. 2794/1997) [ROJ: STS 1202/2000]

Expediente de regulación de empleo autorizado por la Autoridad Laboral y luego declarado improcedente por existir un grupo de empresas. Los trabajadores fueron readmitidos en un lugar lejano al centro en donde prestaban servicios antes del cese. No se trata de un desplazamiento temporal. No hay derecho a dietas.

STS, Sala Cuarta, de 26 de diciembre de 2001 (Rec. 139/2001) [ROJ: STS 10324/2001]

Grupo de empresas con efectos laborales. Requisitos. No concurren. No basta con que el representante legal de una de las empresas fuera el administrador único de la otra, pues no concurren otros elementos indiciarios como la unidad de estrategia o la complementariedad de finalidades sociales.

STS, Sala Cuarta, de 3 de noviembre de 2005 (Rec. 3400/2004) [ROJ: STS 7545/200]

Grupo de empresas. Resumen de los requisitos tradicionalmente exigidos para la configuración de un grupo de empresas a efectos laborales (SSTS 3 de mayo de 1990, 29 de mayo de 1995, 26 de enero de 1998, 26 de diciembre de 2001 y 8 de junio de 2005).

STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2009 (Rec. 57/2008) [ROJ: STS 4934/2009]

Conflicto colectivo. Grupos de empresas y cesión ilícita de trabajadores. Prestación sucesiva de servicios entre las empresas del grupo. Bienios del premio de antigüedad regulado en el convenio colectivo. Los trabajadores solicitan que se compute la totalidad de la prestación de servicios para el grupo de empresas. Estimación de la demanda porque se trata de un grupo de empresas. No hay cesión ilegal, solo circulación de trabajadores entre empresas del grupo que es una práctica lícita siempre que se respeten las garantías del trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 21 de julio de 2010 (Rec. 2845/2009) [ROJ: STS 4477/2010]

Grupo de empresas con efectos laborales. Requisitos. Examen de la cuestión a fin de determinar la existencia de relaciones laborales indefinidas de un conjunto de trabajadores que prestaban servicios para una de las empresas del grupo.

STS, Sala Social, de 22 de junio de 2011 (Rec. 3198/2009) [RJ 2011\5432]

Acumulación de las acciones de extinción del contrato y despido. Pronunciamiento expreso sobre la acción de extinción y omisión de pronunciamiento sobre la acción de despido y la posible existencia de un grupo de empresas. Nulidad de actuaciones.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Aragón, Sala Social, de 4 de febrero de 2011 (Rec. 66/2011) [ROJ: STSJ AR 1/2011]

Recurso de suplicación frente al auto dictado por el juez del concurso en el que declara la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la empresa en concurso de acreedores por razones económicas. Se cuestiona la existencia de un grupo de empresas, cuestión no analizada por el juez del concurso. Nulidad del auto porque es necesario examinar si se dan los requisitos del grupo de empresas con efectos laborales alegados por la representación de los trabajadores.

STSJ de Valencia, Sala Social, de 22 de febrero de 2007 (Rec. 136/2007) [ROJ: STSJ CV 2056/2007]

Grupo de empresas con efectos laborales. El juez del concurso puede pronunciarse sobre esta cuestión en calidad de juez social y condenar solidariamente a las integrantes del grupo a abonar el importe de las indemnizaciones. Nulidad del auto del juez del concurso por incongruencia omisiva.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

AJM núm. 3 de Barcelona, de 19 de mayo de 2008 (JUR 384331, 2008)

Grupo de empresas. La alegación de su existencia condiciona la valoración de la concurrencia de la causa. La falta de concurrencia de la causa económica en la totalidad del grupo determina la necesidad de aplicar la indemnización correspondiente al despido improcedente.

SJM núm. 3 de Gijón, de 14 de mayo de 2014 (Proc. 1/2014) [JUR 2016/56241].

Incidente concursal laboral en el que se reclama un mayor salario y una mayor indemnización, con base en la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Se rechaza la existencia de grupo laboral pro no concurrir los requisitos exigidos en la jurisprudencia y también mercantil, al faltar el requisito del control directo.

SJM núm. 3 de Gijón, de 18 de noviembre de 2015 (Proc. 107/2015) [JUR 2016/135455]

Incidente laboral concursal. Grupo de empresas con efectos laborales. El juez del concurso no es competente para conocer de esta cuestión en la vía del incidente laboral concursal. Tampoco para alegar la nulidad del acuerdo alcanzado en el período de consultas, ni para cuestionar los criterios de selección de los trabajadores afectados. Solo sería hábil si se alegase una causa de discriminación de carácter individual.

AJM núm. 7 de Madrid, de 7 de diciembre de 2009 [JUR 5000579,2009]

Grupo de empresas. La alegación de su existencia condiciona la valoración de la concurrencia de la causa. La falta de concurrencia de la causa económica en la totalidad del grupo determina la necesidad de aplicar la indemnización correspondiente al despido improcedente.

SJM núm. 1 de San Sebastián, de 16 de julio de 2015 (Proc. 449/2015) [JUR 2016/5820].

Grupo de empresas con efectos laborales reconocido en el acuerdo alcanzado en el período de consultas y en el informe del administrador concursal. Responsabilidad solidaria de las empresas

integrantes del grupo por las deudas pendientes de los trabajadores. La sentencia puntualiza que el hecho de que se haya procedido a la acumulación de concursos sin consolidación de masas no es óbice para que imponga la referida responsabilidad solidaria, ya que la administración concursal es la que tiene que solicitar la consolidación (art. 25.ter LC).

SJM núm. 1 de San Sebastián, de 4 de noviembre de 2015 (Proc. 725/2015) [AC 2016/231]

Responsabilidad solidaria del grupo de empresas por créditos de los trabajadores. La sentencia parte de que estamos ante un grupo de empresas declarado ya en el auto de extinción de las relaciones laborales y en la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 8 de julio de 2014.

SJM núm. 1 de San Sebastián, de 23 de diciembre de 2015 [JUR 2016\11804]

Incidente concursal laboral. No es el cauce procesal adecuado para cuestionar la posible responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo laboral con la empresa declarada en concurso.

SJM núm. 1 de San Sebastián, de 18 de abril de 2016 (Proc. 71/2016) [JUR 2016/141225]

Incidente concursal laboral. No cabe plantear la posible responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo en esta vía.

SJM núm. 1 de San Sebastián, de 16 de julio de 2015 (Proc. 449/2015) [JUR 2016/5820]

Grupo de empresas con efectos laborales. Concepto. Se reconoce la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales y se impone la responsabilidad solidaria. Reconocimiento de la existencia del grupo en el acuerdo alcanzado en el expediente de regulación de empleo.

SJM núm. 3 de Vigo, de 5 de junio de 2012 (Proc. 2/2012) [JUR 2013/121294]

Incidente concursal laboral. Grupo empresarial con efectos laborales. Inexistencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para constituir un grupo laboral. Desestimación de la pretensión relativa a la antigüedad que descansaba en dicha alegación.

23.INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 23 de junio de 2014 (Rec. 1257/2013) [RJ 2013\4761]

Modifica el criterio del cálculo de las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

STS, Sala Cuarta, de 13 de octubre de 2014 (Rec. 2843/2013) [RJ 2014\6436]

Reitera doctrina. Modifica los módulos de cálculo de las indemnizaciones resultantes de un accidente de trabajo.

STS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2014 (Rec. 2059/2013) [RJ 2014\6340]

Reitera doctrina. Modificación del módulo de cálculo de las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

24. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIAS LÍMITROFES ENTRE LOS ÓRDENES SOCIAL Y CIVIL

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 314/2013) [ROJ: STS 4636/2014]

Competencia. El juez del concurso no es competente para conocer de la medida de despido colectivo cuando alguna de las sociedades que lo integran no están declaradas en situación de concurso de acreedores.

STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) [ROJ: STS 5228/2014]

Competencia de la jurisdicción social. Despido colectivo de empresa en concurso que es vendida en fase de liquidación con patentes, maquinaria, mobiliario, equipos informáticos, vehículos y existencias. Se constituye otra empresa dedicada a la misma actividad y en el mismo local. En el despido se había pactado una indemnización de veinticinco días (20 días los pagaría el FOGASA y los 5 restantes debían ponerse en conocimiento de la administración concursal por los trabajadores). Los trabajadores solicitaron el abono de las diferencias en la indemnización por despido a la adquirente alegando que existió sucesión empresarial. Sucesión de empresa que se ha producido tras una extinción colectiva de contratos en el marco de un concurso de acreedores de una empresa.

STS, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2015 (Rec. 173/2014) [RJ 2015\878]

Competencia de la jurisdicción social. Despido colectivo. La fecha de comunicación a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores es anterior a la declaración de concurso.

STS, Sala Cuarta, de 9 de febrero de 2015 (Rec. 406/2014) [RJ 2015\1842]

Competencia del juez del concurso para extinguir la relación laboral de un trabajador que previamente había accionado ante la jurisdicción social por despido tácito basado en hechos anteriores a la declaración del concurso, aunque la demanda estuviera pendiente de tramitación al tiempo de la referida declaración.

STS, Sala Cuarta, de 13 de abril de 2016 (Rec. 2874/2014) [RJ 2016\1842]

Competencia de la jurisdicción civil para declarar la extinción colectiva de los contratos de trabajo de quienes, al tiempo de la declaración del concurso, tenían pendientes demandas en trámite por despido tácito, derivadas de la situación económica empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2405/2015) [ROJ: STS 5066/2016]

Trabajador que reclama la formalización de un convenio especial de Seguridad Social del art. 51.9 ET, cuando la empresa ha sido declarada en concurso con posterioridad al despido colectivo. Competencia del orden social.

STS, Sala Cuarta, de 19 de octubre de 2016 (Rec. 2291/2015) [ROJ: STS 5070/2016]

Trabajador que reclama la formalización de un convenio especial de Seguridad Social del art. 51.9 ET, cuando la empresa ha sido declarada en concurso con posterioridad al despido colectivo. Competencia del orden social.

STS, Sala Cuarta, de 19 de octubre de 2016 (Rec. 2291/2015) [RJ 2016\5625]

Trabajador que reclama la formalización de un convenio especial de Seguridad Social del art. 51.9 ET, cuando la empresa ha sido declarada en concurso con posterioridad al despido colectivo. Competencia del orden social.

STS, Sala Cuarta, de 26 de octubre de 2016 (Rec. 2447/2015) [RJ 2016\5736]

Acción para solicitar el cumplimiento de la obligación de suscribir un convenio especial para trabajadores afectados por despido colectivo mayores de 55 años. Demanda interpuesta tras la declaración de concurso. Despido colectivo anterior a la declaración del concurso. Competencia de la jurisdicción social.

STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2017 (Rec. 1689/2015) [ROJ: STS 456/2017]

Competencia de la jurisdicción social. Ejecución de sentencia. Condena al pago de cantidad derivada de obligaciones laborales. Empresa en situación de concurso de acreedores liquidada y venta de la empresa como unidad productiva en funcionamiento. Extensión de la condena a la adquirente como sucesora de la concursada del art. 44 ET. Con independencia de las circunstancias en que haya tenido lugar la extinción colectiva de los contratos de trabajo y la liquidación de los bienes de la empresa en concurso, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social. La empresa que adquiere la unidad productiva no ha sido parte en el proceso concursal.

STS, Sala Social, de 18 de mayo de 2017 (Rec. 1645/2015) [ROJ: STS 2207/2017]

Competencia de la jurisdicción social. Ejecución de sentencia. Condena al pago de cantidad derivada de obligaciones laborales. Empresa en situación de concurso de acreedores liquidada y venta de la empresa como unidad productiva en funcionamiento. Extensión de la condena a la adquirente como sucesora de la concursada del art. 44 ET. Con independencia de las circunstancias en que haya tenido lugar la extinción colectiva de los contratos de trabajo y la liquidación de los

bienes de la empresa en concurso, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social. La empresa que adquiere la unidad productiva no ha sido parte en el proceso concursal.

STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 18/2017) [ROJ: STS 2628/2017]

Impugnación del expediente de regulación de empleo concursal. Competencia exclusiva de la jurisdicción civil-mercantil. La resolución que dicta el juez del concurso es recurrible en suplicación ante la sala de lo social correspondiente. No cabe una impugnación por la vía del artículo 124 LRJS.

STS, Sala Cuarta, de 5 de julio de 2017 (Rec. 563/2016) [ROJ: STS 3151/2017]

Competencia de la jurisdicción social. Ejecución de sentencia. Condena al pago de cantidad derivada de obligaciones laborales. Empresa en situación de concurso de acreedores liquidada y venta de la empresa como unidad productiva en funcionamiento. Extensión de la condena a la adquirente como sucesora de la concursada del art. 44 ET. Con independencia de las circunstancias en que haya tenido lugar la extinción colectiva de los contratos de trabajo y la liquidación de los bienes de la empresa en concurso, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social. La empresa que adquiere la unidad productiva no ha sido parte en el proceso concursal.

STS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2017 (Rec. 563/2016) [ROJ: STS 3151/2017]

Competencia de la jurisdicción social. Ejecución de una condena de pago de cantidad por deudas laborales de empresa en concurso liquidada y adjudicado su patrimonio a una tercera empresa. La jurisdicción Social es la competente para determinar si la empresa adquirió bienes de la concursada que pudieran constituir una unidad productiva autónoma.

STS, Sala Cuarta, de 11 de enero de 2018 (Rec. 3290/2015) [ROJ: STS 164/2018]

Competencia de la jurisdicción social. Ejecución de una condena de pago de cantidad por deudas laborales de empresa en concurso liquidada y adjudicado su patrimonio a una tercera empresa. La jurisdicción social es la competente para determinar si la empresa adquirió bienes de la concursada que pudieran constituir una unidad productiva autónoma.

STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018]

Sucesión de empresa y concurso. Auto de adjudicación de la unidad productiva del juez del concurso que declara que no hay sucesión de empresa. Despido producido antes de la adjudicación. Competencia de la jurisdicción social para examinar y declarar la existencia de una sucesión de empresa en el seno del concurso. El juez del concurso solo puede pronunciarse sobre esta cuestión a nivel prejudicial. Extensión de los efectos a los contratos ya extinguidos antes de la transmisión. Indemnización por despido improcedente.

STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1352/2016) [ROJ: STS 989/2018]

Despido colectivo. Empresa en concurso. Incompetencia del orden social. Trabajador que impugna su extinción del contrato cuando ha sido incluido en un expediente de regulación de empleo concursal. La demanda se dirige frente a la empresa concursada y frente a otras, alegando la existencia de un grupo empresarial y reclamando la indemnización correspondiente al despido improcedente. La cuestión planteada pudo y debió ser planteada ante el juez del concurso. La vía para impugnar la decisión extintiva autorizada por el auto es el recurso de suplicación frente a dicho auto o a la impugnación individual a través del incidente concursal.

STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Rec. 934/2016) [ROJ: 1772/2018]

Competencia del orden social. Ejecución de créditos laborales reconocidos en sentencia cuando la empresa está en concurso y se ha aprobado el convenio. El artículo 133 LC dispone que, desde la eficacia del convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso. Tras la declaración del concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares (art. 55.1 LC) y las que estén en trámite quedarán en suspenso (art. 55.2 LC). Una vez aprobado el convenio, los acreedores no sujetos al mismo y los que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el mismo, podrán iniciar o continuar ejecuciones, que no se acumularán al proceso concursal. Una vez que han cesado los efectos del concurso, los acreedores privilegiados podrán ejecutar sus créditos ante la Jurisdicción Social, cuando no hayan quedado afectados por el convenio.

STS, Sala cuarta, de 9 de enero de 2019 (Rec. 3893/2016) [ROJ: STS: 1588/2019]

Competencia de la jurisdicción social. Reclamación de cantidad. Reitera doctrina. El juez mercantil es competente cuando se cuestiona la validez del despido acordado en el procedimiento mercantil, pero el orden jurisdiccional social es competente para conocer de la reclamación de cantidad en concepto de salarios e indemnización por despido colectivo planteada frente a un grupo de empresas patológico, en el que solo la empresa formal de los trabajadores tiene la condición de concursada.

STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2017) [ROJ: STS 3243/2019]

Competencia de la jurisdicción social. Despido colectivo, grupo empresarial en el que una empresa ha sido declarada en situación de concurso de acreedores, pero el resto de empresas demandadas no son concursadas. Reclamación de cantidad. Reitera doctrina. Juez social es el competente para conocer de la existencia de un grupo empresarial patológico y también para declarar la improcedencia del despido. Cuando lo que se cuestiona es la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar ante el juzgado de lo mercantil (individual o colectivamente), incluso si se plantea la existencia del fenómeno sucesorio, pero cuando no se cuestiona la validez del despido, sino que se reclaman cantidades derivadas de la extinción contractual la competencia exclusiva del juez mercantil desaparece cuando se reclama frente a quien no está concursada.

STS, Sala Cuarta, 2 de julio de 2020 (Rec. 119/2018) [ROJ: STS 2581/2020]

Sucesión de empresa. Competencia del orden social. Acción de despido. Trabajadoras que han visto extinguida su relación laboral por auto firme del juzgado de lo mercantil. Se había rechazado la vía del incidente concursal laboral por exceder de su ámbito la pretensión de declaración de improcedencia de los despidos derivada de una posible sucesión empresarial. No se trata de una impugnación del despido colectivo y la cuestión que plantean no había podido ser alegada en el expediente concursal.

Tribunal Supremo, Sala de Conflictos

ATS, Sala de Conflictos, de 21 de junio de 2007 (Conflicto 11/2007) [RJ 2007\5507]

Extinción del contrato a instancia del trabajador por impago o retrasos en el abono del salario. Competencia de la jurisdicción social cuando se pretende la condena de una empresa no declarada en concurso, que forma parte de un grupo empresarial.

ATS, Sala de Conflictos, de 30 de noviembre de 2007 (Conflicto 3/2007) [JUR 2008\19554]

Conflicto positivo de competencia. Extinción del contrato a instancia del trabajador por impago o retrasos en el abono del salario. Competencia de la Jurisdicción Social cuando se pretende la condena solidaria de una empresa no declarada en concurso, que forma parte de un grupo empresarial.

ATS, Sala de Conflictos, de 24 de junio de 2010 (C. 29/2009) [JUR 2010\265828]

Competencia para el conocimiento de la fase declarativa del proceso por despido. Demanda interpuesta antes de la declaración de concurso. La competencia para conocer de las acciones acumuladas de despido ejercitadas antes de la declaración del concurso corresponde al orden social.

ATS, Sala de Conflictos, de 6 de julio de 2011 (C 19/2011) [JUR 2011\324776]

Competencia de la jurisdicción social. Demanda planteada antes de la declaración de concurso, de forma acumulada, contra la concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, porque ambas configuran un grupo empresarial. Se demanda también a dos personas físicas vinculadas a dichas sociedades, sin que se haya apreciado fraude de ley o procesal.

ATS, Sala de Conflictos, de 28 de septiembre de 2011 (C 30/2011) [JUR 2011\373971]

Competencia de la jurisdicción social. Demanda de extinción del contrato de trabajo y de reclamación de cantidad interpuesta antes de la declaración del concurso de la empleadora. La demanda se dirige, de forma acumulada, contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar un grupo empresarial, sin que en ello se haya apreciado evidente fraude de ley o procesal.

ATS, Sala de Conflictos, de 16 de marzo de 2012 (Rec. 52/2011) [JUR 2012\122647]

Conflicto negativo de competencia. Juzgado de lo mercantil y juzgado de lo social. Competencia del juzgado de lo social, ya que se trata de tres demandas individuales de despido. El juez de lo mercantil no tiene competencia para despidos individuales, salvo que se trate de contratos laborales de alta dirección, ni es competente para pronunciarse sobre la indemnización aplicable a trabajadores no incluidos en el expediente judicial de regulación de empleo del art. 64 LC.

ATS, Sala de Conflictos, de 20 de julio de 2012 (Rec. 19/2011) [JUR 2011\324776]

Conflicto positivo de competencia. Juzgado de lo mercantil y juzgado de lo social. Demanda individual de extinción del contrato y reclamación de cantidad dirigida, de forma acumulada, contra la empleadora concursada y contra otra sociedad no declarada en concurso, por configurar un grupo empresarial, y contra dos personas físicas vinculadas a dichas sociedades. No se apreciado fraude de ley o procesal. Competencia del juzgado de lo social.

ATS, Sala de conflictos, de 20 de julio de 2012 (Rec. 49/2011) [JUR 2012\298521]

Conflicto negativo de competencia. Orden contencioso y civil. Responsabilidad por deudas de Seguridad Social en supuestos de ventas de unidades productivas. No cabe solicitar pronunciamiento alguno del juzgado de lo mercantil. Cuestión no regulada en la LC, ni podía considerarse una cuestión prejudicial.

ATS, Sala de conflictos, de 24 de septiembre de 2014 (Conflicto 15/2014) [JUR 2014\257654]

Competencia del juzgado de lo social. Demanda individual en la que se solicita que se declare improcedente el despido y se condene a la empresa al pago de la indemnización correspondiente. No se trata de una acción resolutoria individual interpuesta al amparo del art. 50 ET, motivada por la situación económica o de insolvencia de la empresa concursada.

ATS, Sala de conflictos, de 1 de noviembre de 2015 (Conflicto 19/2015) [JUR 2015\271389]

Competencia del juez del concurso. Acción resolutoria individual interpuesta al amparo del art. 50 ET, derivada de la situación económica o de insolvencia del concursado. Tiene la consideración de extinción colectiva desde que se acuerda la iniciación del expediente del art. 64 LC, cualquiera que sea el número de demandantes. Al tiempo de la iniciación del expediente del artículo 64 LC, la relación laboral del demandante con la empresa no estaba extinguida y, en consecuencia, podía ser incluido en el expediente de extinción colectiva tramitado ante el juez del concurso.

ATS, Sala de conflictos, de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) [ROJ: ATS 10642/2015]

Conflicto negativo de competencia. Acciones individuales de extinción de contratos. Competencia de la jurisdicción social cuando se pretende la condena de una empresa que no está declarada en concurso y que forma parte de un grupo de empresas y además frente a dos personas físicas.

ATS, Sala de conflictos, de fecha 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016) [ROJ: ATS 2647/2016]

Conflicto negativo de competencia. Acción de extinción de contrato, personal de alta dirección. Competencia de la jurisdicción social cuando se pretende la condena de una empresa que no está

declarada en concurso y que forma parte de un grupo de empresas y además frente a dos personas físicas.

ATS, Sala de conflictos, de fecha 26 de abril de 2016 (Conflicto 4/2016) [JUR 2016\103756]

Competencia de la jurisdicción social, en concreto, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Demanda de ejecución. Expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales de la empresa concursada concluido mediante acuerdo y aprobado judicialmente, en el que consta la extinción del contrato de trabajo de la actora y la indemnización que le corresponde. La pretensión de ejecución se entabla frente a la empresa concursada y frente a otras dos sociedades del grupo laboral de empresas que fueron condenadas solidariamente, una de las cuales no se encuentra afectada de ningún procedimiento concursal.

ATS, Sala de conflictos, de fecha 26 de abril de 2016 (Conflicto 5/2016) [JUR 2016\103204]

Competencia de la jurisdicción social, en concreto, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Demanda de ejecución. Expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales de la empresa concursada concluido mediante acuerdo y aprobado judicialmente, en el que consta la extinción del contrato de trabajo de la actora y la indemnización que le corresponde. La pretensión de ejecución se entabla frente a la empresa concursada y frente a otras dos sociedades del grupo laboral de empresas que fueron condenadas solidariamente, una de las cuales no se encuentra afectada de ningún procedimiento concursal.

ATS, Sala de conflictos, de fecha 26 de abril de 2016 (Conflicto 7/2016) [JUR 2016\103205]

Competencia de la jurisdicción social, en concreto, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Demanda de ejecución. Expediente de extinción colectiva de las relaciones laborales de la empresa concursada concluido mediante acuerdo y aprobado judicialmente, en el que consta la extinción del contrato de trabajo de la actora y la indemnización que le corresponde. La pretensión de ejecución se entabla frente a la empresa concursada y frente a otras dos sociedades del grupo laboral de empresas que fueron condenadas solidariamente, una de las cuales no se encuentra afectada de ningún procedimiento concursal.

ATS, Sala de conflictos, de 27 de junio de 2016 (C. 3/2016) [JUR 2016\157332]

Competencia del orden social. Demanda individual de despido que pretende la declaración de improcedencia del despido frente a todo el grupo empleador. La competencia del juez del concurso solo alcanza las extinciones colectivas.

Sentencias y autos de la Audiencia Nacional

SAN, Sala Social, de 22 de octubre de 2013 (Rec. 327/2013) [AS 2013\2949]

Competencia jurisdicción social. Despido colectivo acordado antes de la declaración de concurso. Nulidad del despido por falta de cumplimiento de los deberes documentales. La empresa no aporta las cuentas provisionales al tiempo de iniciarse el período de consultas.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Aragón, Sala Social, de 3 de octubre de 2012 (Rec. 449/2012) [JUR 2013\115930]

Competencia de la jurisdicción social para conocer, en fase de recurso de suplicación, la posible concurrencia de una sucesión de empresa, en este caso inexistente. La reversión de los bienes cedidos, en su momento, a la empresa concursada y en liquidación. Se devuelve lo cedido, es decir, sustancialmente, el aprovechamiento del manantial y la nave industrial, pero no la maquinaria y demás elementos industriales aportados por la cesionaria, que eran esenciales para definir un conjunto de bienes organizados para desarrollar el objeto y la actividad empresarial. Los bienes revertidos no constituyen una empresa, por lo que no existe sucesión empresarial.

STSJ de Asturias, Sala Social, de 2 de noviembre de 2012 (Rec. 1009/2012) [JUR 2012\375079]

Empresa en concurso. Incidente de ejecución de sentencia. Competencia del juez del concurso cuando se solicita extender y ampliar la ejecución a la empresa que adquirió la unidad productiva con la autorización del Juez del concurso.

STSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013 (Rec. 991/2013) [AS 2013\2558]

Extinción colectiva de contratos de trabajo y reducción de jornada y salario al 50% de cuatro trabajadores. Competencia del juez del concurso. Se trata de una medida colectiva porque la extinción afecta a noventa y cuatro trabajadores. Además, la reducción de jornada, aunque sea individual también es competencia del juez del concurso, como ocurre con las suspensiones de contratos (art. 47 ET).

STSJ de Baleares, Sala Social, de 28 de noviembre de 2014 (Rec. 177/2014) [JUR 2015\31397]

Empresa declarada en concurso. Acciones de los trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo concursal. Incompetencia del orden social para conocer de las acciones de despido frente a la empresa en concurso.

STSJ Cantabria, Sala Social, de 17 de mayo de 2013 (Rec. 120/2013) [JUR 2013\364224].

Competencia. Demanda de resolución de los contratos por retrasos en el pago de los salarios formulada ante el Juzgado de lo Social. La empresa había solicitado la declaración de concurso, pero el auto declarándola se había dictado con posterioridad a la interposición de las demandas resolutorias. La Sala confirma la sentencia de instancia y considera que la competencia corresponde al Orden Social.

STSJ Cantabria, Sala Social, de 18 de octubre de 2013 (Rec. 559/2013) [AS 2014\121]

Despido objetivo individual por causas económicas, organizativas, técnicas y de la producción. La empleadora declarada en concurso un año antes del despido. Con carácter previo a la declaración de concurso, la empresa había iniciado un ERE por causas económicas, aprobado por la Autoridad Laboral. Dicho ERE autorizaba a extinguir varios contratos de trabajo. La legislación aplicable a la anterior a la L 3/2012, de 6 de julio. El trabajador acciona contra su despido ante la jurisdicción social alegando que la causa económica aducida en la carta no concurría en la totalidad del grupo - se trataba de un grupo empresarial con efectos laborales-. La sentencia dictada en instancia estimó la demanda. La sala entiende que la competencia es del orden jurisdiccional social, toda vez que estamos ante un despido individual y tanto la LOPJ como la LC atribuyen la competencia a los juzgados de lo mercantil cuando se trate de medidas de extinción colectivas.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 4 de abril de 2014 (Rec. 99/2014) [JUR 2014\126234]

Empresa en concurso. Competencia del juez de lo social para conocer si hubo una sucesión de empresa o no. Materia propia de la Jurisdicción Social, con independencia de la resolución que se adopte luego respecto al fondo, que incluso puede estimar la posible falta de acción pro haber sido incluido el trabajador en el ERE concursal.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 31 de octubre de 2012 (Rec. 1354/2012) [JUR 2012\376319]

Empresa en concurso. Incidente de ejecución. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la extensión de responsabilidad a quien continúa con la explotación de la actividad y, por tanto, es sucesor de la empresa.

STSJ Castilla-León, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Recs. 649/2013) [AS 2014\396]

Ejecución de sentencia. Empresa en concurso, extensión de responsabilidad a la empresa adquirente de la unidad productiva. Competencia del juzgado de lo mercantil que aprobó el plan de liquidación y la enajenación de la unidad productiva determinando los efectos de tal enajenación.

STSJ Castilla-León, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 684/2013) [JUR 2014\36756]

Ejecución de sentencia. Empresa en concurso, extensión de responsabilidad a la empresa adquirente de la unidad productiva. Competencia del juzgado de lo mercantil que aprobó el plan de liquidación y la enajenación de la unidad productiva determinando los efectos de tal enajenación.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 2 de abril de 2014 (Rec. 217/2014) [JUR 2014\111183]

Empresa en concurso. Ejecución en la que se solicita ampliar la responsabilidad de la ejecución contra la mercantil que ha adquirido la unidad productiva. Competencia del juzgado de lo mercantil que aprobó el plan de liquidación y la enajenación de la unidad productiva determinando los efectos de tal enajenación.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 27 de enero de 2014 (Rec. 1661/2013) [JUR 2014\49510]

Empresa en concurso. Incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la ejecución de una sentencia de despido, calificado como improcedente, cuando se ha declarado a la empresa en concurso y se ha dictado auto de extinción de la relación laboral y se ha aprobado el convenio de acreedores.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 11 de julio de 2014 (Rec. 2291/2014) [JUR 2014\242475]

Empresa en concurso. Reclamación de cantidad basada en una pretendida sucesión de empresa entre la concursada y los demandados. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la posible existencia de una sucesión de empresa.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 28 de enero de 2011 (Rec. 4306/2010) [JUR 2011\135014]

Competencia del orden jurisdiccional social para conocer de demandas de despido disciplinario. Bicefalia competencial en materia de extinciones contractuales, las de carácter colectivo se atribuyen al juez del concurso y las individuales, con excepción de la del art. 50.1 b) ET, a los jueces de lo social. La competencia del juzgado de lo mercantil no debe extenderse al conocimiento de los despidos que pueda efectuar el empresario o la administración concursal y ello sin perjuicio de que, en su caso, la ejecución de la sentencia que se dicte, en cuanto que afecte a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, pueda ser competencia del juez del concurso, y sin perjuicio también de la posible necesidad de emplazar en el proceso laboral a la administración concursal.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 23 de mayo de 2013 (Rec. 5084/2012) [AS 2013, 2085]

Competencia de la jurisdicción social. Supuesto de readmisión irregular. No se trata de una ejecución patrimonial. Imposibilidad de readmisión por cierre de la empresa.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de septiembre de 2013 (Rec. 1878/2013) [JUR 2013\317387]

Empresa en concurso. Competencia del juez del concurso para conocer de una alegación de sucesión de empresa. Auto de extinción de los contratos de trabajo y autorización de venta de una unidad productiva en fase de liquidación.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 9 de febrero de 2017 (Rec. 4633/2016) [JUR 2017\65649]

Acción de resolución del contrato a instancia del trabajador por la vía del art. 50.1.b) ET. Se formula ante el juzgado de lo social. Con posterioridad se produce declaración de concurso y se solicita el expediente de regulación de empleo concursal. Competencia del juez del concurso para conocer de la acción.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 9 de julio de 2012 (Rec. 2050/2012) [AS 2012\2815]

Extinción colectiva de contratos. Empresa en concurso. La jurisdicción social ha de examinar si en el concepto económico de pérdidas que permite la extinción de los contratos de trabajo se excluye la deliberada actividad en busca de ese beneficio legal. Falta de legitimación de los trabajadores individuales para recurrir el auto dictado por el juez del concurso.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 14 de julio de 2017 (Rec. 476/2017) [ROJ: STSJ M 8496/2017].

Competencia. El juez del concurso no es competente para conocer de la medida de despido colectivo cuando dentro del grupo patológico mercantil, no todas las sociedades están declaradas en situación de concurso de acreedores.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 19 de noviembre de 2013 (Recs. 1900/2013) [JUR 2014\140040]

Empresa en concurso. Competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda individual en la que se solicita la nulidad o improcedencia del despido por existir una sucesión empresarial. Es irrelevante que el juez del concurso haya dictado auto extinguiendo las relaciones laborales, lo relevante es que la relación de la demandante estuviera viva al tiempo de la transmisión. Inexistencia de sucesión. Transmisión de parte de los elementos patrimoniales y asunción de parte de trabajadores.

STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2013 (Rec. 1964/2013) [JUR 2014\140043]

Empresa en concurso. Competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda individual en la que se solicita la nulidad o improcedencia del despido por existir una sucesión empresarial. Es irrelevante que el juez del concurso haya dictado auto extinguiendo las relaciones laborales, lo relevante es que la relación de la demandante estuviera viva al tiempo de la transmisión. Inexistencia de sucesión. Transmisión de parte de los elementos patrimoniales y asunción de parte de trabajadores.

STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2013 (Rec.1899/2013) [JUR 2014\137224]

Empresa en concurso. Competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda individual en la que se solicita la nulidad o improcedencia del despido por existir una sucesión empresarial. Es irrelevante que el juez del concurso haya dictado auto extinguiendo las relaciones laborales, lo relevante es que la relación de la demandante estuviera viva al tiempo de la transmisión. Inexistencia de sucesión. Transmisión de parte de los elementos patrimoniales y asunción de parte de trabajadores.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 18 de marzo de 2014 (Rec. 382/2014) [JUR 2014\150928]

Empresa en concurso. Prioridad de permanencia en la empresa derivada de una supuesta sucesión laboral producida en el marco del procedimiento concursal por la adjudicación de una unidad productiva acordada por el juzgado de lo mercantil antes de producirse la extinción de las relaciones laborales. Competencia del juez del concurso y no de la jurisdicción laboral.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 25 de marzo de 2014 (Rec. 489/2014) [JUR 2014\192613]

Empresa en concurso. Sucesión laboral producida en el marco del procedimiento concursal por la adjudicación de una unidad productiva acordada por el juzgado de lo mercantil antes de producirse

la extinción de las relaciones laborales. Competencia del juez del concurso y no de la jurisdicción laboral.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014 (Rec. 900/2014) [AS 2014\2226]

Empresa en concurso. Reclamación salarial. Sucesión producida en el marco concursal. No es competencia de la jurisdicción social sino del juez del concurso que ha autorizado la venta de la unidad productiva.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 10 de junio de 2014 (Rec. 965/2014) [JUR 2014\231301]

Ejecución de sentencia de extinción de contratos dictada por juez de lo social. Indemnizaciones pendientes de pago. Competencia del juez del concurso para conocer de la posible sucesión de empresa derivada de la adquisición de una unidad productiva autorizada en el procedimiento concursal.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 12 de mayo de 2015 (Rec. 676/2015) [JUR 2015\175417]

Competencia de la jurisdicción social. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectiva derivada de la pérdida de vigencia del convenio colectivo, empresa en concurso. La decisión exige pronunciarse sobre la vigencia del convenio.

STSJ de Valencia, Sala Social, de 14 de enero de 2014 (Rec. 2483/2013) [JUR 2014\55618]

Empresa en concurso. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la posible existencia de una sucesión de empresa tras la aprobación de un ERE concursal en el que el trabajador accionante había sido incluido. Despido nulo. Condena solidaria a la empresa sucesora, obligación de readmitir al trabajador y salarios de trámite desde la fecha en que la sucesora debió readmitirlo tras la declaración de nulidad del despido. La empresa concursada ha de satisfacer el resto de pretensiones económicas.

STSJ de Valencia, Sala Social, de 11 de noviembre de 2014 (Rec. 2193/2014) [JUR 2015\56141]

Competencia de la jurisdicción social. Modificación sustancial de condiciones de trabajo consistente en la reducción salarial. La medida se ha adoptado y notificado antes del dictado del auto de declaración de concurso. Irrelevante que sus efectos se produzcan tras la declaración de la empresa en concurso.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

SJM núm. 9 de Barcelona, de 24 de julio de 2015 (Proc. 625/2014) [JUR 2015\137364]

Venta de unidad productiva. Competencia del juez del concurso para determinar la existencia de sucesión de empresa a efectos prejudiciales. La sucesión se regula en el art. 149.4 LC. Solo cabe exonerar al adquirente de las obligaciones laborales cubiertas por el FOGASA, para las restantes cuestiones es aplicable el art. 44 ET en toda su extensión.

AJM núm. 1 de Barcelona, de 17 de marzo de 2016 (Proc. 100/2016) [JUR 2016\72934]

Venta de unidad productiva en fase de liquidación. Incompetencia del juez del concurso para determinar si existe sucesión de empresas. Pronunciamiento *obiter dicta* en el que se indica que los trabajadores subrogados han de mantener las mismas condiciones laborales que tenían en la concursada.

AJM núm. 5 de Barcelona, de 7 de julio de 2016 (Proc. 648/2015) [AC 2016\1316]

Venta de unidad productiva. Competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre la existencia de sucesión de empresa. Existencia de sucesión y limitación de la responsabilidad del adquirente a las deudas por contratos de trabajo en los que se subroga.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 20 de septiembre de 2016 (Proc. 670/2015) [JUR 2016/212844]

Competencia. Grupo de empresas con efectos laborales. La competencia corresponde a la jurisdicción social, es ajena al juez del concurso.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 19 de julio de 2011 (Proc. 220/2011) [AC 2011\2082]

Medidas de suspensión del contrato de trabajo. Competencia del juez del concurso para conocer de las medidas de suspensión de contratos colectivos e individuales. Concurrencia de causa. Descenso de ventas y plantilla sobredimensionada. Adopción de la medida sin esperar al informe de la administración concursal, necesidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo.

AJM núm. 1 de Cádiz, de 22 de julio de 2011 (Proc. 220/2011) [AC 2011\2108]

Competencia del juez del concurso para conocer de las medidas de suspensión de contratos colectivos e individuales. Concurrencia de la causa. Descenso del volumen de ventas. Adopción de la medida sin esperar al informe de la administración concursal, necesidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo.

AJM núm. 1 de Granada, de 19 de abril de 2013 (Proc. 510/2011) [AC 2013\1811]

Reducción de jornada individual o plural. No es competente el juzgado de lo mercantil. Debe seguirse el procedimiento del art. 47 ET, sin acudir al procedimiento del art. 64 LC, que solo cabe para las que tengan carácter colectivo.

SJM núm. 12 de Madrid, de 20 de marzo de 2015 (Proc. 555/2014) [JUR 2016/108437]

Incidente concursal laboral. Falta de competencia del juez del concurso para conocer de una pretensión sobre la posible existencia de un grupo de empresas con efectos laborales.

AJM núm. 12 de Madrid, de 22 de septiembre de 2015 (Proc. 511/2015) [JUR 2016\107457]

Competencia de la jurisdicción social. Trabajador en situación de excedencia que solicita la reincorporación. Imposibilidad de readmitirlo. Solicita la extinción de su contrato por imposibilidad de readmisión.

AJM núm. 6 de Madrid, de 19 de enero de 2016 (Proc. 392/2013) [JUR 2016\45390]

Venta de unidad productiva. Competencia del juez del concurso para delimitar los efectos de la

sucesión solo a efectos prejudiciales. Los efectos de la sucesión incluyen contratos laborales ya extinguidos al tiempo de la transmisión.

AJM núm. 1 de Málaga de 29 de marzo de 2005 (Proc. 19/2004) [JUR 2005\102155]

Competencia. Una vez declarado el concurso toda tramitación de medidas colectivas que afecten a los contratos de trabajo corresponde al juzgado de lo mercantil. Suspensión colectiva de los contratos de trabajo durante seis meses. Cierre de la empresa con anterioridad a la declaración de concurso. Estimación. La viabilidad futura de la empresa pasa por la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

SJM núm. 1 de Palencia, de 12 de septiembre de 2016 (Proc. 269/2010) [JUR 2016\275457]

Competencia del juez del concurso para pronunciarse sobre las consecuencias de la sucesión de empresa en supuestos de venta de unidades productivas. Normativa anterior a 2014. La reforma no se aplica a concursos en trámite en los que ya existía informe de la administración concursal. Exoneración de la responsabilidad por créditos de Seguridad Social. Sucesión a efectos laborales.

AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 13 de septiembre de 2013 (Proc. 404/2013) [JUR 2014\113964]

Incidente concursal laboral. Falta de competencia del juzgado de lo mercantil. Se cuestiona la existencia de relación laboral. Competencia de la jurisdicción social.

SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 16 de septiembre de 2015 (Proc. 597/2014) [JUR 2015\266531]

El juez del concurso no es competente para resolver las cuestiones relativas a un posible grupo de empresas a través de la vía del incidente concursal laboral.

SJM núm. 2 de Valencia, de 4 de abril de 2016 (Proc. 934/2015) [JUR 2016\99885]

Incidente concursal laboral. No es el cauce procesal apropiado para solicitar la declaración de nulidad o de improcedencia del despido. Contra el auto que decide la extinción colectiva de contratos de trabajo solo cabe recurso de suplicación con legitimación activa restringida.

SJM núm. 2 de Valencia, de 18 de abril de 2016 (Proc. 934/2016) [JUR 2016/99885]

Incidente concursal laboral. Cauce procesal inapropiado para conocer de la posible existencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Tampoco es posible solicitar por esta vía la nulidad de un despido individual de carácter disciplinario. Competencia de la jurisdicción social. Subsidiariamente reclama una mayor antigüedad y cantidades. Indebida acumulación de acciones.

Sentencias y autos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 29 de septiembre de 2015 (Proc. 270/2013) [AC 2016\565]

Incidente concursal laboral. No es cauce hábil para cuestionar la concurrencia de la causa de la extinción colectiva de contratos de trabajo. Tampoco es posible solicitar la declaración de improcedencia o de nulidad del despido. Solo cabe alegar cuestiones individuales como la antigüedad.

SJ Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Zamora, de 29 de septiembre de 2015 (Proc. 270/2013) [AC 2016\67343]

Incidente concursal laboral. No es cauce hábil para cuestionar la concurrencia de la causa de la extinción colectiva de contratos de trabajo, ni para cuestionar los requisitos formales de la carta de despido. Tampoco es posible solicitar la declaración de improcedencia o de nulidad del despido. Solo cabe alegar cuestiones individuales como la antigüedad.

25. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, 10 de octubre de 2005 (Rec. 183/2004) [ROJ: STS 5990/2005]

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Concepto “sustancial”. No es sustancial el cambio que consiste en retrasar media hora la entrada y salida del trabajo. Legitimación para promover un conflicto colectivo. Sujetos colectivos.

STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2006 (Rec. 2076/2005) [RJ 2006\3105]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. La lista del art. 41 ET no es exhaustiva. Movilidad geográfica a 13,4 kilómetros con parada de autobús cerca del nuevo centro de trabajo, *ius variandi* empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2009 (Rec. 90/2008) [RJ 2009\5009]

Calendario laboral. Obligación de negociar con los representantes de los trabajadores. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Sistema de disfrute de las vacaciones. Nulidad por incumplimiento de requisitos legales. Omisión del período de consultas.

STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 2011 (Rec. 173/2010) [RJ 2011\6097]

Modificación de las condiciones de trabajo. Requisitos formales del procedimiento. Apertura del período de consultas, acuerdo favorable de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a estos de la medida aprobada con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los

trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales. Plazo de caducidad, aplicación a las modificaciones individuales y colectivas.

STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2012 (Rec. 156/2011) [RJ 2012\5715]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cambio de la forma de cómputo de la jornada de trabajo, pasando del cómputo diario al semanal, sin que se altere el número de horas semanales. El nuevo método de cómputo afecta directamente al sistema tradicional de remuneración del exceso de jornada considerada "día a día". Antes se abonaba el exceso de horas como estructurales si en la jornada diaria se rebasaba la establecida de ese modo y ha dejado unilateralmente de hacerse así por la demandada, pasando a remunerar como estructural únicamente el exceso, si lo hay, en cómputo semanal.

STS, Sala Cuarta, de 16 de noviembre de 2012 (Rec. 236/2011) [RJ 2013\348]

Alcance y finalidad del requisito de la negociación de buena fe en el período de consultas. Modificación de los turnos de trabajo de los controladores aéreos.

STS, Sala Cuarta, de 18 de diciembre de 2013 (Rec. 2566/2012) [RJ 2013\8434]

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Cambio de turno de trabajo por motivos de salud. Exclusión del trabajador del turno nocturno. Se trata de una modificación que deriva del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Aunque la medida modifica el tiempo de trabajo de la actora y el sistema de turnos, no hay duda de que no solo no obedecía a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que ni siquiera se hallaba dentro de la mera discrecionalidad empresarial en el margen de su poder de dirección.

STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013) [ROJ: STS 599/2014]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo justificada. Se ha acreditado una caída de ventas en torno al treinta por ciento. Control judicial de la causa. Los órganos jurisdiccionales no sólo han de emitir un juicio de legalidad sobre la existencia de la causa, sino que además han de valorar si existe una razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada. La razonabilidad de la medida no implica que esta sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella, sino que basta con que se adecue idóneamente al mismo.

STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2015 (Rec. 137/2013) [RJ 2015\2162]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva. Cambio de jornada. Se pasa de jornada partida a jornada continua y se suprime la indemnización por comida y el complemento de jornada partida. Aportación documental suficiente, no rigen las normas legales ni reglamentarias que regulan la documental en los procedimientos de despido colectivo. Causas acreditadas.

STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2015 (Rec. 229/2014) [RJ 2015\5805]

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Inexistencia. Reducción del descuento para empleados en determinadas versiones de consolas. Se basa en la rígida política de precios de las

compañías fabricantes. La modificación no produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral, es de escasa trascendencia y no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su objeto. Tampoco supone un perjuicio grave o relevante para el trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre 2016 (Rec. 246/2015) [ROJ: STS 4782/2016]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Definición del concepto “sustancial”. Cambio en el abono de dietas. Nulidad de la medida por no haber seguido los trámites del art. 41 ET. Se ha modificado el sistema de retribución de las indemnizaciones por razón de servicio y se declara el derecho de los trabajadores a que se les sigan abonando las dietas con las mismas cuantías y condiciones de antes de la modificación, así como al abono de las diferencias correspondientes que se hubieran devengado.

STS, Sala Social, de 12 de enero de 2017 (Rec. 26/2016) [RJ 2017\1097]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva. Plazo de caducidad de la acción. *Dies a quo*, fecha de notificación expresa a los representantes legales de los trabajadores, aunque haya existido acuerdo. Invalidez de las notificaciones efectuadas a través del tablón de anuncios o las verbales, por circular de empresa o por acuerdo. Solo cabe la notificación por acuerdo suscrito en el período de consultas cuando, previamente, existe un acuerdo informal del que se ha informado a los trabajadores sobre el que se han pronunciado.

STS, Sala Cuarta, de 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016) [ROJ: STS 799/2017]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecta a la jornada, afecta al cuatro por ciento de la plantilla, con una duración inferior a cuatro meses y supone una ampliación de la jornada de quince minutos, sin superar los umbrales del convenio colectivo. La medida se adopta para cubrir necesidades de formación. Definición del concepto “sustancial”. Modificación que no es sustancial.

STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo 2017 (Rec. 377/2016) [RJ 2017\1353]

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Subrogación empresarial: empresa de seguridad privada. La obligación de mantener las condiciones de trabajo en la empresa saliente no puede eludirse por un pacto colectivo negociado transcurrido un mes de la subrogación por la empresa entrante.

STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2017 (Rec. 2235/2015) [RJ 2017\3986]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Descanso para el bocadillo que no es calificación como condición más beneficiosa. Adaptación de la jornada anual con la finalidad de que los trabajadores realicen las horas previstas en el convenio colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2017 (Rec. 179/2016) [RJ 2017\4068]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Cambio del formato en el que se entregaba el manual de operaciones a los pilotos de una compañía aérea. Se pone a disposición de los trabajadores los elementos técnicos necesario para el acceso al nuevo formato.

STS, Sala Cuarta, de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 23/2017) [JUR 2018\15974]

Diferencia entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y el “descuelgue” del convenio colectivo. Imposibilidad de alterar el convenio empleando los trámites del art. 41 ET. La implantación del sistema de trabajo comercial y la modificación de las rutas comerciales asignadas a los comerciales no altera los complementos variables ni ninguna otra condición de trabajo. Inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Tampoco se ha inaplicado el convenio colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2018 (Rec. 49/2017) [JUR 2018\35976]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Existencia. Modificación sustancial de carácter colectivo. Se sustituye el sistema de descuentos por uno nuevo que se realiza a través de una tarjeta concertada con una entidad financiera. Se reduce el beneficio en una cuantía relevante, que alcanza la cantidad de 600 euros al mes y se trata de un salario en especie, cuyo sistema de pago se ha cambiado, lo que puede considerarse sustancial, ya que su obtención no se puede condicionar a la suscripción de un contrato con una entidad financiera y a pagar con la tarjeta que la misma facilite. Caducidad de la acción.

STS, Sala Cuarta, de 14 de enero de 2020 (Rec. 194/2018) [ROJ: 295/2020]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Carece de tal consideración un acuerdo consistente en una rebaja salarial con pacto de devolución parcial según resultados de otra empresa.

STS, Sala Cuarta, de 28 de enero de 2020 (Rec. 178/2018) [ROJ: STS 298/2020]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Tiene tal consideración la decisión unilateral de una empresa de modificar las condiciones para el percibo de un complemento salarial anual fijo de casi quinientos euros denominado “Campaña Navidades Reyes”.

STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2020 (Rec. 201/2018) [ROJ: STS 891/2020]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Carácter sustancial de la modificación. Tiene tal consideración la modificación del marco temporal en el que se abonaba un plus de desplazamiento reconocido unilateralmente por la empresa como una condición más beneficiosa. El cambio había consistido en pasar de tres a cinco años.

Sentencias y autos de la Audiencia Nacional

SAN, Sala Social, de 25 de noviembre de 2009 (Proc. 222/2009) [AS 2009\2495]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Jornada laboral. Acuerdo alcanzado con la representación mayoritaria de los trabajadores que no conculca el principio de igualdad.

SAN, Sala Social, de 26 de marzo de 2012 (Proc. 40/2012) [JUR 2012\141621]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 41 ET. Imposición unilateral del cambio, apertura del período de consultas sin información alguna y concluida después de una sola reunión, sin agotar el plazo legal.

SAN, Sala Social, de 28 de mayo de 2012 (Proc. 81/2012) [AS 2012\1050]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sistema retributivo. Justificación de la causa y de los requisitos formales del artículo 41 ET.

SAN, Sala Social, de 28 de mayo de 2012 (Proc. 66/2012) [JUR 2012\195325]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Requisitos formales. Acuerdo y presunción de concurrencia de la causa.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Aragón, de 15 de mayo de 2013 (Rec. 123/2013) [AS 2013\2415]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo y suspensión de contratos de trabajadores en situación de jubilación parcial, salvo los precisos para labores administrativas y de conservación del patrimonio. La medida de suspensión se desestima por fraudulenta. No se dirige a superar la actual mala situación económica de la empresa, solo trata de evitar el coste de las extinciones.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 29 de mayo de 2015 (Rec. 202/2015) [ROJ: STSJ CANT 354/2015]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Carácter colectivo o individual de la medida. Nulidad de la medida de reducción de jornada comunicada por la empresa. Medida adoptada unilateralmente por la empresa, sin negociación con la representación de los trabajadores y al margen del procedimiento legalmente establecido. La sentencia aplica la doctrina derivada de la STJUE de 13 de mayo de 2015, relativa al concepto de centro de trabajo en los despidos colectivo. La medida afectaba a todos los trabajadores del centro de trabajo y, por ello, debe considerarse colectiva.

STSJ de Navarra, Sala Social, de 21 de febrero de 2014 (Rec. 32/2014) [JUR 2014\101742]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Empresa en concurso. Mejoras voluntarias de Seguridad Social. La medida afecta a trabajadores en activo y también a antiguos trabajadores. Competencia del juzgado de lo mercantil.

STSJ del País Vasco, de 30 de junio de 2015 (Rec. 1082/2015) [AS 2015\2064]

Modificación sustancial de condiciones de trabajo, reducción de salarios y ampliación de jornada. Legitimación de la delegada sindical que participó en las consultas para la impugnación judicial de la medida. Medida adoptada sin acuerdo. No es necesario que cuente con el referendo de los representados. Acreditación de la causa alegada y de su razonabilidad. La causa inmediata era la insuficiencia de los recursos obtenidos con la explotación del negocio para hacer frente a las obligaciones asumidas en el convenio concursal. Se trata de medidas destinadas a mejorar la productividad y la competitividad, así como a reducir los costes laborales. Irrelevancia de que al tiempo de la solicitud se advirtiese un ligero repunte en los ingresos, pues no implica que se haya superado la situación económica negativa.

26. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 1991 (Rec. 945/1990) [RJ 1991\1864]

Movilidad geográfica. Contenido mínimo de la notificación de traslado. Desobediencia a órdenes ilícitas, despido improcedente.

27. PREJUBILACIÓN

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2004 (Rec. 5551/2003) [RJ 2004\6188]

Prejubilación. Indemnización. Interpretación del acuerdo alcanzado.

28. RECARGO DE PRESTACIONES

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/1999) [RJ 2000\9673]

El recargo de prestaciones no puede sobre mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

STS, Sala Cuarta, de 22 de abril de 2004 (Rec. 4555/2002) [RJ 2004\4391]

En el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional no hay anticipo del INSS.

STS, Sala Cuarta, de 2 de octubre de 2008 (Rec. 1964/2007) [RJ 2008\6968]

Naturaleza mixta del recargo de prestaciones derivado del accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Doctrina tradicional. Carácter prestacional y punitivo.

STS, Sala Cuarta, de 18 de julio de 2011 (Rec. 2502/2010) [RJ 2011\6561]

Naturaleza mixta prestacional y punitiva. Doctrina inicial que niega la sucesión en la obligación porque considera que el carácter indemnizatorio del recargo es el que debe primar.

STS, Sala Cuarta, de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2784/2013) [RJ 2014\5849]

Naturaleza híbrida del recargo, prestacional y punitiva. No hay sucesión en la obligación en casos de mecanismo de la subrogación. Responsabilidad solidaria solo alcanzaba a aquellas prestaciones reconocidas antes de la sucesión, pero no a las reconocidas con posterioridad, aunque derivasen de incumplimientos previos.

STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) [RJ 2015\1250]

Matiza la naturaleza del recargo de prestaciones a efectos del art. 127.2 LGSS. Carácter complejo. Naturaleza «resarcitoria» y, a la vez, «preventivo/punitiva». En el ámbito de la sucesión empresarial debe primar la faceta indemnizatoria sobre la preventiva, lo que permite la transmisión de la obligación. Cambio de doctrina.

29. RECURSOS

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 16 de enero de 2009 (Rec. 3584/2007) [RJ 2009\1830]

Recurso formulado contra el auto dictado en ejecución definitiva de sentencia. Cuestión sustancial no decidida en sentencia. Fijación de la cuantía de los salarios de tramitación de trabajadores fijos discontinuos. Clara naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite. Sentencia que contiene una condena genérica a una cantidad diaria sin tener en cuenta los días de inactividad.

ATS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2011 (Rec. 21/2011) [ROJ: ATS 7488/2011]

Recurso de queja. Consignación de la cantidad objeto de condena en suplicación. Empresa en concurso de acreedores que, en vez de consignar presenta un certificado de la administración concursal en el que se afirma que ha hecho efectiva una dotación en las cuentas y que la cantidad objeto de condena se hará efectiva como crédito contra la masa una vez desaparezca la contingencia del crédito y, en su caso, se confirme la sentencia que trata de recurrir. Se desestima el recurso.

ATS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2011 (Rec. 24/2011) [RJ 2012\1229]

Recurso de suplicación. Empresa en concurso. Obligación de consignar la cantidad objeto de condena. Requisito no subsanable. No es sustituible por la certificación de la administración concursal reconociendo que las cantidades objeto de la condena están incluidas en la proporción correspondiente como crédito contra la masa concursal.

ATS, Sala Cuarta, de 26 de julio de 2012 (Rec. 9/2012) [JUR 2012\364614]

Empresa en concurso. Consignación de la cantidad objeto de condena. Requisito insubsanable.

ATS, Sala Cuarta, de 13 de septiembre de 2012 (Rec. 30/2012) [JUR 2012\331109]

Empresa en concurso. Necesidad de consignar la cantidad objeto de condena. Requisito insubsanable.

ATS, Sala Cuarta, de 24 de julio de 2013 (Rec. 109/2013) [JUR 2014\138332]

Consignación para recurrir. Requisito no subsanable. Empresas en concurso.

ATS, Sala Cuarta, 18 de marzo de 2014 (Rec. 101/2013) [JUR 2014\125374]

Empresas en concurso. Necesidad de consignar el importe de la condena. Requisito insubsanable para recurrir.

STS, Sala Cuarta, de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 857/2014) [RJ 2014\6755]

Consignación para recurrir. Empresas en concurso. Requisito insubsanable.

30. REDUCCIÓN DE JORNADA

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 14 de octubre de 2015 (Rec. 336/2014) [RJ 2015\5661]

Acuerdo alcanzado en período de consultas. Medida de reducción temporal de jornada. Falta de legitimación de los delegados personal y miembros minoritarios comisión *ad hoc*. Los acuerdos exigen la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión y para impugnarlos, solo están legitimados la mayoría de los miembros de la comisión y no a una parte menor, aunque hubieran disentido del acuerdo.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

AJM núm. 12 de Madrid, de 13 de marzo de 2014 (Proc. 71/2014) [JUR 2016\101781]

Reducción de jornada. Acuerdo en el período de consultas. Concurrencia de la causa, notable descenso de la facturación. Inexistencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho.

AJM núm. 12 de Madrid, de 23 de enero de 2015 (Proc. 907/2014) [JUR 2016\102167]

Reducción de jornada. Aprobación del acuerdo alcanzado en el período de consultas, sin que se evidencien vicios que lo invaliden. Concurrencia de la causa, notable descenso de facturación.

30. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 278/2013) [RJ 2013\8343]

Representación legal de los trabajadores en la empresa. Traslado de dos representantes legales de los trabajadores desde el centro de trabajo donde fueron elegidos a otro centro situado en la misma localidad junto a una parte sustancial de los trabajadores del centro que fueron sus electores (25,81 por ciento de los trabajadores de la empresa), no supone la pérdida de la condición de representantes de dichos trabajadores. La representación se sigue ostentando hasta que se celebren nuevas elecciones, o concurra alguno de los supuestos de extinción del mandato previstos en el artículo 67 ET. La negativa de la empresa a reconocer a los miembros del comité de empresa la condición de legales representantes de los trabajadores vulnera el art. 28 CE.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 26 de noviembre de 2018 (Rec. 680/2018) [JUR 2018\328037]

Derecho a la libertad sindical. Trabajadora de un centro que fue objeto de subrogación. El centro carecía de representantes legales. La trabajadora era miembro del comité de empresa, que representaba a trabajadores de los demás centros de trabajo de la empresa. negativa de la empresa a reconocer el crédito horario no vulnera el derecho a la libertad sindical.

STSJ de Extremadura, Sala Social, de 21 de enero de 2004 (Rec. 830/2003) [AS 2004\619]

Representantes legales de los trabajadores y sucesión empresarial. Centro que es objeto de subrogación no contaba con representación legal. Lo que existía era un único comité de empresa. Pérdida de la condición de representante legal por subrogación del centro de trabajo.

31. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO A INSTANCIA DEL TRABAJADOR

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 1986 [RJ 1986\3696]

Resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador. Retraso en el pago del salario de un mes. Circunstancias desfavorables en las que la empresa intenta continuar su subsistencia con el mantenimiento de puestos de trabajo. Desestimación de la demanda.

STS, Sala Cuarta, de 29 de enero de 1990 [RJ 1990\229]

Resolución de contrato a instancia del trabajador. Modificación sustancial de funciones. Pasa de ser director regional a simple agente de esa misma zona, bajo la dependencia del nuevo gerente, que asume sus funciones que tenía aquél. Se trata de un reemplazo de cargos y funciones no justificado. Notorio deterioro del prestigio personal, laboral, social y económico.

STS, Sala Cuarta, de 8 de abril de 1991 (Rec. 1384/1990) [RJ 1991\3255].

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Cambio de funciones dentro del mismo grupo profesional, sin perjuicio para la formación profesional ni menoscabo a su dignidad, mantiene su retribución y categoría, decisión temporal motivada por una situación extraordinaria.

STS, Sala Cuarta, de 14 de mayo de 1991 (Rec. 1453/1990) [RJ 1991\3912]

Resolución de contrato. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Funciones. Encomienda de trabajos de inferior categoría, sin acuerdo con el trabajador ni justificación de causa. Es un incumplimiento grave que atenta de manera decisiva contra la profesionalidad del trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 1991 (Rec. 1145/1990) [RJ 1991\3932]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Cambio funcional que supone una degradación de la categoría. Vulneración del derecho del trabajador a la promoción y formación profesional en el trabajo y a la consideración debida a su dignidad.

STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 1992 (Rec. 413/1991) [RJ 1992\1870]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago del salario. Retrasos en el pago del salario de cada mes durante el período de un año. Incumplimiento grave. No es necesaria la culpabilidad. Irrelevancia de la situación económica de la empresa.

STS, Sala Cuarta, de 8 de febrero de 1993 (Rec. 772/1991) [RJ 1993\749]

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Resolución del contrato. Horario de trabajo. Concepto de modificación sustancial. Lo son las que afectan a lo esencial, a su propia y básica naturaleza. La empresa ha impuesto un horario nuevo contando con la conformidad de la mayoría de los trabajadores del centro de trabajo. Además, la resolución del contrato con indemnización del art. 50.2 ET exige además que concurra un perjuicio para la formación o la dignidad del trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 1995 (Rec. 756/1995) [RJ 1995\6892]

Resolución de contrato a instancia del trabajador. Impago de salarios. No puede ser un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, con verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario.

STS, Sala Cuarta, de 3 de abril de 1997 (Rec. 3455/1996) [RJ 1997\3047]

Resolución del contrato a instancia del trabajador e indemnización de daños y perjuicios. El incumplimiento ha de ser grave y voluntario. La indemnización que corresponde es la regulada en el art. 50 ET.

STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 1998 (Rec. 4808/1997) [RJ 1998\5711]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago del salario superiores a once meses. Gravedad suficiente del incumplimiento empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 5 de abril de 2001 (Rec. 2194/2000) [RJ 2001\4885].

Acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por impago de salarios. La pendencia de un expediente de regulación de empleo no obstaculiza su ejercicio. Mientras el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal para la interposición de la demanda.

STS, Sala Cuarta, de 5 de noviembre de 2008 (Rec. 130/2007) [RJ 2008\7042]

Contenido y alcance de la obligación de negociar de buena fe.

STS, Sala Cuarta, de 22 de diciembre de 2008 (Rec. 294/2008) [RJ 2009\1434]

Demanda de resolución del contrato por retrasos continuados y persistentes en el pago del salario. Empresa en situación de concurso. La indemnización que corresponde es la establecida en el artículo 50.2 ET. No obstante, la sentencia puntualiza, como pronunciamiento *obiter dicta* que la situación de concurso tal vez hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 LC, que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. El supuesto previsto en el art. 64.10 LC, cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, para las demandas de resolución de contrato planteadas después de la declaración del concurso tendrían la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad. Voto particular.

STS, Sala Cuarta, de 10 de junio de 2009 (Rec. 2461/2008) [RJ 2009\3261]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago del salario durante cuatro años inferiores al mes. Gravedad de la conducta. Resolución del contrato. Irrelevancia del aquietamiento del trabajador durante un tiempo.

STS, Sala Cuarta, de 13 de abril de 2011 (Rec. 2149/2010) [RJ 2011\3951]

Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y cuantía de la indemnización. Se equipara al despido colectivo la extinción colectiva de relaciones laborales articulada a través del art. 50.1 b) ET, respecto de empresa declarada en concurso, cuando se superan los umbrales del art. 64.10 de la LC. La colectivización de la medida extintiva significa, necesariamente, la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también el monto de la indemnización.

STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2012 (Rec. 1311/2011) [RJ 2012\4039]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Falta de gravedad. Al tiempo de presentarse la papeleta de conciliación y la demanda, impago de un mes y cobro fraccionado de seis meses restantes, no son relevantes ni graves en una situación económica en la que existen importantes restricciones crediticias. Los representantes de los trabajadores estaban informados y habían aceptado el modo de pago.

STS, Sala Social, de 18 de febrero de 2013 (Rec. 886/2012) [RJ 2013\2123]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Impago del complemento de mejora de la incapacidad temporal previsto en el convenio colectivo. La fuente de la obligación asumida no deriva directamente de la ley, sino del convenio colectivo, que también es fuente de la relación laboral, según el artículo 3.1, b) ET y tiene una conexión más próxima con el contrato de trabajo, ya que su finalidad es aproximar la cuantía de la prestación de Seguridad Social al salario, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2013 (Rec. 1037/2012) [RJ 2013\6082]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el abono de salarios. Las nóminas se abonan en dos plazos. Retrasos importantes en cinco mensualidades y dos pagas extraordinarias. Gravedad de la conducta empresarial, a pesar de la crisis empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 2 de diciembre de 2013 (Rec. 846/2013) [RJ 2013\8441]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago de un mes durante cuatro años. Incumplimiento grave, innecesaria la culpabilidad.

STS, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 141/2013) [RJ 2014\71]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago de un mes y medio durante dos años. Incumplimiento grave, innecesaria la culpabilidad.

STS, Sala Cuarta, de 16 de enero de 2015 (Rec. 257/2014) [RJ 2015\1027]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Impago de salarios. Gravedad de la conducta de impago de más de tres meses de salario. Retrasos en el abono de la prestación por incapacidad temporal y del complemento de la misma -ambos conceptos a cargo de la empresa- tienen la suficiente gravedad como para justificar la extinción indemnizada de la relación laboral. Irrelevancia de los pagos posteriores.

STS, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2015 (Rec. 14/2014) [RJ 2015\756]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Retrasos en el pago durante más de un año. Gravedad de la conducta. Irrelevante el pago antes del juicio oral.

STS, Sala Cuarta, de 3 de febrero de 2016 (Rec. 3198/2014) [RJ 2016\1002]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Impagos durante siete meses. Incumplimiento empresarial grave. Aunque la sentencia es constitutiva, no es exigible que el trabajador continúe en su puesto de trabajo cuando puede ocasionarle un grave perjuicio patrimonial. Abandono del puesto tras la interposición de la demanda por encontrar un nuevo empleo en otra empresa antes del dictado de la sentencia.

STS, Sala Cuarta, de 24 de febrero de 2016 (Rec. 2920/2014) [RJ 2016\2547]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Impago de salarios durante más de seis meses. Gravedad de la conducta empresarial. Aunque la sentencia es constitutiva, no es exigible que el trabajador continúe en su puesto de trabajo cuando puede ocasionarle un grave perjuicio patrimonial. Conducta empresarial que afecta a la dignidad del trabajador y a su propia subsistencia.

STS, Sala Cuarta, de 29 de junio de 2016 (Rec. 2306/2016) [RJ 2017\3570]

Acción de resolución del contrato (Art. 50 ET). Empresa en concurso. Se desestima porque el juez de lo mercantil ha resuelto antes la extinción colectiva de contratos de trabajo, incluido el del actor.

STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 2016 (Rec. 3402/2015) [RJ 2017\3356]

No cabe la extinción del contrato por la vía del art. 50.1.b) ET cuando previamente ha sido extinguido por el auto dictado por el juez del concurso, aunque la demanda ante la jurisdicción social sea anterior a la solicitud del concurso.

STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016 (Rec. 3792/2014) [RJ 2016\4412]

Demanda de resolución contractual basada (art. 50 ET) presentada antes de la solicitud de concurso. No procede la suspensión del procedimiento social. No existe litispendencia.

STS, Sala Cuarta, de 18 de junio de 2020 (Rec. 893/2018) [ROJ: STS 2168/2020]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Cabe acordarlo cuando el empresario incumple de forma reiterada el pago continuado de las retribuciones del trabajador fuera de nómina, sin abonar cotizaciones de Seguridad ni cumplir las obligaciones tributarias. Derecho del trabajador a recibir la indemnización por despido improcedente.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía, Sala Social, de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 3025/2016) [JUR 2018\10586]

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Modificación sustancial de condiciones de trabajo que atenta contra su dignidad profesional. Vacío de las funciones de su puesto de trabajo. Derechos fundamentales. Inversión de la carga de la prueba.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 2049/2013) [AS 2014\1173]

Extinción del contrato por voluntad del trabajador. Indemnización. Equiparación de la extinción colectiva de relaciones laborales de la empresa en concurso articulada a través del art. 50.1 b) ET con el despido colectivo. Grupo de empresas. Criterios jurisprudenciales para determinar la existencia de responsabilidad solidaria. No se aprecia al existir meras participaciones en los capitales sociales entre las diversas empresas del grupo. Legitimación para recurrir el auto del juez del concurso de los trabajadores afectados por la medida, porque la solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo se promovió por todos ellos.

31. SALARIO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 28 de enero de 1999 (Rec. 3089/1998) [RJ 1999\2478]

Naturaleza salarial de las comisiones.

32. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 1986 [RJ 1986\6478]

Suspensión de contratos de trabajo. Características de la medida. El contrato no se extingue, se paralizan algunos de sus efectos. En principio, la suspensión afecta al deber de realizar la actividad convenida y de remunerar el trabajo, pero quedan subsistentes aquellas otras relaciones y

expectativas no paralizadas, entre ellas, los beneficios que deriven de los sucesivos convenios colectivos.

STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 138/2014) [RJ 2014\6876]

Suspensión de contratos por causas objetivas. Período de consultas. Debe informarse y negociar sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados. Nulidad por incumplimiento de los deberes de buena fe en la negociación. Información insuficiente.

STS, Sala Cuarta, de 18 de septiembre de 2018 (Rec. 69/2017) [RJ 2018\5045]

Suspensión colectiva de contratos de trabajo. Infracción del deber de negociar de buena fe. Cuando no se plantea de forma expresa durante el periodo de consultas la existencia de un grupo laboral de empresas, pero se había solicitado información y documentación de las diferentes sociedades demandadas, no se infringe el deber de buena fe por parte de los representantes legales de los trabajadores. Es posible luego solicitar que se declare la existencia de un grupo laboral y la condena solidaria de las codemandadas.

Sentencias y autos de la Audiencia Nacional

SAN, Sala Social, de 5 de diciembre de 2013 (Rec. 218/2013) [ROJ: SAN 5191/2013]

Suspensión de contratos de trabajo en dos centros de trabajo. Acreditación de las causas. Reducción de actividad que justifica la medida suspensiva. Se descarta que la empresa debiera haber extinguido los contratos de obra en vez de promover el ERTE, por cuanto la medida suspensiva es mucho más beneficiosa que la extinción de los contratos de obra. Aportación de la documentación a la comisión negociadora. Negociación de buena fe.

SAN, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 415/2013) [ROJ: SAN 392/2014]

Suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas y productivas. Criterio de la razonabilidad. Adecuación de las medidas y las causas alegadas e información suficiente. En la memoria explicativa se hace constar las categorías profesionales y las paradas que afectan a cada persona y a cada sección en cada uno de los dos centros de trabajo afectados por la medida, para los supuestos de suspensión de contratos de trabajo. Respecto a la reducción de la jornada se concreta el departamento y el nombre de los trabajadores, así como la reducción de jornada por cada centro de trabajo.

SAN, Sala Social, de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 244/2016) [AS 2016\800]

Suspensión de contratos de trabajo. Causa económica que no es coyuntural sino definitiva. La empresa no justifica razones que permitan acceder a la medida. Finalidad es el ahorro de costes salariales y esperar a la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Falta de legitimación de las empresas del grupo. No se alegó su existencia en el período de consultas.

SAN, Sala Social, de 15 de junio de 2020 (Proc. 113/2020) [ROJ: SAN 994/2020]

ERTE. Fuerza mayor. Silencio administrativo positivo, aplicación de la regla prevista en el artículo 24 Ley 39/2015. Vías de impugnación.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

SJM núm. 9 de Barcelona, de 14 de enero de 2015 (Proc. 40/2015) [JUR 2015\47814]

Suspensión colectiva de contratos de trabajo por fuerza mayor. Falta de competencia objetiva. Debe seguir los trámites previstos ante la autoridad laboral.

AJM núm. 1 de Bilbao, de 30 de septiembre de 2009 (Proc. 646/2009) [AC 2010\103]

Suspensión de contratos de trabajo. Concurrencia de causa. Disminución de la producción de pasta de papel. Se considera más sensato esperar a la elevación de los precios para reanudar la actividad empresarial, regulando la situación del empleo con un expediente suspensivo. A esta causa se añadían dificultades de tesorería y de financiación.

AJM núm. 1 de Santander, de 27 de febrero de 2006 (Proc. 641/2005) [AC 2006\1262]

Suspensión de contratos de trabajo. Admisión a trámite y convocatoria de las partes a consultas por el plazo de quince días.

AJM núm. 1 de Sevilla, de 16 de diciembre de 2005 (Proc. 43/2004) [2006\825]

Suspensión de contratos. Concurrencia de causa. Empresa dedicada a la actividad de desmontado de algodón. Imposibilidad de desarrollo de la actividad por la denegación de una ayuda pública a la producción. Continuidad en la prestación de servicios de tres trabajadores dado que uno es administrativo y los otros dos son personal de seguridad.

33. TRABAJADOR

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09, asunto Danosa) [TJCE 2010\339]

Concepto de trabajador. Directiva 92/85/CEE. Trabajadora embarazada que ha dado a luz o que se encuentre en período de lactancia. La condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no excluye una posible relación de subordinación. Necesidad de examinar las condiciones de la contratación, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el alcance de sus facultades y el control, así como las circunstancias en que puede ser destituido.

34. TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 7 de febrero de 1985, C-19/83, asunto Wendelboe [<http://curia.europa.eu/juris/>]

Transmisión de empresas. La Directiva 77/187/CEE del Consejo, no obliga a los estados miembros a establecer normas por las que se transmitan al cesionario las obligaciones en materia de vacaciones retribuidas y de indemnización para con los trabajadores que no sean empleados de la empresa en el momento de la transmisión.

STJCE de 7 de febrero de 1985 (C-135/83, asunto Abels) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0135>]

Transmisión de empresas. El artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE no se aplica a la transmisión de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, cuando el cedente haya sido declarado en estado de quiebra. No obstante, los estados miembros pueden aplicar, de forma autónoma, los principios de la Directiva a dicha clase de transmisiones. El art. 3.1 de la Directiva 77/187 engloba las obligaciones de un contrato de trabajo nacido antes de la fecha de la transmisión, sin perjuicio de las excepciones previstas en el apartado 3 de dicho artículo.

STJCE de 18 de marzo de 1986 (C-24/85, asunto J.M.A. Spijkers) [TJCE 1986\65]

Transmisión de empresas. Concepto. La transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario requiere que la entidad económica en cuestión conserve su identidad. Para determinar si hay o no una transmisión es preciso valorar el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella con las mismas actividades económicas u otras análogas.

STJCE de 5 de mayo de 1988 (C-147/87, asunto Berg y Besselsen) [TJCE 1988\154]

Transmisión de empresas. Una vez producida la transmisión, el cedente queda liberado de las obligaciones del contrato o de la relación de trabajo, aunque los trabajadores no aprueben dicho efecto jurídico o se opongan al mismo. No obstante, los estados miembros pueden establecer una la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario con posterioridad a la fecha de la transmisión. La Directiva 77/187/CEE se aplica tanto a la cesión de una empresa realizada en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, como a la recuperación de la posesión de dicha empresa, como consecuencia de la resolución del referido contrato mediante resolución judicial.

STJCE de 15 de junio de 1988 (C-101/87, asunto Bork International) [TJCE 1988\167]

Transmisión de empresas. El art. 1.1 Directiva 77/187 se aplica en una situación en la que, tras la denuncia de la terminación o de la resolución de un contrato de arrendamiento, el propietario de la empresa se hace cargo de ella nuevamente para venderla a un tercero que continúa la explotación interrumpida desde la terminación del contrato de arrendamiento, con algo más de la mitad del personal que estaba empleado en la empresa por el arrendatario anterior, a condición de que la empresa conserve la identidad.

STJCE de 19 de mayo de 1992 (C-29/1991, asunto Redmond Stichtin) [TJCE 1992\99]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE: ámbito de aplicación. Entre las circunstancias que se deben considerar está el grado de analogía de las actividades desarrolladas antes y después de la transmisión. La identidad puede derivar de que se trate de una actividad que descansa esencialmente en la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores sea coincidente.

STJCE de 19 de noviembre de 1992 (C-209/91, asunto Anne Watson Rask y Kirsten Christensen contra ISS Kantenservice A/S) [TJCE 1992\184]

Transmisión de empresa. La Directiva 77/187/CEE puede aplicarse a una situación en la que un empresario encomienda a otro la explotación de un servicio, a cambio del pago de una cantidad y de diversas ventajas fijadas en el contrato. No pueden modificarse las condiciones relativas al salario, ni a la fecha de pago. Pero la Directiva no se opone a una modificación de la relación laboral si el Derecho nacional la admite en supuestos distintos al de transmisión de empresa. Además, el cesionario está obligado a mantener las condiciones pactadas mediante convenio colectivo hasta la fecha de expiración del convenio, o de entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo.

STJCE de 14 de abril de 1994 (C-392/92, Schmidt) [TJCE 1994\54]

Transmisión de empresas. El art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE comprende, dentro de su ámbito de aplicación, una situación en la que un empresario encomienda, mediante contrato, a otro empresario la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza realizados anteriormente de modo directo, incluso si, antes de la transmisión, dichos trabajos eran efectuados por una sola empleada.

STJCE de 8 de junio de 1994 (C-382/1992) [TJCE 1994\96]

Transmisión de empresas. La Directiva es aplicable a las empresas que operan en el mercado sin ánimo de lucro. Obligaciones de consulta e información del cedente y del cesionario con los representantes de los trabajadores. Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva y del artículo 5 del Tratado CEE, al no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación; al excluir las empresas sin ánimo de lucro del ámbito de aplicación del Reglamento destinado a aplicar la Directiva; al no obligar al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores a consultar con la suficiente antelación tales medidas con los representantes de sus trabajadores con el

fin de llegar a un acuerdo y no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omita informar y consultar a los representantes de los trabajadores.

STJCE de 19 de septiembre de 1995 (asunto Ole Rijkard) [TJCE 1995\154]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE exige la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable. Empresa que prosigue hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra. Se hace cargo de dos aprendices y un empleado que ya habían trabajado en la obra y también del material que se encontraba en ella. No es una transmisión de empresa la continuación de la ejecución de una obra determinada.

STJCE de 7 de marzo de 1996 (asunto Albert MerckxPatrick Neuhuys contra Ford Motors Company Belgium SA.) [TJCE 1996\41]

Transmisión de empresas. El art. 1.1 Directiva 77/187/CEE comprende en su ámbito de aplicación una situación en la que una empresa titular de una concesión de venta de vehículos automóviles para un territorio determinado, cesa su actividad y la concesión se transmite a otra empresa que se hace cargo de una parte del personal y se beneficia de la promoción comercial desarrollada con la clientela, sin que se transmitan elementos del activo. El art. 3.1 de la Directiva no impide que un trabajador empleado por el cedente en la fecha de la transmisión se oponga a la transmisión de su contrato al cesionario. Pero cuando se resuelve el contrato o se pone fin a la relación de trabajo a causa de la modificación del nivel de la retribución convenida con el trabajador, el art. 4.2 de la Directiva exige a los estados miembros que establezcan que la resolución es imputable al empresario.

STJCE de 15 de octubre de 1996 (C-2908/94, asunto Henke) [TJCE 1996\182]

Transmisión de empresas. El artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de un centro de actividad» no se aplica a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios.

STJCE de 14 de noviembre de 1996 (asunto Claude Rotsart) [TJCE 1996\215]

Transmisión de empresas. Artículo 3.1 Directiva 77/187/CEE. Los contratos de trabajo entre la empresa cedente y los trabajadores que existan en la fecha de la transmisión se transfieren, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello. Dicha transferencia tiene lugar en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha distinta, a elección del cedente o del cesionario.

STJCE de 11 de marzo de 1997 (C-13/95, asunto Ayse Süzen) [JCE 1997\45]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE. No se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve la contrata y celebra una nueva contrata con un segundo empresario para

trabajos similares si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata.

STJCE de 12 de marzo de 1998 (C- 319/94, asunto Caso Jules Dethier Equipement SA contra Jules DassySovam SPRL) [TJCE 1998\45]

Transmisión de empresas. El art. 1.1 Directiva 77/187/CEE se aplica en caso de transmisión de una empresa en estado de liquidación judicial cuando la actividad de la empresa continúa. El art. 4.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización. Los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario pueden invocar frente a este la ilegalidad de dicho despido.

STJCE de 12 de noviembre de 1998 (C-399/96, asunto Caso Europièces SA) [TJCE 1998\271]

Trasmisión de empresas. El art. 1.1 Directiva 77/187/CEE se aplica cuando una sociedad en liquidación voluntaria transmite total o parcialmente su activo a otra sociedad que luego imparte órdenes al trabajador. El art. 3.1 de la Directiva no impide que un trabajador del cedente se oponga voluntariamente a la cesión de su contrato al cesionario. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el contrato de trabajo propuesto por el cesionario implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador. En dicho supuesto, el artículo 4.2 de la Directiva exige a los estados miembros que establezcan que la resolución es imputable al empresario.

STJCE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo) [TJCE 1998\309]

Directiva 77/187/CEE. Actividad de ayuda a domicilio para personas necesitadas y actividad de vigilancia. Rescisión del contrato por la Administración Pública en favor de una segunda empresa. Interpretación del requisito de transferencia de la entidad económica.

La Directiva se aplica a una situación en la que un organismo público, al expirar la concesión para dichas actividades, las adjudica a una segunda empresa, siempre que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares, no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad.

STJCE de 10 de diciembre de 1998 (C-127/96, C-229/96 y C-74/97, asunto Hernández Vidal) [TJCE 1998\308]

Transmisión de empresa. El artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que una empresa que encomendaba a otra la limpieza de sus locales decide poner fin al contrato y ejecutar esas tareas, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica. El concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad.

STJCE de 2 de diciembre de 1999 (C-234/98, asunto Allen) [TJCE 1999\283]

Transmisión de empresas. La Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero, puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades de un mismo grupo que tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y que trabajen en la misma obra. La Directiva se aplica a una situación en la cual una sociedad perteneciente a un grupo decide subcontratar con otra sociedad del mismo grupo trabajos de perforación de minas, siempre que la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos sociedades. El concepto de entidad económica hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

STJCE de 14 de septiembre de 2000, (C-343/98, asunto Collino) [TJCE 2000\195]

Transmisión de empresa. El artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE puede aplicarse a una situación en la que una entidad que presta servicios públicos de telecomunicaciones, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida, a título oneroso, en régimen de concesión administrativa, una sociedad de derecho privado constituida por otro organismo público que posee la totalidad de sus acciones. Conforme al artículo 3.1 de la Directiva 77/187/CEE, en el cálculo de los derechos pecuniarios vinculados a la antigüedad de los trabajadores, se deben tener en cuenta todos los períodos de empleo al servicio del cesionario y del cedente. El cesionario puede modificar las condiciones de la relación laboral si lo admite el derecho nacional.

STJCE de 26 de septiembre de 2000 (C-175/99, asunto Mayeur) [TJCE 2000\212]

Transmisión de empresas. La Directiva 77/187/CEE es aplicable a una persona jurídica de derecho público que actúa conforme a normas específicas de derecho administrativo -municipio-, que se hace cargo de las actividades de publicidad e información de los servicios que ofrece al público, hasta entonces ejercidas, en interés de dicho municipio, por una asociación sin ánimo de lucro, persona jurídica de derecho privado, siempre que la entidad cedida conserve su identidad.

STJCE de 25 de enero de 2001 (C- 172/99, asunto Oy Liikenne) [TJCE 2001\22]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE. Actividad de transporte público por autobús atribuida a varios operadores por un organismo de derecho público según el procedimiento de los contratos públicos de servicios. La Directiva puede aplicarse en casos de falta de relación contractual directa entre dos empresas a las que una persona jurídica de derecho público haya concedido, sucesivamente, la adjudicación de un contrato público de servicios, como es la explotación de líneas locales regulares de autobuses. Pero no se aplica cuando no existe transmisión de elementos materiales significativos entre las dos empresas antes mencionadas.

STJCE de 24 de enero de 2002 (C- 51/00, asunto Temco Service Industries) [TJCE 2002\29]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE. Se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, resuelve dicho contrato y celebra uno nuevo con un segundo empresario, cuando el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial del personal, aunque la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario.

STJCE de 6 de noviembre de 2003 (C-4/01, asunto Martin y otros) [TJCE 2003\367]

Transmisión de empresas. Los derechos derivados de un despido o de una jubilación anticipada pactada están comprendidos dentro del art. 3.1 de la Directiva 77/1987/CEE. Las prestaciones de jubilación anticipada y las destinadas a mejorar las condiciones de dicha jubilación no son prestaciones de jubilación, de invalidez o de supervivencia con arreglo a regímenes complementarios de previsión del artículo 3.3 de la Directiva. Las obligaciones derivadas de la concesión de una jubilación anticipada que derivan del contrato de trabajo, de la relación laboral o de un convenio colectivo vinculante se transfieren al cesionario con los límites previstos, con independencia de que tales obligaciones tengan su origen en actos de las autoridades públicas o se ejecuten mediante tales actos y del procedimiento adoptado para dicha ejecución. El cesionario no puede ofrecer condiciones menos favorables en materia de jubilación anticipada que las que les aplicaba el cedente. Si lo hace y los trabajadores las han aceptado, el cesionario debe concederles las compensaciones necesarias para equipararlas a las condiciones de jubilación anticipada aplicables en el marco de su relación con el cedente.

STJCE de 20 de noviembre de 2003 (C-340/01, asunto Abler) [TJCE 2003\386]

Cuestión prejudicial. Aplicación de la normativa europea. Directiva 77/187/CEE. Se aplica a los casos en los que una entidad pone fin a un contrato de gestión del servicio de restauración de un hospital y encarga el mismo servicio a un tercero, si este se hace cargo de importantes elementos materiales del primero como locales, equipos y clientes. Es intrascendente que no se haga cargo de los trabajadores.

STJCE de 11 de noviembre de 2004 (C-425/02, asunto Delahaye) [TJCE 2004\388]

Transmisión de empresas. Transmisión de empresa de una persona jurídica de derecho privado al Estado. El Estado -nuevo empresario- reduce las retribuciones de los trabajadores afectados para cumplir las normas nacionales vigentes en materia de función pública. Actuación no contraria a la Directiva 77/187/CEE. Aunque es posible que la medida sea una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si teniendo en cuenta, en particular, la antigüedad del trabajador, se produce una reducción sustancial de la remuneración. En tal caso, la resolución del contrato de trabajo por este motivo debe considerarse imputable al empresario (art. 4.2 de la Directiva).

STJCE de 26 de mayo de 2005 (C-478/03, asunto Celtec Ltd contra John Astley y otros) [TJCE 2005\146]

Transmisión de empresas. La fecha de la transmisión del cedente al cesionario no puede ser variada por las partes. Es la fecha en que se realizó la transmisión del cedente al cesionario de la condición de empresario responsable de la explotación de la entidad transferida. Esta fecha es un momento preciso, que no puede ser fijado en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario. En este momento es cuando los trabajadores adscritos a la empresa transferida se transmiten del cedente al cesionario, cualesquiera que sean las modalidades acordadas.

STJCE de 15 de diciembre de 2005 (C-232/04 y 233/04, asunto Nurten Güney-Görres [TJCE 2005\406]

Transmisión de empresas. Nuevo adjudicatario de un contrato. Para que se produzca una transmisión de empresa es necesario que se transmitan los elementos esenciales de la explotación que permitan una gestión económica independiente.

STJCE de 9 de marzo de 2006 (C-499/04, asunto Werhof) [TJCE 2006\66]

Transmisión de empresas. Los derechos y obligaciones que resulten de un convenio colectivo al que remita el contrato de trabajo son transferidos al nuevo propietario, aunque este no sea parte de ningún convenio colectivo. La cláusula de remisión a un convenio colectivo no puede tener un alcance mayor que el convenio a la que se remite. Las condiciones de trabajo reguladas en el convenio colectivo solo se mantienen hasta la fecha de extinción del convenio o hasta la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo. El objetivo de dicha Directiva es mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes en la fecha de la transmisión. No se protegen simples expectativas ni beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos. Los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero este no puede ser inferior a un año.

STJCE de 13 de septiembre de 2007 (C-458/05, asunto Mohamed Jouini) [TJCE 2007\233]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE. Empresas de trabajo temporal. Se aplica la directiva cuando parte del personal administrativo y de los trabajadores temporales de una empresa de trabajo temporal pasa a otra empresa de trabajo temporal para desarrollar la misma prestación de

servicios con los mismos clientes, cuando los elementos transmitidos constituyen una entidad económica que es suficiente para continuar la prestación sin necesidad de utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa. Esta circunstancia debe valorarla el órgano jurisdiccional nacional.

STJCE de 12 de febrero de 2009 (C-466/07, asunto Klarenberg) [TJCE 2009\29]

El artículo 1.1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE se aplica a una situación en la que la parte de empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que éste permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

STJCE de 11 de junio de 2009 (C-561/07, asunto Comisión contra Italia) [TJCE 2009\168].

Incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 2001/23/CE, al mantener en vigor una normativa nacional que no garantiza los derechos de los trabajadores reconocidos en los artículos 3 y 4 de la citada Directiva, en caso de transmisión de una empresa declarada en estado de crisis.

STJUE, de 29 de julio de 2010 (C-151/09, asunto Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción) [TJCE 2010\241]

Transmisión de empresa. Representación legal de los trabajadores. Art. 6 Directiva 2001/23. Cuando la empresa, el centro de actividad o una parte de los mismos conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes o de la representación de los trabajadores subsistirán en los términos y en las condiciones existentes antes de la fecha de transmisión. Intrascendencia del mero cambio de los máximos responsables jerárquicos, si no disponen de las facultades de organizar directamente a los trabajadores.

ATJUE de 15 de septiembre de 2010 (C-386/09, asunto Briot) [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78728&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1426819>].

Transmisión de empresas. Contrato de trabajo de duración determinada extinguido al tiempo del vencimiento previsto, en fecha anterior a la transmisión de la actividad a la que el trabajador se hallaba destinado. En estos casos no hay obligación de subrogar. La falta de renovación del contrato no vulnera la prohibición establecida en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE.

STJUE de 21 de octubre de 2010 (C-242/2009, asunto Albron Catering BC) [TJCE 2010\313].

Transmisión de empresas. De acuerdo con la Directiva 2001/23/CE, la transmisión de una empresa perteneciente a un grupo a otra empresa ajena al mismo, puede considerarse transmisión, aun cuando los trabajadores no estuvieran vinculados, mediante contratos de trabajo, a la empresa del grupo a la que estaban destinados de manera permanente y aunque exista dentro de dicho grupo una empresa con la que los trabajadores estaban vinculados mediante contratos de trabajo.

STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09, asunto Clece S.A.) [TJCE 2011\4]

Transmisión de empresas. Directiva 2001/23/CE. Actividad de limpieza de edificios y locales. Ayuntamiento que encarga la limpieza a una empresa privada, luego rescinde el contrato y asume la actividad, contratando nuevo personal. Inaplicación de la directiva. El hecho de que la actividad desarrollada sea similar o incluso idéntica no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. Tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo o sus métodos de explotación. En particular, la identidad de una entidad económica -servicio de limpieza- que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

STJUE de 6 de septiembre de 2011 (C-108/10, asunto Scattolon) [JCE 2011\246]

Transmisión de empresas. Directiva 77/187/CEE. La subrogación por una autoridad pública de un estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación de servicios auxiliares a escuelas, que comprenden tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa, constituye una transmisión de empresa. No es admisible que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial respecto a la situación previa a la transmisión, cuando la transmisión haya dado lugar a la aplicación del convenio colectivo vigente para el cesionario y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio estén ligadas, en especial, a la antigüedad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa objeto del litigio principal.

STJUE de 6 de marzo de 2014 (C- 458/12, asunto Lorenzo Amatori) [TJCE 2014\60]

Transmisión de empresas. Directiva 2001/23/CE. La transmisión de una parte de un establecimiento que no tiene autonomía funcional previa no está protegida por la directiva europea. Pero la norma europea no se opone a una norma nacional que, en los casos de transmisión de una parte de empresa, permite que el cesionario suceda al cedente en las relaciones laborales cuando esa parte de empresa no constituye una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión.

STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C. 328/13, asunto Österreichischer) [TJCE 2014\220]

Transmisión de empresas. Directiva 2001/23/CE. Condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo. Cuando el convenio ha sido denunciado al tiempo de la transmisión, las condiciones de trabajo establecidas en el mismo mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo, al menos hasta que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados.

ATJUE de 28 de enero de 2015 (C-688/13, asunto Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L.)

[TJCE 2015\1]

Resuelve la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por JM núm. 3 de Barcelona. La Directiva no se opone a que la legislación de un estado miembro imponga la transmisión al nuevo adquirente de las obligaciones derivadas de Seguridad Social. Respecto a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de contratos ya extinguidos al tiempo de la transmisión, el tribunal responde que la Directiva tampoco se opone a que la legislación nacional establezca la transferencia de tales cargas.

STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13, asunto Modelo Continente Hipermercados SA contra Autoridade para as Condições de Trabalho) [TJCE 2015\99]

Transmisión de empresas. Directiva del Consejo 78/855/CEE. Operación de fusión por absorción. Implica la transmisión a la sociedad absorbente de la multa por infracción del derecho del trabajo cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión, pero impuesta por resolución firme dictada con posterioridad a dicha fusión.

STJUE de 9 de septiembre de 2015 (C-160/14, asunto Ferreira da Silva) [TJCE 2015\368]

Transmisión de empresas. Constituye una transmisión la absorción de una empresa por parte de su accionista mayoritario, que, a su vez, participa en el mismo mercado, asume su posición, desarrolla su actividad, readmite a algunos de sus trabajadores y los coloca en funciones idénticas y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad.

STJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/2014, asunto ADIF) [TJCE 2015\283]

Transmisión de empresas. Empresa pública. Actividad de manipulación de unidades de transporte intermodal. Contrato de gestión de servicios públicos con otra empresa. Se pone a disposición la infraestructura y el equipamiento necesario para el desarrollo de la actividad. Fin del contrato sin asunción de plantilla. Es irrelevante la falta de asunción de la plantilla cuando el elemento esencial para el desarrollo de una determinada actividad no es la plantilla. La existencia de sucesión empresarial deberá determinarse, exclusivamente, en función de los medios patrimoniales que se hayan transferido, siendo completamente indiferente que no se asuma la plantilla.

STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15, asunto Unionen) [TJCE 2017\125]

Transmisión de empresas. El despido de un trabajador producido más de un año después de la transmisión de la empresa, determina que el cesionario debe de incluir en el cálculo de la antigüedad, la adquirida al servicio del cedente, a efectos de determinar el preaviso al que tiene derecho.

STJUE de 27 de abril de 2017 (C-680/15 y C-681/15, asunto Asklepios) [TJCE 2017\104]

Transmisión de empresa. El artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE, en relación con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de transmisión del centro de actividad, el mantenimiento de los derechos y obligaciones derivadas de un contrato de trabajo se extiende a la cláusula pactada en relación al

convenio colectivo en vigor en la fecha de la transmisión y posteriores a dicha transmisión que lo completan, modifican o sustituyen, cuando el derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación, tanto de común acuerdo como unilaterales.

STJUE de 22 de junio 2017 (C-126/16, asunto Federatie Nederlandse Vakvereniging y Otros contra Statens energimyndighet) [TJCE 2017\99]

Transmisión de empresas. Se mantienen los derechos de los trabajadores. Derechos y obligaciones que resultan para el cedente de un contrato o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión (art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE). La excepción la constituyen los procedimientos de quiebra o insolvencia (art. 5. 1) no los casos de traspaso tras una declaración de quiebra en el contexto de un “*pre-pack*”. Es irrelevante que la operación de “*pre-pack*” persiga la maximización de los ingresos de la cesión para el conjunto de acreedores. Este procedimiento no es equivalente a un procedimiento de insolvencia análogo que se haya abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, como exige el art. 5.1 de la Directiva.

STJUE de 20 de julio de 2017 (C-416/16, asunto Piscarreta) [JUR 2017\200816]

Transmisión de empresas. Una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, es disuelta por acuerdo del órgano ejecutivo de dicho municipio. Sus actividades se transmiten parcialmente a ese municipio y a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el citado municipio es también único accionista. Se trata de una transmisión incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, siempre que, tras la transmisión, la empresa mantenga su identidad.

STJUE de 11 julio 2018 (C-60/17, Somoza Hermo) [ROJ: PTJUE 183/2018]

Transmisión de empresas. Servicio de vigilancia. La Directiva 2001/23/CE se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones y ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial del personal de la primera empresa, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

STJUE 7 de agosto 2018 (C-472/16, asunto Colino Sigüenza) [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204741&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4748691]

Transmisión de empresas. Se admite en los supuestos de cese temporal de actividad, como en el caso de una suspensión temporal de cinco meses de una escuela de música municipal no obstan a que se pueda considerar que la entidad económica ha conservado su identidad.

STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-194/18, aunto Dodic) [JUR 2019\144657]

Transmisión de empresas. Transmisión de una entidad que mantiene su identidad. Actividad financiera. Valoración de todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, que se hayan cedido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya cedido o no la clientela, la analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. La actividad económica se basa principalmente en elementos inmateriales. La transmisión de la clientela adquiere una importancia capital en la determinación de la existencia de sucesión.

STJUE de 27 de febrero de 2020 (C-298/18) [JUR 2020\62648]

Transmisión de empresa. Servicio público de transporte. No hay cesión de medios de explotación, pero la adquirente contrata a la mayor parte de los conductores. Se excluye la cesión de los autobuses por las normas técnicas y medioambientales vigentes, al exigirse una antigüedad no superior a 15 años y cumplir, al menos, la norma medioambiental “Euro 6”.

El artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en virtud de un procedimiento de contratación pública, una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, el hecho de que, debido a requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, esta entidad no adquiera dichos medios, no obsta a que la reanudación de la actividad pueda calificarse de transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho, como la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente.

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Tercera

STS, Sala Tercera, de 29 de enero 2018 (Rec. 3384/2015) [ROJ: STS 336/2018]

Venta de unidad productiva dentro del concurso de acreedores. La empresa adquirente no es responsable solidaria de las deudas de Seguridad Social de la empresa cedente en situación de

concurso. Redacción del artículo 149.2 LC previa al año 2014. La sucesión solo se produce a efectos laborales, no de Seguridad Social.

STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 2019 (Rec. 5147/2017) [RJ 2019\4855]

Venta de unidad productiva dentro del concurso de acreedores. La empresa adquirente no es responsable solidaria de las deudas de Seguridad Social de la empresa cedente en situación de concurso. Redacción del artículo 149.2 LC en el año 2011.

STS, Sala Tercera, de 11 de marzo de 2020 (Rec. 1541/2018) [RJ 2020\757]

Venta de unidad productiva dentro del concurso de acreedores. La empresa adquirente no es responsable solidaria de las deudas de Seguridad Social de la empresa cedente en situación de concurso. Redacción del artículo 149.2 LC en el año 2011.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1986 [RJ 1986\5902]

Sucesión de empresa. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. Inexistencia de modificaciones sustanciales. El artículo 44 ET exige que exista un cambio de titularidad de la empresa. Es preciso que el empresario subrogado continúe la actividad comercial o de tráfico mercantil o industrial del cedente, sin cambios sustanciales en la vida de la empresa transferida, que se mantiene con absoluta autonomía e inalterable unidad, cualquiera que sea la persona física o jurídica que tenga su titularidad. La sucesión presupone la existencia de dos elementos, uno subjetivo, que es el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva de todos los elementos esenciales de la empresa que permite la continuidad de la actividad empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 19 de enero de 1987 [RJ 1987\65]

Sucesión de empresa. Inexistencia. Compraventa de acciones de una sociedad anónima que, aunque sea total, no determina la extinción de aquella y la sucesión por la adquirente. Solo se produce un cambio en la titularidad de las participaciones del capital social del que no puede derivarse consecuencia alguna en relación a la permanencia de la sociedad. No es equiparable a un supuesto de absorción.

STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 1988 (STS 1251/1988) [RJ 1988\948]

Sucesión de empresa. Negocio jurídico de concesión de la explotación de un negocio. Imposibilidad del convenio colectivo de alterar *in peius* el alcance del contenido del artículo 44 ET.

STS, Sala Cuarta, de 25 de abril de 1988 (RJ 1988\3021)

Sucesión de empresa. Concepto de unidad productiva autónoma. Lo esencial es que se trate de una unidad productiva diferenciada susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar de modo

autónomo, aunque haya de dotársele de vida propia, de aquellos soportes, complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, susceptible que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada.

STS, Sala Cuarta, de 30 de junio de 1988 (RJ 1988\5497)

Sucesión de empresa. Obligación solidaria por las deudas laborales no satisfechas comprende las relaciones vivas y también las extinguidas ya al tiempo de la transmisión. Prescripción. Fecha de inicio.

STS, Sala Cuarta, de 22 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8858)

Sucesión de empresa. Obligación solidaria por las deudas laborales no satisfechas comprende las relaciones vivas y también las extinguidas ya al tiempo de la transmisión.

STS, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8046)

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria. Inexistencia, el artículo 44.1 ET establece la solidaridad respecto a las obligaciones nacidas antes de la transmisión. En este caso el despido se produjo cuatro años y diez meses después de que se produjera la sucesión. Irrelevante que no conste la notificación del cambio de titularidad a los representantes de los trabajadores, no es un requisito de validez del cambio de titularidad.

STS, Sala Cuarta, de 23 de julio de 1990 (Rec. 207/1990) [RJ 1990\6453]

Sucesión de empresa. Representación legal de los trabajadores. El mero cambio formal de titularidad de los centros de trabajo, continuando la misma actividad con idénticas funciones y número de trabajadores y subsistiendo los mismos centros de trabajo, no extingue el mandato de los legales representantes de los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 22 de marzo de 1991 [RJ 1991\1891]

Sucesión de empresas. Inexistencia. Fusión de sociedades como consecuencia de la identidad de objetivos empresariales, consistentes en la comercialización de productos del sector de automoción. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Desestimación.

STS, Sala Cuarta, de 2 de julio de 1993 (Rec. 3700/1992) [RJ 1993\5541]

La venta judicial de un establecimiento sanitario por empresa del mismo ramo que asume la plantilla es una sucesión.

STS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/1993) [RJ 1994\8531]

Sucesión de empresa. Concepto de unidad productiva autónoma. Noción objetiva que se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Segregación, licitud, inexistencia de fraude de ley. Grupos de empresa, responsabilidad, licitud de la descentralización productiva.

STS, Sala Cuarta, de 20 de enero de 1997 (Rec. 687/1996) [RJ 1997\618]

Sucesión de empresa. Inexistencia. La subrogación del art. 44.1 ET no puede operar cuando los contratos de trabajo se han extinguido válidamente antes de la transmisión. Inexistencia de un grupo de empresas con efectos laborales. No se acredita la concurrencia de ninguno de los elementos adicionales exigibles como la confusión patrimonial, la existencia de caja única, la prestación laboral indistinta o la utilización abusiva de la personalidad jurídica.

STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 1997 (Rec. 2925/1996) [RJ 1997\9179]

Sucesión de empresa. Art. 44.1 ET tiene como finalidad proteger la estabilidad en el empleo. El nuevo titular está obligado a situarse en la posición jurídica del anterior. Debe asumir los contratos de trabajo en su verdadero alcance y naturaleza, cualquiera que fuera la denominación que le hayan dado las partes contratantes. Las posibles irregularidades en la contratación no son un obstáculo a la subrogación, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante. Contrato de trabajo fraudulento. Despido improcedente.

STS, Sala Cuarta, de 17 de julio de 1998 (Rec. 4223/1997) [RJ 1998\6527]

Sucesión de empresa. Inexistencia. No hay transmisión de empresa, o de la principal actividad de la misma. Se ha producido la transmisión de una unidad productiva que genera responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores que prestan servicios en dicha unidad, no de aquellos otros que se hallan en puntos distintos de la misma empresa.

STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 1998 (Rec. 4424/1997) [RJ 1998\10509]

Sucesión de empresa. Ámbito. Comprende los derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, los adquiridos y consolidados, no alcanza a las expectativas futuras.

STS, Sala Cuarta, de 16 de diciembre de 1998 (Rec. 3590/1997) [RJ 1998\10516]

Inexistencia de sucesión empresarial. No ha existido un cambio de titularidad del centro de trabajo o de la unidad productiva autónoma; no ha existido cesión alguna ni transmisión de materiales, personal ni locales, sino que se ha creado una nueva entidad, constituida por escritura pública que comenzó a realizar la misma actividad que la cooperativa anterior; el hecho de que la actividad se realice en la misma lonja y se utilice la misma oficina, no es transcendente, pues tanto el lugar como el local dependen de la Autoridad Portuaria.

STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 1999 (Rec. 734/1998) [RJ 1999\4408]

Sucesión de empresa. Inexistencia. No se ha transmitido la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente. Solo se adquirió maquinaria a través de un tracto indirecto mediante su arrendamiento a un tercero, que la había adquirido, a su vez, en una subasta de Hacienda. La nave en la que se desarrolla la actividad no es la misma y no hay indicios de fraude.

STS, Sala Cuarta, de 30 de abril de 1999 (Rec. 4003/1998) [RJ 1999\4660]

Sucesión de empresa. Pacto de subrogación, empresas de aviación. No se accede a la revisión fáctica solicitada. No hay confusión de patrimonios entre las empresas, sino solo una dirección comercial única, ni tampoco hay sucesión empresarial, siempre que se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y estas sigan siendo el marco de organización dirección y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores. Aunque la empresa ha reducido su actividad al operar conjuntamente con la otra empresa y bajo su mismo código, mantiene una organización dirección y gestión propia.

STS, Sala Cuarta, de 29 de febrero de 2000 (Rec. 4949/1998) [J 2000\2413]

Sucesión de empresas. Transmisión de la titularidad interpretación. La subrogación en los contratos de trabajo por imposición del pliego de condiciones solo se produce cuando ha habido una auténtica sucesión en la contrata, que exige el cambio de la titularidad del contratista y transmisión de elementos patrimoniales de la infraestructura u organización básica de la explotación. Nulidad por falta de consentimiento de los afectados.

STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2002 (Rec. 4293/2000) [RJ 2002\6235]

Empresa en quiebra cuya actividad es continuada por los trabajadores de la misma, mediante la constitución de una sociedad anónima laboral. Bienes muebles e inmuebles arrendados. Inexistencia de sucesión de empresa. Voto particular.

STS, Sala Cuarta, de 15 de marzo de 2002 (Rec. 990/2001) [RJ 2002\9506]

Sucesión de empresa. Ámbito. Comprende los derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, los adquiridos y consolidados, no alcanza a las expectativas futuras. Límites temporales.

STS, Sala Cuarta, de 19 de marzo de 2002 (Rec. 4216/2000) [RJ 2002\6465]

Sucesión de empresa. Inexistencia. La actividad se desarrolla en un local, propiedad de un ayuntamiento, sobre expedientes y documentos del propio ayuntamiento. Solo permanecen los muebles y los equipos informáticos de la anterior empresa, pero dichos bienes no constituyen un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al ayuntamiento, pues el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior, sino que son objeto de un contrato por un año por parte de otra empresa. No hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento.

STS, Sala Cuarta, de 11 de octubre de 2002 (Rec. 920/2002) [RJ 2002\10682]

Sucesión de empresa. Convenio colectivo aplicable. El de la empresa cedente, aunque se encuentre en situación de ultraactividad, porque no se ha producido ninguna de las dos previsiones que contempla la Directiva como límite, ni se ha extinguido el convenio, ni se ha acreditado la existencia de uno nuevo que rija las relaciones laborales de los trabajadores cedidos.

STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/2002) [RJ 2003\1962]

Sucesión de empresa. Externalización de los servicios de restauración en un centro privado de atención a discapacitados. Contrato de arrendamiento de los locales destinados a cocina y útiles de limpieza. Unidad productiva autónoma.

STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/2002) [RJ 2003\1962]

Sucesión de empresas. Transmisión de unidad productiva autónoma. Directiva 77/187/CEE. Existencia. Contrato de arrendamiento cuyo objeto era un local con elementos suficientes para constituir una industria susceptible de ser explotada desde el momento de la firma del acuerdo. Cesión de una unidad productiva autónoma, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio.

STS, Sala Cuarta, de 11 de marzo de 2003 (Rec. 2252/2002) [RJ 2003\3353]

Sucesión de empresa convencional. Obligaciones documentales. La subrogación puede operar, aunque se entregue la documentación incompleta, siempre que no falte la documentación imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone.

STS, Sala Cuarta, de 24 de marzo de 2003 (Rec. 40/2002) [RJ 2003\3586]

Fusión de empresa. Salarios. Hay que estar a la fecha de efectividad del traslado. Los trabajadores cedidos solo tienen derecho a percibir los salarios previstos en el convenio colectivo de grandes almacenes desde que se incorporaron de modo efectivo a la nueva empresa.

STS, Sala Cuarta, de 25 de junio de 2003 (Rec. 4913/2000) [RJ 2005\4441]

Inexistencia de sucesión de empresas. Requisitos. No hay transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un convenio colectivo que previera aquella subrogación. Subrogación en el marco de un acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado, salvo que hubiera prestado su consentimiento. Nulidad de la subrogación: falta de consentimiento de los afectados.

STS, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113]

Sucesión de empresa. Válida extinción de contratos previa a la transmisión. No se ha transmitido la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente, o susceptible de estarlo. Inexistencia de organización que reúna dichas condiciones. La empresa había cesado en su actividad, estaba en liquidación y los contratos de trabajo se extinguieron por causa autorizada administrativamente y aceptada por los trabajadores. Adquisición de terceros que, a su vez, se los cedieron en propiedad o en arrendamiento sin que se aprecie indicios de fraude. Inexistencia de sucesión.

STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 1878/2002) [RJ 2005\6359]

Sucesión de empresa. Ámbito de la responsabilidad solidaria del art. 44.1 ET. El legislador español ha ido más allá del europeo y ha establecido que, en caso de sucesión empresarial, no solo se produce la subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente tuviera pendientes de abonar. En caso de sucesión *mortis causa*, la responsabilidad de los herederos está garantizada por las normas generales en materia de sucesión, salvo que la herencia se acepte a beneficio de inventario.

STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 1973/2002) [RJ 2003\6919]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario respecto de deudas laborales reconocidas a un trabajador con relación laboral extinguida con anterioridad a la transmisión. El legislador español ha ido más allá del europeo y ha establecido que, en caso de sucesión empresarial, no solo se produce la subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente tuviera pendientes de abonar.

STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2003 (Rec. 3442/2001) [RJ 2003\6108]

Sucesión de empresa. Se discute el ámbito de la responsabilidad solidaria que establece el art. 44.1 ET. El legislador español ha ido más allá del europeo y ha establecido que, en caso de sucesión empresarial, no solo se produce la subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones de la anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente tuviera pendientes de abonar. En caso de sucesión *mortis causa*, la responsabilidad de los herederos está garantizada por las normas generales en materia de sucesión, salvo que la herencia se acepte a beneficio de inventario.

STS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2003 (Rec. 2343/2002) [RJ 2003\6113]

Sucesión de empresa. Inexistencia. No se había transmitido la empresa en su conjunto, ni una unidad productiva funcionalmente independiente, o susceptible de serlo. La empresa había cesado en su actividad, se encontraba en liquidación y los contratos de trabajo se habían extinguido por causa autorizada administrativamente, aceptada por los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 30 de septiembre de 2003 (Rec. 88/2002) [RJ 2003\7450]

Sucesión de empresa. Operaciones de fusión y absorción. Negocio traslativo válido. Convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales.

STS, Sala Cuarta, de 4 de octubre de 2003 (Rec. 585/2003) [STS 5982/2003]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario respecto de la indemnización correspondiente a un despido efectuado con anterioridad a la transmisión.

STS, Sala Cuarta, de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003) [RJ 2004\7162]

Sucesión de empresas. Inexistencia. Requiere la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Nulidad de la subrogación, falta de consentimiento de los afectados.

STS, Sala Cuarta, de 21 de octubre de 2004 (Rec. 5075/2003) [RJ 2004\7341]

Sucesión de empresas. Jurisprudencia europea. Inexistencia de sucesión. No hay transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de una unidad productiva autónoma, ni tampoco sucesión convencional. Se produjo una subrogación sobre el acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado, salvo que hubiera prestado su consentimiento. Nulidad de la subrogación: falta de consentimiento de los afectados.

STS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 2004 (Rec. 899/2002) [RJ 2004\7202]

Sucesión de empresa, requisitos. Entidad económica cuando se trata de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra. Sucesión de contratas con conservación de la identidad económica de la actividad ejercitada, a pesar de no transmitirse los elementos patrimoniales básicos; Directiva 98/50, de 29 junio 1998: supuestos de aplicación.

STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2004 (Rec. 66/2004) [RJ 2005\1595]

Sucesión de empresa. Reconocimiento de la antigüedad. El nuevo empresario tiene la obligación de asumir las cuantas obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la empresa de origen, pero existe obligación de reconocer a los nuevos trabajadores derechos de la plantilla de la nueva empresa. Inexistencia de discriminación.

STS, Sala Cuarta, de 12 de enero de 2005 (Rec. 10/2004) [RJ 2005\1499]

Sucesión de empresa. Alcance de la obligación de subrogación. El nuevo empresario tiene la obligación de asumir las cuantas obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la empresa de origen, pero existe obligación de reconocer a los nuevos trabajadores derechos de la plantilla de la nueva empresa.

STS, Sala Cuarta, de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003) [RJ 2005\5736]

Inexistencia de sucesión de empresas. Concesión administrativa, servicio de control de parking público. Aunque rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también cuando el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente, sin embargo, esta doctrina no es aplicable a este caso. No se ha transmitido elemento patrimonial alguno ni se ha incluido en la plantilla a trabajadores procedentes de la anterior concesión. No se ha transmitido la posesión de bienes, simplemente se ha ordenado que se realicen las tareas de gestión del aparcamiento sin que ello implique titularidad alguna ni arrendaticia ni de ningún otro tipo de los bienes de cuya gestión se encarga el cesionario. No existe sucesión.

STS, Sala Cuarta, de 3 de junio de 2005 (Rec. 1822/2004) [RJ 2005\5981]

Sucesión de empresa. Requisitos. Sucesión de plantillas. Desestimación. Decisión de una empresa de transferir parte de su plantilla a otra basada en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Mera decisión unilateral de una parte, que no constituye sucesión. Es irrelevante que la transferencia de plantilla vaya acompañada de sucesión en la actividad. Necesidad de consentimiento del trabajador.

STS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2007 (Rec. 3994/2006) [RJ 2008\1460]

Sucesión de empresa. Requisitos. Transmisión de unidad productiva autónoma. Externalización de los servicios de restauración en régimen de arrendamiento, sin transmisión de elementos patrimoniales, es innecesario el consentimiento de los afectados.

STS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 3994/2006) [RJ 2008\1460]

Sucesión de empresa. Transmisión de una unidad productiva autónoma. Negocio traslativo, arrendamiento sin traspaso de elementos materiales. Para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio.

STS, Sala Cuarta, de 27 de junio de 2008 (Rec. 4773/2006) [RJ 2008\4557]

Inexistencia de sucesión de empresa. Asunción directa por la empresa principal de las labores objeto de contrata. No hay transmisión de una entidad económica.

STS, Sala Cuarta, de 28 de abril de 2009 (Rec. 4614/2007) [RJ 2009\2997]

Sucesión de empresa. Requisitos según la jurisprudencia europea. Concepto de transmisión o traspaso de empresa se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa europea, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión"; el objeto de la transmisión comprende, en principio, cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio".

STS, Sala Cuarta, de 23 de octubre de 2009 (Rec. 2684/2008) [RJ 2009\5734]

Sucesión de empresa. Requisitos según la jurisprudencia europea. Concesión administrativa de suministro de radiofármacos y servicio de gestión de residuos radioactivos de hospitales. Se ha transmitido una entidad económica que mantiene su identidad, ya que continua la misma actividad que venía desarrollando la anterior, en los mismos locales, con los instrumentos correspondientes para la prestación del objeto del concurso y con el *stock* de fármacos adquiridos a la anterior adjudicataria. Es irrelevante que no ostente la titularidad de los locales y que no exista vinculación contractual directa entre cedente y cesionario. La nueva adjudicataria comienza a desarrollar su actividad al día siguiente de expirar el contrato de la anterior, con el mismo equipamiento e instrumentación que aquella y se hace cargo de un número relevante de trabajadores. Transmisión de trabajadores y de elementos patrimoniales básicos.

STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2009 (Rec. 2686/2008) [RJ 2010\256]

Despido, existencia. Suscripción de un contrato temporal *ex novo* por la empresa entrante, sin asumir el vínculo laboral que ya existía con la empresa cesante. Se revisa la doctrina previa. El efecto extintivo se produce porque el vínculo contractual que existía entre el actor y la empresa se mantiene con la única variación de que en la posición de esta ha entrado la siguiente. Se ha producido una novación subjetiva del contrato de trabajo y la negativa de la nueva empresa a aceptar ese vínculo contractual es un despido.

STS, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2010 (Rec. 139/2009) [RJ 2010\3606]

Sucesión de empresa. Convenio aplicable. Un acuerdo extraestatutario no es un convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida. Este tipo de pactos no se integran en el sistema de fuentes del art. 3.1 ET, carecen de eficacia normativa y solo producen efectos entre quienes los concertaron.

STS, Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2010 (Rec. 136/2007) [RJ 2010\5256]

Sucesión de empresa. Actividad comercial minorista y de atención al cliente. La transmisión de una unidad productiva autónoma comprende supuestos en los que se traspasa el fondo comercial, los medios humanos y materiales necesarios para el desarrollo de la actividad.

STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2010 (Rec. 2300/2009) [RJ 2010\6798]

Sucesión de empresa. Sucesión de plantilla. Actividad de limpieza. La sucesión se produce con independencia de que se cumplan los requisitos formales establecidos en el convenio colectivo. Aplicación de la Directiva 2001/23 de 12 de marzo.

STS, Sala Cuarta, de 14 de febrero de 2011 (Rec. 130/2010) [RJ 2011\2734]

Requisitos de la sucesión de empresa. Sociedades que realizaban actividades similares para varios periódicos de un mismo grupo o para terceras entidades ajenas. Sucesión de empresa al segregarse no sólo las actividades sino también el patrimonio afecto. Desestima la existencia de un grupo laboral y la cesión ilegal de trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 12 de abril de 2011 (Rec. 132/2010) [RJ 2011\3823]

Sucesión de empresa. Convenio colectivo de la empresa cedente en situación de ultraactividad es aplicable. La empresa adquirente está obligada a respetar el convenio colectivo que regía las relaciones de trabajo en cada una de ellas y que se encontraba en fase de ultraactividad en la fecha de la transmisión. Dicha obligación subsiste, salvo pacto en contrario alcanzado tras la transmisión, o hasta que entre en vigor o sea aplicable un nuevo convenio.

STS, Sala Cuarta, de 30 de mayo de 2011 (Rec. 2192/2010) [RJ 2011\5818]

Sucesión de empresas. Reversión del servicio público de grúa municipal desde una empresa concesionaria a un ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal y hay transmisión de medios materiales. Responsabilidad solidaria de la empresa municipal, respecto de

las deudas salariales de la anterior concesionaria, por ceder fraudulentamente la gestión del servicio a empresa de economía mixta.

STS, Sala Cuarta, de 27 de junio de 2011 (Rec. 205/2010) [RJ 2011\6090]

Sucesión de empresa. Convenio colectivo aplicable. El adquirente está obligado a respetar las condiciones laborales existentes al tiempo de la transmisión y derivadas del convenio colectivo aplicable en la empresa cedente. Inexistencia de discriminación por la coexistencia de trabajadores sometidos a distintos convenios colectivos. La obligación no comprende a los trabajadores de nueva contratación.

STS, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 4146/2010) [RJ 2012\1094]

Sucesión de empresa y contrato de alta dirección. Cabe que el trabajador extinga su contrato por la vía del artículo 10.3.g) RPAD. Pero, si la relación sigue viva, deben respetarse las condiciones del contrato de alta dirección, incluida la indemnización que se hubiera pactado. Conclusión que se ve reforzada por la previsión contenida en el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 /CE, respecto de la continuidad automática e íntegra de las relaciones laborales en curso.

STS, Sala Cuarta, de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 4665/2010) [RJ 2012\106]

Sucesión de contratas. Sucesión de empresas. Contratas de servicios auxiliares y accesorios de un aeropuerto. Hay sucesión, la nueva concesionaria ha asumido una parte significativa de la plantilla de la saliente. El hecho de que no celebre contrato alguno con la anterior contratista y se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales no desvirtúa la existencia de sucesión de empresas.

STS, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2012 (Rec. 917/2011) [RJ 2012\2462]

Sucesión de empresa. Reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa. Sucesión de empresas del artículo 44 del ET y responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

STS, Sala Cuarta, de 7 de febrero de 2012 (Rec. 199/2010) [ROJ: STS 2278/2012]

Sucesión de empresa. Requisitos. Medios transferidos a una empresa de *renting* para su puesta a disposición de otra empresa mediante un contrato de arrendamiento. No es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 202/2010) [RJ 2012\4023]

Sucesión de empresa. Externalización de un servicio informático. Unidad productiva autónoma. Carece de relevancia que la transmisión de elementos patrimoniales se haya realizado a través de un tercero. Asunción de parte significativa de la plantilla, de los elementos patrimoniales y realización de la misma actividad.

STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2012 (Rec. 3264/2010) [RJ 2012\8521]

Sucesión de empresa. Concepto. Cualquier tipo de negocio traslativo sirve. No es necesario que sea a título de propiedad, basta con que se disponga de la titularidad del negocio. Amortización de plazas. Externalización de un servicio, manteniendo la administración la gestión directa del mismo.

STS, Sala Cuarta, de 28 de febrero de 2012 (Rec. 1885/2011) [RJ 2012\4026]

Sucesión de empresas. Sucesión de contratas de servicios auxiliares y accesorios de un aeropuerto. Existencia de sucesión al haber asumido la nueva concesionaria una parte significativa de la plantilla de la saliente. La falta de contrato entre las empresas contratistas es irrelevante y también el hecho de que la nueva empresa se vea obligada a aportar maquinaria y ciertos elementos materiales.

STS, Sala Cuarta, de 11 de junio de 2012 (Rec. 1886/2011) [RJ 2012\8334]

Reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa. Sucesión de empresas del artículo 44 del ET y responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

STS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 3056/2011) [RJ 2012\9985]

Sucesión de empresas. Cambio de adjudicataria en la concesión de la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. La subrogación exige que la empresa saliente proporcione a la entrante la documentación prevista en el convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Falta de contradicción: aplicación de cláusula de subrogación convencional y subrogación empresarial sin transmisión de elementos patrimoniales.

STS, Sala Cuarta, de 24 de septiembre de 2012 (Rec. 3252/2011) [RJ 2012\10287]

Sucesión de empresa. Requisitos. Transmisión «de una persona a otra» de «la titularidad de una empresa o centro de trabajo». El centro de trabajo «una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente». No se produce sucesión cuando se vende un inmueble hipotecado y el Banco se adjudica solo el bien inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería. Los bienes muebles se habían adjudicado a un tercero y la explotación ya no estaba en funcionamiento.

STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2012 (Rec. 3023/2011) [RJ 2012\9992]

Sucesión de empresas. No se produce cuando en una venta judicial de inmueble hipotecado, el banco se adjudica únicamente el inmueble hipotecado en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento por no tener suministro de electricidad y tener los empleados sus contratos suspendidos en virtud de ERE.

STS, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 3661/2011) [RJ 2012\9996]

Sucesión de empresas. No se produce cuando en una venta judicial de inmueble hipotecado, el banco se adjudica únicamente el inmueble hipotecado en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento por no tener suministro de electricidad y tener los empleados sus contratos suspendidos en virtud de ERE. Falta de contradicción, hechos diferentes, despido de trabajador fijo discontinuo.

STS, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 4150/2011) [RJ 2012\10294]

Venta judicial de inmueble hipotecado. Inexistencia de sucesión, ya que el banco se adjudica únicamente el inmueble hipotecado en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento por no tener suministro de electricidad y tener los empleados sus contratos suspendidos en virtud de ERE.

STS, Sala Cuarta, de 14 de noviembre de 2012 (Rec. 3024/2011) [RJ 2013\176]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento y tener los empleados sus contratos suspendidos en virtud de ERE.

STS, Sala Cuarta, de 20 de noviembre de 2012 (Rec. 3900/2011) [RJ 2013\1471]

Sucesión de contratas. Cambio de adjudicataria en la concesión de la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Subrogación convencional. Es necesaria la entrega de la documentación exigida en el convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales. Falta de contradicción.

STS, Sala Cuarta, de 19 de diciembre de 2012 (Rec. 4036/2011) [RJ 2012\11250]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento.

STS, Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2012 (Rec. 527/2012) [RJ 2013\1421]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento.

STS, Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2012 (Rec. 3754/2011) [RJ 2012\11280]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta de acciones entre sociedades. Inexistencia del deber de informar a los legales representantes de los trabajadores. Inexistencia de fraude de ley. El cambio de los partícipes en el capital social no altera el régimen de responsabilidad.

STS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2013 (Rec. 685/2012) [RJ 2013\3051]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento.

STS, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2013 (Rec. 684/2012) [RJ 2013\2131]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento.

STS, Sala Cuarta de 28 de febrero de 2013 (Rec. 542/2012) [RJ 2013\2398]

Sucesión de empresas. Sucesión de contratas de servicios auxiliares, que consisten básicamente, en actividad de vigilancia y seguridad. Hay sucesión porque la empresa entrante ha asumido una parte significativa de la plantilla de la saliente.

STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 988/2012) [RJ 2013\5721]

Sucesión de empresas. No concurre. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero, máxime cuando la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento y tener los empleados sus contratos suspendidos en virtud de ERE.

STS, Sala Cuarta, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 3984/2011) [RJ 2013\3649]

Sucesión de empresa. Sucesión de contratas de servicios auxiliares, actividad de vigilancia e información. Existe la sucesión porque la empresa entrante ha asumido una parte significativa de la plantilla de la saliente. La jurisprudencia respecto a la anterior redacción del artículo 44 ET había mantenido que para que existiera transmisión de empresa era necesario que se hubiera producido una transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Doctrina jurisprudencial modificada en parte, a raíz de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 44ET. Análisis del tipo de actividad y demás circunstancias. En el supuesto, los "servicios auxiliares" (limpieza, vigilancia, información a los clientes de los centros comerciales, etcétera) objeto de transmisión, lo decisivo era la cualificación y experiencia en el trabajo de la mano de obra y no los elementos materiales puestos a disposición.

STS, Sala Cuarta, de 9 de abril de 2013 (Rec. 1435/2012) [RJ 2013\5127]

Sucesión de plantillas. Contratas de servicios auxiliares. Empresa que asume una parte significativa de la plantilla de la saliente. Existencia de sucesión.

STS, Sala Cuarta, de 27 de mayo de 2013 (Rec. 825/2012) [RJ 2013\5155]

Sucesión de empresa. Venta judicial de inmueble hipotecado. El banco se adjudica el inmueble hipotecado en el que se desarrollaba la actividad de hostelería, mientras que los muebles se adjudican a un tercero y la explotación hotelera no se encontraba en funcionamiento. Inexistencia de sucesión.

STS, Sala Cuarta, de 15 de julio de 2013 (Rec. 1377/2012) [RJ 2013\6760]

Sucesión de empresa. Inexistencia. Sucesión de contratas de prestación de servicios telefónicos de *Contact Center*. No hay transmisión de medios materiales e infraestructura. La nueva contratista ha puesto sus propias instalaciones, sus medios técnicos y su *know how*; el art. 18 del Convenio Colectivo Estatal de *Contact Center* no impone la obligación de subrogar al personal, sino solo la necesidad de que los trabajadores de la anterior contratista participen en el proceso de selección de personal de la nueva, en los términos establecidos por la norma convencional.

STS, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 1334/2012) [RJ 2013\7927]

Sucesión de empresa. Ámbito en el que opera el deber de subrogación. Cambio de adjudicataria de la gestión un centro polideportivo con asunción de la plantilla. Obligación de asumir a los trabajadores que presten servicios en el concreto ámbito objeto de transmisión.

STS, Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 2013 (Rec. 635/2012) [RJ 2014\1227]

Sucesión de empresa. Representantes legales de los trabajadores, derechos y garantías. Conservación de derechos. Continúan beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o por la práctica. Derecho a optar entre la indemnización y la readmisión.

STS, Sala Cuarta, de 4 de febrero de 2014 (Rec. 347/2013) [RJ 2014\1999]

Sucesión de empresas. Inexistencia. Asunción directa por una administración de los servicios públicos prestados por empresa pública. Voto particular.

STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2014 (Rec. 146/2013) [RJ 2014\2945]

Sucesión de empresa. Convenio aplicable. A los nuevos trabajadores contratados después de la subrogación se les aplica el convenio al que está sometida la empresa. A los procedentes de la empresa absorbida les será aplicable el de la empresa de procedencia, al no existir pacto en contrario y ello hasta que se negocie o aplique a la empresa absorbente un nuevo Convenio.

STS, Sala Cuarta, de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/2013) [RJ 2014\4637]

Sucesión de empresa. Contrata de servicios auxiliares que afecta a varios centros de trabajo. Subrogación por sucesión de plantilla que solo opera en el concreto ámbito en el que tenga lugar a asunción de plantilla.

STS, Sala Cuarta, de 10 de julio de 2014 (Rec. 1051/2013) [RJ 2014\4774]

Sucesión de empresa en la modalidad de sucesión de plantilla. Contrata de servicios auxiliares que comprende centros de trabajo dispersos por todo el país. La nueva contratista no aporta materiales propios, pero asume a más del setenta por ciento de la plantilla, que mantiene en los mismos centros donde antes prestaban servicios. La sucesión no comprende la totalidad de la contrata, pues esta no puede considerarse como una unidad productiva autónoma, sino solo a aquellos ámbitos concretos en los que la sucesión tenga lugar.

STS, Sala Cuarta, de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 130/2013) [RJ 2014\4953]

Sucesión de empresa. Creación de sociedades mercantiles por parte de una entidad pública para que asumieran determinadas áreas de la actividad principal y propia, en ese caso, actividad de transporte ferroviario. Las actividades segregadas disponen de un conjunto organizado de elementos materiales y personales que permite su desarrollo.

STS, Sala Cuarta, de 11 de febrero de 2015 (Rec. 2613/2013) [RJ 2015\677]

Sucesión de empresa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Rebaja Salarial. Incumplimiento de las garantías legales y convencionales. A los trabajadores cedidos se les han aplicado desde el inicio de su integración a la plantilla de la empresa sucesora las condiciones pactadas en el seno de esta, sin respetar las de origen y sin haberse iniciado, una vez producida la subrogación, el trámite del art. 41 ET para llevar a cabo una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo.

STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2015 (Rec. 1480/2014) [ROJ: STS 1541/2015]

Sucesión en las contratas en un centro comercial. La sucesora, tras un proceso de selección, contrata *ex novo*, a trabajadores procedentes de la precedente, cuando estaba obligada a subrogarse en los mismos por existir una sucesión en la modalidad de sucesión de plantillas. Despido, del que debe responder la nueva adjudicataria.

STS, Sala Cuarta, de 21 de abril de 2015 (Rec. 91/2014) [RJ 2015\2177]

Sucesión de empresa. Inexistencia. Extinción de una contrata del servicio de cafetería-restaurante sin transmisión de elementos patrimoniales, ni continuación de la actividad. Al tiempo de formalización de los recursos no se había reanudado la actividad. TS reitera doctrina. La empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquella y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión legal de empresa. Tratándose de administraciones públicas, la reversión de un servicio público desde una

empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET. No hay sucesión convencional. Inaplicación de la normativa convencional a la administración pública. El convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2015 (Rec. 348/2014) [ROJ: STS 1755/2015]

Sucesión de empresas. Sucesión de plantillas. La nueva adjudicataria contrata a un número significativo de trabajadores de la anterior (80%) pero no se subroga en la relación laboral de los actores. El activo principal transmitido fue la mano de obra o "capital humano", dada la escasa entidad de los elementos materiales. Los trabajadores fueron contratados como auxiliares técnicos informáticos. Contrata sobre soporte de aplicaciones informáticas. Improcedencia de los despidos. Responsabilidad de la nueva adjudicataria.

STS, Sala Cuarta, de 17 de junio de 2015 (Rec. 1548/2014) [RJ 2015\3659]

Inexistencia de sucesión de empresa. Trabajador adscrito a una contrata de restauración, hostelería, limpieza, lavandería y mantenimiento de una residencia geriátrica. Contrato de arrendamiento de servicios con otra empresa que asumió y subrogó a los trabajadores destinados en la residencia, pero no se hizo cargo del referido servicio objeto de la contrata. La obligación de subrogación solo comprende el concreto ámbito en el que la sucesión tenga lugar. Despido improcedente del que solo responde la empleadora, no la nueva titular de la residencia geriátrica.

STS, Sala Cuarta, de 6 de octubre de 2015 (Rec. 268/2014) [RJ 2015\5503]

Sucesión de empresa. Convenio colectivo aplicable. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad. Los trabajadores subrogados no tienen derecho a tener las mismas condiciones económicas y laborales que el resto de la plantilla. Aplicación del convenio de la entidad de procedencia hasta la negociación de un nuevo marco común.

STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 1258/2014) [RJ 2016\168]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria, alcance. Comprende los recargos de prestaciones reconocidos tras la sucesión y derivados de incumplimientos producidos antes.

STS, Sala Cuarta, de 23 de febrero de 2016 (Rec. 2634/2014) [RJ 2016\1198]

Sucesión de empresa. Extinción de un contrato de arrendamiento de industria con reversión al propietario del local que continúa con alguna actividad.

STS, Sala Cuarta, de 25 de febrero de 2016 (Rec. 846/2014) [RJ 2016\744]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria, alcance. Comprende los recargos de prestaciones reconocidos tras la sucesión y derivados de incumplimientos producidos antes.

STS, Sala Cuarta, de 14 de abril de 2016 (Rec. 35/2015) [RJ 2016\2225]

Sucesión de empresas. Externalización de una actividad concreta perfectamente diferenciable (actividad de desarrollo y operaciones) con transmisión de los medios materiales y personales con que se venía realizando la actividad, que además se atribuyen en exclusiva a la cesionaria. Constituye una sucesión de empresa. No hay infracción del art. 27 del convenio colectivo en el que las partes se comprometían a que no se produjeran bajas como consecuencia de las innovaciones tecnológicas o técnicas. Cumplimiento de los requisitos de entrega de documentación.

STS, Sala Cuarta, de 27 de abril de 2016 (Rec. 336/2015) [RJ 2016\2698]

Sucesión de empresa. Efecto subrogatorio del art. 44.1 ET. Inexistencia. Contrato laboral ya extinguido. La nueva empresa se hace cargo de la contrata doce meses después de que finalizase la anterior y durante ese espacio de tiempo, una tercera empresa se hizo cargo de la prestación del servicio.

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 1042/2014) [RJ 2016\2493]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria. Obligaciones derivadas del recargo de prestaciones. La responsabilidad no solo alcanza a los recargos que se hayan impuesto antes de la transmisión, sino a aquellos otros reconocidos después, derivados de incumplimientos previos.

STS, Sala Cuarta, de 7 de junio de 2016 (Rec. 2911/2014) [RJ 2016\2933]

Sucesión de empresa. Opera por imperativo legal sin necesidad de contrato previo entre la empresa entrante y saliente, ni consentimiento de los trabajadores afectados. Fisioterapeuta de un centro de estancias diurnas de personas mayores. La nueva contratista ha asumido a la mayor parte de los trabajadores, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable.

STS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016 (Rec. 224/2015) [RJ 2016\4407]

Sucesión de empresa. Concepto de unidad productiva autónoma. Puede serlo un departamento de recobro de impagos de una entidad bancaria, en función de sus concretas características. En concreto, que cuente con medios materiales y personales propios y que genere por sí sola una actividad económica valorable, con independencia de que el banco haya mantenido bajo su titularidad otra parte de esa misma actividad.

STS, Sala Cuarta, de 8 de junio de 2016 (Rec. 1103/2015) [RJ 2016\3177]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria. Daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional. Responsabilidad solidaria por las obligaciones ya reconocidas al tiempo de la sucesión y por las pendientes de generarse, que deriven de derecho a la indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional.

STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2016 (Rec. 42/2015) [RJ 2016\5304]

Sucesión de empresa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. No es posible modificar las condiciones contractuales a la baja como consecuencia de una transmisión de empresa. Solo

cabe que la empresa cedente y la cesionaria inicien el procedimiento regulado en el art. 41 ET con los legales representantes de los trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 23 noviembre 2016 (Rec. 795/2015) [RJ 2016\6193]

Sucesión empresarial, inexistencia. No hay transmisión de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación y falta de traspaso de personal de la anterior titular de la contrata a la nueva contratista, sin que el convenio colectivo aplicable imponga la subrogación.

STS, Sala Cuarta, de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 825/2015) [RJ 2016\6256]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria de cedente y cesionario respecto de la indemnización correspondiente a un despido efectuado con anterioridad a la transmisión. Existencia de sucesión del art. 44 ET. No hay obligación de subrogar al trabajador cuyo contrato se ha extinguido antes de la transmisión, pero sí de responder solidariamente de las obligaciones laborales y de Seguridad Social que estén pendientes, que incluyen las derivadas de la eventual declaración de improcedencia o nulidad de un despido anterior a la sucesión que no hubieren sido satisfechas. En el caso de que la sentencia de despido que condena solidariamente a ambas empresas se dicte tras la sucesión, esta sentencia abre el plazo para optar por la readmisión, con lo que tal condena solidaria habilitaría a la cesionaria para activar esa facultad de readmitir al trabajador y dar cumplimiento de esta forma a las obligaciones laborales anteriores a la subrogación que no hubieren sido satisfechas, cuando ya hemos dicho que no se discute en este caso que el demandante era uno de los trabajadores adscritos a la contrata.

STS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre 2016 (Rec. 1674/2015) [RJ 2017\206]

Despido. Reversión de un servicio a la Administración tras finalizar su adjudicación. Inexistencia de sucesión de empresas. La empresa principal, la Administración Pública pone fin a la adjudicación y asume directamente el servicio con sus medios materiales y sin hacerse cargo de los trabajadores de la adjudicataria. Reitera doctrina STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2016 (Rec. 349/2015) [RJ 2016\3391].

STS, Sala Cuarta, de 20 diciembre 2016 (Rec. 9/2016) [RJ 2016\6515]

Convenio colectivo aplicable, sucesión de empresas. Validez del acuerdo expreso adoptado por la comisión negociadora, válidamente constituida, de prorrogar hasta determinada fecha la ultraactividad de los dos convenios colectivos aplicables al personal.

STS, Sala Cuarta, de 21 de diciembre de 2016 (Rec. 4010/2015) [RJ 2016\6188]

Sucesión de empresa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo a los trabajadores cedidos. Sistema de trabajo, reducción de jornada y salario. Nulidad por incumplimiento del art. 41 ET, corrección solo formal y no sustancial. Se aplica un acuerdo negociado solo con la representación

de los trabajadores de la nueva empresa con la finalidad de homogenizar las condiciones de trabajo de la plantilla.

STS, Sala Cuarta, de 10 de enero de 2017 (Rec. 1077/2015) [ROJ: STS 251/2017]

Sucesión de contratas. Reducción en el volumen de la contrata y subrogación por imposición del convenio colectivo de todo el personal de la anterior contrata. Las nuevas adjudicatarias acuerdan despidos individuales objetivos. Concurrencia de causa organizativa razonable y proporcionada que justifica los despidos. La reducción de la contrata permite acudir al despido objetivo, al igual que podría haberlo hecho la empresa anterior.

STS, Sala Cuarta, de 14 marzo de 2017 (Rec. 229/2015) [RJ 2017\1487]

Sucesión de empresas. Compraventa de activos. Se transmite a la empresa sucesora los locales, cartera de clientes, elementos materiales y parte de la plantilla, entre los que no se incluyó al trabajador, cuya falta de asunción constituye despido improcedente. La falta de subrogación por el hecho de que el concreto departamento en que prestaba servicios no haya sido asumido por la compradora no justifica la falta de asunción. Transmitida una empresa, se transmiten todos sus departamentos pudiendo quedar fuera únicamente los centros de trabajo y las unidades productivas autónomas. Responsabilidad de ambas empresas al concurrir fraude de ley al haberse excluido del contrato de compraventa a siete trabajadores con la finalidad de eludir la aplicación del art. 44 ET.

STS, Sala Cuarta, de 11 de mayo de 2017 (Rec. 1921/2015) [RJ 2017\2497]

Sucesión de empresas. Sucesión de contratas. Alcance de la responsabilidad solidaria. Comprende todas las deudas generadas en la anterior adjudicataria y las que se hayan generado por otras empresas que, con anterioridad, hayan sido adjudicatarias de la contrata.

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo 2017 (Rec. 1414/2016) [RJ 2017\2979]

Subrogación empresarial. La obligación de mantener las condiciones de trabajo en la empresa saliente no puede eludirse por un pacto colectivo negociado con los representantes legales de la empresa entrante, transcurrido un mes de la subrogación. Reitera doctrina: SSTS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2016 (Rec. 4177/2015) [RJ 2017\114] y de 23 de marzo de 2017 (Rec. 377/2016) [RJ 2017\1353].

STS, Sala Cuarta, de 18 de mayo 2017 (Rec. 1984/2015) [RJ 2017\3027]

Despido por causas objetivas. Servicio de ayuda a domicilio. Sucesión de contrata y cese por presunto descenso en el número de usuarios y proporcional reducción del personal inscrito en los diferentes concursos públicos. Medida procedente. Reitera doctrina. Las SSTS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2014 (Rec. 1777/2013) [RJ 2014\4426], de 17 de septiembre de 2014 (Rec. 2069/2013) [RJ 2014\5041] y 3 de marzo de 2015 (Rec. 1070/2014) [RJ 2015\1431] establecen que la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior. En caso de existir dificultades para cumplir esa obligación solo cabe

acudir a la vía del despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por el art. 41 del ET. La cuestión que se plantea es si las causas objetivas deben ser sobrevenidas, o podían existir antes o en el momento de la adjudicación. El convenio colectivo impone a la nueva contratista el deber de subrogarse en los derechos y obligaciones que tenía la anterior con todos los empleados que reúnan los requisitos que establece. De este modo, el convenio trata de garantizar los puestos de trabajo, dar estabilidad a los trabajadores e igualar a las diferentes empresas que licitan para obtener la contrata asegurando iguales costes laborales. Partiendo de esto, resulta poco coherente sostener que la antigua contratista puede reducir plantilla por razones objetivas cuando se reduce la contrata y la nueva adjudicataria no, pues con ello se mejora la posición de la antigua y se empeora a la nueva. La antigua contratista puede reducir la plantilla por causas objetivas cuando, durante la ejecución de la contrata, se reduce su volumen y cuando esa reducción opera en el pliego de condiciones de la nueva adjudicación. Pero, si la reducción de la contrata la impone el nuevo pliego de condiciones, la nueva contratista también puede reducir la plantilla, cosa que no pudo hacer su predecesora porque la reducción sobrevino con la nueva adjudicación.

STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo 2017 (Rec. 234/2016) [RJ 2017\3163]

Sucesión de contratas seguridad. La empresa entrante asume la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente por mandato de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Subrogación convencional que produce los efectos que fije el convenio y, en defecto de previsión convencional, se aplica el art. 44 del ET. Salvo pacto en contrario, los trabajadores se rigen por el convenio de la anterior adjudicataria hasta la fecha de su expiración, o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable.

STS, Sala Cuarta, de 21 de junio de 2017 (Rec. 2820/2015) [RJ 2017\3503]

Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria. Daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional. Responsabilidad solidaria por las obligaciones ya reconocidas al tiempo de la sucesión y por las pendientes de generarse, que deriven de derecho a la indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional. Reitera la doctrina de las SSTs, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) [RJ 2015\1250], de 14 de abril de 2015 (Rec. 962/2014) [RJ 2015\2806], de 5 de mayo de 2015 (Rec. 1075/2014) [RJ 2015\2408], de 8 de junio de 2016 (Rec. 1103/2015) [RJ 2016\3177] y 20 de abril de 2017 (Rec. 1826/2015) [RJ 2017\2006], sobre responsabilidad en supuestos de sucesión empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 6 de julio 2017 (Rec. 1669/2016) [RJ 2017\3451]

Sucesión de contratistas. Subrogación convencional. Empresas de limpieza. Trabajadora a la que se adeudan cantidades salariales anteriores al cambio de contrata. Del art. 10 del convenio colectivo de limpieza para la provincia de León se desprende que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado antes de la subrogación. Exoneración

de la empresa entrante por no ser un supuesto de sucesión al amparo del artículo 44 ET. Reitera doctrina: SSTS -Pleno- de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/2014) [RJ 2016\1702], de 10 de mayo de 2016, (Rec. 2957/2014) [RJ 2016\3251] y de 1 de junio de 2016 (Rec. 2468/2014) [RJ 2016\3745].

STS, Sala Cuarta, de 25 de julio 2017 (Rec. 2239/2016) [RJ 2017\3910]

Sucesión de contratistas. Subrogación convencional. Empresas de limpieza. Trabajadora a la que se les adeudan cantidades salariales anteriores al cambio de contrata. Del art. 10 del Convenio colectivo de limpieza para la provincia de León se desprende que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado antes de la subrogación. Exoneración de la empresa entrante por no ser un supuesto de sucesión al amparo del artículo 44 ET. Reitera doctrina: SSTS -Pleno- de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/2014) [RJ 2016\1702], de 10 de mayo de 2016, (Rec. 2957/2014) [RJ 2016\3251] y de 1 de junio de 2016 (Rec. 2468/2014) [RJ 2016\3745].

SSTS, Sala Cuarta, de 19 de septiembre 2017 (Rec. 2612/2016) [RJ 2017\4447], (Rec. 2650/2016) [RJ 2017\4477], (Rec. 2629/2016) [RJ 2017\4527] y (Rec. 2832/2016) [RJ 2017\4481]

Transmisión de empresas. El Ministerio de Defensa vuelve a asumir el servicio de cocina y restauración que había sido externalizado, asumiendo directamente el desarrollo de la actividad con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista para la realización del encargo y devueltos tras su finalización. No se hizo cargo de los trabajadores adscritos a la contrata, por lo que estos entendieron que la falta de subrogación constituía un despido. Despido improcedente. Aplicación de la doctrina de la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (Asunto Aira Pascual). La doctrina del TS sobre no subrogación en supuestos de reversión de contratas en Administraciones Públicas está referida a supuestos en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra; o en la no aplicabilidad del convenio que impone la subrogación a la Administración Pública. Cuando existe transmisión de elementos patrimoniales significativos e imprescindibles para llevar a cabo el servicio o la actividad transmitida se está ante el supuesto previsto en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 ET. Es irrelevante que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad hayan pertenecido siempre al Ministerio de Defensa. Voto particular.

STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre 2017 (Rec. 2179/2015) [RJ 2017\4311]

Sucesión. Convenio colectivo general del sector de servicio de asistencia en tierra, en aeropuertos, *Handling*. Trabajadores de compañía aérea que son subrogados por otra empresa que no es compañía aérea. Derecho al disfrute de billetes de cortesía gratuitos o con descuento. Reitera doctrina SSTS, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2016 (Rec. 882/2015) [RJ 2016\5168] y 30

septiembre 2016 (Rec. 3930/2014) [RJ 2016\5155], de 4 octubre 2016 (Rec. 689/2015) [RJ 2016\5093] y de 3 mayo 2017 (Rec. 2356/2015) [RJ 2017\2743].

STS, Sala Cuarta, de 4 de octubre de 2017 (Rec. 2389/2015) [RJ 2017\4742]

Sucesión de empresa. Inexistencia. Extinción del contrato de arrendamiento -estación de servicio- sin reversión de la actividad al propietario. La existencia de sucesión exigía la efectiva reversión del servicio o actividad al arrendador, que este continúe desarrollando la actividad que tenía arrendada y que se produzca la transmisión de elementos patrimoniales para llevar a cabo dicha actividad o, cuando se trata de un sector en el que la actividad descansa de forma preponderante sobre la mano de obra, que se produzca una transmisión de elementos personales, es decir, que se produzca una "sucesión de plantilla".

STS, Sala Cuarta, de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 1516/2016) [RJ 2017\5333]

Sucesión de empresa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Acuerdo negociado antes de la transmisión que entra en vigor muy poco tiempo después de la transmisión. Incumplimiento del art. 41 ET y de las garantías legales y convencionales de la sucesión.

STS, de Sala Cuarta, de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 165/2016) [JUR 2018\15926]

Sucesión de empresas. Se produce en los supuestos de transmisión de un departamento comercial de una empresa, en función de la concreta actividad económica que desarrolle, el importe económico que genere y de que disponga de un conjunto de elementos materiales y personales específicamente asignados al desarrollo de la actividad. Departamento de recobros e impagados de una entidad bancaria.

STS, Sala Cuarta, de 23 de enero de 2018 (Rec. 439/2017) [JUR 2018\44058]

Sucesión de empresa. Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada con los legales representantes de los trabajadores un mes después de la transmisión. Corrección en lo formal y no en lo sustancial. No se ha dado tiempo al trabajador a afianzar su incorporación a la nueva empresa con respeto inicial de las condiciones laborales en la anterior.

STS, Sala Cuarta, de 1 de febrero 2018 (Rec. 35/2017) [Roj: STS 451/2018]

Sucesión de empresa. Convenio colectivo aplicable. Antes de la sucesión, el convenio de empresa había expirado, por lo que los trabajadores afectos no se regían por ningún convenio colectivo. Las relaciones laborales de la empresa cesionaria se regían por el convenio colectivo provincial, por lo que este convenio va a ser el aplicable ex art. 44.4 ET. La obligación de respeto de las condiciones laborales que venían disfrutando los trabajadores de la cedente, no impide que se aplique el citado convenio colectivo, que, además, en su conjunto, supone una mejora de las condiciones.

STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Rec. 78/2016) [RJ 2018\2103]

Sucesión de empresa. Plazo de prescripción del artículo 44.3 ET. No es un plazo especial de prescripción. Se aplica el plazo general de un año previsto en el artículo 59.1 ET. Solo delimita el ámbito temporal de la responsabilidad solidaria.

STS, Sala Cuarta, de 10 de abril de 2018 (Rec. 3684/2016) [ROJ: STS 1681/2018]

Cantidad. Sucesión de contratas. Subrogación convencional -empresas de seguridad-. El convenio exoneraba de responsabilidad a la nueva adjudicataria, respecto a las deudas salariales previas a la sucesión. La nueva empresa asume a la plantilla de la anterior, por el mandato del convenio colectivo. No estamos ante una sucesión legal sino convencional, hay que respetar lo establecido en la regulación convencional.

STS, Sala Cuarta, de 17 de abril de 2018 (Rec. 78/2016) [ROJ: STS 1702/2018]

Sucesión de empresa. Plazo de tres años respecto a la responsabilidad solidaria del artículo 44.3 ET. No es un plazo especial de prescripción, sino que se refiere al ámbito temporal de la solidaridad. En los casos de sucesión de empresas inter vivos, las deudas previas están sometidas al plazo general de un año que establece el art 59 ET. En el supuesto, la acción no se hallaba prescrita, pero no porque el plazo de prescripción fuese de tres años sino porque el plazo de un año no estaba agotado.

STS, Sala Cuarta, de 26 de abril de 2018 (Rec. 2004/2016) [RJ 2018\2241]

Empresa en concurso. Despido colectivo. Adjudicación de unidad productiva autónoma de la concursada conforme a la oferta vinculante. Declarada la nulidad del despido de uno de los trabajadores incluidos en el despido colectivo, en ejecución de sentencia se condena a la readmisión a la empresa concursada y a las adjudicatarias, al entender que se había producido una sucesión empresarial. Existencia de sucesión empresarial del artículo 44 ET. Reitera doctrina STS 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

STS, Sala Cuarta, de 9 de mayo de 2018 (Rec. 3065/2016) [ROJ: STS 1987/2018]

Sucesión convencional. Rige el convenio colectivo y no el artículo 44 ET. La empresa adquirente que se ha subrogado en la relación laboral de la actora no responde de las deudas salariales de la anterior, ya que el convenio colectivo aplicable no impone la responsabilidad solidaria.

STS, Sala Cuarta, de 31 de mayo de 2018 (Rec. 25896/2016) [ROJ: STS 2349/2018]

Reclamación de cantidad. Sucesión convencional. Rige el convenio colectivo y no el artículo 44 ET. La empresa adquirente que se ha subrogado en la relación laboral de la actora no responde de las deudas salariales de la anterior, ya que el convenio colectivo aplicable no impone la responsabilidad solidaria. Existe sucesión empresarial en virtud de lo establecido en el art. 44 ET sin que del art. 148 LC pueda deducirse lo contrario.

STS, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2018 (Rec 471/2017) [ROJ: STS 2351/2018]

Reclamación de cantidad. Unidad productiva perteneciente a una empresa declarada en concurso que es adquirida por una tercera empresa en la fase de liquidación. El auto del juez del concurso

rechaza la existencia de sucesión. Existencia de sucesión empresa. La adquirente responde solidariamente de los créditos salariales pendientes. Existe sucesión empresarial en virtud de lo establecido en el art. 44 ET sin que del art. 148 LC pueda deducirse lo contrario.

STS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 2018 (Rec. 372/2016) [ROJ: STS 2258/2018]

Sucesión de empresa. Concurso de acreedores. Despido colectivo. Venta de una unidad productiva a una empresa no concursada. Reclamación de cantidad; indemnizaciones derivadas del despido colectivo. Competencia del orden social para resolver sobre la responsabilidad respecto al pago de las indemnizaciones cuando la reclamación se entabla frente a empresas concursadas y no concursadas. En cambio, el juez del concurso es competente para resolver sobre el despido colectivo de una empresa en situación concursal incluso cuando se alega la existencia de un grupo empresarial.

STS, Sala Cuarta, de 12 de julio de 2018 (Rec. 3525/2016) [ROJ: STS 3199/2018]

Reclamación de cantidad de salarios e indemnizaciones. Unidad productiva perteneciente a una empresa declarada en concurso que es adquirida por una tercera empresa en la fase de liquidación. El auto del juez del concurso rechaza la existencia de sucesión. Existencia de sucesión empresa. La adquirente responde solidariamente de los créditos salariales pendientes.

STS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 2018 (Rec.1549/2017) [ROJ:STS 3295/2018]

Reitera doctrina. La empresa que adquirió la unidad productiva autónoma responde del pago de la indemnización de los trabajadores cuyos contratos se extinguieron por el juez del concurso antes de la adjudicación, con la excepción de las cantidades a cargo del FOGASA. Existe sucesión empresarial en virtud de lo establecido en el art. 44 ET sin que del art. 148 LC pueda deducirse lo contrario.

STS, Sala Cuarta, de 27 de septiembre de 2018 (Rec. 2747/2016) [ROJ: STS 3545/2018]

Sucesión de contratas. Servicio de limpieza. Rectificación de doctrina para acomodarse a la doctrina europea. Cuando la asunción de parte esencial de la plantilla deriva de lo establecido en un convenio colectivo, este hecho no excluye la responsabilidad de la empresa entrante respecto a las deudas salariales de la saliente cuando nos encontramos ante una sucesión de plantilla. Existe transmisión de empresa del artículo 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. En actividades donde la mano de obra es el factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata determina que haya una sucesión legal de empresas.

STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 259/2017) [ROJ: STS 3660/2018]

Trabajadores con contrato extinguido en un caso de adjudicación de empresa dentro del proceso concursal. Responsabilidad de la entidad adquirente en virtud del artículo 44 ET.

STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 323/2017) [ROJ: STS 3729/2018]

Adquisición de una unidad productiva en la fase de liquidación del concurso. En el auto de adjudicación el juez del concurso había establecido que la sucesión de empresa solo se producía respecto de los trabajadores con contrato vigente. Hay una sucesión de empresa del artículo 44 ET y responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones pendientes de trabajadores con contrato extinguido. Reitera doctrina.

STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2018 (Rec. 1733/2017) [ROJ: STS 3658/2018]

Reclamación de salarios adeudados a trabajadores con contrato extinguido. Adjudicación de empresa en el seno de un proceso concursal. Responsabilidad de la entidad adquirente en aplicación del artículo 44 ET. Reitera doctrina.

STS, Sala Cuarta, de 17 de octubre de 2018 (Rec. 2340/2017) [ROJ: STS 3742/20]

Reclamación de salarios adeudados a trabajadores con contrato extinguido. Adjudicación de empresa en el seno de un proceso concursal. Responsabilidad de la entidad adquirente en aplicación del artículo 44 ET. Reitera doctrina.

STS, Sala Cuarta, de 26 de octubre de 2018 (Rec. 2118/2016) [ROJ: STS 179/2019]

El plazo de tres años del artículo 44.3 ET es un plazo especial de caducidad. La deuda laboral está sujeta al plazo de prescripción ordinario de un año del artículo 59.1 ET.

STS, Sala Cuarta, de 6 de febrero de 2020 (Rec. 2651/2017) [ROJ: STS 846/2020]

Sucesión de empresa. Sector de *Contact Center*. Reitera doctrina. Inexistencia de transmisión por falta de transmisión de infraestructuras. Alcance del incumplimiento por la empresa entrante de los criterios que debe tomar en consideración para la selección del personal de la empresa saliente. La empresa entrante no ha asumido a trabajador alguno de la empresa saliente que se sometió al proceso de selección y ha incurrido en un fraude de ley. Esta decisión constituye un despido injustificado cuyas consecuencias legales deben recaer sobre la misma y no sobre la empresa saliente.

STS, Sala Cuarta, de 3 de marzo de 2020 (Rec. 3439/2017) [ROJ: TS 851/2020].

Sucesión de empresa. Sucesión de contratistas. No hay sucesión cuando la actividad no descansa en la mano de obra, sino que se requieren tanto medios humanos como materiales para el cumplimiento, de acuerdo con los manuales de explotación y la normativa vigente de túneles.

STS, Sala Cuarta, de 12 de marzo de 2020 (Rec. 1916/2017) [ROJ: STS 1137/2020]

Reversión del servicio contratado a la Administración. Servicio de comedor de escuelas infantiles desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión con los mismos medios, propiedad del consistorio, que han venido utilizando las anteriores contratistas. Entrega de los elementos patrimoniales inevitables para la continuidad de la actividad. Transmisión de un conjunto de instalaciones y medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ayuntamiento.

STS, Sala Cuarta, de 7 de mayo de 2020 (Rec. 1835/2017) [ROJ: STS 1551/2020]

Despido declarado nulo. Ejecución: extensión de responsabilidad a la empresa que adquirió la unidad productiva de la empresa en concurso. Existencia de sucesión empresarial. Interpreta el tenor literal del artículo 146 bis, apartado tercero, de la LC. Se produce sucesión de empresa en los supuestos de adquisición de la unidad productiva de la concursada que se realiza en el seno de un procedimiento concursal, procediendo la aplicación del artículo 44 del ET y, por lo tanto, la subrogación de la adquirente en los derechos y obligaciones que la concursada tenía con sus trabajadores.

STS, Sala Cuarta, de 13 de mayo de 2020 (Rec. 1239/2018) [ROJ: STS 1538/2020]

Responsabilidad solidaria de la empresa adquirente de la unidad productiva, aunque el auto de adjudicación del juez del concurso haya adquirido firmeza. Dicho auto no produce efectos de cosa juzgada frente a los trabajadores individuales que no han podido recurrirlo. Los trabajadores pueden accionar reclamando el reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de una situación de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET.

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo

STCT de 10 de enero de 1989 [RTCT 1989\539]

Sucesión de empresa. La obligación solidaria respecto a las deudas del cedente solo comprende las derivadas de relaciones laborales vivas al tiempo de la transmisión.

Sentencias y autos de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Andalucía, Sala Social, de 22 de junio de 2017 (Rec. 2581/2016) [JUR 2017\229606]

Sucesión de empresa. Concurso. Responsabilidad del adquirente. La limitación de responsabilidad solo puede comprender las obligaciones cubiertas por el FOGASA. Se impone al adquirente la responsabilidad solidaria por obligaciones laborales anteriores a la transmisión y también las generadas durante la sustanciación del concurso. Auto del Juez del concurso demasiado general, que no limita la responsabilidad.

STSJ de Baleares, Sala Social, de 30 de noviembre de 2010 (Rec. 437/2010) [AS 2011\682]

Empresa en concurso. Sucesión de empresa inexistente porque no se han transmitido los elementos patrimoniales necesarios. Se le adjudica el inmueble en el que se prestaba el servicio, pero no de los otros bienes muebles necesarios para el desarrollo de su actividad docente. Inexistencia de despido tácito, porque las relaciones laborales siguieron vigentes durante la tramitación del ERE concursal.

STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de mayo de 2012 (Rec. 1108/2011) [AS 2012\1914]

Sucesión de empresa, empresa en concurso. Reversión a la arrendadora de un hotel con sus elementos patrimoniales y personales. La actividad de la unidad productiva enajenada había cesado, pero se habían transmitido los elementos patrimoniales necesarios para su puesta en funcionamiento. Se estima la existencia de sucesión. Además, en el contrato de arrendamiento estaba expresamente previsto que se haría cargo del personal existente en el edificio arrendado. Inválida la extinción de los contratos acordada por el juzgado de lo mercantil por fraude de ley.

STSJ de Canarias, Sala Social, de 24 de enero de 2014 (Rec. 904/2013) [AS 2014\861]

Reversión al ayuntamiento de la actividad de rescate, salvamento y vigilancia del litoral que desarrollaba la empresa declarada en concurso. Sucesión empresarial. Transmisión de elementos materiales y la infraestructura necesaria para su desarrollo, por lo que constituía una unidad productiva autónoma.

STSJ de Canarias, Sala Social, de 27 de marzo de 2014 (Rec. 1293/2013) [JUR 2014\198510]

Reversión al ayuntamiento de la actividad de rescate, salvamento y vigilancia del litoral que desarrollaba la empresa declarada en concurso. Sucesión empresarial. Transmisión de elementos materiales y la infraestructura necesaria para su desarrollo, por lo que constituía una unidad productiva autónoma.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 30 de octubre de 2014 (Rec. 660/2014) [ROJ: STSJ CANT 1103/2014]

Sucesión de empresa. Sucesión de contratas. Inexistencia de sucesión. La nueva empresa realiza la misma actividad que la saliente, pero en un centro de trabajo distinto. La nueva adjudicataria dispone de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad y no existe constancia de acuerdo sobre la transmisión de la actividad o de los medios materiales con los que la anterior desarrollaba el servicio. La contratación de la plantilla de la anterior viene impuesta por el convenio colectivo aplicable.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 698/2014) [ROJ: STSJ CANT 1117/2014]

Sucesión de empresa. Sucesión de contratas, sector de *contact center*. Inexistencia de sucesión. La nueva empresa realiza la misma actividad que la saliente, pero en un centro de trabajo distinto. La nueva adjudicataria dispone de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad y no existe constancia de acuerdo sobre la transmisión de la actividad o de los medios materiales con los que la anterior desarrollaba el servicio. La contratación de la plantilla de la anterior viene impuesta por el convenio colectivo aplicable.

STSJ de Cantabria, de 4 de junio de 2015 (Rec. 300/2015) [JUR 2015\160269]

Sucesión de empresa. Concurso. Especialidad concursal, posible limitación de la responsabilidad del adquirente (art. 149.4 LC), aplicación del régimen del art. 44 ET. Conocimiento prejudicial del

juez del concurso. Falta de acción del trabajador. Relación laboral válidamente extinguida por el auto del juez del concurso en el expediente de regulación de empleo concursal.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 19 de febrero de 2016 (Rec. 967/2015) [ROJ: STSJ Cant 342/2016]

Sucesión de empresa. Concurso, venta de unidad productiva en funcionamiento en fase de liquidación que continúa con la misma actividad de forma ininterrumpida y con asunción de trabajadores. Reclamación de cantidad. Responsabilidad solidaria del adquirente. Aplicación del régimen de la sucesión de empresa solo modalizado con las especialidades de la LC.

STSJ de Cantabria, Sala Social, de 9 de marzo de 2016 (Rec. 27/2016) [ROJ: STSJ Cant 419/2016]

Sucesión de empresa. Concurso, venta de unidad productiva en funcionamiento en fase de liquidación que continúa con la misma actividad de forma ininterrumpida y con asunción de trabajadores. Reclamación de cantidad. Responsabilidad solidaria del adquirente. Aplicación del régimen de la sucesión de empresa solo modalizado con las especialidades de la LC.

STSJ de Castilla La Mancha, Sala Social, de 25 de julio de 2012 (Rec. 17/2012) [AS 2012\2591]

Sucesión de empresa. Venta judicial de finca rústica. Existe sucesión porque en la finca objeto de adjudicación seguía desarrollándose la actividad. Al tiempo de la adjudicación contaba con los elementos necesarios para la realización de los trabajos de explotación.

STJS de Castilla León, Sala Social, de 7 de diciembre de 2016 (Rec. 1404/2016) [AS 2016\1826]

Sucesión de empresa. Concurso. Reclamación de cantidad por diferencias en la indemnización por despido acordada por el juez del concurso en el expediente de regulación de empleo mercantil, no abonada por el FOGASA. No es posible imponer al adquirente de la unidad productiva dicha responsabilidad cuando la venta se ha pactado y aprobado con exclusión de la responsabilidad solidaria por obligaciones anteriores a la transmisión.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 31 de mayo de 2017 (Rec. 340/2017) [ROJ: STSJCL 2163/2017]

Sucesión de empresa. Concurso. Aplicación de las especialidades de la LC, en lo restante se aplica régimen general del ET. Inexistencia de responsabilidad del adquirente. Reclamación de cantidad derivada de una certificación de la administración concursal expedida tras el archivo del concurso. Responsabilidad limitada a la parte no cubierta por el FOGASA.

STSJ de Castilla-León, Sala Social, de 30 de junio de 2017 (Rec. 408/2017) [JUR 2017\200046]

Sucesión de empresa. Concurso. Aplicación de las especialidades de la LC, en lo restante se aplica régimen general del ET. Inexistencia de responsabilidad del adquirente. Reclamación de cantidad derivada de una certificación de la administración concursal expedida tras el archivo del concurso. Responsabilidad limitada a la parte no cubierta por el FOGASA.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 18 de marzo de 2009 (Rec. 8935/2008) [JUR 2009\384811]

Sucesión de empresas. Responsabilidad. Personalidad jurídica de las sociedades.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 30 de septiembre de 2011 (Rec. 2602/2011) [AS 2011\3112]

Venta de una unidad productiva autorizada por el juez del concurso. De las consecuencias jurídicas del despido declarado nulo debe responder la empresa adquirente, a pesar de que el auto del juez del concurso exonera de las obligaciones de Seguridad Social y tributarias.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 20 de abril de 2012 (Rec. 4745/2011) [JUR 62012\21500]

Empresa en concurso. Venta de bienes autorizada por el juez del concurso. Respeto a la resolución firme dictada por el juzgado de lo mercantil, que además establece que la transmisión solo alcanza a activos concretos de la concursada, y que, si se llegara a concluir que se transmite una unidad productiva, quedarían excluidos los efectos de la sucesión.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 3581/2013) [AS 2014\365]

Transmisión de unidad productiva. Empresa en concurso. Trabajador despedido antes de la transmisión. La resolución del juzgado de lo mercantil había autorizado la venta indicando que no había sucesión de empresa, ni responsabilidad por deudas de Seguridad Social ni de Hacienda. Pero había compromiso de asumir parte de la plantilla y también se exoneraron las obligaciones laborales de los trabajadores asumidos. La sala impone la responsabilidad solidaria a la adquirente por las deudas anteriores (tres años) no satisfechas de un trabajador no asumido, porque entiende que la exoneración de responsabilidad solo incluye a la plantilla asumida y aunque el auto del juzgado de lo mercantil dice que no hay sucesión, sin embargo, limita sus efectos.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 648/2013) [JUR 2013\209309]

Empresa en concurso. Adquisición de una unidad productiva autorizada por el juez del concurso. Demanda de ejecución de la sentencia dictada por el Juez de lo Social, solicitud de ampliación de la ejecución a la empresa que había adquirido la unidad productiva. Competencia del Juez del concurso y no de la jurisdicción social.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de enero de 2014 (Rec. 4753/2013) [JUR 2014\49183].

Empresa en concurso. Venta de una unidad productiva autorizada por el juez del concurso. Previo expediente de regulación de empleo que afecta a parte de la plantilla. La subrogación solo afecta al personal no incluido en el expediente de regulación de empleo y no a la totalidad de la plantilla. Concurrencia de la causa extintiva y formalidad del procedimiento.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 19 de junio de 2015 (Rec. 2649/2015) [JUR 2015\190833]

Sucesión de empresas. Empresa en concurso. La empresa sucesora se subroga en las obligaciones laborales contraídas por la anterior con trabajadores cesados un año antes de la transmisión, aunque en el auto de adjudicación de la unidad productiva se indicase que no constituía una sucesión de empresas. Solo se exoneran las obligaciones cubiertas por el FOGASA.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 21 de octubre de 2015 (Rec. 3148/2015) [AS 2015\2406]

Sucesión de empresas. Adquisición de una unidad productiva de una empresa en concurso. Inexistencia de sucesión. El auto de adjudicación del juez mercantil excluía la responsabilidad de la empresa adquirente en el pago de la indemnización que pudiera derivarse con ocasión de la declaración de improcedencia del despido porque se había producido antes de la adjudicación. La trabajadora no estaba entre los trabajadores subrogados y la citada resolución hacía constar que no se produciría la sucesión entre las empresas. Sentencia casada por la STS, Sala Cuarta, de 27 de febrero de 2018 (Rec. 112/2016) [ROJ: STS 752/2018].

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 19 de febrero de 2016 (Rec. 3271/2015) [AS 2016\469]

Sucesión de empresas. Concurso. Inexistencia de la norma en contrario que exige el art. 5.1 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo. Vinculación del auto dictado por el juez del concurso que dice que no hay sucesión ni obligaciones derivadas. Juez del concurso no decide sobre una cuestión prejudicial sino sobre una cuestión propia de su competencia. Regulación anterior a septiembre de 2014.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 29 de febrero de 2016 (Rec. 6944/2015) [ROJ: STSJCAT 1923/2016]

Sucesión de empresas. Concurso. Inexistencia de la norma en contrario que exige el art. 5.1 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo. Vinculación del auto dictado por el juez del concurso que dice que no hay sucesión ni obligaciones derivadas. No existe obligación de asumir a un trabajador con contrato ya extinguido al tiempo de la transmisión. Regulación anterior a septiembre de 2014.

STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de mayo de 2016 (Rec. 490/2016) [JUR 2016\155889]

Sucesión de empresas. Concurso. Inexistencia de la norma en contrario que exige el art. 5.1 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo. Vinculación del auto dictado por el juez del concurso que dice que no hay sucesión ni obligaciones derivadas. Regulación anterior a septiembre de 2014.

STSJ de Cataluña, en la sentencia de 18 de octubre de 2017 (Rec. 4177/2017) [AS 2018\9]

Sucesión de empresa. Concurso, fase de liquidación. Responsabilidad del adquirente por deudas anteriores a la venta de una unidad productiva. El juez del concurso solo puede exonerar de responsabilidad en los concretos términos del artículo 149.4 LC.

STSJ de Extremadura, Sala Social, de 18 de mayo de 1998 (Rec. 245/1998) [AS 1998\5528]

Extinción de contrato por causas objetivas. Entidades Locales. Cierre de un centro de enseñanza concertado de propiedad municipal. Subrogación empresarial.

STSJ de Galicia, Sala Social, de 16 de junio de 2017 (Rec. 325/2017) [JUR 2017\192453]

Sucesión de empresa. Concurso. Responsabilidad del adquirente de la unidad productiva. La limitación de responsabilidad solo puede comprender las obligaciones cubiertas por el FOGASA (art. 149.4 LC).

STSJ de Madrid, Sala Social, 20 de diciembre de 2013 (Rec. 1573/2013) [ROJ: STSJ M 18148/2013]

Sucesión de empresa. Centros de llamadas. Sucesión de contratas. Aplicación del convenio colectivo del sector. Inexistencia de sucesión y de despido.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 10 de febrero de 2014 (Rec. 1379/2013) [AS 2014\871]

Transmisión de personal. Nulidad. No consta que se haya transmitido una unidad productiva autónoma. La cedente conserva el control de los bienes esenciales de la actividad de servicios de documentación que se ha externalizado.

STSJ de Madrid, Sala Social, de 31 de marzo de 2014 (Rec. 1516/2012) [ROJ: STSJ M 4344/2014]

Sucesión de empresa. Sucesión de contratas, sector de *contact center*. Inaplicación de la norma convencional porque no se cumple el requisito de la antigüedad. Inaplicación del art. 44 ET.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 28 de noviembre de 2006 (Rec. 2489/2006) [AS 2007\878]

Sucesión de empresa. Criterios derivados de la jurisprudencia europea. Actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra. Guardería en la que se desarrollaban dos actividades: la de cocina y la de limpieza y mantenimiento. Asunción de la actividad de guardería por un consorcio derivado de un convenio de colaboración entre la administración municipal y la autonómica, responsabilidad solidaria de las consecuencias legales del despido del trabajador.

STSJ del País Vasco, Sala Social, de 22 de noviembre de 2011 (Rec. 2226/2011) [AS 2012\1799]

Empresa en concurso. Demanda de despido. Alegación de sucesión de empresa. Extinción indemnizada de la relación laboral previa, a través de expediente de regulación de empleo no impugnado. La empresa adquirida cinco meses después de la extinción colectiva de los contratos por el juez del concurso, no constituía una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo al haberse extinguido los contratos de trabajo de la plantilla en el marco de un concurso de acreedores por una decisión judicial. Los trabajadores carecen de acción, contratos previamente extinguidos.

Sentencias y autos de Audiencias Provinciales

AAP de Álava, Sección 1ª, de 24 de marzo de 2011 (Rec. 623/2010) [AC 2011\1808]

Sucesión de empresa en el concurso. Postura intermedia. La exoneración de responsabilidad del art. 149.2 LC no podía ir más allá de los créditos expresamente incluidos en el precepto, pero su aplicación exigía verificar previamente si nos encontrábamos o no ante un supuesto de sucesión de empresas.

AAP de Álava, Sección 1ª, de 26 de marzo de 2015 (Rec. 138/2013) [JUR 2015\137551]

Rectifica criterio. Venta de unidad productiva en fase de liquidación. Rectifica la doctrina judicial mayoritaria que admitía la posibilidad de que al aprobarse el plan de liquidación se exonerara al nuevo adquirente de las deudas de Seguridad Social generadas antes del concurso o durante su tramitación.

SAP de Álava, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016 (Rec. 113/2016) [JUR 2016\76285]

Venta de unidad productiva. Competencia del juez del concurso para determinar si se ha producido una sucesión de empresa. El ámbito de responsabilidad del adquirente solo comprende los contratos laborales en los que se subroga.

SAP de Álava, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2016 (Rec. 226/2016) [JUR 2016\151302]

Venta de unidad productiva. Competencia del juez del concurso para determinar si se ha producido una sucesión de empresa. El ámbito de responsabilidad del adquirente solo comprende los contratos laborales en los que se subroga.

AAP de Asturias, Sección 1ª, de 30 de marzo de 2015 (Rec. 276/2014) [JUR 2017/238024]

Venta de unidad productiva. Nulidad parcial del auto. Incompetencia del juez del concurso para exonerar de responsabilidad por deudas de Seguridad Social.

AAP de Badajoz, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2013 (Rec. 539/2012) [AAP BA 2/2013]

Venta unidad productiva. Fase de liquidación. La venta no constituye una sucesión de empresa más que a efectos laborales, pero no a efectos de seguridad social, por lo que la venta se hace libre de cargas, a salvo de las reales, y la adquirente responde del pago de las deudas contraídas por la concursada con la Seguridad Social. Inexistencia de sucesión en el concurso, a excepción de lo dispuesto en el art. 149.2 LC. El adquirente debe responder en los límites del referido art. 149.2 LC.

AAP de Baleares, Sección 5ª, de 27 de enero de 2016 (Rec. 520/2015) [JUR 2016\48823]

Venta de unidad productiva. Limitación de la responsabilidad del adquirente a deudas de Seguridad Social derivadas de las relaciones laborales de los trabajadores objeto de subrogación.

AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de noviembre de 2007 (Rec. 788/2007) [AAP B 8655/2007]

Deudas de Seguridad Social. Venta de unidad productiva. El crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva. En el concurso no se produce una sucesión propiamente dicha, a excepción de lo dispuesto en el art. 149.2 LC, que solo supone la obligación de hacer frente a determinados créditos de naturaleza laboral.

AAP Barcelona, Sección 15ª, de 16 de diciembre de 2009 (Rec. 323/2009) [JUR 2010\180618]

Inexistencia de sucesión en el concurso, a excepción de lo dispuesto en el art. 149.2 LC. El adquirente debe responder en los límites del referido art. 149.2 LC.

AAP de Cantabria, Sección 4ª, de 25 de septiembre de 2015 (Rec. 56/2015) [JUR 2016/33713]

Venta de unidad productiva. El juez del concurso solo tiene competencia para exonerar al adquirente de la responsabilidad por deudas cubiertas por el FOGASA, es incompetente para determinar qué se entiende por sucesión a efectos laborales, ni siquiera a efectos prejudiciales.

AAP Málaga, Sección 5ª, de 9 de abril de 2014 (Rec. 1125/2013) [AC 2014\1730]

Sucesión de empresas en el concurso. El juez de lo mercantil puede excepcionar los créditos salariales cubiertos por el FOGASA. Interpreta y aplica normativa anterior a la reforma operada por RDL 11/2014. Carácter prejudicial de la cuestión. No vinculación a otros órdenes jurisdiccionales.

AAP de Palencia, Sección 1ª, de 12 de septiembre de 2013 (Rec. 175/2013) [AAP P 2/2013]

Venta de unidad productiva en fase de liquidación. Deudas de Seguridad Social no se asumen por el adquirente. Sucesión en el concurso. La regulación del art. 149.2 LC es una ficción jurídica destinada a proteger los derechos salariales de los trabajadores. No configura un supuesto de sucesión legal de empresa.

AAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 29 de junio de 2010 (Rec. 332/2010) [AAP PO 715/2010]

Venta unidad productiva. Fase de liquidación. El adquirente no se subroga en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago, que sean anteriores a la enajenación, ni en los créditos de los que es titular la Administración de la Seguridad Social.

AAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de enero de 2014 (Rec. 624/2013) [JUR 2014\112045]

Sucesión de empresas en el concurso. El juez de lo mercantil puede excepcionar los créditos salariales cubiertos por el FOGASA. Interpreta y aplica normativa anterior a la reforma operada por RDL 11/2014.

AAP de Sevilla, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2013 (Rec. 2545/2013) [JUR 2013\338578]

En el concurso no se produce sucesión de empresa. El adquirente debe responder en los límites del referido art. 149.2 LC.

SAP de Toledo, Sección 1ª, de 8 de octubre de 2013 (Rec. 26/2013) [SAP TO 762/2013]

Sucesión de empresas. Créditos de Seguridad Social. Aplicación de la LC. El apelante, que no contestó a la demanda, no puede introducir hechos nuevos en la fase de segunda instancia, pues ello provocaría la infracción del principio de preclusión procesal.

Sentencias y autos de Juzgados de lo Mercantil

AJM núm. 1 de Almería, de 19 de diciembre de 2014 (Rec. 4205/2012) [JUR 2015\23973]

Art. 146 bis LC. No cabe exonerar de responsabilidad por créditos de Seguridad Social en los supuestos de sucesión en fase de liquidación. Aplicación conforme a la Disposición transitoria 1.2 del RD-L 11/2014.

AJM núm. 1 de Badajoz, de 19 de junio de 2012 (I.C.C. 73/2011) [AJM BA 72/2012]

Solicitud de autorización de venta de unidad productiva por la administración concursal. Declaración expresa de que la venta no supone la subrogación en los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación de cuenta del FOGASA (art. 149.2 de la LC) ni en las obligaciones fiscales pendientes de pago, anteriores a la enajenación.

AJM núm. 10 de Barcelona, de 23 de mayo de 2012 (C.V. 14/2012) [AJM B 39/2012]

Venta de la unidad productiva en la fase común.

AJM núm. 9 de Barcelona, de 6 de septiembre de 2012 (C.V. 436/2012) [AJM B 41/2012]

Venta directa de la unidad productiva autorizada. Los efectos derivados de la venta son los previstos en la LC en virtud del principio de especialidad y no los recogidos en la normativa general de Seguridad Social.

AJM núm. 10 Barcelona, de 19 de diciembre de 2013 (Proc. 745/2013) [AJM B 65/2013]

Venta de la unidad productiva. Adquirente no asume las deudas generadas de naturaleza tributaria, laboral y de Seguridad Social, ni las deudas concursales que sean anteriores a la fecha de efectos.

AJM núm. 2 de Barcelona, de 22 de abril de 2014 (Proc. 210/2013) [AJM B 36/2014]

Fase de liquidación. Venta de la unidad productiva. La transmisión de los activos no supone sucesión de empresa a nivel fiscal, tributario, laboral ni en materia de Seguridad Social.

AJM núm. 5 de Barcelona, de 13 de abril de 2015 (Rec. 945/2014) [JUR 2015\137364]

Art. 146 bis LC. No cabe exonerar de responsabilidad por créditos de Seguridad Social en los supuestos de sucesión en fase de liquidación. Aplicación conforme a la Disposición transitoria 1.2 del RDL11/2014. Puntualiza que la responsabilidad por deudas de laborales y de Seguridad Social sólo alcanza a los trabajadores subrogados no a los demás.

AJM núm. 2 de Bilbao, de 12 de noviembre de 2015 (Proc. 499/2013) [JUR 2016\248863]

Venta de unidad productiva. Efectos. Ámbito de responsabilidad del adquirente tras la reforma de 2014. No se puede eximir al adquirente de las responsabilidades por créditos laborales ni de Seguridad Social. Pero solo asume los de los trabajadores incluidos en el ámbito de subrogación.

AJM núm. 6 de Madrid, de 30 de abril de 2013 (Proc. 5/2012) [AJM M 19/2013]

Solicitud de autorización de enajenación de la unidad productiva de la mercantil concursada. Fase común.

AJM núm. 6 de Madrid, de 7 de octubre de 2013 (Proc. 5/2012) [AJM M 52/2013]

Recurso de reposición formulado por la TGSS contra el auto por el que se autorizaba el inicio del proceso de venta de una unidad productiva. Exclusión de responsabilidad de tercero adquirente ajeno a los socios-administradores de la concursada y las sociedades constituidas por ellos.

AJM núm. 8, de Madrid, de 20 de diciembre de 2013 (C.V. 380/2013) [AJM M 57/2013]

Solicitud de la administración concursal sobre la venta directa de la unidad productiva. Autorización del juez con declaración expresa de que dicha transmisión se considerará sucesión de

empresa exclusiva y únicamente a los efectos laborales, con exclusión de otros efectos, en particular la extensión de responsabilidad por deudas con la TGSS.

AJM núm. 2 Oviedo, de 28 de enero de 2014 (Proc. 58/2013) [AJM O 32/2014]

Venta de la unidad productiva en fase común.

AJM núm. 2 de Oviedo, de 28 de abril de 2014 (Proc. 58/2013) [AC 2014\808]

Venta de unidad productiva. Exoneración del adquirente de las responsabilidades derivadas de obligaciones de Seguridad Social.

AJM núm. 1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 1/2013) [JUR 2015\14541]

Venta de unidad productiva. Exoneración del adquirente de las responsabilidades derivadas de obligaciones de Seguridad Social.

AJM núm.1 de Palma de Mallorca, de 14 de noviembre de 2013 (Proc. 463/2013) [AJM IB 66/2013]

Venta de unidad productiva en fase común. Requisito de publicidad. Autorización judicial para llevar a cabo la venta directa de la unidad productiva ubicada en el inmueble propiedad de la entidad mercantil concursal.

AJM núm. 1 de Santander, de 17 de octubre de 2011 (C. 433/2008) [AJM S 66/2011]

Fase de liquidación. Venta de unidad productiva. El adquirente no asumirá deudas por salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sean asumidas por el Fondo de Garantía Salarial.

AJM núm. 1 de Santander, de 14 de abril de 2014 (C.V. 480/2013)

Fase común. Autorización de venta de la unidad productiva.

AJM núm. 2 de Valencia, de 4 de noviembre de 2014 (Rec. 946/2011) [JUR 2015\61861]

El nuevo art. 146 bis LC impide exonerar de la responsabilidad por créditos de Seguridad Social en los supuestos de sucesión en fase de liquidación siempre que dicha norma sea aplicable de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria 1.2 del RDL 11/2014.

AJM núm. 3 de Vigo, de 18 de marzo de 2014 (Proc. 376/2012) [JUR 2014\1081144]

Venta de unidad productiva. Exoneración del adquirente de las responsabilidades derivadas de obligaciones de Seguridad Social.

35. TRASLADO

Sentencias y autos del Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

STS, Sala Cuarta, de 17 de enero de 2011 (Rec. 75/2010) [ROJ: STS 211/2011]

Conflicto colectivo. Medida de traslado. La empresa anuncia, a través de una circular, que va a acordar una serie de traslados de trabajadores para reorganizar su estructura, pudiendo optar los trabajadores por la extinción o suspensión del contrato. La mayoría optó por la prejubilación, habiéndose efectuado finalmente sólo siete traslados. No hay nulidad, ya que el número de traslados realizados no supera los umbrales del art. 41 ET, aunque la empresa hubiera anunciado un traslado colectivo que finalmente no se produjo.

STS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2014 (Rec. 64/2013) [ROJ: STS 750/2014]

Conflicto colectivo. Carácter colectivo o individual de la medida de traslado. Empresa de dos mil setecientos trabajadores. Traslado de ochenta y cuatro trabajadores a centros de trabajo distintos de aquellos en los que venían prestando sus servicios. Comunicación individual sin período de consultas. Medida colectiva porque afecta a más de treinta trabajadores (art. 40.2 ET). Necesario período de consultas. Nulidad de la medida impugnada.

Sentencias y autos de la Audiencia Nacional

SAN, Sala Social, de 30 de octubre de 2014 (Rec. 149/2014) [AS 2014\2832]

Impugnación de convenio colectivo. Sucesión de empresa. Derechos derivados de seguros colectivos para el personal subrogado. Sucesión legal y no convencional. Superposición de la sucesión legal sobre la convencional. Asunción de plantilla impuesta por el convenio colectivo, aplicación del art. 44 ET como mínimo legal que impone la obligación a la empresa cesionaria de asumir todos los derechos y obligaciones de los trabajadores, incluida la protección social complementaria, aunque no derive del convenio colectivo.

36. TRATAMIENTO MÉDICO

Sentencias y autos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 12 de julio de 2001 (C-157/99, asunto Smits) [TJCE 2001\196]

Es admisible la legislación de un estado miembro que supedita la cobertura de los gastos de la asistencia dispensada en un establecimiento hospitalario situado en otro estado miembro a la obtención de una autorización previa y a que el tratamiento pueda considerarse habitual. Tratamiento habitual es el que está suficientemente probado y validado por la ciencia médica

internacional y que solo puede denegarse por ausencia de necesidad médica, cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto.

BIBLIOGRAFÍA

ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “La regulación judicial de empleo. Puntos críticos”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 149, enero-marzo 2011, ISSN 0212-6095, pp. 101-142.

ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “El tratamiento de los créditos laborales en el concurso”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 21, 2005, Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), ISSN 1134-9670, pp. 51-86.

ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, ISBN: 978-84-8456-055-5, pp. 71-144.

ALBIOL MONTESINOS, I., “Notas sobre los créditos laborales en la Ley concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E., (Coord.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTASS/La Ley Actualidad, Madrid, 2004, ISBN: 84-9725-535-6, pp. 125-142.

ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., *Covid-19: Medidas del RD 8/2020 en el ámbito laboral*, 2ª ed., *Doctrina, legislación y formularios. Preguntas y respuestas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 11-25.

ALONSO, R., “En una sucesión de empresa, la cesionaria mantendrá las condiciones laborales del convenio de la cedente a los trabajadores afectados aunque el convenio haya perdido su vigencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2015, parte Fichas de Jurisprudencia, 2015, BIB 2014\4480, pp. 189-191.

ALTÉS TÁRREGA, J.A., “Cuestiones procesales en materia laboral derivadas de la Ley Concursal”, en BLASCO PELLICER (Dir.), *El proceso laboral Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN: 9788490335550, pp. 1495-1608.

ALTÉS TÁRREGA, “Los nuevos procesos derivados de la Ley Concursal”, en BLASCO PELLICER, A., *El proceso laboral*, V.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, ISBN 13:9788490335550, pp. 1213-1253.

ÁLVAREZ-LINERA, A., “Los expedientes de regulación de empleo a la luz del RD 3/2009”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. y PRENDES CARRIL, P. (Dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-470-3279-2, pp. 133-140.

ARA, C. y ALBALATE, J., “Los efectos del concurso sobre la resolución del contrato laboral por causa imputable al empresario”, *Aranzadi Insignis, Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28/2013, BIB 2012/3156, pp. 221-231.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Notas de urgencia acerca del Real Decreto Ley 3/2012”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, núm. 2 (mayo 2012), 2012, ISSN 1889-1209, pp. 273-306.

ARASTREY SAHÚN, L., “La sucesión de empresa desde la perspectiva de Derecho de la Unión Europea: doctrina del TJUE y del TS”, en GUTIÉRREZ VELASCO, I (coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del derecho social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, ISBN 978-84-9143-442-9, pp. 121-144.

ARBONÉS LAPENA, H.I., “Algunas consideraciones críticas sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2014, BIB 2014\3743, pp. 33-54.

BADIOLA SÁNCHEZ, A. M.^a, “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Comentario a la STSJ de Galicia de 15 de julio de 2005”, *Aranzadi social*, núm. 5, 2005, ISSN 1131-5369, pp. 674-677.

BAJO GARCÍA, I., “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, núm. 6, 2013, ISSN 1889-1209, pp. 147-177.

BAJO GARCÍA, I., “Empresa en situación de concurso: ¿un derecho especial del trabajo?”, en LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO PELLICER, A. (Coords.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN13:9788498766332, pp. 281-344.

BASTIDA F.J. y REQUEJO J.L., *Cuestionario comentado de derecho Constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, 1ª ed, Ariel, S.A., Barcelona, 1991, ISBN 84-344-1568-2, pp. 106-114.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Despido colectivo y ratio efectivos/afectados: correcciones del derecho interno a la luz de la STJUE 11 de noviembre 2015 (Asunto Pujante Rivera) (TJCE 2015, 245)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, ISSN 2444-3476, pp. 239-254.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantilla a través de cesión de contrato ex convenio colectivo, “extinciones asimiladas” y despido colectivo nulo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2017, parte Artículos doctrinales, 2017, ISSN 0214-6045, pp. 23-34.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RD Ley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)”, *IUSLabor 1/2020, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2020, pp. 45-110, <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367276>.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Las deudas de la masa”, *Manuales de formación continuada*, núm. 2, 1999, (Ejemplar dedicado a: Preferencia de créditos), ISSN 1575-8735, pp. 201-233.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, *Estudios de derecho judicial* (Ejemplar dedicado a: La nueva ley Concursal), núm. 59, 2004, ISSN 1137-3520, p. 439-476.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Comentario al art. 84 LC”, *Monografías Aranzadi*, enero de 2015, BIB 2015\1342.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., “Créditos concursales y créditos contra la masa”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª ed, Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2004, ISBN 84-470-2321-4, pp. 1493-1523.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. y GARRIDO, J. M.ª, “Pago de créditos contra la masa” (art. 154), en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª. ed., Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2004, ISBN 84-470-2321-4, p. 2427-2439.

BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, ISBN 13:9788484568438, pp. 22-443.

BLASCO PELLICER, A., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2012”, en ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J. M.^a, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 9788498769685, pp. 55-92.

BLASCO PELLICER A., *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, ISBN: 9788498764833, pp. 539-549.

BLASCO PESUDO, J., “Tratamiento de los contratos laborales en el concurso”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, 2012, ISBN 978-84-309-5493-3, pp. 381-412.

CANCHO MAÑA, A., “Impedimentos al desarrollo de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española. La sucesión de empresa en los procedimientos concursales”, en ACEDO PENCO, A. (Dir.), *Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, Madrid, 2014, ISBN 978-84-9031-944-4, pp. 63-65.

CANO MARCO, F., “Créditos laborales y de la Seguridad Social en la reforma de la Ley Concursal”, en CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.^a (Coord.), *La reforma de la Ley concursal analizada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-9031-002-1, pp. 287-294.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C., “La intransferibilidad de la responsabilidad empresarial en los supuestos de sucesión de empresa [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6561)], *Aranzadi Social*, Vol. 5, núm. 6, 2012, ISSN 1889-1209, pp. 223-234.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 2005, BIB 2005, 2804, pp. 645-660.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La competencia laboral de los jueces del concurso”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, núm. 9 (Sep.), 2009, ISSN 1889-1209, pp. 11-30.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La resolución de los expedientes de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Los acreedores concursales, II Congreso de la Insolvencia*, Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2010, ISBN 978-84-470-3482-6, pp. 483-510.

DE LA CERA, M.^a E., “Luces y sombras de la sucesión de empresa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, 2017, ISSN 1132-0257, p. 11.

COSTA REYES, A., “El personal de alta dirección en la Ley 22/2003, Concursal”, en MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 19 y 20 de mayo de 2005*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Granada, 2006, ISBN 84-8417-216-3, pp. 857-880.

CRESPO CHAMPIÓN, F., “Especialidades respecto al personal de alta dirección”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, ISBN 84-9768-118-5, pp. 307-325.

CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 509-552.

CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 99, 2009, (Ejemplar dedicado a: Expedientes de regulación de empleo), ISSN 0213-0750, pp. 21-54.

CRUZ VILLALÓN, J., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1996, ISBN 84-309-2847-2, pp. 171-180.

CRUZ VILLALÓN, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 509-552.

CRUZ VILLALÓN, J. y ASQUERINO LAMPARERO, M. ^a J., “El empresario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230/2020, parte Crónicas, ISSN 2444-3476, pp. 59-84.

CRUZ VILLALÓN, J., HERNÁNDEZ BEJARANO, M., RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Empresario”, *Justicia Laboral*, núm. 53, 2013, ISSN 1576-169X, pp. 119-128.

CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R., “Empresario”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 166, 2014, ISSN 2444-3476, pp. 45-60.

DESDENTADO BONETE, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 17-18, 2012, ISSN 0213-7097, pp. 9-10.

DESDENTADO BONETE, A., “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 437-458.

DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, ISSN 1137-5868, pp. 241-266.

DESDENTADO BONETE, A., “La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, capítulo II, pp. 49-70.

DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova, Valladolid, 2014, ISBN 978-84-9898-860-4, pp. 86-120.

DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., “Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, en GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, ISBN: 84-8406-589-8, pp. 401-464.

DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N., *Los trabajadores ante el concurso, Guía práctica para laboristas*, 1ª ed., Bomarzo, Albacete, 2007, ISBN 13:9788496721173, pp. 120-157.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal”, *Tribuna Social*, núm. 166, 2004, ISSN 1130-7331, pp. 9-17.

DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., “Jurisdicción competente para la extinción de contratos de trabajo en casos de grupo de empresas en el marco del concurso”, *Actualidad laboral*, núm. 2, Sección estudios, 16-31 de enero de 2010, ISSN 0213-7097, p. 143.

DURÁN LÓPEZ, F., “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, ISSN 0213-0556, pp. 405-422.

ELIZALDE RENDÍN, G., “Recargos por cuotas de la TGSS posteriores a la declaración de concurso: créditos contra la masa”, *Revista on-line de la comisión de social de Jueces para la Democracia*, núm. 135, agosto-2013, <http://www.juecesdemocracia.es/revistas/revistajurisdiccionsocial.asp>.

ETXARANDIO HERRERA, E., “Grupos de empresas y sucesión empresarial en el concurso de acreedores”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, capítulo VII, pp. 239-283.

FACHAL NOGUER, N., “El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades”, *Aranzadi Digital*, núm. 1/2020, parte Avance informativo. BIB 2020\11584, 37 pp.

FLORES SEGURA, M., “La acumulación del concurso de la sociedad dominada al de la sociedad dominante (ATS 22.12.2011)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm., 27, 2012, parte Comentario de Jurisprudencia, ISSN 1698-997X, pp. 429-461.

FUENTES BUJALANTE, A., “El convenio”, en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, Aranzadi, Pamplona, 2014, ISBN: 9788490594650, pp. 569-639.

GARCÍA JIMÉNEZ, M., “El recurrente "dialogo" entre la "objetivización" y el "juicio de estricta legalidad" del juzgador en los despidos objetivos: su incidencia sobre empresas públicas”, *Aranzadi Social*, paraf. 69/2013, BIB 20136, 5 pp.

GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa: el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, ISBN 84-8002-314-7, pp. 61-63.

GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”, *Justicia Laboral*, núm. 15, 2003, ISSN 1576-169X, pp. 11-36.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2012, ISSN 0213-7097, pp. 1-4.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I., “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”, *Justicia Laboral*, núm. 15, 2003, ISSN 1576-169X, pp. 11-36.

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de derecho del trabajo*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ISBN 978-84-9119-012-7, pp. 559-627.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La sucesión de empresa en el concurso y las deudas y obligaciones de la Seguridad Social”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum*, V. II, Vol. 2, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, ISBN 978-84-9119-269-5, pp. 2154-2182.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La negociación del expediente de regulación de empleo en el concurso”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Los acreedores concursales, II Congreso de la Insolvencia*, Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2010, ISBN 978-84-470-3482-6, pp. 449-481.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Despido colectivo y otras medidas laborales en el concurso (extinción colectiva, suspensión de contratos y reducción de jornada, modificación de condiciones de trabajo y sucesión de empresa”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R y VEIGA COPO, A.B., *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, 2014, ISBN: 978-84-470-4808-3, pp. 311-357.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MUSCHI LOAYZA, F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2009, ISBN: 9788483559406, pp. 399-436.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R., “La difusa noción de “unidad productiva autónoma” como objeto de transmisión: apuntes al hilo de algunos pronunciamientos recientes”, *Revista de información laboral*, núm. 9, parte editorial, 2017, BIB 2017\13136, pp. 7-11.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “La reformulación jurisprudencial del art. 51 ET: la STS 17 de octubre de 2016 fija que un despido es colectivo si supera el umbral legal en un único centro de trabajo con más de 20 trabajadores”, *Revista de Información Laboral* núm. 11/2016, parte Art. Doctrinal, 2016, BIB 2016\85586, 4 pp.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coord.), *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley 2001 y el ANC-2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002, ISBN13:9788484063629, pp. 230-263.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.M., “De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral* núm. 12/2015, parte Art. Doctrinal, 2015, BIB 2015/18180, 4 pp.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003, ISSN 0213-0556, pp. 491-499.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contratas globales en la jurisprudencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, parte Art. Doctrinal, 2014, BIB 2014\4496, 4 pp.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Recientes respuestas de la jurisprudencia europea en materia de reestructuración de empresas: transmisión de empresas, despidos colectivos y tutela de los créditos laborales”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012, ISSN 1576-169X, pp. 5-12.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y BARROS GARCÍA, M., “Aspectos laborales de las adquisiciones de empresas”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, ISBN9788490205273, pp. 1047-1074.

GARRIDO, J. M.^a, “Comentario al art. 91 de la Ley Concursal”, *Monografías, Aranzadi*, 2015, BIB 2015\1342.

GARRIDO, J. M.^a, “Comentario al artículo 92 de la Ley Concursal”, *Monografías, Aranzadi*, enero 2015, BIB 2015/1342.

GARRIDO, J. M.^a, “La clasificación de los créditos” (art. 91 LC), en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª ed., Civitas/Thomson, 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 1635-1656.

GARRIDO, J. M.^a, “De la clasificación de los créditos (art. 92 LC). Créditos subordinados”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª. ed., Civitas/Thomson, 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 1658-1667.

GARRIDO, J. M.^a, “Créditos con privilegio especial (Art. 90)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas/Thomson, 1ª ed., 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 1606-1634.

GHOSHEH, N.S. and GILL, C., “Transfer of Undertakings Directive: The History of a European Union Social Policy Directive” [online]. *International Journal of Employment Studies*, Vol. 10, núm. 1, Apr 2002. Availability: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=297512059292845;res=IELBUS>, ISSN: 1039-6993, pp. 45-73.

GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN 84903363260, pp. 49-126.

GOERLICH PESET, J. M.^a “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos y procesales y de Seguridad Social”, en BLASCO PELLICER, L.M., CAMPS RUIZ, J. M^a, GOERLICH PESET, R., ROQUETA BUJ y SALA FRANCO, T., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ISBN 9788490048832, pp. 291-322.

GOERLICH PESET, J. M.^a, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, ISBN:9788498984255, pp. 291-322.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Aspectos laborales de la reforma concursal*, Francis Lefevre, Madrid, 2011, ISBN: 9788415056935, pp. 34-37.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4/2015, parte Art. Doctrinal, 2015, ISSN 0214-6045, pp. 41-47.

GONZÁLEZ BILBAO, E., “Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley concursal”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 1, (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso)*, Vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2005, ISBN 84-9768-178-9, pp. 293-314.

GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.^a, “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de Reforma”, *Revista de Derecho Social*, núm. 53/2011, ISSN 1138-8692, pp. 57-86.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “El despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, ISSN 0213-0556, pp. 149-176.

GONZÁLEZ SUÁREZ, C., “La Masa pasiva”, en AA.VV., *Practicum Concursal 2014*, Aranzadi, Pamplona, 2014, ISBN: 9788490594650, pp. 556-562.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., “La clasificación concursal de los créditos laborales”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, pp. 199-235.

HERRERA CUEVAS, E.J., “Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2, 2005, ISSN 1698-4188, p. 97-146.

LANTARÓN BARQUÍN, D., “Pluralización empresarial y superación del carácter bilateral de la relación laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Actualidad Laboral-La Ley, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9020-394-1, pp. 235 a 262.

LANTARÓN BARQUÍN, D., “El privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2 de la Ley del estatuto de los Trabajadores: notas para un estudio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, ISSN 1132-8584, núm. 4, 1994, pp. 71-90.

LÓPEZ VILLALBA, M., “Traspaso de plantilla y patrimonio en la sucesión de empresa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 919/2016, parte Comentario, 2016, BIB 2016\3113, 2 pp.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, *Revista técnico laboral*, ISSN 0210-8305, vol. 26, núm. 101, 2004, pp. 453-462.

MALO, M.A. “European Labour Law and Severance Pay Determination in Collective Redundancies”. *European Journal of Law and Economics*, núm. 12, 2001, pp. 73–90, [<https://doi.org/10.1023/A:1011256729444>].

MARTÍN VALVERDE, A., “El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos (1)”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013, ISSN 0213-7097, p. 7 y ss.

MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R., “Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 62, 1993, ISSN 0212-6095, pp. 927-932.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Legitimación para negociar acuerdos en períodos de consulta sobre despidos colectivos e impugnación jurisdiccional de estos acuerdos”, en SAMPEDRO, M. (Coord.), *Problemas procesales de la reforma laboral*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 29-66.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “La decisiva influencia del derecho europeo en la sucesión de empresas: la directiva 2001/23 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (Coord.), *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y*

trabajadores indefinidos no fijos, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017, ISBN: 9788491525516, capítulo I, pp. 29-50.

MELLA MÉNDEZ, L., “El despido por crisis de la empresa en España: análisis crítico de las principales novedades tras la Ley 35/2010”, *Revista latinoamericana de Derecho Social*, núm. 13, 2011, ISSN-e 1870-4670, pp. 87-115.

MERCADER UGUINA, J. R., “Contrato de alta dirección”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dirs.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2012, ISBN 9788490141991, pp. 671-679.

MERCADER UGUINA, J.R., “Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, parte Estudios, 2014, BIB 2013/2572, 30 pp.

MERCADER UGUINA, J. R., “Concurso y contrato de trabajo, demasiadas preguntas...” (Teoría y Derecho), *Revista de pensamiento jurídico* 12/2012, <http://www.tirantonline.com>.

MERCADER UGUINA, J.R., “La sucesión de empresa”, en CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M.^a y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2014, 3ª ed., ISBN 978-84-9898-809-3, pp. 501-511.

MERCADER UGUINA J.R. y ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “Comentario a los arts. 64 y 65. Contratos de trabajo”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas/Thomson, 1ª ed., 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 1190-1228.

MERCADER UGUINA, J.R. y De La PUEBLA PINILLA, A., *El procedimiento de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, ISBN13:9788490336830, pp. 36-49.

MERINO SEGOVIA, A., “La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral español: Un marco normativo insuficiente y deficiente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, ISSN 1138-8692, pp. 71-103.

MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documentación Laboral*, núm. 11, 3, 2017, (Ejemplar dedicado a la extinción colectiva de contratos de trabajo. Instrumentos de flexibilidad interna de las relaciones laborales), ISSN 0211-8556, pp. 48-50.

MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., *El régimen de las modificaciones de las condiciones de trabajo en la Ley Concursal*, CES, Colección de Estudios, Madrid, 2007, ISBN:9788481882735, pp. 206-218.

MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”, *Relaciones laborales*, núm. 2, 2005, ISSN 0213-0556, pp. 615-646.

MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL RE, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, pp. 136-144.

MOLINA NAVARRETE, C., “Reforma concursal, empleo y protección de los créditos laborales: ¿Un derecho de “saldo” (“liquidación”) o de “resaneamiento” (“supervivencia”)?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 346, 2011, ISSN 1138-9532, pp. 59-148.

MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en reestructuración y derecho social al empleo”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Reestructuraciones de empresas: XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, ISBN 978-84-693-6338-6, pp. 253-320.

MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, ISBN 978-84-8193-599-8, pp. 85-212.

MONEREO PÉREZ, J. L., «La transmisión parcial de empresas: el “centro de trabajo” y la “unidad productiva autónoma”», *Documentación laboral*, núm. 52, 1997, ISSN 0211-8556, pp. 57-87.

MONEREO PÉREZ, J.L., y DEL VAL TENA, A.L., *El régimen jurídico del personal de alta dirección (Aspectos laborales y de Seguridad Social)*, Comares, Granada, 2010, ISBN: 978-84-9836-728-7, pp. 445-507.

MONTOYA MEDINA, D., *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, ISBN 9788447029020, pp. 137-157.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho laboral concursal*, Civitas, Navarra, 2013, ISBN 978-84-470-4197-8, pp. 34-69; 74-104; 106-151.

MONTOYA MELGAR, A., “Crisis de empresa y contrato de trabajo. (Panorama tras la Ley Concursal)”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 122, 2004, ISSN 0212-6095, pp. 205-226.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998, ISBN: 84-309-3220-8, pp. 417-444.

MORALES VÁLLEZ, C.E., “El deber de negociar bajo el principio de buena fe”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012, ISSN 1889-1209, pp. 177-188.

DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., “¿Se olvidó o no el Gobierno de las empresas en concurso en la regulación del Expediente de Reducción de Jornada o suspensión de contratos de trabajo por el estado de alarma?”, *El derecho.com*, Lefebvre, marzo 2020.

MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, ISBN: 9788491525684, pp. 474-522.

NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996, ISBN: 84-470-0823-1, pp. 99-102.

OJEDA AVILÉS, A., “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1993, ISSN 0213-0556, pp. 364-381.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ceura, Madrid, 2000, ISBN 9788480044127, pp. 241-255.

ORCARAY REVIRIEGO, J. J., “Comentario del art. 51 ET”, en CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M.^a y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.),

Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, 3ª. ed., Lex Nova, Valladolid, 2014, ISBN 978-84-9898-809-3, pp. 597-627.

ORELLANA CANO, A. M.^a, *La problemática laboral en el concurso de acreedores*, 1ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, ISBN 9788491434153, pp. 399-406.

ORELLANA CANO, A. M.^a, “Los procedimientos del despido económico”, en DESDENTADO BONETE, A. (Dir.), *Despido y crisis económica los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, ISBN 9788498983371, pp. 201-262.

ORELLANA CANO, N., “La liquidación y las administraciones Públicas. La sucesión de empresa”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., *Las administraciones públicas en el concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta), pp. 397-431.

ORELLANA CANO, N., “La tramitación del expediente concursal de regulación de empleo”, en ORELLANA CANO, N. (Dir.), *El concurso laboral*, La Ley, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9020-099-5, pp. 75-142.

PALOMINO SAURINA, P., “Transmisión del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en caso de sucesión de empresas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11/2015, *parte Art. Doctrinal*, 2015, BIB 2015\17112, 4 pp.

PANIZO ROBLES, J.A., “El Tribunal Supremo reafirma su doctrina: el recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención de riesgos laborales se transmite en los casos de sucesión de empresas (STS de 13 de octubre de 2015; rcud 2166/2014)”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2016, *parte Estudios y comentarios*, 2016, BIB 2016\663, 4 pp.

PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Dirs.), *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2012, ISBN-13: 9788415000501, pp. 87-103.

PÉREZ L., “El texto refundido de la Ley Concursal y su obsolescencia programada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 963/2020, *parte Comentario*, 2020, BIB 2020\12294, 2 pp.

PÉREZ PÉREZ. E., “La clasificación de los créditos de la Seguridad Social”, en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a M., *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, Aranzadi, Pamplona, 2016, ISBN 978-84-9098-758-2, ISBN 978-84-9098-760-5 (Contracubierta), pp. 225-251.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Externalización de actividades y determinación de condiciones laborales aplicables a los trabajadores subrogados. Inadecuación del procedimiento de modificación del art. 44.9 ET (Comentario a la SAN de 14 de julio de 2014, R^o 108/2014)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2014, parte Art. Doctrinal, 2014, ISSN 0214-6045, pp. 167-193.

PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, [en línea], núm. 8391, 2014, ISSN 1989-6913.

PULGAR EZQUERRA, J. “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003, ISBN 13 9788488910462, pp. 435-503.

RAMOS MORAGUES, F., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 44/2012 parte Presentación, 2012, BIB 2012\2902, pp. 79-86.

RÍOS MESTRE, J. M.^a, *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Aranzadi, Pamplona, 2012, ISBN 978-84-470-3882-4, p. 431-478.

RÍOS MESTRE, J. M.^a, “Nota de urgencia sobre la resolución del contrato de trabajo por impago o retrasos salariales y el Proyecto de ley de Reforma Concursal de 2011”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 151, ISSN 0212-6095, pp. 767-802.

RÍOS MESTRE, J. M.^a, “La consignación para recurrir y concurso de acreedores en la reciente jurisprudencia constitucional. Noticia de la STC 173/2016”, *Revista de derecho social*, ISSN 1138-8692, núm. 76, 2016, pp. 155-266.

RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2003, ISSN 0213-7097, pp. 353-386.

RÍOS SALMERÓN, B., “Reforma laboral de 2012 y Ley de reforma concursal de 2011: reflexiones sobre un desencuentro legal”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, Sección Estudios, quincena del 16 al 31 de mayo 2012, tomo I, ISSN 0213-7097, pp. 1-7.

RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1984, ISBN: 84-7398-277-0, pp. 207-244.

RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los créditos laborales”, en ORELLANA CANO, A. M.^a, *La ejecución laboral*, CGPJ, Madrid, 2005, ISBN:9788496518087, pp. 339-412.

RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El expediente concursal de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E., (Coor.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTASS/La Ley Actualidad, Madrid, 2004, ISBN: 84-9725-535-6, pp. 67-100.

RÍOS SALMERÓN, B. y RÍOS MESTRE, J. M.^a, “Despido colectivo y proceso concursal”, en DESDENTADO BONETE, A. (Dir.), *Despido y crisis económica los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, ISBN 9788498983371, pp. 275-300.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, I., “El ERE concursal tras la Ley 38/2011, de reforma concursal”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, enero 2012, ISSN 1889-4380, pp. 23-30.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “La alteración de la regla del vencimiento en el pago de créditos contra la masa”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9-10, 2014, parte Comentario, ISSN 1889-4380, pp. 39-49.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, BIB 2016\3051, 6 pp.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Los contratos de personal de alta dirección tras el texto refundido de la Ley Concursal”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2020, parte Tribuna, 2020, BIB 2020\35998, 6 pp.

RODRÍGUEZ CARDO, J.A., “Procedimiento concursal derechos de los trabajadores: un repaso a la doctrina reciente de los Juzgados de lo Mercantil”, *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2008, ISSN 0213-7097, pp. 1588-1600.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., “Contenido de la propuesta de convenio (art. 100)”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª. ed., Civitas/Thomson, Pamplona, 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 1864-1898.

ROJO BELTRÁN, E. y MERCADER UGUINA, J. “Comentario al art. 149”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, 1ª. ed., Civitas/Thomson, Pamplona, 2004, ISBN84-470-2321-4, pp. 2378-2395.

ROJO TORRECILLA, E., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y la intervención y límites de la Autoridad administrativa laboral”, *Documentación Laboral*, núm. 111, 3, 2017, ejemplar dedicado a la Extinción del contrato de trabajo y derecho de la Unión Europea: Procedimientos de despidos colectivos, ISSN 0211-8556, pp. 11-39.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Dimensión laboral de la sucesión de empresas en el actual contexto económico”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (Coor.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, Cinca, Madrid, 2016, ISBN 978-84-16668-03-8, pp. 123-148.

SÁEZ LARA, C., “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la ley Concursal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 7, 2012, ISSN 0213-0556, pp. 11-56.

SAIZ MARQUÍNEZ, A. “La transposición de la Directiva 2013/34/UE”, *Diario La Ley*, nº 8885, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 20 de Diciembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer, [en línea] visto en <https://diariolaley.laleynext.es/>.

SALINAS ADELANTADO, C., “El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?”, *Diario LA LEY*, [en línea], núm. 9652, 2020, ISSN 1989-6913.

SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentario de la Legislación Concursal, T. II*, Lex Nova, Valladolid, 2004, ISBN13: 9788484066026, pp. 1791-1828.

SANJUÁN, E., “Convivencia temporal de las normas en el ámbito concursal”, *Revista de consumo y empresa*, Vlex [en línea], 2020, pp. 18-29, https://app.vlex.com/?utm_source=email&utm_campaign=digest-es#vid/844865657.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, 2ª. ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, ISBN, 978-84-470-4284-5, pp. 35-64.

SEGOVIANO ASTRABURUAGA, M.^a L., “El expediente de regulación de empleo ante el juez del concurso”, en AA.VV., *La reforma laboral producida por Ley 35/2010, de 17 de noviembre*, Cuadernos digitales de formación, núm. 23, CGPJ, Madrid, 2012, pp. 60-85.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.^a L., “Algunas consideraciones sobre le privilegio reconocido a los créditos de los trabajadores en la Ley Concursal”, en BORRAJO DACRUZ, E., (Coor.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTASS/La Ley Actualidad, Madrid, 2004, ISBN: 84-9725-535-6, pp. 121-124.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Retoques laborales en el procedimiento concursal (Notas sobre la Ley 38/2011, de 10 de octubre), *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre 2011, ISSN 1889-4380, pp. 73-86.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012, ISSN 1889-1209, pp. 15-37.

SEMPERE NAVARRO, “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 9-10, Parte Tribuna, 2014, BIB 2014\90, 25 pp.

SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Clarooscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10/2001, parte Tribuna, BIB 2001\1007, 20 pp.

SENET MARTÍNEZ, S., “La venta de la unidad productiva a la luz de las últimas reformas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 26, 2017, ISSN 1698-4188, pp. 95-116.

SERRA RODRÍGUEZ, A., “Consideraciones en torno al concepto de interés del concurso”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 30/2013, parte artículos, 2013, ISSN 1139-7179, pp. 63-93.

TALÉNS VISCONTI, E., “El período de consultas en el ERE concursal: legitimación, duración y buena fe en la negociación”, *Documentación laboral*, núm. 111, 3, 2017, (Ejemplar dedicado a: La extinción colectiva del contrato de trabajo. Instrumentos de flexibilidad interna de las relaciones laborales), ISSN 0211-8556, pp. 59-80.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los casos de cambio de titularidad empresarial”, *Revista Española de derecho del trabajo*, núm. 152, 2011, ISSN 0212-6095, pp. 1003-1022.

TODOLÍ SIGNES, A., “Alternativas a considerar en caso de exceso de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, en MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (Coord.), *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017, ISBN: 9788491525516, pp. 239-252.

TUSET DEL PINO, P., “Los efectos derivados de la sucesión de empresa en las adjudicaciones acordadas por el juez mercantil dentro del concurso”, *Revista de información laboral*, núm. 12, 2015, parte Art. Doctrinal, BIB 2015\18181, pp. 21-42.

VALDÉS DAL-RE, F., “Intervención administrativa y despidos económicos; funciones, disfunciones y tópicos”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1994, ISSN 0213-0556, pp. 21-27.

VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos europeo y nacional*, MTAS, Madrid, 2001, ISBN: 9788484170488, pp.11-30.

VALENCIANO SAL, A., “El artículo 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, BIB 2013/1247, pp. 129-146.

VAQUER, F. J., “El convenio como medio para la continuidad de la actividad empresarial”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 2011, Parte Problemas y Cuestiones, BIB 2011\903, 153-165.

VICENTE PALACIO, M^a. A., “El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, ISSN-e 1696-9626.

VIGUERA RUBIO, J. M.^a, “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, (*Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso*), Vol. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, ISBN 84-9768-180-0, pp. 3355-3388.

