

Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cantabria (España)

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Extracto

La normativa concursal siempre ha afectado a los intereses laborales, principalmente porque aquella circunda en torno a la empresa y estos últimos tutelan a las personas trabajadoras. El equilibrio entre el mantenimiento de la empresa y el respeto a los derechos laborales y de Seguridad Social no siempre ha sido idéntico, evolucionando en la normativa concursal más a favor de la viabilidad de la empresa que de la permanencia de los puestos de trabajo. Las modificaciones, suspensiones o despidos contractuales de la concursada generan todo un régimen de créditos laborales y de Seguridad Social. Contexto que se sobredimensiona cuando la empresa en concurso se transmite por venta de unidad productiva a otra empresa que pretende subrogarse en el activo, pero no en el pasivo de la concursada. La exoneración de los créditos laborales y, sobre todo, de los derivados de las deudas de la Seguridad Social provocan permanentes conflictos normativos y judiciales, no siempre resueltos. Este análisis expone aquellos aspectos procesales más ilustrativos de esta perenne controversia, en parte relativizada con el protagonismo alcanzado por las normas de precurso y la preservación de los créditos laborales y el crédito público, y aporta someras líneas de actuación futura, propiciando la simplificación procesal, con garantía y eficiencia.

Palabras clave: concurso de acreedores; precurso de acreedores; planes de reestructuración; venta de unidad productiva; transmisión de empresa; créditos laborales y de Seguridad Social; exoneración de deudas en el concurso; conflicto de competencias; incidente concursal laboral.

Recibido: 09-04-2023 / Aceptado: 21-04-2023 / Publicado (en avance online): 28-04-2023

Cómo citar: López Cumbre, L. (2023). Ley concursal y Ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 85-117. <https://doi.org/10.51302/rts.2023.18789>

Bankruptcy Law and Labor Procedure Law: interferences and proposals for (counter) reform

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cantabria (España)

lourdes.lopez@unican.es | <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

Abstract

Insolvency legislation has always affected labor interests, mainly because the former surrounds the company and the latter protect the workers. The balance between maintaining the company and respecting employment and Social Security rights has not always been identical, with insolvency legislation evolving more in favor of the viability of the company than the permanence of jobs. The contractual modifications, suspensions or dismissals of the bankrupt company generate a whole system of labor and Social Security credits. Context that is overstated when the insolvent company is transferred by sale of the production unit to another company that intends to subrogate the assets, but not the liabilities of the insolvent company. The exoneration of labor credits and, above all, those derived from Social Security debts cause permanent regulatory and judicial conflicts, not always resolved. This analysis exposes the most illustrative procedural aspects of this perennial controversy, partly relativized with the prominence achieved by the pre-bankruptcy rules and the preservation of labor and public credits, and provides brief lines of future action, promoting procedural simplification, with guarantees and efficiency.

Keywords: insolvency proceedings; pre-insolvency proceedings; restructuring plans; sale of production unit; transfer of company; labour and Social Security credits; exoneration of debts in insolvency proceedings; conflict of competences; labour insolvency incident.

Received: 09-04-2023 / Accepted: 21-04-2023 / Published (online preview): 28-04-2023

Citation: López Cumbre, L. (2023). Bankruptcy Law and Labor Procedure Law: interferences and proposals for (counter) reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 474, 85-117. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18789>

Sumario

1. Introducción
2. La competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso no resuelve todos los problemas laborales en sede concursal
 - 2.1. El indiscutible protagonismo del juez del concurso y el inevitable recurso a la legislación laboral y de Seguridad Social
 - 2.2. Los límites que fija el juez del concurso y los límites que fijan la actuación del juez del concurso
3. Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral y jurisdicción social en sede concursal
 - 3.1. Competencia del juez del concurso en materia laboral
 - 3.2. La «presencia» del juez social en el ámbito concursal
4. Otras cuestiones de interés general o particular en el ámbito laboral y de Seguridad Social reguladas en la Ley concursal
 - 4.1. Intereses «particulares» en sede concursal
 - 4.2. Intereses «generales» en sede concursal
5. Propuestas para una tutela judicial efectiva
 - 5.1. Sobre la delimitación perimetral de la unidad productiva que se transmite
 - 5.2. Sobre la legitimación de las partes afectadas por el concurso
 - 5.3. Sobre la extinción del contrato de trabajo en el concurso
 - 5.4. Sobre los autos de resolución del juez del concurso con incidencia laboral
 - 5.5. Y, en fin, sobre la eficiencia procesal

Referencias bibliográficas

1. Introducción

«La historia de la ley concursal es la historia de sus reformas», así reza la primera línea de la exposición de motivos de la Ley concursal (RDleg. 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de dicha norma, BOE del 7 –TRLR-). Y es cierto. Como también lo es que, en ese proceso, los asuntos laborales han tenido un peso específico ante el necesario equilibrio que supone mantener la protección de los derechos laborales y de Seguridad Social, por un lado, y garantizar, en su caso, la continuidad de una empresa y del mayor número de empleos posible, por otro. La normativa laboral y de Seguridad Social suponía una rémora para los intereses concursales, decididos a rebajar el precio de las empresas en concurso mediante la exoneración de deudas para potenciar su reactivación, refinanciación, transmisión o, en fin, liquidación en las mejores condiciones.

A medida que se alcanzaban algunos logros (debilitar la prelación de créditos laborales), se perseguían otros (minimizar o anular créditos derivados de la relación laboral, especialmente los mantenidos con la Seguridad Social). La norma sustantiva refleja este interés, pero también resultaban determinantes en este proceso las normas procesales, pues, en los conflictos de competencia entre el orden civil y el orden social ha residido, en gran medida, buena parte de las dificultades para conseguir los objetivos descritos. De ahí que los últimos intentos normativos (Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal –BOE del 6– y la LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial –BOE del 28–) vayan destinados, precisamente, a evitar dichos conflictos, apostando y potenciando la intervención del juez del concurso en el ámbito laboral, no sin alguna complicación como las que se exponen, sin ánimo exhaustivo, en este estudio. Un análisis crítico que intentará justificar el contenido propositivo que asimismo lo acompaña.

2. La competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso no resuelve todos los problemas laborales en sede concursal

2.1. El indiscutible protagonismo del juez del concurso y el inevitable recurso a la legislación laboral y de Seguridad Social

La subrogación en las deudas laborales y, sobre todo, de Seguridad Social cuando, en sede concursal, se vende una unidad productiva por aplicación del régimen de la transmisión

laboral de empresa ha constituido uno de los grandes escollos procesales para la legislación concursal. Con carácter general, esta última parte de la premisa de que, para mantener la viabilidad operativa de la unidad productiva, es necesario exonerar al comprador de las deudas existentes. Mas la remisión y aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) del régimen de la sucesión de empresa impedía inicialmente exonerar de las deudas laborales y de Seguridad Social al adquirente de la unidad productiva.

El protagonismo del juez del concurso siempre ha estado presente, con todo, en el alcance tanto de la sucesión como de sus efectos. En primer lugar, porque, de existir plan de liquidación, sería el juez quien «en interés del concurso» podría resolver mediante auto en los términos que considerara más conveniente, siendo su auto recurrible en apelación. En segundo término, porque, incluso en defecto de plan de liquidación, el juez podía decidir una exoneración parcial de aquellas cuantías ya satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). En tercer lugar, porque la norma permitía que el juez del concurso fijara el «perímetro» de la unidad productiva objeto de transmisión y, por ende, la inclusión tanto del activo (bienes afectos a la unidad productiva) como del pasivo (incluidas las deudas laborales y de Seguridad Social). Y, por último, porque el juez del concurso debía guiarse por una realidad tozuda que impide vender en sede concursal una unidad productiva con abultado pasivo y cuya exoneración requiere de una garantía jurídica para el comprador, eliminando toda contingencia futura basada en una reclamación contra sus intereses por antiguas deudas de la empresa concursada.

Inicialmente, los conflictos competenciales se saldaban a favor de la jurisdicción social por entender que, en este tipo de actuaciones, intervienen sujetos ajenos al concurso, esto es, a la entidad concursada, como deudora, y a los acreedores, entre ellos las propias personas trabajadoras (López Cumbre, 2015). Y toda la atención, detectada la existencia de una sucesión de empresa, debe estar en la normativa sobre sucesión laboral de empresa. Mas, con esta preferencia de lo social sobre lo concursal, no se lograba la garantía jurídica y, sobre todo, económica pretendida en el concurso y que no pasa tanto por una seguridad sobre la aplicación normativa como por la confianza del empresario que adquiere una empresa de que no pagará en el futuro ninguna deuda adicional a la prevista en el momento de la transmisión. Una garantía que, mientras exista un mínimo atisbo de duda competencial, el comprador no puede tener, pues deberá actuar a su propio riesgo si confía que será exonerado de deudas laborales o de Seguridad Social ante una situación de competencia concurrente entre el juez mercantil y el juez laboral. El riesgo contractual generado por las falsas expectativas del plan de liquidación no puede recaer en la masa del concurso, que, por lo demás, ya habrá concluido por medio de auto firme. De ahí la conveniencia de computar el importe de estas deudas en el precio de la operación, siquiera sea por prudencia (Carrasco Perera, 2021).

Con el fin de evitar este riesgo y de apuntalar la exigida garantía jurídica, el TRLC/2020 intentaría modificar este planteamiento a través de dos referencias; una, que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad

Social, que existe sucesión de empresa (art. 221.1 TRLC), y otra, que el juez del concurso se considera el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa (art. 221.2 TRLC). Pero, como puede observarse, el margen de actuación para el juez del concurso tampoco acrece con esta regulación, ya que la mera enajenación de la unidad productiva se considera, *ope legis* y a efectos laborales y de Seguridad Social, como una sucesión laboral de empresa. Si ante la venta de unidad productiva se produce una sucesión de empresa y, ante una sucesión de empresa, han de aplicarse los efectos laborales y de Seguridad Social implícitos a la misma, la responsabilidad solidaria de la empresa cedente y de la adquirente por las deudas no satisfechas resultará inevitable (López Cumbre, 2021).

La definición sobre la unidad productiva se encuentra en el artículo 200 del TRLC, que la describe como el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria. Se trata de una definición no coincidente con la que se efectúa, en el ámbito laboral, sobre la sucesión de empresa en el artículo 44 del ET. En atención a esta última y, como es sabido, la sucesión laboral de empresa exige una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. En esta diferente dicción se quiere depositar la libertad del juez del concurso para decidir si lo que se vende o transmite constituye o no una unidad productiva, pues, alcanzada dicha conclusión, la enajenación conllevará sucesión laboral de empresa con todas sus consecuencias, sin que el juez del concurso pueda evitarlas. Si el efecto de sucesión de empresa es un predicado legal no sujeto a ponderación del juez, lo que estará reservado al juez del concurso no será constituir el efecto de sucesión de empresa, sino individualizar que se ha producido el supuesto de hecho de venta de unidad productiva.

Llegados a esta conclusión, el legislador concursal reconoce que, si se aprecia sucesión de empresa, los créditos que deberá asumir la adquirente serán los laborales y de Seguridad Social de las personas trabajadoras de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogada la empresa adquirente, ex artículo 224 del TRLC. Deriva interesante, porque parece indicar que ya no se aplica la normativa laboral sobre sucesión de empresa, sino que la norma concursal admite una aplicación parcial de aquella. La norma laboral obliga a asumir las deudas anteriores no satisfechas, pero de todas las personas trabajadoras por cuanto la empresa adquirente no puede decidir en qué contratos se subroga, sino que ha de hacerlo en toda la plantilla de la empresa o unidad productiva que adquiere. No contempla la norma laboral una selección de plantilla salvo que, con anterioridad a la transmisión, se produzca una extinción contractual individual o colectiva de contratos, en cuyo caso, efectivamente la transmisión procederá solo en relación con aquellos contratos que se hallen vigentes, sin prejuzgar la posible responsabilidad de la empresa adquirente sobre las reclamaciones que se deriven de extinciones próximas a la transmisión y no resueltas por sentencia firme. Porque, salvo que se salden todas las deudas por la concursada en el momento de la extinción contractual laboral, todo aquello que permanezca seguirá constituyendo «pasivo» de la misma que pasará, en consecuencia, a la adquirente en virtud de la legislación concursal.

Existe, con todo, una evidente discrepancia entre la norma concursal (particularmente, arts. 222 y 224 TRLC, respectivamente) y la norma laboral (art. 44 ET) por cuanto la primera menciona la subrogación únicamente en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, manifestando que el adquirente quedará subrogado solo en algunos contratos y no en todos aquellos de los que se derivan una serie de deudas. Dicción que contrasta con la contenida en el artículo 44 del ET, en la que no se distingue entre personas trabajadoras subrogadas y no subrogadas al establecer la responsabilidad solidaria, proclamada de cualquier deuda laboral o de Seguridad Social contraída y no satisfecha. No parece que tenga sentido que el mismo texto legal admita los efectos de la sucesión laboral de empresa, pero luego limite dichos efectos de forma parcial a los contratos en los que se subroga la adquirente, toda vez que la adquirente deberá subrogarse en todos los contratos vigentes en la empresa que adquiere o, en su caso, extinguir con posterioridad aquellos que decida no asumir.

2.2. Los límites que fija el juez del concurso y los límites que fijan la actuación del juez del concurso

Mas, comoquiera que las dudas persistían incluso con la nueva dicción del TRLC/2020, se opta por su reforma a través de la Ley 16/2022, que, junto con la modificación de la Ley orgánica 7/2022, afianza la prioridad de la jurisdicción civil sobre la social en esta materia.

Ambas reformas, que probablemente respondan a un mismo objetivo, no se coordinan y aparecen en su aplicación algunas discordancias que pueden debilitar su clara finalidad. Por un lado, porque el nuevo artículo 86 ter de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ) reconoce esa competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para declarar la:

[...] existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social (art. 86 ter.2.4.^a LOPJ),

lo que conduce a la doctrina laboralista a entender, con buen criterio, que, aun cuando la competencia sea del juez del concurso, este no puede eludir la aplicación de la norma laboral y de Seguridad Social (Molina Navarrete, 2021). Sin embargo, el artículo 52 del TRLC, cuando reconoce la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, admite que puede declarar «la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran» (art. 52.1.4.^a TRLC). A esta última advertencia conviene añadir la precisión que el artículo 221 del TRLC efectúa cuando, al regular de manera particular el régimen de sucesión de empresa, señala no solo que,

en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, sino que «el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen» (art. 221.2 TRLC).

La discrepancia, aunque se ha intentado relativizar por parte de algún sector doctrinal (Palomo Balda, 2022), ha de considerarse determinante. Porque, si se atiende a la norma que confirma la competencia exclusiva de los jueces del concurso y en la que reside la delimitación competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales, ciertamente será el juez del concurso el que indique la existencia de una sucesión laboral de empresa, pero, una vez admitida, deberá hacerlo con aplicación de la norma laboral y de Seguridad Social en aquellos efectos que se deriven de la transmisión de una o varias unidades productivas en esta materia. Sin embargo, la norma concursal permite «seleccionar» dichos efectos, y no tanto en su ámbito objetivo –que claramente viene impuesto por la norma laboral y de Seguridad Social–, sino en su ámbito subjetivo, toda vez que el juez del concurso, al señalar «los elementos que integran» la unidad productiva o delimitar «los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen», está permitiendo una ejecución «parcial» de los efectos de la norma laboral y de Seguridad Social, circunscritos únicamente a algunas personas trabajadoras y no a todas las que el artículo 44 del ET abarcaría.

Esa aplicación «parcial» o «selectiva» de la norma en el concurso de acreedores se justifica en el seno del concurso en que el juez puede delimitar los efectos del mismo. Pero, en principio, seguirá sin poder evitar que, respecto de una entidad que no forma parte de este, como es la empresa adquirente, otros órdenes jurisdiccionales puedan actuar. Evidentemente, todas estas precisiones de la normativa modificada intentan impedir este efecto y pretenden cortocircuitar toda actividad procesal ajena al «perímetro» concursal no para la empresa concursada, sino para la empresa adquirente. Mas semejante objetivo no parece del todo logrado o, al menos, sigue manteniendo, en algunos aspectos, un perfil confuso que conviene aclarar a efectos de este análisis.

La forma de afianzar la tesis garantista para la empresa adquirente en virtud de la cual la decisión del juez del concurso, al delimitar no solo el perímetro de la unidad productiva adquirida, sino los efectos laborales y de Seguridad Social de su responsabilidad, impide cualquier reclamación ulterior es la firmeza de dicha decisión y la predecibilidad de la misma. Con esta deriva, se impide, no ya que quienes forman parte de la transmisión en sede concursal –personas trabajadoras subrogadas– puedan denunciar la resolución del juez del concurso, sino que aquellas que han sido excluidas –personas trabajadoras no subrogadas– tampoco podrán acudir a otra jurisdicción –la social– en demanda de potenciales derechos que no pueden defender en sede concursal –puesto que no han sido objeto de transmisión– ni tampoco en sede social –puesto que la decisión del juez del concurso así lo impide–. No en vano, cabe entender que la pretensión normativa al fijar el juez del concurso no solo la existencia de una sucesión de empresa, sino la delimitación de activos, pasivos y relaciones laborales afectadas, es precisamente la de circunscribir en el juez del concurso la capacidad

de zanjar cualquier resolución posterior que cuestione su decisión sobre la delimitación del «perímetro» no solo de la transmisión de la unidad productiva, sino de los efectos laborales y de Seguridad Social de la misma.

Ahora bien, como ha podido comprobarse, esta interpretación no parece que resulte acorde con lo dispuesto en el artículo 86 ter.2.4.^a de la LOPJ. Puede resultar cuestionable que sea el juez del concurso quien tenga capacidad para fijar si existe o no sucesión laboral de empresa en la transmisión de la unidad productiva. Pero esta es una afirmación que, al menos con la dicción vigente del TRLC, no admite cuestionamiento alguno. Son varios los preceptos que permiten deducir su capacidad para determinar si se trata de una entidad productiva que se mantiene con posterioridad o, por el contrario, la reunión de una serie de elementos dispersos incluidos en el concurso evita considerar que se trate de una sucesión laboral empresarial (arts. 218.4, 220.1, 222.1 y 224.1.3.º TRLC). Se admite, así, que el juez del concurso en función de una serie de criterios (actividad a desarrollar, volumen de negocio, explotación, etc.) pueda decidir sobre la existencia o ausencia de una sucesión laboral de empresa. Por supuesto, si su resolución es negativa, rechaza la existencia de una sucesión laboral de empresa, pero, con posterioridad, se demuestra la existencia de la misma, los interesados con legitimación activa podrán iniciar acción –ya en el orden social, puesto que ha concluido el concurso y la intervención del juez mercantil– en defensa de una posible actuación empresarial fraudulenta.

Decidida la existencia de la sucesión, los efectos laborales y de Seguridad Social se imponen, ex artículo 86 ter de la LOPJ. Podría cuestionarse que dicho precepto alude, asimismo, a la «determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social». No puede ser que la declaración suponga una aplicación «parcial» como se pretende al seleccionar aquellas personas trabajadoras afectadas y aquellas que no lo están por la sucesión empresarial, porque eso resulta contrario a la aplicación de las normas de transmisión laboral de empresa. Sí puede resultar coherente, sin embargo, con la posibilidad que establecía y que establece la Ley concursal para que el juez del concurso decida que la empresa adquirente no se subrogue en las cantidades salariales o indemnizatorias asumidas por el FOGASA, ex artículo 224.1.3.º del TRLC.

Además, la «libertad» que se propugna del juez del concurso desde la tesis mayoritaria es solo relativa. Porque, al menos en esta materia, el juez se halla condicionado por la oferta de adquisición de la unidad productiva. Ciertamente, el juez del concurso podrá admitir, rechazar o modificar dicha oferta para ajustarla a los intereses del concurso, pero lo que no podrá hacer es partir de cero y guiar, según su criterio, el recorrido de la transmisión. Bien al contrario, será él quien se encuentre condicionado por la oferta de adquisición delimitando esta qué activos, pasivos y relaciones laborales, en los términos previstos en el artículo 218 del TRLC, se incluyen. Como normalmente la plantilla requerida por el oferente será inferior a la que realmente conforma la unidad productiva, la competencia del juez de lo mercantil en la delimitación «perimetral» de la unidad productiva no será plena, sino que vendrá condicionada por una decisión previa, la del comprador.

En su oferta, la empresa adquirente puede hacer, al menos, tres cosas. La primera, admitir todos los activos, pasivos y relaciones laborales de la unidad transmitida, en cuyo caso no se planteará problema alguno, pues la concordancia entre la norma concursal y la laboral es plena. La segunda, plantear su propuesta óptima, configurando la unidad productiva en los términos laborales más idóneos, esto es, presentando la relación de activos, pasivos y relaciones laborales necesarias para la continuidad de la empresa. En este caso, a su vez, se pueden derivar dos situaciones: una, que haya acordado con la empresa concursada que lo que se transmita sea precisamente esa relación de activos y pasivos necesarios para la continuidad y que, por tanto, la concursada, al menos en el ámbito laboral, haya actuado, conforme a la legislación laboral, modificando, suspendiendo o extinguiendo, individual o colectivamente, aquellas relaciones laborales que resultan excluidas, con la correspondiente satisfacción de las deudas derivadas –pues, de lo contrario, engrosaría el pasivo de la concursada–; y dos, que la empresa concursada no efectúe ninguna acción y deje todo el entramado de transmisión en manos de la Administración concursal y del juez del concurso, siendo este último el que decida, en virtud de la oferta de la adquirente, qué relaciones laborales se mantienen en la unidad transmitida y cuáles de ellas resultan excluidas, con el riesgo de que, si la decisión del juez del concurso no resulta coincidente con la pretensión de la adquirente, esta última retire su oferta. O bien puede ocurrir, en tercer lugar, que la adquirente presente su oferta, pero entienda que ha de subrogarse en todas las relaciones laborales para evitar sorpresas futuras y, una vez adquirida la unidad productiva, proceda con la extinción, en su caso, individual o colectiva, de aquellas relaciones laborales que no precisa para el desarrollo de su actividad empresarial. En definitiva, es esta última la única opción que contempla el legislador laboral en el artículo 44 del ET cuando dispone que la empresa se subroga en todas las deudas pendientes, sin perjuicio de ulteriores decisiones laborales de la empresa adquirente.

Existen, además de las expuestas, otras dificultades no menores entre la norma concursal y la normativa de general aplicación a la sucesión laboral de empresa y sus efectos laborales y de Seguridad Social.

La primera es que el artículo 224 del TRLC, al definir los efectos sobre los créditos pendientes de pago, obliga a asumirlos:

Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroga 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 (art. 224.1.3.º TRLC).

Pues bien, parece evidente que la referencia a las indemnizaciones pendientes de pago solo puede entenderse respecto de las personas trabajadoras que no han sido subrogadas por la adquirente, pues, de haber mediado subrogación, no habrían generado indemnización alguna y, de ser así, la responsable del pago, aunque fuera solidariamente, sería la

empresa adquirente. Es una consecuencia clara, no de lo dispuesto e interpretado de forma mayoritaria con relación a la subrogación laboral empresarial en sede concursal, sino de lo que impone la norma laboral y de Seguridad Social, aplicable también en sede concursal, como viene exponiéndose.

Y la segunda deriva de lo dispuesto en el artículo 224 bis del TRLC, en el que precisamente se indica cómo actuar cuando se presenta una oferta de adquisición para una o varias unidades productivas. Porque, curiosamente, en la propuesta escrita vinculante que puede presentar el deudor deberá constar:

[...] la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de 3 años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 224 bis.1 TRLC).

Es más, dicha propuesta puede ser presentada por «personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada» (art. 224 bis.3 TRLC). Esta última deberá tener prioridad, en caso de presentación de varias ofertas, «siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios» (art. 224 bis.6 TRLC).

De esta regulación cabe deducir varias conclusiones. Por una parte, que la referencia a una limitación a 3 años es incompatible con la preservación de la relación laboral que fija el artículo 44 del ET, por lo que ha de considerarse que, también en sede concursal, se aplica este último con todos sus efectos, sin perjuicio de que, con posterioridad, la adquirente decida no continuar con la actividad productiva, en cuyo caso deberá acudir a los procedimientos laborales establecidos para tal objetivo. Esto significa que la empresa adquirente no puede tomar decisiones que contradigan la pretensión del artículo 44 del ET *ex ante*, sino, en su caso, *ex post*. Por otro lado, si las personas trabajadoras pueden adquirir la unidad productiva en concurso, la norma no está pensando en aquellas personas trabajadoras susceptibles de subrogación, sino en todas las personas trabajadoras, que son las que resultan susceptibles de subrogación. A diferencia del planteamiento general que se viene defendiendo con la reforma del año 2022, no parece admitir aquí la norma que existan personas trabajadoras «interesadas» en la continuidad de la empresa que puedan quedarse fuera de la subrogación al producirse una «selección» de personas trabajadoras como consecuencia de la transmisión. Bien al contrario, solo aquellas que no estén interesadas quedarán fuera de la operación de transmisión, pero por propia voluntad, no porque la transmisión «expulse» a estas personas trabajadoras de su continuidad laboral. Y, por último, como el juez del concurso deberá tener en cuenta una serie de criterios al dotar esta oferta de prioridad, tales como la continuidad de la empresa o unidad productiva y el mantenimiento de los puestos de trabajo, cualquier hipótesis o interpretación que contemple la reducción de estos resultará contraria a la finalidad de la misma.

3. Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral y jurisdicción social en sede concursal

3.1. Competencia del juez del concurso en materia laboral

La norma concursal no alberga dudas a la hora de atribuir competencia laboral al juez del concurso en el artículo 53 del TRLC. Lo hace, como es sabido y de forma expresa, para defender la competencia exclusiva y excluyente para conocer sobre las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta Ley concursal, tengan carácter colectivo, así como sobre aquellas que versen acerca de la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

Por su parte, y en coherencia con lo expuesto, el artículo 2 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) extiende la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social a las cuestiones litigiosas entre empresarios y personas trabajadoras como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley concursal. En esta misma línea, el artículo 3 h) de la LRJS excluye de la jurisdicción social las «pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso». Pero se trata de expresiones que contenía esta ley desde su publicación en 2011 y no son fruto de ninguna reforma concursal o judicial posterior. Por lo tanto, no puede servir esta alusión como argumento que refuerce la posición del juez del concurso, toda vez que esta regulación se ha mantenido durante los últimos 12 años, testigos de cuantas vicisitudes procesales y competenciales de la actividad concursal en el ámbito laboral se han producido, especialmente en relación con la transmisión de empresas.

Porque, sin prejuzgar la posibilidad de que estas acciones de modificación, suspensión o despido se produzcan antes o después de la transmisión de la empresa en sede concursal, procede considerar estas acciones con entidad propia, dentro del concurso y, en principio, desligadas de la transmisión de la unidad productiva. Sin embargo, esta intención legal pone de manifiesto, también para la transmisión, que la competencia del juez del concurso se extiende exclusivamente a aquellas acciones relacionadas con el concurso y en sede concursal y no otras. Pues, en principio, se parte de la competencia exclusiva y excluyente para conocer de estas acciones sociales del juez del concurso «dentro del concurso» y solo dentro del concurso.

Esta tesis queda reforzada cuando el artículo 55 del TRLC admite la extensión de la jurisdicción del juez del concurso «a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos anteriores, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada

tramitación del procedimiento concursal» (art. 55.1 TRLC). Es más, la decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto «fuera del concurso de acreedores en que se produzca» (art. 55.2 TRLC).

Además, conviene recordar, asimismo, que el artículo 75.2.º de la LOPJ establece la competencia de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia, entre otras, para conocer:

De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia.

Por lo tanto, no toda actuación en sede concursal está vedada en sede social, sino que existe una interconexión entre ambas, bien que, en este caso, por expreso deseo de la legislación del poder judicial.

Y precisamente esa interconexión es la que requiere de un análisis más detallado cuando las acciones sociales en sede concursal coinciden con las acciones derivadas de la transmisión de empresa en la misma sede.

Dentro de la transmisión de empresa del artículo 44 del ET está prevista la extinción contractual, individual o colectiva, previa a la misma (de acuerdo con el art. 44.9 ET, el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus personas trabajadoras vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de estas últimas sobre las medidas previstas y sus consecuencias). Del mismo modo, en el ámbito concursal será posible siempre solicitar la extinción colectiva, ex artículos 169 y siguientes del TRLC, si la Administración concursal o las personas trabajadoras de la empresa concursada a través de sus representantes así lo manifiestan. Para ello se requiere que el concurso haya sido declarado, en cuyo caso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido y la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se tramitarán por las reglas establecidas en esta Ley concursal cuando tengan carácter colectivo. En aquello no previsto, deberá aplicarse la legislación laboral, conservando los representantes de las personas trabajadoras las facultades que esta legislación laboral les atribuye.

La relación entre la transmisión y estas otras medidas queda patente en lo dispuesto en el artículo 220 del TRLC, pues el juez deberá adoptar su decisión en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas previa audiencia, por plazo de 15 días, de los representantes de las personas trabajadoras, si existieran. Mas, en el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las

condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo (art. 220.2 TRLC). De esta expresión se deduce que la decisión sobre un despido colectivo puede ser previa o simultánea a la de enajenar la unidad productiva. Una determinación importante, toda vez que el artículo 44 del ET no contempla la subrogación sobre contratos laborales extinguidos, sino vigentes («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», ex art. 44.1 ET), al margen, eso sí, de la responsabilidad sobre las deudas generadas y no satisfechas en relación con los primeros.

La resolución judicial sobre el despido colectivo surtirá efectos desde el momento en que se dicte, ex artículo 183 del TRLC, al afirmar que el auto que acuerde la suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo o el despido colectivo «surtirá efectos constitutivos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y originará la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados».

Es previsible que la solicitud de incoación del despido colectivo concursal se acompañe del acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras sobre el plan de venta de la unidad productiva y la procedencia de extinguir los contratos de personal no adscrito. También podrá sustanciarse un despido colectivo tras la enajenación de la unidad productiva, para extinguir aquellos contratos que han de quedar fuera de la misma –no que quedaron fuera de la misma, pues, por aplicación del art. 44 ET, no habrán podido quedar fuera si no se ha hecho con anterioridad a la enajenación de la unidad productiva; o hay subrogación o hay extinción previa a la subrogación, pero extinción posterior a la subrogación solo cabe si opera dentro de la unidad ya transmitida–. Podrá afirmarse que el «perímetro» de la transmisión lo ha fijado el juez del concurso al aprobar el plan, conforme a una oferta efectuada por un adquirente. Pero los contratos laborales restantes no pueden pertenecer a un «limbo» jurídico; o se extinguen antes de la transmisión, o después de la misma o se interpreta que, con la aprobación de la transmisión, los contratos «excluidos» quedan automáticamente «extinguidos», lo que no concilia ni con la ley laboral, ni con la concursal, ni con la procesal, ni con ninguna norma aplicable.

Y es aquí donde surgen numerosos problemas procesales y sustantivos, al analizar el auto del juez del concurso que resuelve la enajenación de la unidad productiva.

De acuerdo con el artículo 546 del TRLC, contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación.

Sin embargo, el artículo 422 del TRLC dispone algo distinto en relación con la enajenación de la unidad productiva. En principio, se prevé que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la masa activa se enajenará como un todo, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de

liquidación, hubiera autorizado la enajenación individualizada. En todo caso, la Administración concursal, cuando lo estime conveniente para el interés del concurso, podrá solicitar del juez la autorización para la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan. Pues bien, de acuerdo con el artículo 422.3 del TRLC, contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, no cabrá recurso alguno.

De esta afirmación se deduce que, en este caso, cuando se produce una enajenación individualizada de cualquier unidad productiva, no cabe cuestionar ni en suplicación ni en casación la decisión del juez del concurso, careciendo el orden social de competencia para decidir en trámite de recurso ningún tipo de planteamiento laboral derivado de la decisión adoptada por el juez del concurso al enajenar la unidad productiva.

No obstante, la norma permite acudir al incidente concursal en materia laboral del artículo 541 del TRLC en determinadas situaciones. Precisa el legislador que, en este trámite, se dilucidarán las acciones que las personas trabajadoras o el FOGASA ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de personas trabajadoras que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con los altos directivos. No parece, pues, que este incidente esté previsto para discutir ningún elemento en relación con la transmisión de la unidad productiva, aunque sí respecto de todos aquellos otros que se deriven de la misma, como, por ejemplo, el despido colectivo, siempre que se tramite dentro del concurso y que haya de ser resuelto por el juez mediante auto.

Semejante dicción permite entender que el incidente concursal en materia laboral del artículo 541 del TRLC no parece estar previsto para discutir ningún elemento en relación con la transmisión de la unidad productiva. Aunque sí respecto de todos aquellos otros que se deriven de la misma, como, por ejemplo, el despido colectivo, siempre que se tramite dentro del concurso y que haya de ser resuelto por el juez mediante auto.

Pero existe otro incidente concursal, de carácter general, regulado en el artículo 532 del TRLC. En atención al mismo, todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso, se tramitarán por el cauce del incidente concursal. En este tipo de incidente concursal, se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda. Cualquier persona comparecida en el concurso podrá intervenir en el incidente concursal conforme al régimen establecido en la Ley de enjuiciamiento civil

(LEC) para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, sin necesidad de especial pronunciamiento del tribunal, ni audiencia de las partes cuando se trate de aquellas que ostenten previamente la condición de parte en el concurso o se trate de acreedores incluidos en la lista de acreedores, ex artículo 534 del TRLC. Contra dicha resolución cabrá recurso de apelación ante la correspondiente audiencia provincial.

No parece que el orden social participe en todo este proceso, a pesar de que se cuestionen deudas laborales y de Seguridad Social y pese a que quienes estén afectadas sean personas trabajadoras y empresas –ya saliente, ya entrante–. Salvo por lo que se refiere a la aplicación del artículo 551 del TRLC. Dicho precepto sí contempla la posibilidad de incluir «recursos en materia laboral». Y, en atención al mismo, contra el auto que decida sobre esta actuación u otras recogidas en el mismo, así como contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, cabrá recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LRJS, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas.

De algún modo, todo ello permitirá plantear cuestiones derivadas de la sucesión de empresa, incluso podrá permitir cuestionar la propia sucesión de empresa si esta fuera la causa en la que se justifica el despido colectivo autorizado, procediendo por vía indirecta a impugnar la transmisión empresarial y sus efectos en sede concursal. También de forma colectiva por cuanto el juez del concurso deberá pronunciarse sobre las cuestiones que susciten los representantes de las personas trabajadoras en relación con el despido colectivo, pero derivadas de la sucesión de empresa al igual que sucede con las personas trabajadoras individualmente consideradas. Y, puesto que la posible discrepancia contra el auto que decide sobre el despido o las cuestiones colectivas y contra la sentencia que resuelve el incidente concursal laboral se podrá resolver mediante recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LRJS «que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social», este último estará presente en sede concursal y tanto directamente en relación con el despido colectivo como indirectamente en referencia a la transmisión de empresa.

La legitimación para recurrir el auto que decide el despido colectivo corresponderá a la Administración concursal, al concursado, a las personas trabajadoras a través de sus representantes y al FOGASA, así como, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren. En consecuencia, contra el citado auto, la representación de las personas trabajadoras podrá interponer recurso de suplicación ante el orden social y aquellas otras acciones deducidas por las personas trabajadoras deberán resolverse mediante el incidente concursal en materia laboral que finalizará a través de sentencia frente a la cual cabrá interponer recurso de suplicación, ex artículo 551.1 del TRLC. Y, puesto que las personas trabajadoras pueden impugnar, mediante incidente concursal laboral, el auto dictado por el juez del concurso, podrán cuestionar la actuación

del despido colectivo concursal con las mismas garantías que quienes impugnan un despido colectivo que no se desarrolla en sede concursal.

Con alguna diferencia sustancial. Así, en el proceso laboral y como es sabido, la impugnación del despido colectivo por vía individual tendrá una tramitación diferente según si el despido ha sido impugnado o no en vía colectiva (art. 124.13 LRJS). Una distinción que en sede procesal no resulta tan nítida. El artículo 541.2 del TRLC dispone que las personas trabajadoras deberán presentar la demanda del incidente concursal laboral en el plazo de 1 mes desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial y el FOGASA desde que se le notifique la resolución. Por su parte, también los representantes podrán impugnar la actuación del juez del concurso.

En un proceso ajeno al concurso, el plazo para la impugnación individual comenzará desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo sin perjuicio del derecho a ejercitar la acción antes de que se presente la demanda colectiva o mientras se sustancia la misma. De no haber sido impugnada colectivamente, el plazo comenzará cuando transcurran los 20 días de caducidad de que disponen los representantes para ejercer la acción colectiva. Sin embargo, en sede concursal esto no ocurre y el desarrollo de ambas sanciones puede ser simultáneo. Por esta razón, cada acción deberá seguir su propio procedimiento conforme al plazo correspondiente.

Por otro lado, así como cuando en el régimen general, al interponer demanda por despido colectivo, se interrumpe la tramitación de la acción individual hasta que aquella sea resuelta (art. 51.6 ET), en el régimen concursal, la solución no resulta tampoco sencilla. La interposición del recurso de suplicación contra el auto por el que se decide el despido colectivo debería detener el incidente concursal hasta la resolución de dicho recurso. La extinción es efectiva, ha sido resuelta por el auto de extinción, pende recurso de suplicación, por lo que cualquier otra demanda en este sentido debería ser rechazada por litispendencia del artículo 427 de la LEC.

En idéntica línea, en el caso del artículo 124.3 b) de la LRJS se acepta que la sentencia firme dictada en proceso colectivo tenga eficacia de cosa juzgada en procesos individuales y, del mismo modo, podría hacerse en el incidente concursal, limitando el objeto de este último únicamente a aquellas cuestiones de carácter individual que no hubieran sido objeto de demanda de despido colectivo.

3.2. La «presencia» del juez social en el ámbito concursal

El problema puede surgir fácilmente cuando aquellas personas trabajadoras con relación extinguida por el despido concursal o sus representantes deciden impugnar, ya individual, ya colectivamente, ante la jurisdicción social contra una empresa que no es la concursada,

sino aquella que la ha adquirido, considerando que ha existido sucesión de empresa y exigiendo a esta última su responsabilidad. Bien es cierto que, aprobado el despido colectivo por el juez del concurso, quienes entiendan perjudicados sus derechos deberían hacerlo valer a través del incidente concursal laboral o el recurso de suplicación. Toda pretensión impugnatoria contra el auto del juez del concurso en el que se acuerda el despido colectivo, aunque se trate de un pedimento que cuestione la existencia de una sucesión de empresa y sus efectos laborales y de Seguridad Social como consecuencia de la venta de unidad productiva en sede concursal o por cualquier otro motivo, deberá ser encauzada a través del recurso de suplicación que se interponga frente a dicha resolución, o bien, si se hiciera de forma individual por la persona trabajadora afectada, mediante el incidente concursal laboral susceptible, asimismo, de recurso de suplicación.

Sin embargo, no parece que este recurso, posible frente al auto resolutorio del despido colectivo impugnado por sujetos colectivos o contra la sentencia dictada por el juez de lo mercantil en el incidente concursal laboral promovido por las personas trabajadoras afectadas, pueda entrar en la decisión de la sucesión de empresa y mucho menos en la pretensión de sujetos que han quedado excluidos de la unidad productiva a transmitir. Al tratarse de un recurso extraordinario, queda limitado el planteamiento de cuestiones nuevas que no hayan sido suscitadas o debatidas en la instancia, por lo que será difícil desvincular el despido colectivo de la venta de la unidad productiva, en su caso.

Además, conviene no olvidar que normalmente todo este proceso –venta, precisión sobre número de personas trabajadoras a subrogar y despido colectivo previo en la empresa concursada para ajustarse a la oferta del adquirente– suele estar avalado por el acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras, lo que hará difícil cualquier impugnación basada en el citado acuerdo.

Mas, si se admite la tesis prevalente acerca de la posibilidad de que la Administración concursal seleccione a las personas trabajadoras a incluir en el despido colectivo a fin de que el juez del concurso apruebe un plan de liquidación conforme a la propuesta del adquirente para dictar auto de adjudicación, las personas trabajadoras «excluidas» optarán por impugnar la decisión de su despido solicitando que se declare nula o, subsidiariamente, improcedente. Ahora bien, si se estima que, con el plan de liquidación, la adquirente queda exonerada de responsabilidad alguna sobre los contratos extinguidos, no podrá ser esta empresa la destinataria de las consecuencias, en su caso, de la improcedencia o nulidad del despido. Y tampoco podrá serlo la empresa concursada que ya ha sido transmitida, puesto que no podrá cumplir las consecuencias de tal calificación. En definitiva, tan solo la compradora podrá asumir la readmisión o, en su caso, indemnización de las personas trabajadoras afectadas por la «selección» en el despido colectivo y, por ende, en la subrogación de la unidad productiva, si es que esta se mantiene activa. De ahí que, en principio, la persona trabajadora incluida en el despido colectivo concursal podrá solicitar su exclusión a través del incidente concursal y luego ejercitar una acción de despido ante la jurisdicción social cuando la empresa adjudicataria se niegue a subrogarlo.

Para impedir cualquier responsabilidad de la adquirente en este punto, se alude a que la resolución del auto solo puede basarse en la existencia o no de las causas alegadas para justificar el despido colectivo, siendo cualquier otra cuestión ajena a esta decisión. Pero constituye esta interpretación una auténtica falacia, pues precisamente el despido colectivo es causa de la transmisión, en la que se impone una subrogación parcial y no plena de la plantilla. Solo cabría aceptar tal planteamiento si el auto del juez del concurso se pronunciara de forma expresa o tácita sobre la delimitación de su contenido, resultando, de lo contrario, una cuestión obvia dada su conexión. Y, así, salvo que las partes no hicieran alusión a esta conexión y prefirieran iniciar procesos distintos e independientes para cada causa, esto es, considerando el despido colectivo y la transmisión como situaciones autónomas, la conveniencia de abordarlas conjuntamente parece evidente.

Mayor dificultad entraña, ciertamente, llevar al proceso de despido colectivo a quien no ha sido parte en el mismo, en este caso la empresa concursada. Se podrá alegar que se trata de un potencial o real adquirente, pero lo cierto es que no se considera parte en el despido colectivo motivado antes de la transmisión o como consecuencia de la misma. De ahí que se sugiera que cualquier controversia al respecto se canalice a través del incidente concursal común del artículo 532 del TRLC. Porque, si lo que se pretende es que, en el incidente concursal laboral, se consiga la calificación de improcedencia o nulidad del despido colectivo acordado en el auto del juez del concurso con la responsabilidad correspondiente del adquirente, esta última tendrá que estar presente en el proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.2 de la LEC, como legitimada pasiva.

Suele ser frecuente, con todo, que al plantear en la demanda incidental la declaración de nulidad o subsidiariamente de improcedencia del despido por falta de transparencia en la venta de la unidad productiva, se oponga como excepción la inacción de las partes en el proceso de la venta. Y, así, puesto que las circunstancias referidas a la unidad productiva y la sucesión de empresa se sustanciaron dentro de las secciones que afectan a la liquidación y a la masa activa del concurso, los afectados, a título individual o a través de sus representantes, debieron impugnar esta actuación cuestionando tanto el proceso de la venta como su adjudicación. De lo contrario, el incidente no podrá afectar al adquirente. Nada impediría, con todo, apreciar de oficio en suplicación el listisconsorcio pasivo necesario. Debería decretarse, así, la nulidad de actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior de admisión de la demanda incidental formulada por la persona trabajadora afectada por el despido concursal para que amplíe su demanda contra la empresa a la que se transfiere la unidad productiva y a la que se demanda la subrogación de su contrato.

Al menos, así es como obran los tribunales cuando quien estima que su derecho ha sido preterido solicita la prioridad de permanencia en la empresa, en este caso en la empresa adquirente. El juez del concurso suele desestimar la demanda por entender que la readmisión se solicita frente a una empresa, la adquirente, que no ha sido llamada al procedimiento incidental, por lo que, en suplicación, no cabe admitir dicha oposición. Porque, en este

caso, no se cuestiona en la demanda la extinción de su relación con la concursada, sino el reingreso o reincorporación en una empresa distinta a aquella. Y la acción de reingreso constituye una acción diversa que deberá articularse frente a la adquirente, pues no solo implica la readmisión, en su caso, de la persona trabajadora, sino la expulsión de alguna de las personas trabajadoras subrogadas, acción respecto de la cual carece de legitimación la empresa concursada que no puede satisfacer tal pretensión. De hecho, deberán ser demandadas todas las personas que pudieran verse afectadas por la citada preferencia, aplicando la regla del artículo 124.13 de la LRJS, también en sede concursal. Ahora bien, como se apuntara, se admite aquí también la apreciación de oficio en suplicación del citado litisconsorcio pasivo necesario para obligar a retrotraer las actuaciones, originando la posibilidad de ampliar la demanda contra la empresa adquirente.

Puede surgir, asimismo, un problema en cuanto a los plazos a aplicar. Se acudirá al plazo de 1 mes del artículo 541.2 del TRLC en aquellos supuestos en los que los hechos determinantes de la sucesión de empresa sobrevienen una vez ha transcurrido el lapso temporal y lo que se impugna en el incidente concursal es la extinción producida por el despido colectivo cuando la sentencia dictada en suplicación revoca el auto en el que el juez mercantil rechaza la demanda incidental apreciando caducidad, además de falta de legitimación pasiva de la adquirente.

De esta forma, si se transfiere primero la unidad productiva y luego se despide colectivamente en sede concursal, la sentencia en suplicación suele considerar que el hecho de no haber impugnado la resolución judicial previa por la que se aprueba la transmisión de la unidad productiva convierte en extemporánea cualquier impugnación a través del incidente concursal, en cuyo caso el derecho de preferencia no puede entrar en juego al afectar a la totalidad de las personas trabajadoras de la adquirente. Por consiguiente, si se pretende impugnar el auto de adjudicación de la unidad productiva, tanto si la enajenación ha sido acordada mediante resolución independiente como si se hace en el auto que aprueba el plan de liquidación, la vía procesal más idónea sería la del incidente concursal general de los artículos 532 y siguientes del TRLC, pudiendo formularse recurso de apelación ante la audiencia provincial contra dicha decisión.

Mas se trata de una afirmación que no encaja en la previsión del artículo 541 del TRLC en el que nada se señala al respecto. En principio, por esta vía podrán suscitarse todas aquellas cuestiones que sobrepasen el ámbito de la relación individual, sin perjuicio de que la sentencia únicamente tenga efectos respecto de la persona demandante o personas demandantes. Pero constituye un instrumento de reacción frente al auto emitido en el despido colectivo concursal mucho más garantista, que equipara, en cuanto a su protección, a las personas trabajadoras incluidas en el mismo con las concernidas por el despido colectivo acordado por una empresa que no está inmersa en el concurso. De esta forma, junto a las cuestiones individuales se podrán suscitar otras que afecten a todas las personas comprendidas en el auto como las atinentes a la sucesión de empresa y sus efectos.

Con todo, la competencia social en sede concursal se considera presente, aunque limitada a aquellas competencias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso (Martínez Moya, 2022)¹.

Así, por ejemplo, se admite cuando la sucesión laboral no deriva de la venta de la unidad productiva en concurso en los términos previstos por la Ley concursal. Ocurre de este modo cuando se produce la venta judicial conjunta o en globo de activos como elementos patrimoniales aislados que no son considerados aptos para conformar unidad productiva autónoma. El juez del concurso o no se pronunciará o no declarará la sucesión empresarial. Mas, si las personas trabajadoras entienden o comprueban que esos medios transmitidos permiten a la adquirente continuar con la actividad empresarial, deberá ser la jurisdicción social la que conozca de las acciones ejercitadas, sin perjuicio de la actuación que, con carácter prejudicial al amparo del artículo 55 del TRLC, haya realizado el juez mercantil (resolviendo en su auto sobre maquinaria, clientela, etc.). Porque, en este caso, no se trata de una sucesión operada en el seno de una liquidación concursal, pues el juez del concurso cerró dicha posibilidad, por lo que cabe estimar la demanda incidental de extensión de responsabilidad interpuesta por antiguas personas trabajadoras de la concursada que defienden la existencia de una sucesión laboral de empresa y solicitan la responsabilidad solidaria de la sucesora en las obligaciones derivadas de la ejecución.

Del mismo modo, se considera extendida la idea de que el papel del juez de lo social en el ámbito concursal lo desempeña, con todas las consecuencias, aplicando todas las normas y admitiendo todos los principios, el juez de concurso, quien deberá operar, en sede concursal, como si de un juez social se tratara aplicando normas laborales y de Seguridad Social. De hecho, se estima que, si bien en el antiguo artículo 86 ter de la LOPJ se exigía que el enjuiciamiento de las materias laborales debía regirse, en sede concursal, por los principios del procesal laboral, tal indicación ahora ha desaparecido. Se alude hoy a la actuación del juez del concurso «conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social», lo que, por otra parte, no dista mucho de incluir, asimismo, la aplicación de los principios que dicha legislación conlleva, abarcando esta última tanto la perspectiva sustantiva como la procesal.

Ahora bien, si el juez del concurso debe operar como un juez del orden social, ¿por qué no mantener las competencias en el orden social? Porque, aun cuando en sede concursal sea necesario hacer prevalecer la norma mercantil sobre la laboral, lo cierto es que el juez de lo mercantil se encuentra vinculado por la norma laboral o de Seguridad Social y sus efectos cuando tiene que aplicar la misma en sus decisiones, incluidos los principios derivados del proceso social (Rodríguez Achútegui, 2021). En consecuencia, si las decisiones del juez del concurso van a ser recurridas en el orden social, vía suplicación o casación para unificación de doctrina, parecería razonable que decisiones como las apuntadas pudieran ser conocidas también previamente por el orden social. No en vano, las resoluciones que

¹ Un análisis exhaustivo sobre cuestiones competenciales, la venta de la unidad productiva o el régimen de los créditos laborales y de Seguridad Social en Cano Marco (2020).

emite el juez del concurso en el ámbito laboral no pueden sino estar inspiradas en los principios del proceso laboral, siendo recurridas, asimismo, dentro del orden social.

4. Otras cuestiones de interés general o particular en el ámbito laboral y de Seguridad Social reguladas en la Ley concursal

4.1. Intereses «particulares» en sede concursal

Existen otros aspectos de interés en la norma concursal que merecerían un estudio monográfico, pero que solo se incorporan en este texto a título referencial².

Por una parte, el tratamiento de los contratos de alta dirección, cuya suspensión y extinción podrá ser declarada en el concurso, incluso con reducción de la indemnización extintiva previamente fijada, ex artículo 186 del TRLC. Y, especialmente, en el caso de los planes de reestructuración en los que se permite no solo la suspensión o extinción de estos contratos, sino también la de los consejeros ejecutivos. En caso de extinción, en defecto de acuerdo, el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al consejero ejecutivo y al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo, que resultará igualmente aplicable a los consejeros ejecutivos.

Como ya se advirtiera, esta regulación no hace más que afianzar la tesis que asimila el tratamiento del alto directivo y del consejero ejecutivo, superando ya por fin la obsoleta teoría del vínculo (López Cumbre, 2022a). Pero, más allá de esta interesante polémica, también resulta sorprendente que la autonomía de la voluntad prevalente en la relación de alta dirección –ahora extendida a los consejeros ejecutivos, con buen criterio– se rompa con una intervención heterónoma. En defecto de pacto, será el juez al que corresponda la homologación el que deberá modular la indemnización –se entiende que en función de las necesidades propias de cada reestructuración– con un límite –no se deduce bien si mínimo o máximo– coincidente con la del despido colectivo –20 días de salario con un límite de 12 mensualidades–. Sabiendo, sin embargo, que la indemnización por extinción supone una cláusula de blindaje habitual en los contratos de alta dirección y teniendo en cuenta que los planes de reestructuración deberán surgir y negociarse con la participación y, en su caso, aquiescencia de estos ejecutivos, altos directivos o consejeros, se antoja difícil pensar que vayan a admitir el inicio de un plan que concluya con la drástica reducción de su indemnización. Resultará más sencillo que o bien el plan no contemple la cuestión de la indemnización –en cuyo caso, el juez no podrá intervenir, siguiendo la dicción de este precepto– o que, previamente, en el plan se incluya un pacto para impedir, así, la intervención judicial (López Cumbre, 2022b)³.

² Vid., recientemente, Taléns Visconti (2023).

³ Vid. sobre este punto Orellana Cano (2023a; 2023b).

Con todo, las controversias que se susciten en esta materia se tramitarán conforme al incidente concursal ante el juez competente de la homologación y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación, ex artículo 621 del TRLC. Algo que no deja de sorprender también por cuanto, como se expusiera, el recurso de suplicación (art. 551 TRLC) está previsto para acciones de naturaleza colectiva. Y no parece encajar en este esquema la demanda de un alto directivo o de un consejero ejecutivo. Salvo que se atienda a la precisión que este artículo 551 del TRLC reconoce al admitir el recurso de suplicación «contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso». Mas la nueva regulación del artículo 621 del TRLC no tiene acomodo en un incidente —«¿concursal?»— planteado en la fase de homologación de un plan de reestructuración —previa al proceso concursal—. Ni tampoco se alcanza a comprender por qué el recurso de suplicación admitido en la Ley concursal para materia de índole colectiva se extiende ahora a un conflicto de naturaleza individual.

Obsérvese, por lo demás, que no existe un precepto similar para disponer dentro del plan de reestructuración la suspensión o extinción del resto de contratos laborales, lo que dificultaría su adopción —aunque no aparezca prohibida— y reconduciría íntegramente a la jurisdicción social cualquier controversia al respecto dado que el juez competente para la homologación del plan de reestructuración no podría decidir al respecto.

Por otro lado, cabe subrayar la actuación concursal en los grupos de empresa. La disposición adicional primera del TRLC admite la definición del artículo 42.1 del Código de Comercio, aun cuando el control no recaiga en una sociedad mercantil, acepta que los deudores de sociedades pertenecientes al mismo grupo puedan solicitar la declaración judicial conjunta de los respectivos concursos (art. 38 TRLC), permite que el acreedor pueda solicitar la declaración judicial conjunta de concurso cuando se trate de sociedades que formen parte del mismo grupo o exista confusión de patrimonios (art. 39 TRLC) y no impide la acumulación de concursos ya declarados de las sociedades que formen parte de un mismo grupo (art. 41 TRLC).

En general, se considera juez competente el de la sociedad dominante (art. 46 TRLC), podrá extender su competencia cuando existan sociedades filiales con centro de interés fuera de España si lo es para la sociedad matriz del grupo (art. 755 TRLC) y la legitimación para recurrir el auto que decida cuestiones laborales de carácter colectivo e incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso recaerá en las entidades que integren el grupo laboral de empresas (art. 551 TRLC). Eso significa que, si bien el legislador concursal adopta la definición del Código de Comercio en los términos expuestos, las cuestiones laborales concursales que se presenten obligarán a acudir al concepto de grupo laboral de empresas, con todas sus consecuencias y, especialmente, con el criterio de la jurisdicción social en la identificación tanto de su existencia como del régimen de responsabilidad solidaria aplicable, en su caso, a las empresas del grupo.

4.2. Intereses «generales» en sede concursal

No puede obviar este análisis una referencia a los créditos laborales y de Seguridad Social. Como en su día se defendiera, los créditos laborales, pero, sobre todo, los créditos de la Seguridad Social de las empresas, son créditos públicos que afectan a un interés general. Su exoneración beneficia exclusivamente al comprador y al resto de acreedores que antepondrán intereses propios por encima del interés general. Una interpretación favorable a la exoneración en la compra de unidades productivas en concurso solo acrecienta la miopía que supone beneficiar el corto plazo para perjudicar el largo plazo. Porque sustituir el interés más global a largo plazo por el interés particular actual perjudica a las generaciones presentes y futuras y representa una permuta de elevado importe a costa del erario público (López Cumbre, 2021, p. 9).

Y seguramente a cambio de muy poco, porque esas empresas «fénix» que se apoyan en la ventaja que supone la exoneración de costes ya es hoy y, a buen seguro, será mañana una empresa fallida, un subproducto de corto recorrido. Quizá por esta razón, el legislador, cuando ha querido facilitar el objetivo de la viabilidad empresarial por encima del interés público, lo ha hecho constar. Y, tal vez, también por ello cabe afirmar que una interpretación distinta a la expuesta incentiva la creación artificial de empresas ineficientes y «zombies» en un sistema perverso en el que las empresas nacen, se desarrollan, se «adeudan» y desaparecen, pudiendo volver a resurgir libres de cargas, para reiniciar el mismo proceso. Una liquidación basada en la exoneración propicia este círculo, ineficiente para la economía. Porque beneficiará a unos acreedores –que no son precisamente los que requieren de mayor protección– y perjudicará a los verdaderos *stackeholders*, las personas trabajadoras –que constituyen el interés más decisivo del concurso–. Un beneficio fácil e inmediato que supondrá la reiteración en el endeudamiento y que propiciará renacer con éxito para morir con deudas.

De alguna manera, la Ley concursal, aunque insiste en exonerar en perjuicio de los créditos laborales y de la Seguridad Social, impacta ahora menos que antes. Porque ahora prevalece más la reestructuración que el concurso y en la reestructuración el crédito público se encuentra más protegido.

Entre los créditos contra la masa figuran los derivados de los salarios de los últimos 30 días del trabajo realizado antes del concurso en cuantía no superior al doble del salario mínimo interprofesional (SMI), según lo dispuesto por el artículo 242.1.2.º del TRLC. También se incluyen en esta categoría los créditos laborales devengados después de la declaración de concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o declare la conclusión del concurso. Se trata, en todo caso, de créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, ex artículo 242.1.11.º del TRLC.

Por su parte, los créditos concursales se clasifican, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 269 del TRLC, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los privilegiados, a su vez, se diferencian entre créditos con privilegio especial –si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa– y con privilegio general –si afectan a la totalidad de la masa–. Serán créditos ordinarios los que no tengan la consideración de privilegiados o subordinados. Por su parte, se consideran con privilegio especial los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de las personas trabajadoras sobre los objetos elaborados por ellas, ex artículo 270.3.º del TRLC. Son créditos con privilegio general, a su vez, los anteriores al concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, hasta el triple del SMI por el número de días de salario pendiente de pago, también las indemnizaciones por extinción y los capitales coste de Seguridad Social de los que sea responsable el concursado junto con los recargos de las prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280.1 del TRLC. El mismo precepto entiende que las cantidades debidas en materia de Seguridad Social por el concursado en cumplimiento de una obligación legal tendrán la consideración de crédito con privilegio general.

Y, aun cuando los créditos por salarios que tengan la consideración de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata y el resto de créditos contra la masa a su debido vencimiento, según dispone el artículo 245.1 del TRLC, conviene advertir que el pago de créditos contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, de acuerdo con lo que dispone el artículo 244 del TRLC. Por lo demás, la Administración concursal podrá alterar el pago de los créditos contra la masa, pero la postergación no podrá afectar ni a los créditos laborales ni a los créditos de la Seguridad Social.

En todo caso, la subrogación del FOGASA en la titularidad de cualesquiera créditos contra la masa o concursales no afectará al carácter y clasificación de los mismos, según prevé el artículo 243 del TRLC, y siempre tendrá la condición de parte necesaria cuando se abonen salarios e indemnizaciones, de acuerdo con el artículo 514 del TRLC.

Más procede destacar cómo, en la regulación del convenio, se prohíbe que la propuesta de convenio, para los créditos de derecho público o para los créditos laborales, cambie de ley aplicable, cambie de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago, modifique o extinga las garantías existentes o convierta los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distinto de aquellos que tuviera el crédito originario (art. 318.2 TRLC). Por su parte, la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, pero no a aquellas deudas por salarios correspondientes a los últimos 60 días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso con el límite del triple del SMI (art. 489.1.4.º TRLC), ni tampoco a las deudas por créditos de derecho público, salvo una determinada cantidad y bajo unas concretas condiciones (art. 489.1.5.º TRLC).

En idéntica línea, el plan de reestructuración tampoco podrá modificar los créditos de derecho público –que incluyen lógicamente los créditos de la Seguridad Social–. Como es sabido, los planes de reestructuración son aquellos que tienen por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de todos estos elementos, ex artículo 614 del TRLC. Pues bien, el plan de reestructuración no podrá suponer para los créditos de derecho público la reducción de su importe, el cambio de ley aplicable, el cambio de deudor, salvo que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago, la modificación o extinción de garantías o la conversión en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviera de forma originaria, conforme establece el artículo 616 bis del TRLC.

Constituyen dichos créditos de derecho público una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal, ex artículo 624 bis del TRLC. En su aprobación, el plan no podrá suponer, además de lo expuesto, ningún tipo de quita o espera respecto de los porcentajes de las cuotas de la Seguridad Social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y por contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota de la persona trabajadora que se refieran a dichas contingencias (art. 698.6 TRLC).

Además, estos créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en 12 meses a contar desde la fecha del auto de homologación del plan de reestructuración con carácter general, a los 6 meses a contar desde dicha fecha en caso de que sobre los mismos se hubiese concedido aplazamiento o fraccionamiento previamente y, en cualquier caso, todos los créditos de derecho público deberán estar íntegramente satisfechos en un plazo máximo de 18 meses desde la fecha de comunicación de la apertura de negociaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 616 bis del TRLC. Y, si bien, una vez homologado, no se podrá solicitar la resolución del plan de reestructuración por el incumplimiento, sí cabrá exigir la resolución por incumplimiento cuando se trate de créditos de derecho público y por el incumplimiento de los mismos (art. 671 TRLC).

5. Propuestas para una tutela judicial efectiva

5.1. Sobre la delimitación perimetral de la unidad productiva que se transmite

Si la principal objeción para vender una unidad productiva es el número de personas trabajadoras a subrogar y las deudas derivadas de dicha subrogación, bastaría con exigir el despido colectivo previo de aquella parte de la plantilla que no va a ser subrogada. Aun cuando la decisión deberá ser simultánea –oferta de la adquirente y decisión de la

concurzada–, la extinción habrá de preceder a la transmisión para que esta última cumpla con la normativa laboral y de Seguridad Social. De esta forma, el juez del concurso podrá decidir sobre la sucesión laboral de empresa, fijar su perímetro, aplicar los efectos laborales y de Seguridad Social y, de surgir discrepancia en torno a esta situación, admitir el recurso de suplicación para que sea el orden social el que resuelva sobre la misma. En paralelo, la impugnación, en su caso, del despido colectivo también debería reconducirse mediante recurso de suplicación dentro del orden social. En ambos casos, la resolución debería dictarse de forma más rápida que en situación común, toda vez que las partes conocen todos los hechos dentro del proceso concursal, pudiendo abreviar, con las debidas garantías, todos los trámites del recurso de suplicación «común».

Se derivan, al menos, dos problemas de este planteamiento. El primero, que el despido colectivo conllevará el cumplimiento por la concursada de todas las deudas con sus personas trabajadoras, pues, de lo contrario, se trasladarán como «pasivo» de la concursada a la adquirente. En este sentido, el proceso deberá legitimar a todas aquellas partes afectadas por estas deudas que podrán impugnar el auto del juez del concurso en el que se determine el contenido del despido colectivo con personas trabajadoras afectadas y deudas, en su caso, no satisfechas a estas últimas.

El segundo, que el recurso de suplicación en materia de despido colectivo podrá admitir que se trata de un despido no justificado e incluso nulo, siendo así que la ejecución deberá efectuarse sobre la concursada, imponiéndose un perímetro distinto para la adquirente como consecuencia de tal decisión. Casa mal esta posible reversión de efectos en sede suplicatoria con los intereses que la legislación mercantil defiende en el caso de la venta de unidad productiva. Salvo que se disponga de un procedimiento «expres» como el indicado, con trámites –mejor en instancia que en fase de recurso, pero, si no, en fase de recurso– con garantías y con plazos más perentorios, que permita garantizar la firmeza de la decisión extintiva previa a la transmisión. De esta forma, se conseguiría el equilibrio entre el interés de la empresa adquirente por conocer en el momento de la adquisición cuáles son sus obligaciones, pero también tendría conocimiento de sus derechos, no dejando a futuro ninguna imprevisión, aunque sin eludir el cumplimiento como adquirente de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social si es que estas últimas no son abonadas por la concursada.

5.2. Sobre la legitimación de las partes afectadas por el concurso

Las personas trabajadoras y sus representantes, por una parte, y los organismos públicos con intereses en el proceso concursal, por otra, deberán estar legitimados en todas sus fases para evitar la vulneración de la tutela judicial efectiva. Así, la representación de las personas trabajadoras deberá estar presente en todas las fases del proceso como garante de los derechos laborales. Es cierto que su conformidad o el acuerdo en los diferentes trámites –extinción o transmisión– puede dificultar cualquier reclamación en la que estén presentes por entender que se produciría una acción contraria a los propios actos.

Con dos salvedades. Una, que es necesario partir de la base de que la representación de las personas trabajadoras no es uniforme y, por lo tanto, puede haber discrepancias en el planteamiento de los objetivos y de la finalidad a conseguir en el proceso concursal. Y otra, que las personas trabajadoras pueden no estar de acuerdo con los pactos alcanzados por sus representantes. De ser así, si existe una discrepancia entre lo acordado colectivamente y lo defendido individualmente, debería reproducirse en sede concursal el mismo sistema de impugnación colectiva e individual del despido colectivo que se desarrolla en sede no concursal, resultando esta actuación mucho más garantista de los intereses de las personas trabajadoras. En idéntica línea, la participación tanto de las personas trabajadoras como de sus representantes en caso de transmisión de empresa no puede circunscribirse a una mera audiencia, extendiendo su legitimación en todo el proceso, tanto al dictar el auto como en la interposición del recurso. Se entienden aplicables las normas de representación y sustitución procesal de la legislación procesal laboral, toda vez que se permite la aplicación de esta última en aquellos aspectos no específicamente previstos en esta materia por la norma concursal.

De los entes públicos, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), además del FOGASA, deberá tener una presencia protagonista en todas las fases del proceso concursal, especialmente en aquellas en las que se derivan deudas de Seguridad Social. La TGSS tiene obligación de perseguir cualquier incumplimiento en materia de cotización y la exoneración de una responsabilidad solidaria así debe ser considerada. En este sentido, la solución pasa por legitimar a la TGSS en los procesos de venta de unidad productiva tanto para validar las ofertas de la nueva empresa como, en su caso, para impugnar el auto de liquidación dictado por el juez del concurso cuando se elude que la empresa adquirente se responsabilice de las deudas no satisfechas. Porque esta conclusión resulta a la normativa laboral y de Seguridad Social que la Ley concursal exige cumplir.

Y pudiera ocurrir que ya no la Seguridad Social sino las personas trabajadoras afectadas por estos pactos actuaran procesalmente exigiendo responsabilidad a los intervinientes en el concurso por la disponibilidad de unas cantidades que les corresponde en un sentido similar al enriquecimiento injusto. Han trabajado, han cotizado y, aunque la empresa no haya cumplido con su parte de cuota, les corresponde una serie de derechos de los que no se puede disponer libremente al admitir la exoneración de unas cantidades que no afectan únicamente a la empresa, sino que condicionan el trabajo ya realizado, las cotizaciones ya efectuadas y las prestaciones futuras. Si la empresa tenía que haber cotizado, no lo hizo a tiempo, generó y amontonó deudas sobre la cotización que le correspondía –porque trabajó–, las cantidades no han sido satisfechas y un juez –el del concurso– decide exonerarlas, que no se abonen, que la TGSS no las cobre y que no beneficien a la persona trabajadora que generó el derecho, las consecuencias en la prestación y en la pensión futura podrían derivar en responsabilidad incluso de naturaleza penal; así, se alude a la frustración en la ejecución cuando se trate de eludir una deuda contra la Seguridad Social, cuando se trate de una insolvencia punible y, al menos, la mitad del importe de los créditos concursales afecten a la Seguridad Social o, en fin, a un delito contra la Seguridad Social si se elude el pago de las cuotas por acción y omisión. Para evitar estas consecuencias, la TGSS debería estar

legitimada en todo caso para comparecer y precisar los efectos de la responsabilidad en el ámbito de la Seguridad Social de las partes afectadas por el concurso, incluida la venta de unidad productiva. De lo contrario, los efectos perversos descritos en anteriores epígrafes serán inevitables, irreversibles e inasumibles.

No está resuelta, por lo demás, la incongruencia de un proceso que afecta a un sujeto que no es parte en el mismo. Porque sigue existiendo la dificultad de entablar la legitimación pasiva o activa de una empresa, la adquirente, que no forma parte del concurso. Y porque, además, el alcance de las decisiones que se cuestionen –más allá de las posibilidades que ofrezcan el incidente concursal común, laboral o el recurso de suplicación– van a tener, directa o indirectamente, como objetivo a la empresa adquirente. Cabe, incluso, introducir cierta complejidad en este debate si alguna de las empresas, concursada o adquirente, mantiene vínculos con una actividad administrativa a través de concursos o concesiones de esta naturaleza, lo que añadiría un elemento nuevo de análisis, toda vez que ya no cabría aplicar únicamente las normas laborales y de Seguridad Social, sino estas últimas en sede administrativa y, probablemente, con competencias jurisdiccionales de índole contenciosa. Mas, al margen de lo expuesto, lo cierto es que la empresa adquirente no forma parte del concurso salvo cuando se le adjudica la venta, momento en que aquel ya pierde sentido. Sin embargo, las interferencias siguen siendo válidas, toda vez que las personas trabajadoras subrogadas siempre tendrán como legitimada a la empresa adquirente y las que no lo hayan sido podrán, entre otras actuaciones, solicitar, en su caso, su exclusión del despido colectivo a través del incidente concursal laboral, reclamar su subrogación a la empresa adquirente y, cuando esta se niegue a incluirlo, demandar a dicha empresa por subrogación ante el orden social.

Y, comoquiera que carece de sentido tal falacia, debería simplificarse el procedimiento pudiendo solventar todas las cuestiones que se planteen en este sentido y con conexión natural a través de un único instrumento procesal, ya sea el incidente concursal laboral, ya el recurso de suplicación sobre el auto del juez del concurso. Porque, de lo contrario, la experiencia demuestra que, para evitar que se opongan excepciones de inacción en actuaciones previas, la recomendación será la de impugnar toda actuación y en todo momento –venta, adjudicación, liquidación, masa activa del concurso, despido, selección de personas trabajadoras, etc.–, dilatando y encareciendo sobremanera el proceso. La actuación de oficio en suplicación ampliando el listisconsorcio pasivo necesario también produciría efectos positivos en este sentido, porque permitiría atraer al proceso a cualquier parte que pudiera verse afectada por el mismo, impidiendo controversias posteriores, incluso en órdenes jurisdiccionales distintos.

5.3. Sobre la extinción del contrato de trabajo en el concurso

Conviene considerar que la decisión sobre el despido colectivo tiene efectos constitutivos, en sede concursal, no desde la fecha en que se efectúa el despido, sino desde la fecha en que se dicte el auto, salvo que en dicho auto se disponga una fecha posterior (art. 183 TRLC), por lo que toda actuación que contenga, directa o indirectamente, un cálculo

de contratos extinguidos deberá contemplar esta fecha como resolutive y no la del despido. Por eso, si el despido es anterior a la venta de unidad productiva, pero el auto del juez es posterior a esta, los efectos deberán atribuirse a esta última. Si el despido es anterior a la venta de la unidad productiva y el auto también lo es, las relaciones se considerarán extinguidas y solo pasarán a la adquirente las deudas que se integren como pasivo de la misma. Y si el despido es posterior a la venta de la unidad productiva, será esta última la que condicione aquel.

Se admite, sin embargo, que el despido resulte simultáneo a la venta de unidad productiva, considerando que esta última, con el auto del juez y su decisión, constituye título jurídico suficiente para validar el despido colectivo, siendo la misma fecha la del despido y la de la transmisión. En este caso, las personas trabajadoras no podrán reclamar a la concursada –que ha sido transmitida– ni a la nueva adquirente –que ha comprado la unidad productiva en unos términos que no incluye a estas personas trabajadoras–. Un «limbo jurídico» que impediría a estas últimas la defensa de sus derechos –por falta de ejecución– y que las condenaría –a diferencia de cualquier otra persona trabajadora– a acudir exclusivamente a las prestaciones del FOGASA sin posibilidad de impugnar la extinción de su contrato. Se argumentará que dicha decisión extintiva no la adopta la empresa, sino un juez, mas, conforme a lo ya expuesto, cabe indicar que dicho juez ha de aplicar necesariamente las normas laborales y de Seguridad Social y que estas solo pueden ser aplicadas si las personas trabajadoras pueden acceder al proceso, ya concursal, ya laboral. La solución pasaría, pues, por simplificar todo este procedimiento, un tanto caótico y guiado exclusivamente por el interés de mantener la empresa activa a costa de anular los derechos laborales que siguen estando presentes en el ordenamiento, también en el ordenamiento concursal, abarcando todos estos conflictos en el incidente concursal laboral con recurso de suplicación y con intervención del orden social.

A estos efectos, la legitimación recogida en el texto concursal deberá ampliarse, pues, prevista exclusivamente para la Administración concursal, la empresa concursada, las personas trabajadoras a través de sus representantes y el FOGASA o, en caso de grupo laboral de empresas, para aquellas que lo integren, deja fuera a otros actores determinantes, como las propias personas trabajadoras a título individual y no colectivo o a organismos públicos interesados como la TGSS.

A su vez, el régimen no puede ser tan dispar, disponiendo el recurso de suplicación para los representantes de las personas trabajadoras contra el auto que resuelve sobre el despido colectivo y exigiendo incidente concursal para las personas trabajadoras que, a su vez, podrán acudir al recurso de suplicación cuando se dicte sentencia en dicho incidente concursal laboral. Simplificarlo, en uno u otro sentido, constituye ya un imperativo. Si se quiere potenciar la actuación mercantil, exigiendo el incidente en todo caso; si se pretende agilizar, como resultaría oportuno, el trámite concursal, acudiendo directamente en todas las situaciones al recurso de suplicación. Los plazos, la incidencia de una actuación colectiva sobre la individual como ocurre en el proceso común, los efectos de la sentencia dictada en suplicación en uno u otro supuesto, el alcance de la cosa juzgada en estos casos son cuestiones en absoluto resueltas en un proceso que debería conciliar dos objetivos: garantía y celeridad.

5.4. Sobre los autos de resolución del juez del concurso con incidencia laboral

La intención concursal es que la decisión del juez del concurso adquiera firmeza lo antes posible y que su preducibilidad impida cualquier conocimiento sobre la cuestión en otro orden jurisdiccional. En el caso laboral no es posible, pero sí es cierto que se ha limitado en exceso la actuación del orden social. Incomprensiblemente, pues la norma procesal exige la aplicación de la legislación laboral y de Seguridad Social, por ejemplo, en los supuestos de sucesión de empresa (art. 86 ter.2.4.^a LOPJ), porque son muchas las materias que permiten ser recurridas en suplicación y porque existe la figura del incidente concursal en materia laboral que presupone la existencia de un dominio laboral sobre el proceso concursal. Por lo demás, los efectos de la decisión del juez del concurso, incluidas aquellas cuestiones prejudiciales de distinta naturaleza sobre las que se puede pronunciar, deberán circunscribirse al ámbito del concurso, no surtiendo efecto fuera del mismo, ex artículo 55.2 del TRLC.

Ciertamente, la norma concursal prevé que, contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso, solo podrá interponerse recurso de reposición, salvo que se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación. Sin embargo, existe la posibilidad de acudir al incidente concursal laboral contra el auto que decida modificaciones, suspensiones, despidos, etc., siempre que sean de carácter colectivo, amén de la posible utilización de este mismo incidente concursal laboral contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por la empresa concursada con los altos directivos. Como también cabe acudir al recurso de suplicación contra el auto que decida sobre este tipo de actuaciones colectivas así como contra la sentencia que resuelva incidentes concursales relativos a acciones sociales cuyo conocimiento corresponda al juez del concurso, admitiendo la aplicación del resto de recursos previstos en la LRJS, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de ninguno de sus incidentes, secciones o piezas separadas. Finalmente, cabe acudir al incidente concursal general previsto para aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, así como las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso. Contra dicha resolución cabrá recurso de apelación ante la correspondiente audiencia provincial.

No parece un esquema procesal de actuación muy logrado. Bien al contrario, resulta desequilibrado, complejo, inadecuado e incoherente en algunos aspectos, previamente expuestos en este análisis. La propia legitimación no resulta homogénea; en unos casos, se dispone la legitimación de las personas trabajadoras, pero no de sus representantes; en otros, se alude expresamente al FOGASA, pero no aparece ningún otro organismo público como la TGSS; en ocasiones se permite la comparecencia de los representantes de las personas trabajadoras, pero no de sus representadas; a veces aparece la empresa concursada y otras la Administración concursal, etc. Tampoco resulta precisa la selección de materias para interponer el incidente concursal laboral y aquellas que permiten acudir al recurso como, del mismo modo, se precisa la oportunidad de acudir al incidente concursal

general para plantear cuestiones laborales que, *a priori*, no caben en otra vía procesal. La eficiencia procesal exigiría una simplificación plena de este esquema, reagrupando todas las cuestiones procesales en una línea, por ejemplo, el incidente concursal de índole laboral, con posibilidad de recurso de suplicación sobre la sentencia que resuelva aquel y, en su caso, el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina.

5.5. Y, en fin, sobre la eficiencia procesal

En los diferentes proyectos que se tramitan en la actualidad para potenciar la eficiencia de la Administración de Justicia, se pone de manifiesto la necesidad de trasladar este servicio público a la ciudadanía como:

[...] algo propio, como algo cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido. Con palabras del constitucionalismo moderno, este servicio público precisa de legitimidad social tanto como de eficiencia. Legitimidad como grado de confianza y credibilidad que el sistema de justicia debe tener para nuestra ciudadanía; y eficiencia como capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas.

Evidentemente, el análisis efectuado en este estudio pone de manifiesto que, al menos en cuanto a los intereses laborales y de Seguridad Social, en los procesos concursales, ese objetivo no se ha conseguido. Bien al contrario, no se ha evolucionado, sino que se ha involucionado, perdiendo las personas trabajadoras derechos en defensa de unas empresas cuya actuación no siempre avala su continuidad. Es cierto, no obstante, que la primacía en la nueva normativa de los planes de reestructuración o del derecho preconcursal, previsto en el libro II, e incluso del derecho especial para microempresas, regulado en el libro III, sobre la normativa que rige el concurso de acreedores del libro I, ha suavizado el impacto que este último ha podido generar en la elusión de las normas laborales y de Seguridad Social, pero la controversia no cesa.

El derecho es algo más que la consolidación de una pauta de conducta institucionalizada mediante un procedimiento de decisión democráticamente adoptado. Es la expresión de una forma de comportamiento. Y no solo para garantizar el orden público, sino para diseñar una intervención en la economía que permita una organización de la vida social más razonable y justa. La garantía que aporta el derecho asegura expectativas y otorga confianza ante la incertidumbre de reglas que responden a intereses dispares, opacos y no siempre lícitos. Pero el derecho exige, para su validación, medios que permitan ejercitar las pretensiones contrarias que surjan en la convivencia social y en las relaciones jurídicas que el Estado ampara. Un régimen jurídico complejo, incierto y desequilibrado incumple estos fines y desatiende buena parte de la sabiduría basada, en palabras de Schopenhauer, «en la justa proporción entre la atención que prestamos en parte al presente y en parte al futuro para que uno no pueda estropear a otro» (regla núm. 14 de *El arte de ser feliz o Eudemonología*, escrito entre 1822 y 1828).

Referencias bibliográficas

- Cano Marco, F. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal*. Wolters Kluwer.
- Carrasco Perera, A. (7 de abril de 2021). *El comprador de unidad productiva en el concurso actúa a su propio riesgo si confía que se le exoneran deudas laborales o de Seguridad Social*. GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-comprador-de-unidad-productiva-en-el-concurso-actua-a-su-propio-riesgo-si-confia-que-se-le-exoneran-deudas-laborales-o-de-seguridad-social/>
- López Cumbre, L. (2015). Intereses laborales y concursales en la transmisión de unidades productivas. La búsqueda de una plena exoneración de las deudas de la Seguridad Social. En A. Díaz Moreno y F. J. León Sanz (Dir.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración* (pp. 471-506). Aranzadi.
- López Cumbre, L. (2021). Nada es lo que parece. El régimen concursal laboral de la venta de unidad productiva no cambia. *Diario La Ley*, 9843.
- López Cumbre, L. (29 de abril de 2022 –2022a–). *¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?* GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/sigue-siendo-valida-la-teoria-del-vinculo-para-los-consejeros-ejecutivos-en-el-orden-social/>
- López Cumbre, L. (28 de septiembre de 2022 –2022b–). *Altos directivos y consejeros ejecutivos: un mismo destino en la reestructuración previa al concurso*. GA_P. <https://www.ga-p.com/publicaciones/altos-directivos-y-consejeros-ejecutivos-un-mismo-destino-en-la-reestructuracion-previa-al-concurso/>
- Martínez Moya, J. (2022). El rayo que no cesa: la competencia del juzgado de lo social en el concurso. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 1-9. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001923
- Molina Navarrete, C. (2021). Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» ultra vires. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 167-209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2330>
- Orellana Cano, N. A. (4 de abril de 2023 –2023a–). La afectación de los trabajadores en la reestructuración preventiva tras la Ley 16/2022. *Diario La Ley*, 1026.
- Orellana Cano, N. A. (2023b). Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 2(1), 79-130.
- Palomo Balda, E. (2022). La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>
- Rodríguez Achútegui, E. (2021). Artículo 224. Efectos sobre los créditos pendientes de pago. En P. Prendes Carril y N. Fachal Noguer (Dir.), *Comentario al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 1, pp. 1.131-1.138). Aranzadi.
- Taléns Visconti, E. E. (2023). Aspectos laborales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 2(1), 23-78.

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria. Doctora en Derecho con premio extraordinario por la Universidad Autónoma de Madrid. Investigadora principal de proyectos competitivos. Estancias de investigación en universidades internacionales. Directora de tesis doctorales. Autora de monografías, obras individuales, capítulos de obras colectivas, artículos en revistas indexadas, ediciones en lengua extranjera. Miembro del consejo editorial y de redacción de diferentes editoriales y revistas especializadas. Árbitra en elecciones sindicales. Consejera académica del despacho Gómez-Acebo&Pombo. Miembro del Consejo Económico y Social de Cantabria. <https://orcid.org/0000-0002-9403-5591>

