

La delimitación competencial entre la jurisdicción social y la mercantil en los supuestos de subrogación de trabajadores afectados por una situación concursal. Recorrido histórico de la normativa aplicable

Pedro Tuset del Pino

Magistrado

Wolters Kluwer

LA LEY 4642/2021

ÍNDICE

La delimitación competencial entre la jurisdicción social y la mercantil en los supuestos de subrogación de trabajadores afectados por una situación concursal. Recorrido histórico de la normativa aplicable

I. A modo de introducción

II. La aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

III. El Plan de Liquidación y los efectos derivados en las relaciones laborales respecto de la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos

IV. Criterios sostenidos por nuestros tribunales en orden a declarar la sucesión empresarial en la adjudicación de centros de trabajo en la fase de liquidación concursal

V. Comentario al Auto de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2015

VI. La trascendente reforma de la Ley Concursal operada por medio de la Ley 9/2015, de 25 de mayo

Normativa comentada

L 22/2003 de 9 Jul. (concursal)

TÍTULO V. De las fases de convenio o de liquidación

CAPÍTULO II. De la fase de liquidación

SECCIÓN 3.^a. DE LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Artículo 149. Reglas legales de liquidación.

RD Leg. 1/2020 de 5 May. (texto refundido de la Ley Concursal)

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores

TÍTULO IV. De la masa activa

CAPÍTULO III. De la conservación y de la enajenación de la masa activa
SECCIÓN 2.^a. De la enajenación de bienes y derechos de la masa activa

SUBSECCIÓN 3.^a. De las especialidades de la enajenación de unidades productivas

Artículo 220. Audiencia de los representantes de los trabajadores.

Artículo 221. Sucesión de empresa.

Artículo 222. Subrogación del adquirente.

RDLeg. 2/2015 de 23 Oct. (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

TÍTULO I. De la relación individual de trabajo

CAPÍTULO III. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo

SECCIÓN 2.^a. Garantías por cambio de empresario

Artículo 44. La sucesión de empresa.

Comentarios

Resumen

El autor realiza un recorrido histórico dentro del derecho concursal y la jurisprudencia generada al respecto hasta las últimas reformas y medidas de carácter urgente realizadas en la materia.

I. A modo de introducción

Como es conocido, el BOE núm. 127 del día 7 de mayo de 2020 publica el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC).

La nueva norma es heredera de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, de la posterior Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuya Disposición Final Octava autorizaba al gobierno «para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un Texto Refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos.».

La Disposición derogatoria única, apartado 1, del Texto Refundido de la TRLC procede, asimismo, a derogar las disposiciones adicionales segunda, segunda bis, segunda ter, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava) y las disposiciones finales quinta y sexta de la anterior Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Efectuadas las anteriores consideraciones, el objeto del presente estudio consiste en repasar el iter normativo en un aspecto específico de los diversos regulados por la Ley Concursal: la polémica figura del mecanismo de la sucesión empresarial en el seno del concurso. Vaya por delante que debido al limitado espacio concedido resulta obligado condensar al máximo las reflexiones a las que seguidamente me referiré.

Y comenzaré por el final, esto es, por la vigente ley concursal (TRLR), de la que destacaré, en relación con el objeto del presente comentario, los siguientes preceptos (1):

a) El art. 18 TRLR, al establecer como principio general que: «Cualquiera que sea el sistema de enajenación, las ofertas deberán tener, al menos, el siguiente contenido: 4º La incidencia de la oferta sobre los trabajadores».

b) Por su parte, el art. 219 TRLR señala que: «En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores».

c) El art. 220 TRLR otorga el derecho de audiencia a los representantes de los trabajadores en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas, con la finalidad de realizar un control efectivo «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».

d) En todo caso, el art. 221 TRLR, sobre sucesión de empresa, indica de manera indubitada que:

«1. En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.

2. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa.»

Al respecto de este carácter exclusivo y excluyente del juez del concurso se ha pronunciado la reciente Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, núm. 186/2021, de 10 de febrero de 2021 (recurso en unificación de doctrina núm. 3740/2018, Ponente Sr. Antonio Sempere Navarro), que entra a resolver si el orden social de la jurisdicción es competente para conocer la impugnación individual del despido colectivo concursal —extensible a reclamaciones retributivas— cuando se demanda tanto a la empresa concursada como a una tercera, remitiéndose a la doctrina preestablecida por la misma Sala y analizando los diversos supuestos que han dado ocasión al TS de entrando en el fondo del debate.

En tal sentido, se afirma en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 2, que:

«A) Con carácter general la Sala ha afirmado que del art. 3.h LJS y de los arts. 8), 55, 61.2 y 64.1 LC) «se desprende que la norma ha procedido a transferir al Juez del Concurso únicamente ciertas materias de índole laboral, conservando el orden social de la jurisdicción la mayor parte de las materias que le son tradicionalmente propias. De esta idea se hace eco la propia Exposición de Motivos (apartado III)

de la Ley Concursal cuando establece... Como resulta evidente, la intención del legislador concursal no ha sido la de otorgar al Juez del Concurso la competencia sobre la totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el empresario deudor, sino simplemente algunas de ellas, precisamente las que ha considerado que tienen una importante repercusión sobre el patrimonio del concursado» (SSTS 18 octubre 2010/16, rec. 2405/2015, y 19 octubre 2016, rec. 2291/2015).

B) También es pronunciamiento general de la Sala que» el momento a partir del cual se aplica la competencia del Juez del Concurso en aquellos asuntos que le son propios es el de la declaración de que la empresa se encuentra en situación concursal. Ello implica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán sobre todas las materias cuando las medidas de ajuste se hayan consumado con anterioridad a la declaración del concurso. El legislador sólo prevé la traslación automática de la competencia del Juez del concurso en el supuesto de que el procedimiento de despido colectivo no hubiera culminado en el momento de declaración de concurso» (SSTS 18 octubre 2010/16, rec. 2405/2015, y 19 octubre 2016, rec. 2291/2015)

C) La STS 285/2016 de 13 abril (rec. 2874/2014) conoce de una demanda por despido tácito, singular o plural, motivado por la situación económica o de insolvencia del empleador por hechos acontecidos antes de la solicitud de declaración de concurso de acreedores por parte de su empleador. La demanda de despido se presenta ante el Juez Social con anterioridad a la fecha de tal solicitud y encontrándose el proceso social en tramitación en el momento de la declaración de concurso. Se debate si el Juez Mercantil en el seno del concurso de acreedores puede declarar la extinción colectiva de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que formularon la referida demanda de despido tácito. Nuestra sentencia considera que la competencia es del Juzgado de lo Mercantil.

D) La STS 22 septiembre 2014 (rec. 314/2013), al hilo de la impugnación de un despido colectivo, defiende la competencia del orden social para conocer de demanda previa a la declaración del concurso y dirigida también contra empresas del grupo que no se hallan en concurso.»

Concluyendo en su ordinal 5 de idéntico fundamento de derecho con que:

«Los Autos de la Sala de Conflictos expresan claramente la imposibilidad de que la competencia del Juez del Concurso, incluso tras la entrada en vigor de las reformas de 2011 en la LC, se extienda a personas diversas a la concursada, pero no se refieren al cuestionamiento del despido concursal.

Con arreglo a nuestra más reciente doctrina, cuando se quiere cuestionar la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible

fenómeno empresarial de agrupación. Se trata de criterio acogido tanto antes cuanto después de las modificaciones introducidas en la LC que entraron en vigor principio de enero de 2012.

Pero si no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual que comporta (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados. En estos casos, la excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto.»

No obstante lo anterior, se ha llegado a poner en duda el papel de exclusividad del juez del concurso a costa de hacer valer la intervención del juez social, de la que es buen exponente el Razonamiento Jurídico Tercero del Auto núm. 13/2021, de 29 de enero de 2021 (Ejecución núm. 1017/2019), dictado por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona, al resolver sobre la competencia del juez de lo social en ejecución respecto de la responsabilidad de la empresa adquirente de la concursada en concepto del abono de la indemnización por despido, observando que «(...) la previsión del art. 221.2 TRLC es claramente ultra vires por dos razones fundamentales. Por una parte esta previsión no estaba recogida en ningún texto legal objeto de la refundición encomendada al Gobierno y, en segundo lugar, el contenido del nuevo precepto modifica los arts. 8.2 ° y 64 de la Ley 22/2003 así como diferentes artículos de la LJS, comenzando por el art. 2, así como toda la jurisprudencia social que resolvía, sobre la base de la norma legal precedente, las dudas sobre la competencia en tales supuestos».

Otro aspecto de la cuestión, vinculado con el deslinde competencial entre la jurisdicción social y la mercantil, se refiere a la polémica sobre el conocimiento de las incidencias y acciones ejercitadas por aquellos trabajadores excluidos de la subrogación entre la empresa adjudicataria y la concursada, y que comportó un gran número de autos de los juzgados mercantiles resolviendo acerca de la no sucesión empresarial entre la concursada y la empresa adjudicataria. (2)

Polémica que arranca de facto con la aplicación del art. 149 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (3) , Concursal, sobre la que se pronunció la Sala Social del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 209/2018, de 27 de febrero de 2018, dictada en unificación de doctrina (recurso núm. 112/2016, Ponente Sra. María Luisa Segoviano Astaburuaga), en la cual, tras indicar que la cuestión planteada se ciñe a determinar si es responsable de las obligaciones del empleador —en situación de concurso— con sus trabajadores la empresa adquirente en el seno del concurso, de la unidad productiva autónoma empresarial —cuando en el auto de adjudicación de la misma el Juez Mercantil hizo constar que no existía sucesión de empresa— sostiene que la primera cuestión a plantearse es la relativa al orden jurisdiccional competente para resolver si se produce

transmisión de empresa en un supuesto en el que una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal, poniendo de manifiesto que la cuestión ya fue resuelta de forma reiterada por la Sala Social en una consolidada doctrina, citando al efecto las Sentencias de 11 de enero de 2017, recurso 1689/2015; 18 de mayo de 2017, recurso 1645/2015; 5 de julio de 2017, recurso 563/2015; y 11 de enero de 2018, recurso 3290/2015.

Esta última sentencia, en particular, razona lo siguiente:

«2.- Conforme reiteramos en nuestras precitadas sentencias: "la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa". Así lo entendió esta Sala en su sentencia de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) en la que dijo: "En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social".

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: "1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad

solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal"».

Sentada la anterior premisa, la Sentencia del TS de 27 de febrero de 2018 se plantea si en el caso a resolver se ha producido o no una sucesión de empresa entre la empleadora concursada del trabajador demandante y la empresa adquirente, en el seno del concurso de la unidad productiva autónoma —declarándose, pues, competente para conocer y resolver independientemente de lo resuelto por el juez concursal— y, en consecuencia, si la adquirente se subroga en las obligaciones de la empleadora con sus trabajadores.

Para ello, acude a: 1) la aplicación de lo regulado en el art. 44 del ET; 2) lo resuelto por la Sentencia de la propia Sala Social de 14 de marzo de 2017, recurso 229/2015, con cita de la Sentencia de 23 de septiembre de 2014, recurso 4514/2007; y, 3) todo lo anterior a la luz de la normativa Comunitaria Europea —Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001—, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para referirse, posteriormente, a que el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, *Spijkens*, 24/85; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, *Abler y otros*, —340/01 y de 15 de diciembre de 2005, *Guney-Gorres*, C.232/04 y 233/04—).

En cualquier caso, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, C-4888/94), refiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias *Süzen* y *Abler y otros*, antes citadas).

Supuesto al que debe añadirse el contemplado por la sentencia dictada por la Sala cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 27 de febrero (asunto C-298/18), con ocasión de la cuestión prejudicial planteada, al amparo del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea por el Tribunal laboral de Cottbus —Salas de Senftenberg, Alemania—) mediante resolución de 17 de abril de 2018, y conforme a la cual el TJUE concluye que el art. 1, apartado 1 de la Directiva 2001/23.

«(...) debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en virtud de un procedimiento de contratación pública, una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, el hecho de que, debido a requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, esta entidad no adquiera dichos medios, propiedad de la entidad económica que ejercía anteriormente esa actividad, no obsta necesariamente a que la reanudación de la actividad pueda calificarse de transmisión de empresa, siempre que otras circunstancias de hecho, tales como la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente». (3)

e) Las anteriores reglas culminan con el art. 222 TRLC, dedicado a la subrogación del adquirente, conforme al cual:

«1. En caso de transmisión de una o varias unidades productivas, el adquirente quedará subrogado 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, sin necesidad de consentimiento de la otra parte.

2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público.

3. Cuando el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones, también quedará subrogado en las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva.»

La indubitada obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los trabajadores de la empresa concursada no siempre ha sido un asunto pacífico

No obstante, la indubitada obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los trabajadores de la empresa concursada, no siempre ha sido un asunto pacífico, como me he permitido avanzar anteriormente, debido a la regulación recogida en anteriores leyes concursales sobre esta materia.

Significaré, sin perjuicio de lo que posteriormente analizaré, que, al menos hasta la aprobación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, era frecuente que adjudicada una empresa declarada en situación concursal el juez de lo mercantil liberara a la empresa adjudicataria de la obligación de subrogarse en los trabajadores de la cedente, lo que fue objeto de estudio por la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Cataluña núm. 6119/2011 de 30 de

septiembre (Ponente, Sr. Amador García Ros), al poner de manifiesto en su Fundamento de Derecho Segundo la prevalencia del mecanismo subrogatorio del art. 44 del ET, como garantía en el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores afectados por la transmisión de la empresa o parte de ella; sentencia sobre las que más adelante tendré oportunidad de citar sus razonamientos (4) .

Como puede comprobarse, esta línea interpretativa tuvo una importante acogida por los tribunales del orden jurisdiccional social frente al criterio contrario seguido por los juzgados mercantiles, que, sin embargo, ha acabado con el redactado del vigente art. 222 TRLC, alineándose de este modo el legislador con la doctrina emanada por la Sala Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 septiembre de 2019, conforme a la cual, la cuestión que se debate consiste en determinar si el juez del concurso tiene competencia para declarar la existencia o no de la sucesión empresarial, es decir si la legislación concursal debe prevalecer sobre la regulación laboral y, en todo caso, si se aprecia subrogación respecto de las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo si, cuando la nueva empresa inició su actividad, las relaciones laborales ya se habían extinguido.

Para resolver la cuestión el TS, remitiéndose a su propia doctrina, recuerda que las disposiciones de la Ley Concursal sobre sucesión de empresa son también aplicables en los supuestos de transmisión de una unidad productiva, pasando al adquirente los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, y subrogándose en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Y añade la Sala que, aunque la Ley Concursal establece que la transmisión de los bienes no lleva aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa (salvo acuerdo o disposición legal), en los supuestos de sucesión de empresa el juez del concurso sólo puede acordar que el nuevo adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que hayan sido asumidas por el Fondo de Garantía Salarial.

Por todo ello, concluye el TS que, en el supuesto enjuiciado, se ha producido una sucesión de empresa del art. 44 ET, que tiene carácter imperativo en su aplicación. Lo anterior comporta que ni es posible exonerar de responsabilidad a la adjudicataria de las deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyos contratos se encuentren extinguidos en el momento de la adjudicación y que, por tanto, no pudieron ser subrogados, ni tampoco resulta posible eludir la apreciación de sucesión empresarial mediante la declaración del juez del concurso.

II. La aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

La aparición en escena de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supuso la acomodación en esta materia a la nueva realidad social y económica de nuestro país satisfaciendo una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español, a la cual se calificó sin duda como una de las más importantes tareas legislativas pendientes en la modernización de nuestro ordenamiento jurídico.

Como advierte su Exposición de Motivos «las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la calidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente».

Quizás por ello, la intención perseguida por la reforma fue la de poner en aplicación «... un texto legal que se proponía corregir las deficiencias del anterior derecho con soluciones en las que puede apreciarse el propósito de coordinar la originalidad del nuevo sistema concursal con su armónica inserción en el conjunto de nuestro ordenamiento, preocupación a la que responde el cuidado puesto en las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales que cierran la ley».

Por lo que ahora nos interesa, la Ley Concursal de 2003 (en adelante, LC2003) representó una importante y trascendental afectación sustantiva y adjetiva en materia laboral, puesta de manifiesto en su previa tramitación parlamentaria, y que supuso la oposición de dos importantes colectivos: los Jueces de lo Social y los Sindicatos de trabajadores, independientemente de las observaciones críticas realizadas por los informes del Consejo General del Poder judicial, el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social.

La razón de la citada oposición descansaba, esencialmente, en que la LC2003 confería a los jueces de la jurisdicción mercantil, y en la fase declarativa, todas las acciones sociales que tengan por objeto «la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores», además de la extinción colectiva de los contratos de trabajo al amparo de la previsión del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

De este modo, los Jueces de lo Social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso deben abstenerse de su conocimiento, debiendo prevenir a las partes para que usen de su derecho

ante este último Juez. Y lo anterior sin perjuicio de que los Jueces de lo Social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones «que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase» (artículo 50.2 LC2003). Asimismo, los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso ex artículo 8 LC se estén tramitando en primera instancia y «respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores» (artículo 51.1 LC2003).

Sin embargo, debe resaltarse que en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la ley concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria (Estatuto de los Trabajadores y del proceso laboral (art. 8.2º LC2003).

Como ya he advertido, la LC2003 resalta de manera expresa la exclusividad del juez del concurso cuando su art. 50. 1 previene que «Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer; previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado», lo que implicó la adición del párrafo d) al apartado 1 del artículo 3 del Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (por entonces vigente), al reservar a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso las pretensiones cuyo conocimiento y decisión le esté reservado por la Ley concursal, modificándose, igualmente el art. 4.1 LC al contemplar que «la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley Concursal». Se produjo, así, una socialización de la materia concursal o, si se prefiere, una laboralización de los jueces mercantiles. Como ha hecho notar un sector de la doctrina, al Juez del concurso se le transmuta en Juez de trabajo a estos efectos, pues en su proceder ha de someterse a criterios, sustantivos y procesales, del derecho laboral, pasando a convertirse, «funcionalmente, en un auténtico Juez social».

Exclusividad jurisdiccional que tan solo se ve alterada a resultas del Auto que dicte el juez del concurso resolviendo, en un plazo máximo de cinco días, las medidas propuestas en materia de expedientes de modificación sustancial de expedientes de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, y de extinción colectiva de los contratos de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, tanto si ha mediado acuerdo como no, frente al cual cabe la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la entonces en vigor Ley

de Procedimiento Laboral, a tramitar y resolver ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tuviera efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. Recurso de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia competente territorialmente que se extendió a las acciones que los trabajadores pudieran ejercer contra dicho auto, en cuestiones referidas estrictamente a la relación jurídica individual.

Por lo que se refiere a la fase de ejecución, el art. 55 de la LC2003 estableció nuevos criterios que impedían que:

- a) Declarado el concurso, pudieran iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
- b) Pudieran continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resultasen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor
- c) Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedaban en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que correspondiera dar a los respectivos créditos.
- d) Las actuaciones practicadas en contravención de lo establecido en los apartados a) y b) anteriores serían consideradas nulas de pleno derecho.

Pero dicho lo anterior, desde la aprobación de la LC2003 la doctrina científica y la de nuestros tribunales, tanto los del orden social como mercantil, han venido debatiendo y discrepando sobre un aspecto concreto de la situación concursal, la que se refiere los efectos que sobre el patrimonio de la concursada comporta el denominado Plan de liquidación, regulado en los arts. 148 y 149 de la LC2003 y a los que seguidamente me referiré.

III. El Plan de Liquidación y los efectos derivados en las relaciones laborales respecto de la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos

El art. 148.1 LC2003 estableció que dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación (plazo prorrogable a solicitud de la administración concursal por un nuevo período de igual duración), la administración concursal presentaría al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que fuera factible, debería contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos.

Por su parte, el art. 149.1 LC2003 advertía que de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarían a una serie de reglas de carácter supletorio que pasaban porque el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenarían como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estimase más conveniente para los intereses del concurso la previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos.

La expresada enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva, indicaba la norma, debía efectuarse mediante subasta. No obstante, el juez podía acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considerase que era la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso.

Las resoluciones que el juez adoptase en forma de Auto, respecto del cual no había recurso alguno, debían ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y para el supuesto de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supusieran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, debía darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 LC2003.

Finalmente, y por lo que ahora interesa, su art. 149.2 LC determinaba lo siguiente: «Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue que en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

La duda que surgía, inmediatamente, era conocer, en primer lugar, si la prevención de sucesión empresarial del art. 149.2 LC, establecida como regla supletoria, era igualmente de aplicación al supuesto contemplado en su apartado 1, es decir, cuando la liquidación se había acordado judicialmente respecto del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicio de la concursada; y, en segundo lugar, si la sucesión empresarial desplegaba todos los efectos legales regulados en

el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en ambos supuestos de liquidación (fuera en conjunto o en forma unitaria).

Lo cierto es que, por aquellas fechas, los Juzgados de lo Mercantil venían resolviendo por Auto que la transmisión mediante venta en liquidación lo era sin sucesión de empresa, por cuyo motivo la empresa adjudicataria del centro de trabajo, en cuanto unidad productiva autónoma e independiente, quedaba exonerada de cualquier obligación o deuda contraída por los trabajadores de la empresa concursada.

Este razonamiento dejaba en completa indefensión a los trabajadores a quienes se les apartaba de la protección prevista en el art. 44 del ET), en cuanto trasposición al derecho nacional de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, cuyo art. 1 tras indicar en su ordinal 1 que

«La presente Directiva se aplicará a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivado de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, tal como se define en el apartado 1 del artículo 2»

establece una excepción en su ordinal 2 cuando se refiere a que

«Los Estados miembros podrán excepcionalmente excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos, o en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva».

Es más, la LC supuso en esta materia la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, reguladora del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, en cuyos artículos 5 a 7 se regula la transmisión de empresa en situaciones de insolvencia, flexibilizando las exigencias tanto respecto a la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario de las deudas laborales anteriores a la transmisión, como respecto al mantenimiento de condiciones de trabajo y prohibición de despedir con causa en la propia transmisión, extremos éstos no regulados en el artículo 44 del ET.

De este modo, el artículo 5, apartado 2, de la citada Directiva determina que podrá acordarse, siempre que exista supervisión de autoridad pública competente, que

«no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso, o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre cuando dicho procedimiento dé lugar en virtud de la legislación de ese Estado miembro a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 90/987/CEE (sic) del Consejo, de 9 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial».

Ahora bien, tanto las Audiencias Provinciales, en el plano de la jurisdicción civil, como los tribunales de la jurisdicción social habían venido tradicionalmente pronunciándose a favor de la plena sucesión empresarial, con los efectos inherentes a dicha declaración en recta aplicación de lo regulado en el art. 44 del ET), modulado con la especial regulación establecida en el art. 149.2 LC2003.

Criterio, insisto, que no fue el seguido por los Juzgados del orden jurisdiccional mercantil que resolvían con la atribución de la unidad productiva —entiéndase como centro de trabajo— vinculada a la no sucesión empresarial de la empresa adjudicataria, lo que comprendía tanto las obligaciones laborales como las deudas con la TGSS y la AEAT de la concursada relativas a los trabajadores comprendidos en la transmisión autorizada, orillando la aplicación de los efectos sucesorios del art. 44 del ET.

IV. Criterios sostenidos por nuestros tribunales en orden a declarar la sucesión empresarial en la adjudicación de centros de trabajo en la fase de liquidación concursal

Ahondando en esta polémica doctrinal, la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de diciembre de 2013, efectúa un compendio de la doctrina de la Sala en esta materia, aludiendo en el fundamento jurídico segundo a su Sentencia de 30 de septiembre de 2001, en un supuesto en que por el Juzgado de lo Mercantil se habla acordado que la empresa adquirente no quedaba subrogada en las deudas de la TGSS y de la AEAT excluyendo, a esos efectos, la sucesión de empresa, considerando que

«(...) cuando se sale de los cauces normales. convenio liquidación, la transmisión de una empresa concursada obliga a su adquirente o mantener todos los derechos y obligaciones que los trabajadores tenían hasta ese momento», añadiendo que el artículo 149 de la Ley concursal viene referido a un supuesto excepcional, y que, además

«(...) éste debe ser interpretado en el seno de la fase de liquidación, y del fracaso o de los deficiencias que los acuerdos liquidatarios puedan presentar; pero, de igual modo, también, se debería aplicar como lo viene haciendo la doctrina de la Audiencia Provincial... para aquellos supuestos que no siguen al pie de la letra el procedimiento por tales descrito, pues al fin y al

cabo, si alguna cosa queda clara, es que si bien a las empresas concursadas no es de aplicación en toda su extensión el régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET sí debe ser la garantía del mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que no pueden verse afectados por la simple transmisión de la empresa o parte de ella, y todo ello, claro está, sin perjuicio de que bajo supervisión del Juez Mercantil se libere al adquirente, en términos de responsabilidad solidaria, únicamente del cumplimiento de determinadas cargas económicas u otro tipo de obligaciones frente a la seguridad social o ante la administración tributaria anteriores a la enajenación. Asimismo, en esta resolución se acordó que la decisión judicial del Juzgado de lo Mercantil no podía alterar los derechos colectivos de los trabajadores, ni los individuales, excepto que se haga siguiendo los trámites del artículo 64 LC)».

Por su parte, el fundamento de derecho segundo de la Sentencia ya citada del TSJ de Cataluña, núm. 6119/2011, de 30 de septiembre (Ponente, Sr. Amador García Ros) vino en afirmar lo siguiente:

«En el apartado de censura jurídica, bajo la adecuada cobertura procesal, se denunció en dos motivos, la infracción del artículo 44 ET en relación con el artículo 149.2 Ley Concursal, y 33 ET, y Directiva 200 T/23/E, de 12 de marzo, y de nuevo, aunque con carácter subsidiario, la infracción del artículo 44 ET, pero sobre un razonamiento alternativo y diferente al primero.

(...) De la conjugación interpretativa de los preceptos analizados, se podría llegar a la conclusión que en supuestos de transmisión de todo o parte de la empresa, serán los acreedores y la empresa concursada (a través de la administración concursal en fase de convenio, y siguiendo los trámites del artículo 64 L, en fase de liquidación, las que pudieren decidir libremente sobre la vigencia de los contratos de los trabajadores afectados y sobre los derechos de los trabajadores transmitidos, sin que sea de aplicación las garantías del artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que sobre lo aplicación de esta norma nada se dice ni regula la Ley Concurso. Y esta dirección interpretativa vendría apoyada por lo previsto en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, que permite inaplicar buena parte de las garantías que afectan al mantenimiento de los derechos de los trabajadores contempladas en la propia norma comunitaria de la que el artículo 44 TRET es su clara transposición.

Interpretación que debiera ser así si, la propia norma concursal no proveyera un régimen supletorio para los casos en que fracase la propuesta principal, es decir, que no se aprobara un plan de liquidación en los términos y de la forma que la ley regula, o que el que se aprobase, no hubiere previsto todas las cuestiones que quedan afectados. El artículo 149.2 LC, en este sentido dice textualmente: «Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de quitar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá

acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad como el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo».

Si bien a las empresas concursadas no le es de aplicación en toda su extensión el régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET sí debe ser la garantía del mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que no pueden verse afectados por la simple transmisión de la empresa o parte de ella

(...) De nuevo, debemos reconocer, que el artículo 149 LC viene referido a un supuesto excepcional, y que además, este debe ser interpretado en el seno de la fase de liquidación, y del fracaso o de las deficiencias que los acuerdos liquidatorios puedan presentar, pero, de igual modo, también, se debería aplicar como lo viene haciendo la doctrina de la Audiencia Provincial, que cita el auto del Juzgado Mercantil de 22 de julio de 2010, para aquellos supuestos, que no sean al pie de la letra el procedimiento por fases descritos, pues al fin y al cabo, si algo queda claro, es que si bien a las empresas concursadas no le es de aplicación en toda su extensión el régimen jurídico previsto en el artículo 44 ET sí debe ser la garantía del mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores que no pueden verse afectados por la simple transmisión de la empresa o parte de ella, y todo ello, claro está sin perjuicio que bajo la supervisión del Juez Mercantil se libere al adquirente, en términos de responsabilidad solidaria, únicamente del cumplimiento de determinadas cargas económicas u otro tipo de obligaciones frente a la seguridad social o ante la administración tributaria anteriores a la enajenación, pero de modo alguno, la decisión judicial, a nuestro juicio, podrá alterar los derechos colectivos de los trabajadores que tenían en la empresa adquirida, y evidentemente tampoco los individuales, excepto que se haga siguiendo los trámites del artículo 64 LC .

Inciendo en esta línea interpretativa, especial interés cobra la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 5115/2014, de 11-7-2014 (Recurso de Suplicación: 2291/2014, Ponente Sr. Felipe Soler Ferrer), al resolver acerca de la competencia de la jurisdicción social con respecto a una demanda de reclamación de cantidad formulada contra diversas empresas, de las que se predica su solidaridad derivada de la existencia de una sucesión empresarial, encontrándose una de ellas se encontraba en fase de concurso.

Pues bien, la expresada resolución judicial se decanta a favor de declarar la competencia del Orden Social de la Jurisdicción, resaltando su fundamento jurídico cuarto cuando afirma lo siguiente:

«Siguiendo a la STSJ Cantabria 4-4-2014, cabe decir que la competencia para determinar la existencia de una sucesión de empresa, su alcance y los concretos efectos sobre las relaciones laborales no es una cuestión pacífica. Podría considerarse la competencia del Juez del concurso

por la vía del art 9 LC pero lo cierto es que son numerosas las resoluciones de Juzgados de lo Mercantil que sostienen que la competencia del Juez del concurso no alcanza más allá del concreto ámbito previsto en el artículo 149.2 LC, por lo que no puede pronunciarse sobre lo que debe entenderse por sucesión empresarial a efectos laborales. En este sentido se pronuncia, a título de ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 14-10-2005. En el mismo se autoriza la transmisión del conjunto productivo de una empresa, previsto en el plan de liquidación, pero no como se proponía, esto es, sin sucesión en las obligaciones con los trabajadores, ni en las pendientes respecto a la Tesorería General de la Seguridad Social, sino aplicando lo dispuesto en el citado artículo. En idéntico sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián núm. 1, de fecha 18-11-2010.»

Por lo demás, fueron numerosas las sentencias dictadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia asumiendo que la competencia para el conocimiento de las demandas de despido corresponde al orden jurisdiccional social, no obstante derivar la comunicación empresarial de un previo auto de extinción dictado por el Juez del concurso (5).

V. Comentario al Auto de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2015

El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2015 (Sala Sexta, Asunto C 688/13), resolvió una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, que tenía por objeto la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Dicha petición se suscitó en el marco de un procedimiento entablado por Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L., sociedad en liquidación, respecto a la determinación de cuáles eran las deudas de esta última que la entidad cesionaria podía no asumir tras la cesión de las actividades de la primera a la segunda.

Pues bien, la expresada resolución del TJUE acordó que la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 debía interpretarse en el sentido de que:

- a) En el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva (LA LEY 4544/2001), ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia,

resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 801987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, «si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente».

b) Sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva (LA LEY 4544/2001) no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, «pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario».

Interpretado desde una óptica finalística e integradora con el art. 149.4 LC2003 y el art. 44 ET, se podía concluir con que la previsión de subrogación de la empresa adjudicataria en las obligaciones laborales de la cedente-concursada resultaba ajustada a las previsiones comunitarias, concretamente a los razonamientos contenidos en sus ordinales 42, 43 y 50.

VI. La trascendente reforma de la Ley Concursal operada por medio de la Ley 9/2015, de 25 de mayo

Como se ha podido comprobar de todo lo hasta ahora expuesto, las dificultades interpretativas en la aplicación de las reglas recogidas en los arts. 148y 149 LC2003 derivaron, en la práctica, en resoluciones judiciales de los Juzgados Mercantiles acordando la no sucesión empresarial y, consecuentemente, la exención de cualquier responsabilidad por la empresa adjudicataria en la fase de liquidación, lo que supuso una intolerable merma de los derechos de los trabajadores, ignorando la aplicación de las garantías reguladas por el art. 44 ET.

Sin embargo, la posterior publicación de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal vino a poner solución a esa situación reconociendo el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por el concurso (6).

Para ello, nada mejor que reproducir textualmente algunos pasajes del apartado IV de su Preámbulo:

«En materia de liquidación se modifican determinados preceptos del Capítulo II del título V de la Ley Concursal con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.

(...) El artículo 149 también resulta modificado. A la luz de las dudas surgidas, se aclara que reglas del mismo tienen carácter supletorio y cuáles de ellas deberán aplicarse en toda liquidación, haya o no plan de liquidación. En particular, se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social ».

A tal efecto, se adoptaron, entre otras muchas, las siguientes modificaciones en la LC reformada:

a) Se añadió un artículo 146 bis, intitulado «Especialidades de la transmisión de unidades productivas», cuyo apartado 1 establecía lo siguiente

«1. En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte ».

b) Se modificó el art. 149, intitulado «Reglas legales de liquidación», cuyo apartado 1 se refería a las reglas supletorias que debían aplicarse de no aprobarse un plan de liquidación

De este modo, se sustituyó la rúbrica «reglas legales supletorias», por la de «reglas legales de liquidación», para aclarar cuáles tenían carácter supletorio (las del apartado 1 —expresamente calificadas de «supletorias»— y las de su apartado 2 —ahora con preferencia las previsiones del plan—) y cuáles se aplicaban en general a la liquidación, y, por tanto, condicionaban también el contenido del plan. Esto último afectaba, sobre todo, al apartado 4, cuando consideraba que existía sucesión de empresa a los efectos laborales y de Seguridad Social, con la única posibilidad de evitar la subrogación en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial.

Como consecuencia de lo anterior, debía estarse a lo prevenido en el apartado 4 del art. 149 LC (LA LEY 1181/2003) de llevarse a cabo la enajenación a que se refería la regla 1ª del apartado 1.

c) Se añadió un nuevo apartado 7 al artículo 191, así como un nuevo apartado 4 al artículo 191 ter, ambos con la siguiente redacción: «En el caso de transmisión de unidades productivas, se tendrán en cuenta las especialidades previstas en los artículos 146 bis y 149.»

Con todas estas modificaciones y adiciones, podía afirmarse que el legislador consiguió dar coherencia a los preceptos legales en juego, de modo que primaba la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas, compromiso que debía recoger tanto la propuesta de convenio como servir de garantía en la fase de liquidación y adjudicación (art. 100.2 y art. 149, apartado 1, regla 3, y apartado 3 LC).

Y es que tras aquella importante reforma, la vigente Ley Concursal, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, ha consolidado el criterio, expresado al principio de este estudio, de hacer prevalecer la continuidad de la empresa adjudicataria y, con ella, la de los contratos de trabajo en aplicación del mecanismo subrogatorio del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

(1)

Remito al lector al interesante artículo doctrinal: «Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal». IGNACIO GARCIA-PERROTE. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha y Abogado (Actualidad Jurídica Uría & Méndez, N.º 6/2003).

(2)

Un ejemplo lo encontramos en la siguiente fundamentación jurídica contenida en el Auto de 15 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Lleida: «En cuanto la sucesión de empresa, hay que indicar que los Audiencias ya han indicado que «al juez del concurso le corresponde no sólo aprobar el plan de liquidación, conforme al art. 148 LC, sino también dictar los actos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro puede pronunciarse sobre los efectos las condiciones en que se aliena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal,, en este caso el art, 149,2 LC». Fuera del concurso, el juez mercantil no tiene competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos que el adquirente se subroga en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la alienación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el juez del concurso quién aplicando la normativa concursal se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia es lógico que se pronuncie sobre alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida que están directamente relacionados con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC (Auto AP Barcelona (Sección 15) 29.11.2007:AP Barcelona (Sección 15) 16.12.2009, entre otros) y se ha indicado que «la resolución administrativa acordando la sucesión de empresa de... en las deudas de la concursada está auto reconociéndose un tipo de privilegio de cobro de unos créditos que tenía ante la

concurada con anterioridad a la declaración del concurso pero tratando de cobrar ya fuera del concurso, afectando al patrimonio de un tercero y obviando el plan de liquidación aprobado judicialmente, cosa que no tiene justificación y más perjudica la finalidad y el espíritu de las previsiones de la Ley Concursal en materia de liquidación, y más concretamente, la liquidación realizada en este concurso... en el marco del concurso y en nombre de favorecer lo efectividad de la liquidación de la concursada, partiendo que con la venta unitaria de la explotación empresarial se están transmitiendo únicamente los activos y no los pasivos de la concursada, hay que acordar la exoneración de pago y la no sucesión de empresas los efectos de los créditos vigentes de la TGSS contra la concursada..., al momento de declarar el concurso. AP la Rioja (Sección 1) 03.03.12). Por este motivo en este concurso núm. 354/11 de... la transmisión en venta en liquidación, lo es sin sucesión de empresa «».

(3)

La expresada STJUE tiene como antecedente la Sentencia Süzen d'11-3-1997 (seguida por las posteriores sentencias Hernández Vidal i Sánchez Hidalgo, de 10.12.1998 y en la sentencia Temco, de 24.1.2002 dando lugar a la unificación de doctrina a partir de la STS de 27.10.2004), en la que se afirmaba, en relación con una sucesión de contratas de limpieza, que:

«(...) la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial».

Añadiendo como elemento adicional que:

«(...) si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a esta tarea».

(4)

Criterio compartido por las SSTS de 26 de abril de 2018, recurso 2004/2016, 27 de noviembre de 2018, recursos 1685/2017, 1902/2017 y 1958/2017, en el sentido de que la adquisición por una tercera empresa, en el seno de un procedimiento concursal, de la unidad productiva autónoma de la concursada supone que se produce sucesión de empresa, aun cuando en el auto de adjudicación se haya hecho constar que la adquirente no será responsable de ninguna obligación laboral respecto a los trabajadores de la empresa concursada que no ha asumido.

(5)

SSTSJ de Valencia de 14-1-2014 (Rec. 24834); de Cataluña de 16-1-2014 (Rec. 4753/2013) 3-12-2013 (Rec. 3581/2013), 26-9-2013 (Rec. 2697/2013), 20-4-2012 Rec.4745/2011), 8-2-20/2 (Rec. 7216/2011) y 30-9-2011 (Rec. 2602/2011); de Aragón, de 3-10-2012 (Rec. 449/2012); del País Vasco, de 22- 11-2011 (Rec. 2226/2011); de Valencia de 14-1-2014 Rec. 2483) y del País Vasco de 22-1-2011 Rec. 2226/2011).

(6)

RICARDO CABANAS TREJO: «La penúltima reforma concursal: breve apunte de la Ley 9/2015, de 15 de mayo de medidas urgentes en materia concursal» (diarioley.es, boletín 8548, de 27 de mayo de 2015).]