

Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo

Nuria Auxiliadora Orellana Cano
Magistrada Especialista de Mercantil
Audiencia Provincial de Cádiz

The labour competences of the insolvency judge in the light of questions of jurisdiction and Supreme Court jurisprudence

SUMARIO:

1. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LABORALES "TASADAS" AL JUEZ DEL CONCURSO. 1.1. Las competencias declarativas laborales del juez del concurso. 1.2. El momento determinante de la competencia del juez del concurso. 1.3. La competencia del juez del concurso cesa tras la aprobación del convenio. 2. EL JUEZ DEL CONCURSO COMO JUEZ SOCIAL: DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA. 2.1. Los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 18 y 21 de octubre de 2021. 2.2. Los conflictos de competencia resueltos por la Sala Especial del Tribunal Supremo. 3. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO FRENTE AL JUEZ DE LO SOCIAL EN LAS SENTENCIAS DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.1. Las cuestiones de competencia resueltas por el Tribunal Supremo. 3.2. Las Sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo que delimitan la competencia. 3.3. La problemática coordinación del despido colectivo en el concurso y las acciones resolutorias individuales. 3.4. La competencia para conocer de pretensiones ejecutivas tras la declaración de concurso. 4. LA PROBLEMÁTICA DEL GRUPO PATOLÓGICO EN EL CONCURSO. 4.1. La llamada al periodo de consultas de empresas del grupo. 4.2. La competencia para conocer de una demanda frente a la concursada y empresas del grupo no concursadas. 5. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO. 5.1. El procedimiento judicial de regulación de empleo. 5.2. La incidencia del inicio del procedimiento judicial de regulación de empleo en las medidas laborales colectivas en tramitación. 5.3. La impugnación de la resolución del juez del

concurso. 6. LA PROBLEMÁTICA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL JUEZ DEL CONCURSO PARA DECLARAR LA SUCESIÓN DE EMPRESA. 6.1. La sucesión de empresa bajo la vigencia de la Ley Concursal de 2003. 6.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo bajo la vigencia de la Ley Concursal de 2003. 6.3. La polémica suscitada por la atribución de competencia al juez del concurso para declarar la sucesión de empresa en el TRLC. 6.4. La reforma del TRLC por la Ley 16/2022: la superación de la polémica del “ultra vires” y sus efectos. 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La atribución de competencias laborales al juez del concurso por la Ley Concursal de 2003, que se ha mantenido en sus sucesivas reformas y que se mantiene en el vigente texto refundido de la Ley Concursal, ha suscitado no pocas controversias entre las jurisdicciones social y mercantil, que han provocado un cuerpo importante de resoluciones judiciales de los tribunales sociales. En el presente artículo se realiza una exposición sistemática de las principales resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo relativas a empresas concursadas, siendo objeto de análisis, tanto las controversias competenciales suscitadas entre el juez del concurso y el juez de lo social —inicialmente resueltas como conflictos de competencia por la Sala Especial del Tribunal Supremo y, actualmente, tratadas como cuestiones de competencia atribuidas al superior jerárquico común de la jurisdicción social—, como aquellas otras cuestiones controvertidas, tales como, la delimitación de la competencia para conocer de los despidos, los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones resolutorias individuales ejercitadas por los trabajadores y su aplicación jurisprudencial extensiva o, el tratamiento jurisprudencial de los grupos patológicos en el concurso y de la sucesión de empresa en caso de venta de la unidad productiva; todo ello, teniendo en cuenta la reciente reforma de la legislación concursal por la Ley 16/2022 y su posible incidencia en dicha doctrina jurisprudencial sobre la sucesión de empresa.

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores, insolvencia, medidas laborales colectivas, despidos, acciones resolutorias individuales, grupo patológico, sucesión de empresa.

ABSTRACT: The attribution of labour competences to the insolvency judge by the Insolvency Act of 2003, which has been maintained in its successive reforms and which is maintained in the current revised text of the Insolvency Act, has given rise to quite a few controversies between the social and commercial jurisdictions, which have led to a significant number of judicial decisions by the social courts. This article provides a systematic overview of the main decisions handed down by the Supreme Court in relation to insolvent companies, analysing both the jurisdictional disputes arising between the insolvency judge and the labour court — initially resolved as conflicts of jurisdiction by the Special Chamber of the Supreme Court and currently dealt with as questions of jurisdiction attributed to the common hierarchical superior of the labour jurisdiction —, as well as other controversial issues, such as the delimitation of the jurisdiction to hear dismissals, the effects of the declaration of bankruptcy on the individual actions for termination exercised by the workers and its extensive jurisprudential application or the jurisprudential treatment of the pathological groups in bankruptcy and the succession of the company in the event

of the sale of the production unit; all of this, taking into account the recent reform of bankruptcy legislation by Law 16/2022 and its possible impact on this jurisprudential doctrine on the succession of the company.

KEYWORDS: bankruptcy proceedings, insolvency, collective labour measures, dismissals, individual termination actions, pathological group, company succession.

1. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LABORALES “TASADAS” AL JUEZ DEL CONCURSO

1.1. Las competencias declarativas laborales del juez del concurso

Una de las novedades de la hoy derogada Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), y, quizás, de las más controvertidas, ha sido la atribución al juez del concurso de competencias laborales. Las sucesivas y numerosas reformas de dicha Ley mantuvieron dicha atribución competencial —aunque con mejoras en su redacción—, pasando al texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC), y, que se mantiene, igualmente, tras la Ley 16/2022, que lo reforma para transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, conocida como Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

Conforme al párrafo 1º del apartado 5 del art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), modificado por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, la jurisdicción del juez del concurso es *exclusiva y excluyente* para conocer de 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 la legislación concursal, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección¹.

1 La jurisdicción del juez del concurso es también exclusiva y excluyente para las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en la legislación concursal (art. 86 ter 2.2ª y 52.1.2ª TRLC). Ello remite al art. 144.1.1º TRLC, que establece como excepción a la prohibición de inicio de nuevas ejecuciones y suspensión de las iniciadas, frente al patrimonio del concursado (arts. 142 y 143 TRLC, respectivamente), las ejecuciones laborales, que podrán proseguir, cuando se hubiere embargado un bien o derecho en fecha anterior a la de declaración del concurso, si el juez del concurso declara que ese bien o derecho concreto no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Asimismo, la jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, sin más excepciones que las establecidas en la legislación concursal, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal. La decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto fuera del concurso de acreedores en que se produzca (art. 86 ter 6 LOPJ y art. 55 TRLC)

Ello se reitera en los arts. 53.1 y 169 TRLC². Este último, en su apartado 2, establece que en todo lo no previsto en esa Subsección —que comprende los arts. 169 a 185—, se aplicará la legislación laboral³ y, los representantes de los trabajadores, tendrán cuantas facultades les atribuya esa legislación⁴.

Por tanto, para completar estas competencias laborales del juez del concurso, se ha de acudir al Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En concreto, al art. 41 ET para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, al art. 40 ET para los traslados colectivos, al art. 51 ET para los despidos colectivos y, al art. 47 ET, para las suspensiones de contratos y reducciones de jornada; resultando de aplicación dichos preceptos para la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como para la determinación de su carácter colectivo, salvo, en cuanto a este carácter, para la suspensión de contratos y la reducción de jornada, ya que el art. 47 ET no distingue entre medidas colectivas e individuales o plurales. Por ello, el art. 86 ter 5 párrafo 2º LOPJ y el art. 53.2 TRLC se encargan de precisar que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con este carácter, esto es, remite a los límites numéricos del art. 41.2.II ET.

El Tribunal Supremo (Sala 4ª) en la Sentencia 659/2019, 25 de septiembre⁵, precisa que se trata de una atribución tasada de competencias, ya que no ha sido la intención del legislador concursal otorgar al juez del concurso la competencia sobre la

- 2 El apartado 1 del art. 169 TRLC, aunque referido a la legislación aplicable, viene a reiterar lo establecido en el art. 53 TRLC, en cuanto a la competencia del juez del concurso para conocer de determinadas medidas laborales. La novedad del TRLC radica, de una parte, en aclarar que sólo conoce de dichas medidas cuando obedezcan a causas ETOP (económicas, técnicas, organizativas y de producción), lo que deja fuera los despidos, suspensiones de contrato y reducciones de jornada por fuerza mayor que, desde mi punto de vista, no han sido nunca competencia del juez del concurso —aunque se suscitaron dudas con la normativa COVID— y, de otra parte, viene a delimitar la competencia del juez del concurso sólo cuando se trate de medidas colectivas.
- 3 Ello implica que en todo lo no previsto haya de aplicarse el ET y, también, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
- 4 Inicialmente, el art. 8.2º LC, en su inciso final, preveía que, en el enjuiciamiento de estas materias y, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la propia LC, deberían tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. No obstante, ello no se ha recogido en el concordante artículo 53 del TRLC, que regula la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en materia laboral; si bien, como tras el TRLC de 2020 se mantenía en el art. 86 ter 1.2º LOPJ, en un principio consideré que pese a la omisión del refundidor, seguían siendo aplicables los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Ahora bien, la nueva redacción del art. 86 ter LOPJ operada por la LO 7/2022, de 27 de julio, ha hecho que me replantee si se trató de una omisión intencionada, ya que se ha suprimido dicha remisión en el citado precepto, que ha modificado la redacción de las competencias sociales del juez del concurso que ahora se recogen en el apartado 5 del art. 86 ter LOPJ. En todo caso, no parece que el refundidor pueda suprimir una previsión tan importante, pero es lo cierto, que se ha suprimido también de la LOPJ. Si se mantiene en el art. 169.2 TRLC la aplicación supletoria de la legislación laboral que se contenía en el artículo 64.11 LC de 2003.
- 5 Con cita de las SSTs de 18 octubre 2010/16, rec. 2405/15, y de 19 octubre 2016, rec. 2291/2015.

totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el empresario deudor, sino simplemente algunas de ellas, las que ha considerado que tienen una importante repercusión sobre el patrimonio del concursado,

Por otra parte, el art. 169.1 TRLC aclara que el juez del concurso conoce de dichas medidas a partir de la declaración de concurso (art. 169.1 TRLC y SSTs Sala 4ª 659/2019, 25 de septiembre y 488/2020, de 22 de junio) y por el procedimiento previsto en los artículos que le siguen, fundamentalmente en los arts. 171 a 184, que vienen a regular el procedimiento judicial de regulación de empleo, completados con los arts. 541 y 551 TRLC, para la impugnación de la resolución del juez del concurso.

A estas competencias declarativas para conocer de medidas colectivas, hay que añadir la competencia del juez del concurso para conocer de la impugnación de la decisión de la administración concursal de suspensión o extinción de los contratos con el personal de alta dirección, prevista en los citados art. 86 ter 5 LOPJ y 53 TRLC, cuya regulación se contiene en los arts. 186 a 188 TRLC.

El juez del concurso tiene también jurisdicción exclusiva y excluyente para la determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 86 ter 2.3ª LOPJ y 52.3ª TRLC). Ello resulta trascendente en cuanto a los efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones laborales, pues, frente a la regla general de suspensión de dichas ejecuciones (art. 143 TRLC), el art. 144 TRLC permite continuar aquellas en las que se hubiesen embargado bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, correspondiendo dicha declaración al juez del concurso. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia nº 32/2021, de 24 de mayo, en el que se declara que, cuando el Juzgado de lo Social consideró que la declaración de necesidad de los bienes embargados acordada por el juez del concurso resultaba improcedente —por entender que no cabía si la unidad productiva carecía de actividad o si aquella declaración se hacía a favor de un tercero—, estaba invadiendo una competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para adoptar una decisión de fondo. La disconformidad con la declaración de necesidad de los bienes embargados que realiza el juez del concurso no ha de manifestarse cuestionando su competencia, sino mediante la interposición de los recursos previstos en la ley por parte de quienes se sientan perjudicados por aquella declaración.

Mayor controversia ha suscitado la novedad que incorporó el texto refundido de la Ley Concursal en 2020, relativa a la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa, que se recoge en el apartado 2 del art. 221 y, que había resultado una cuestión muy polémica bajo la vigencia de la Ley 22/2003, porque a partir de la STS (Sala 4ª) de 29 de octubre de 2014 Rº 1573/2013, se ha consolidado una jurisprudencia de dicho Tribunal —que expondremos en otro apartado— que ha venido negando sistemáticamente valor alguno a la resolución que hubiera dictado el juez del concurso autorizando la venta de la unidad productiva, en cuanto al pronunciamiento relativo a la sucesión de empresa, declarando la competencia exclusiva de la jurisdicción social.

No obstante, la polémica suscitada sobre si el refundidor ha incurrido en *ultra vires* en el contenido del artículo 221.2 TRLC, se ha de entender superada tras la Ley 16/2022 que modifica el TRLC y, sobre todo, tras la LO 7/2022, que modifica la LOPJ, que contemplan expresamente la atribución de dicha competencia al juez del concurso (arts. 52.1.4ª TRLC y 86 ter 2.4ª LOPJ).

1.2. El momento determinante de la competencia del juez del concurso

El juez del concurso va a conocer de las medidas laborales desde la declaración de concurso, no antes. Así resulta del art. 169.1 TRLC, que establece: *"1. Declarado el concurso, 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 Subsección cuando tengan carácter colectivo."*

Y, así lo ha declarado la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia 659/2019, 25 de septiembre, en la que señala 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, lo que 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; ya que 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. 2405/15, y 19 octubre 2016, rec. 2291/2015).

Y, en la posterior STS Sala 4ª 488/2020, de 22 de junio, recopilando la doctrina de la Sala, en relación con los despidos colectivos, se dice —con cita de las SSTS de 14 de septiembre de 2018 y 9 de febrero de 2015 *Rº 406/2014*— que es competente el Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso.

Por ello, no resulta competente para conocer de estas medidas laborales colectivas el juez ante el que se presenta la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación —hoy, planes de reestructuración, tras la Ley 16/2022—, esto es, el conocido como precurso, como resulta de la STS Sala 4ª de 20 de octubre de 2015 que declara que, para que se atribuya la competencia para el conocimiento del procedimiento para la extinción colectiva de contratos de trabajo al juez del concurso (aplicable a las demás medidas laborales colectivas), la empresa ha de haber sido declarada en concurso con anterioridad a efectuar el despido colectivo. Es irrelevante que el empresario ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio como le permitía el art. 5 bis de la derogada LC de 2003 —hoy arts. 583 y ss TRLC—.

1.3. La competencia del juez del concurso cesa tras la aprobación del convenio

Una vez aprobado el convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso, aunque éste no concluye hasta que se cumple el convenio. Como se desprende del art. 136 TRLC, la competencia para conocer de aquellos juicios declarativos atribuidos a su jurisdicción exclusiva y excluyente comprende desde la declaración de concurso hasta una vez aprobado el convenio, cuando está en fase de cumplimiento y, aun siendo acciones de su jurisdicción exclusiva y excluyente, decae su competencia a favor del orden jurisdiccional que corresponda. El convenio adquiere eficacia, conforme al art. 393.1 TRLC, desde la fecha de la sentencia que lo apruebe. Por tanto, aprobado el convenio, cesa la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. Así se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo en autos de 14 de mayo, 10 de julio y 30 de octubre de 2012⁶.

El Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2017 considera competente a la jurisdicción social para conocer de una reclamación de cantidad, ya que si bien se atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer de cualesquiera ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor desde la declaración del concurso hasta la aprobación del plan de liquidación, no todos los concursos terminan con la fase de liquidación y, aprobado el convenio, el concursado recobra el pleno control societario, estando sujeto únicamente al control del juez del concurso en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio aprobado, por lo que los créditos no incluidos en el mismo son ajenos a dicho control y, por lo tanto, a la competencia del juez del concurso.

Las controversias con los jueces de lo social se plantean respecto de las ejecuciones posteriores a la aprobación del convenio. Es competencia de la jurisdicción social, la ejecución de los créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio. Así, en la STS Sala 4^a de 17 de abril de 2018⁷, en la que se argumenta que una vez aprobado el convenio concursal, los acreedores concursales no sujetos al convenio así como los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el convenio, podrán iniciar ordinariamente ejecuciones o continuar con las que hubieran iniciado; sin que estas ejecuciones se acumulen al proceso concursal, puesto que el efecto específico del concurso, consistente en la paralización de la ejecución y la atracción de las ejecuciones al concurso, ha sido enervado desde la eficacia del convenio.

6 Como declara esta Sala 1^a en la Sentencia de 3 de mayo de 2017, cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente a favor del juez del concurso respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso y presentar la naturaleza de crédito concursal ordinario o subordinado, quedara afectado por el convenio, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio.

7 En igual sentido, la STS (Sala 4^a) 9/2019, de 9 de enero.

Más recientemente, la STS Sala 4ª 139/2022, de 10 de febrero, Rcd. 4403/2018, declara la competencia de la jurisdicción social para la ejecución de créditos del Fogasa y de los trabajadores frente a la concursada, una vez aprobado el convenio concursal.

2. EL JUEZ DEL CONCURSO COMO JUEZ SOCIAL: DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

2.1. Los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 18 y 21 de octubre de 2021

Dada esta atribución de competencias laborales al juez del concurso, de las no pocas controversias competenciales que se planteaban entre el juez de lo mercantil y el juez de lo social, conocía la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo regulada en el art. 42 LOPJ, porque se partía de considerar que se trataba de órdenes jurisdiccionales distintos.

No obstante, los conflictos de competencia planteados entre el Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid —que conoce del concurso del Caso OMBUDS⁸— y varios Juzgados de lo Social de toda España —situados en A Coruña, Oviedo, Murcia y Burgos—, llevaron a la citada Sala Especial del Tribunal Supremo a un cambio de criterio, inspirada en el cambio que ya había acontecido a propósito de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁹. Así, la Sala Especial dictó un Auto de 18 de octubre de 2021 (nº 36/2021), al que le siguieron dos de 21 de octubre de 2021, números 37/2021 y 38/2021¹⁰, en los que cambia el criterio y se declara incompetente para co-

8 Sobre la problemática laboral de este concurso en las primeras resoluciones dictadas, *vid.* mi trabajo «La (de)limitación de la competencia del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa», en *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Nº. 5 (julio-septiembre 2021).

Y, sobre las posteriores resoluciones, mi más reciente artículo "Las cuestiones de competencia del concurso de Ombuds resueltas por el Tribunal Supremo", en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 9 / 2023, págs. 321 a 341.

9 La Sala Especial de Conflictos de Competencia cita su propio Auto de 14 de abril de 2021 (Conflicto de Competencia número 23/2020), en el que se resuelve que la controversia que pueda suscitarse entre un Juzgado de Primera Instancia o un Juzgado de Familia y un Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de una demanda civil, no es un conflicto de competencia de los atribuidos al conocimiento de esta Sala Especial, sino una cuestión de competencia objetiva en materia civil.

10 Sobre estas resoluciones, resulta muy ilustrativo el artículo de FERNÁNDEZ LARREA, I., "Conflictos de competencia y jurisdicción en sede concursal (Comentario a los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 18 y 20 de octubre de 2021 y al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021)", en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 57, 2022, págs. 283-300.

Para este autor, *op. cit.* p. 293, la argumentación de la Sala Especial de Conflictos de Competencia en estas resoluciones "no puede aplicarse automática y miméticamente cuando en la litis cuestionada competencialmente aparece como codemandado un sujeto «extraconcursal» cual es la empresa que, en principio, habría de subrogar a esos trabajadores. La irrupción de persona no concursada plantea en mi opinión muy serios obstáculos —especialmente con arreglo a las anteriores previsiones de la

nocer de estos conflictos¹¹, por considerar que se trata de cuestiones de competencia objetiva entre órganos del mismo orden jurisdiccional, que competen al superior jerárquico común del orden jurisdiccional social¹². Se argumenta en estas resoluciones que no es posible interpretar rígidamente el encuadramiento formal que se hizo de los Juzgados de lo Mercantil en el orden civil, ya que tal encaje lo fue en tanto que sus competencias abarcaban distintas disciplinas jurídicas, pero sin que ello pueda llevar a entender que una decisión del juez mercantil en materia laboral, cuando entra en controversia con otra decisión de un juez de lo social, deba ser calificada de materia civil, cuando las decisiones que adopte el juez mercantil en ese ámbito laboral de competencia que ostenta, deben estar inspiradas en los principios que sostienen el proceso laboral¹³.

2.2. Los conflictos de competencia resueltos por la Sala Especial del Tribunal Supremo

2.2.1. El juez del concurso no es competente para conocer de despidos individuales, salvo del personal de alta dirección

El Auto de la Sala del Tribunal Supremo del art. 42 LOPJ nº 8/2012, de 16 de marzo, Conflicto 52/2011, declara la competencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Reus para conocer de las demandas de despido interpuestas por los trabajadores demandantes, ya que el Juzgado Mercantil no la tiene para conocer de tres demandas individuales de despido, salvo que se tratara de contratos laborales de alta dirección —situación que no concurre—; ni es competente para pronunciarse sobre la indemnización aplicable a unos trabajadores que no fueron incluidos en el procedimiento judicial de regulación de empleo, ni cabe ampliar por otra vía el ámbito de aplicación de ese procedimiento tal como fue aprobado por el auto del Juzgado Mercantil.

El Auto de la misma Sala del art. 42 LOPJ nº 17/2014, de 24 de septiembre (Conflicto 15/2014) resuelve el conflicto negativo de competencia suscitado entre Juz-

Ley Concursal, norma aplicable al caso— para entender que el Juzgado Mercantil pueda actuar aquí en el ámbito de sus competencias laborales como «órgano mixto» adscrito a la jurisdicción social y, por tanto, faltando la unidad de jurisdicción entre ambos órganos, no cabría entender su pugna competencial como una «cuestión» de competencia, sino como «conflicto» de competencia sometido en cuanto tal a la capacidad decisoria de la Sala especial".

- 11 Acoge de esta forma el criterio ya anticipado en el Auto de la Sala de lo Social (Sección 2ª) del TSJ de Madrid nº 21/2021, de 26 de mayo, que se plantea su competencia y, que acaba concluyendo que, dado que la resolución de ambos Juzgados sería revisable ante dicha Sala, le corresponde la competencia para conocer de la cuestión, porque se trata de una cuestión de competencia del art. 51.1 LOPJ. Sin embargo, encontramos numerosos pronunciamientos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (art. 42 LOPJ) anteriores a estos Autos de 18 y 21 de octubre de 2021, resolviendo los planteados entre Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de lo Social.
- 12 Tras estas resoluciones, la Sala Especial de Conflictos de Competencia se ha declarado incompetente en los Autos posteriores de la Sala Especial 41/2021, de 14 de diciembre, y 15/2022, de 21 de diciembre.
- 13 *Vid.* nota 4, sobre la supresión de la previsión relativa a la aplicación por el juez del concurso de los principios inspiradores de la normativa estatutaria y del proceso laboral.

gado de lo Mercantil y Juzgado de lo Social para conocer de demanda por despido encontrándose la empresa en situación de concurso. Declara competente para conocer del asunto litigioso al Juzgado de lo Social ya que no se trata de una acción individual interpuesta al amparo del art. 50 ET motivada por la situación económica o de insolvencia de la empresa concursada, sino de una acción individual en la que se solicita que se declare improcedente el despido y se condene al concursado al pago de la indemnización correspondiente.

Como señala el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 1/2020, de 12 de febrero de 2020, como regla general, el conocimiento de los conflictos relativos a la extinción de contratos de trabajo corresponde a los órganos del orden social y, solo como excepción, al juez del concurso, al que, en principio, únicamente corresponde conocer de las extinciones colectivas —o de las impugnaciones individuales que frente a las mismas promuevan los trabajadores afectados—, además de las relativas a contratos de alta dirección (arts. 86 ter LOPJ, 8.2.º y 64.8 LC).

2.2.2. Incompetencia del juez del concurso para conocer de acciones individuales por despido improcedente acordado por razones objetivas

Este supuesto se resuelve en el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 10/2020, de 11 de junio. Se trataba de un despido que, aunque se notificara por el administrador concursal y alcanzara a la totalidad de la plantilla con cese total de actividad en la empresa, no tiene consideración de colectivo, al no constar que hubiera otros despidos en los noventa días previos y no quedar superado el número de cinco trabajadores establecido en el artículo 51 ET para considerar como colectivo el despido que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa. Tampoco consta que se tramitara el expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo contemplado en el entonces vigente artículo 64 LC ni, por ende, que se dictara el auto del juez del concurso del art. 64.7 LC, frente al que, en su caso, pudieran alzarse los trabajadores afectados a través del incidente concursal en materia laboral establecido en el artículo 64.8 LC¹⁴.

2.2.3. La competencia para conocer de acciones resolutorias individuales

La extinción del contrato por voluntad del trabajador se regula en el TRLC en el art. 185 y, aunque cambia la redacción y se suprime la ficción de colectivización de las acciones resolutorias individuales que se contenía en el art. 64.10 LC, la solución es la misma que se adoptó en dicho precepto, tras la reforma operada por la Ley 38/2011.

14 Se citan las siguientes resoluciones de la Sala Especial de Conflictos, cuya doctrina se reitera: autos 17/2014, de 24 septiembre (Cc 15/14), 28/2014, de 5 diciembre (Cc 7/14), 30/2014, de 5 diciembre (Cc 22/14), 19/2017, de 25 septiembre (Cc 16/17) y, más recientemente, 1/2019, de 19 febrero (Cc 16/2018).

Conforme al indicado art. 185 TRLC, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en los arts. 169 a 184 para el despido colectivo, los jueces del orden social suspenderán la tramitación de la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso, en los que se den las siguientes circunstancias de forma cumulativa: (i) que se hubieran ejercitado contra el concursado acciones resolutorias individuales; (ii) que esas acciones tengan como fundamento las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral (art. 50 ET) motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado; (iii) que estén pendientes de resolución firme.

Bajo la vigencia del art. 64.10 LC, precedente del art. 185 TRLC, fueron numerosos los problemas prácticos que se plantearon por el ejercicio por los trabajadores de estas resoluciones, que Desdentado Bonete calificaba de "extravagantes"¹⁵.

Entre las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo sobre el polémico art. 64.10 LC destacan los autos nº 15/2015 y 16/2015, ambos de 2 de noviembre de 2015, y 20/2015, 21/2015 y 22/2015, de 3 de noviembre de 2015 (todos ellos del concurso de FOELCA, S.L.), que declaran la competencia para conocer de la demanda promovida de resolución de contrato al amparo del art. 64.10 LC antes de la solicitud de concurso a la jurisdicción civil y, en concreto al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña. Desde mi punto de vista, no se trata de declarar la competencia del Juzgado de lo Social o del Juzgado de lo mercantil. No comparto el criterio de estas resoluciones, porque una cosa es que el trabajador que accionó antes de la declaración de concurso pueda ser incluido en el procedimiento ante el juez del concurso y, otra bien distinta, es que la competencia para el conocimiento de la acción individual se atribuya al juez del concurso. Y, ni siquiera en dicho caso le afectaría el efecto suspensivo del hoy art. 185 TRLC, sino que lo procedente, si la demanda era de fecha posterior a la solicitud de concurso, era la suspensión del proceso ante la jurisdicción social y que el trabajador continuara incluido en el procedimiento ante el juez del concurso para el despido colectivo, y, la resolución del juez del concurso, desplegaría los efectos previstos en dicho

15 DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: «Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas», Albacete, Bomarzo, 2007, p. 172. Posteriormente, esta expresión sería acogida por la jurisprudencia, siendo empleada por primera vez en la STS, Sala 4ª, de 13 de abril de 2011, Rec. 2149/2020.

La finalidad del art. 64.10, tanto en la redacción originaria, como en la redacción dada al mismo por la Ley 38/2011 —y, sigue presidiendo la reforma en la redacción operada en el art. 185 TRLC— es dar solución al posible ejercicio por los trabajadores de estas acciones resolutorias individuales después de la solicitud de concurso, a fin de evitar desigualdad entre los trabajadores en orden a la indemnización a percibir por la extinción de sus contratos, que DESDENTADO BONETE (*op. cit.* p. 15) calificaba de lucha "hobbesiana" para obtener mayores indemnizaciones. En palabras del Tribunal Supremo, «(l)a finalidad de la norma es evitar que los trabajadores traten de conseguir —bajo la apariencia de una extinción del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario— una indemnización superior —45 o, en su caso, 33 días de salario por año— a la que les correspondería en el seno del procedimiento del artículo 64 LC» (STS Sala 4ª de 9 de febrero de 2015, Rcd. 406/2014).

artículo. Y, de ser anterior a la solicitud de concurso (como se desprende de los antecedentes fácticos de esas resoluciones), podría continuarse la tramitación del procedimiento ante el juez de lo social.

No obstante, en este segundo supuesto, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha interpretado que en estos autos se está aplicando el art. 64.10 de forma extensiva también a aquellos supuestos en los que las acciones resolutorias son anteriores a la solicitud de concurso. Así se pronuncia la misma Sala Especial del art. 42 LOPJ en el Auto de 12 de febrero de 2020, nº 2/2020, Conflicto 19/2019¹⁶. En cualquier caso, el efecto de la aplicación del art. 64.10 LC era la suspensión del procedimiento ante el Juzgado de lo Social, no la remisión al Juez de lo Mercantil.

Ahora bien, en esta última resolución, con buen criterio, se precisan los efectos previstos en el art. 185 TRLC, señalando que, con carácter general, una demanda de rescisión de contrato formulada después de la declaración concursal, quedará suspendida y, a resultas de lo que decida el juez del concurso, respecto de las medidas colectivas que se hayan solicitado en su seno.

2.2.4. El auto que acuerda la extinción colectiva no produce efectos de cosa juzgada respecto de un trabajador no incluido en el procedimiento judicial de regulación de empleo

Sobre esta cuestión se pronuncia el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia 1/2020, de 12 de febrero de 2020. En esta resolución, tras argumentar que la resolución (del juez del concurso) que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal y se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales y, que el auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos, no se atribuye competencia al juez del concurso porque, en el caso que resuelve, ni se acordó suspensión alguna, ni —obviamente— se comunicó. Y, es más, el auto que acordó la extinción colectiva no incluyó al trabajador demandante, por lo que, respecto del mismo, aquel auto no puede tener efectos de cosa juzgada. Además, en las demandas, lo que se discute es si su relación laboral sigue o no vigente y, en éste último caso, si hubo dimisión o despido tácito con las consecuencias que correspondan en cada caso; cuestiones todas ellas que, con claridad, no están incluidas entre las que competen al conocimiento del juez del concurso.

16 En este Auto se declara: *"Ello es así a pesar de que las demandas fueran presentadas ante la jurisdicción social antes de la declaración de concurso, tal y como ha puesto de manifiesto esta sala en AATS, Sala Especial art. 42 LOPJ, núm. 15/2015, de 2-11 (conflicto 19/2015), núm. 16/2015, de 2-11 (conflicto 22/2015) y núm. 20/2015, de 3-11 (conflicto 18/2015)."*

2.2.5. El juez del concurso no es competente para conocer de una demanda de conflicto colectivo

El Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 42 LOPJ nº 11/2013, de 13 de junio, Conflicto 13/2013, declara la competencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Granada para el conocimiento y decisión de la demanda instada por el Delegado de Personal contra la empresa, sobre conflicto colectivo. Se argumenta que la acción instada sobre la validez de una decisión empresarial de modificar la retribución, antes incluso de la iniciación del procedimiento concursal, no tiene encaje dentro de las competencias del juez del concurso.

2.2.6. La competencia para conocer de la pretensión de reconocimiento de créditos laborales es de la jurisdicción mercantil

El Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 42 LOPJ, nº 9/2013, de 19 de abril, CC. 35/2012, resuelve el conflicto planteado en favor de la competencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya para conocer del recurso frente a la sentencia que resuelve un incidente concursal en el que se pretendía por dos grupos de trabajadores que se reconocieran sus respectivos créditos laborales como créditos contra la masa. La acción ejercitada iba encaminada a que se reconocieran determinados créditos laborales como créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5° LC –hoy, art. 242.1.11° TRLC–, y, el cauce legal previsto para hacer valer esta pretensión, era el incidente concursal, siendo competencia de la jurisdicción mercantil.

3. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO FRENTE AL JUEZ DE LO SOCIAL EN LAS RESOLUCIONES DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. Las cuestiones de competencia resueltas por el Tribunal Supremo

Tras el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 18 de octubre de 2021, al que siguieron los de 21 de octubre y 14 de diciembre de 2021 y de 21 de diciembre de 2022, en los que cambia el criterio y, se declara incompetente para conocer de estos conflictos, por considerar que se trata de cuestiones de competencia objetiva entre órganos del mismo orden jurisdiccional, que competen al superior jerárquico común del orden jurisdiccional social, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en las cuestiones de competencia que habían sido planteadas como conflictos y que dieron lugar al dictado de aquellas resoluciones.

Esta problemática competencial se ha suscitado en el concurso de la mercantil Ombuds Compañía de Seguridad, S.A., del que conoce el Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid, que acordó el despido colectivo de los trabajadores por Auto de 12 de mayo de 2020. Con anterioridad, se había intentado de forma infructuosa la transmisión de la unidad productiva. En el citado Auto se distribuían los trabajadores en tres Anexos, el tercero de los cuales, incluía a aquellos trabajadores para los que

se previó la posible subrogación por las nuevas adjudicatarias del servicio de seguridad. No obstante, pese a dicha previsión, en el Auto que acordó el despido colectivo se estableció una fecha final máxima en la que debería tener lugar la subrogación (26 de junio de 2020). Y, tras la comunicación negativa por parte de varias de esas adjudicatarias, se produjo la extinción de los contratos de los trabajadores incluidos en dicho Anexo respecto de los que no se produjo la subrogación.

Podemos distinguir dos grupos de casos respecto de los que se plantearon las cuestiones de competencia. Un primer grupo, comprende a aquellos trabajadores que interpusieron acciones individuales por despido improcedente por error inexcusable en la cuantía de la indemnización y, el otro, a aquellos trabajadores que accionaron solicitando la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, por falta de subrogación de la nueva adjudicataria del servicio de seguridad.

3.1.1. La competencia para conocer de la acción por despido improcedente por error en la cuantía de la indemnización en el despido colectivo concursal

Esta controversia es resuelta en los Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021 (C.C. 12/2021) y de 29 de marzo de 2022 (C.C. 1/2022), que resuelven las cuestiones de competencia negativa suscitadas entre el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid y los Juzgados de lo Social número 3 de A Coruña y número 3 de Burgos, respectivamente.

La cuestión que se resuelve en el Auto de 20 de diciembre de 2021 se centra en determinar el órgano judicial competente para conocer de la reclamación de despido que formula la trabajadora demandante, que basa en considerar que la indemnización por extinción del contrato reconocida en el marco del concurso fue inferior a la que legalmente le correspondía. En concreto, la trabajadora funda la acción de despido en error inexcusable en la cuantía de la indemnización, al haberse computado el salario con la reducción de jornada de la que disfrutaba. En el citado Auto se exponen, tanto la normativa aplicable —art. 9 y 86 ter 1.2º LOPJ, 2 y 3 LRJS, 8.2º, 9 y 64.8 LC de 2003—, como la doctrina relevante para el caso, citando tanto la de la Sala Especial de Conflictos —Auto 12/2016, de 27 de junio, y Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016)— como la de la propia Sala 4ª del Tribunal Supremo, distinguiendo entre la doctrina general —SSTS de 22 septiembre 2014 (rec. 314/2013), de 18 octubre 2010/2016, rec. 2405/15, y de 19 octubre 2016, rec. 2291/2015, y STS 285/2016 de 13 abril (rec. 2874/2014)—, y la doctrina recogiendo supuestos criterios específicos (SSTS de 9 febrero 2015, rec. 406/2014; 437/2017 de 17 de mayo, rec. 240/2016, de Pleno; 539/2017, de 21 junio, rec. 18/2017; STS 718/2017 de 26 septiembre, rec. 4115/2015; 264/2018, de 8 marzo, rec. 1352/2016; 186/2021, de 10 marzo, rec. 3740/2018).

Partiendo de todo ello, en el Auto de 20 de diciembre de 2021, a modo de recapitulación, se concluye que cuando se quiere cuestionar la validez del despido acor-

dado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil, incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Ahora bien, el Tribunal Supremo precisa que la competencia exclusiva del juez del concurso desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados, en cuyo caso, *"(l)a 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"*.

Ello implica, para el Alto Tribunal, que acordado el despido colectivo por el juez del concurso, cada una de las personas trabajadoras afectadas que entienda perjudicados sus intereses, debe acudir a la vía procesal marcada por los arts. 192 y ss. LC, en particular, por el art. 195 LC, resultando la competencia del juez mercantil para el conocimiento de la impugnación de la extinción colectiva de los contratos laborales acordada, como ya dijera en la STS de 8 de marzo de 2018, rec 1352/2016, que cita.

Y, en cuanto a la cuestión de competencia concreta planteada, el Tribunal Supremo aplica la mencionada Sentencia de 8 de marzo de 2018, por estimar que es el mismo caso, entendiendo que la trabajadora debía haber utilizado el incidente concursal laboral que se regula en los arts. 195 y 196.3 de la entonces vigente LC de 2003, siendo competente para su conocimiento el Juzgado de lo Mercantil, tal y como entendió el Juzgado de lo Social de A Coruña. Se argumenta que el despido de la trabajadora se acuerda *"con inmediatez y posterioridad a la autorización del despido colectivo por parte del juez del concurso; esto es, ante la comunicación individualizada de la decisión empresarial amparada en lo acordado por el Auto del Juez de lo Mercantil"*.

Se estima en este Auto que la extinción del contrato de la trabajadora se produce en ejecución del despido colectivo autorizado por el juez del concurso. Se invoca el párrafo 2º del art. 64.7 de la LC de 2003, que prevé que el auto que acuerde la extinción colectiva de los contratos de trabajo, *"surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior"*. Y, por ello, se concluye que la reclamación sobre el despido individual decidido en ejecución de ese Auto debe ser conocido por el propio Juzgado de lo Mercantil, por virtud del art. 64.8 LC de 2003.

En la cuestión de competencia resuelta por el Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022, se interesaba la improcedencia del despido por error en el cálculo de la indemnización por ser incorrecta la antigüedad, resolviéndose en similares términos a favor de la competencia del juez del concurso.

Ciertamente la competencia es del juez del concurso, aunque ello no ha de implicar que el juez del concurso sea competente para declarar la improcedencia de un despido con las consecuencias legales inherentes. En estos casos, lo que podrá hacer el juez del concurso es declarar la indemnización correspondiente¹⁷.

17 Y, en el caso concreto, ni siquiera eso, porque la indemnización ya había sido rectificadada y abonada por la administración concursal antes de la interposición de la demanda. Con este criterio, la Magistrada

3.1.2. La competencia para conocer de la demanda frente a la concursada y la empresa adjudicataria del servicio de seguridad por falta de subrogación

Esta controversia competencial ha dado lugar al dictado de dos Autos de 30 de noviembre de 2022 (Cuestiones de Competencia 11/2021 y 4/2022, respectivamente), de un Auto de 12 de diciembre de 2022 (Cuestión de Competencia 5/2022) y de un Auto de 21 de diciembre de 2022 (Cuestión de Competencia 7/2022).

El Tribunal Supremo, en estos casos, estima competente a la jurisdicción social para conocer de la demanda de despido interpuesta por trabajadores cuyo contrato fue extinguido por el juez del concurso, cuando accionan, además de frente al concursado y la administración concursal, frente a otra empresa, no concursada, que considera debió de subrogarse en su contrato, por ser la empresa adjudicataria proveedora del servicio de seguridad, por entender el actor que concurrían los requisitos del Convenio Colectivo de seguridad para subrogarlo.

En estos supuestos, en la demanda, el trabajador impugnaba individualmente la extinción de su contrato ante la negativa de la nueva empresa adjudicataria a subrogarle, solicitando la declaración de nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia de su despido con condena de las demandadas —concursada, administración concursal y empresa adjudicataria del servicio de seguridad—.

En el Auto de 30 de noviembre de 2022 que resuelve la cuestión 4/2022, la Sala 4ª estima que la cuestión ya se ha abordado en diversos asuntos, en los que ha resuelto reclamaciones de trabajadores despedidos por empresas concursadas que planteaban la existencia de sucesión empresarial respecto de empresas no concursadas, solicitando la correspondiente subrogación. Tras la cita de dichas resoluciones, [STS de 5 de julio de 2017 (R. 563/2016), 11 de enero de 2018 (R. 3290/15), 27 de febrero de 2018 (R. 112/2016), 19 de marzo de 2018 (R. 1579/2016), 6 de junio de 2018 (R. 372/2016), 9 de enero de 2019 (R. 3893/2016), 12 de diciembre de 2019 (R. 3892/2017), 2 de julio de 2020 (R. 119/2018)], recoge la fundamentación de la STS de 2 de julio de 2020, (R. 119/2018), que compendia la doctrina de la Sala, recogida, a su vez, en la STS 5 de julio de 2017, rcud. 563/2016, y, en las que en ésta se citan, en las que el Tribunal Supremo analizaba la competencia para decidir si ha existido o no sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET y, consiguientemente, si la recurrente viene obligada a subrogarse en las

del Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid en la sentencia de fecha 29 de junio de 2022, dictada en un incidente concursal laboral de otra trabajadora que discrepaba igualmente la cuantía de la indemnización, solicitando la declaración de despido improcedente, desestima la demanda por falta de acción, ya que considera que en la medida en que es un auto judicial el que acordó la extinción del contrato de trabajo de la demandante por causas económicas, el trabajador sólo podrá impugnarlo para que se rectifique el importe, pero no para que se declare la improcedencia del despido al no existir declaración en tal sentido. Esta Sentencia ha sido confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid sección 1ª, nº 1122/2022, de 20 de diciembre, en la que se reiteran los argumentos de la juzgadora a quo.

obligaciones laborales de la concursada cuyos bienes adquirió y, en las que estimaba (SSTS de 11 de enero y 18 de mayo de 2017, Recs. 1689/2015 y 1645/2015), que la competencia para resolver esa cuestión es de la jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada una tercera empresa —la recurrente—, que 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; solución que se dice también es acogida en la STS de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) y 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), en los que se declara 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.

El Tribunal Supremo concluye: *“De acuerdo con lo indicado en el ordinal anterior, atendida la normativa aplicable al tiempo al que se contrae la presente resolución y la doctrina seguida por este Tribunal Supremo al respecto, resulta que la competencia para conocer la reclamación del actor, que incluye a persona jurídica diversa de la concursada, corresponde al Juzgado de lo Social, toda vez que, como se ha dicho, no es posible extender la competencia del Juez del Concurso a personas distintas de la concursada”*.

La diferencia que presenta este caso con la doctrina que citan los mencionados Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo es que, en los casos que había resuelto, el tercero era el adquirente de la unidad productiva de la concursada, entendiéndose que la competencia para conocer de la reclamación del actor, que incluye a persona jurídica diversa de la concursada, corresponde al Juzgado de lo Social, toda vez que no es posible extender la competencia del juez del concurso a personas distintas de la concursada. Pero en los casos que resuelve el Tribunal Supremo en estos Autos de noviembre y diciembre de 2022, se solicita una subrogación convencional y, la tercera empresa, es la que el trabajador considera que debió subrogarse, sin que en el concurso se vendiera la unidad productiva.

Por ello, la falta de competencia del juez del concurso, a mi juicio, se ha de basar en que la demanda se dirige frente a un tercero no concursado, por lo que este criterio es igualmente aplicable con el nuevo TRLC —y, con su modificación posterior por la Ley 16/2022—, que atribuye competencia al juez del concurso para declarar la sucesión de empresa, porque esta declaración ha de limitarse a los supuestos de transmisión de la unidad productiva y, es un pronunciamiento que ha de hacer el juez del concurso cuando autoriza la venta, no siendo competente para conocer de pretensiones declarativas dirigidas frente a terceras empresas, ya se trate de sucesión de empresa o subrogación convencional. En todo caso, considero que no tiene competencia para conocer de una subrogación convencional sin venta de la unidad productiva.

3.2. Las Sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo que delimitan la competencia

3.2.1. Competencia de la jurisdicción social para la pretensión de nulidad del acuerdo aprobado en el procedimiento judicial de regulación de empleo

Esta cuestión se resuelve en la STS (Sala 4ª) 9/2019, de 9 de enero. El objeto del procedimiento era la reclamación de cantidad por indemnización por extinción de los contratos de trabajo acordada por auto del juez del concurso, interesando se considere nulo el acuerdo aprobado en el auto del juez del concurso. En esta Sentencia el Tribunal Supremo considera que por los trabajadores indirectamente se estaba interesando al Juzgado de lo Social que declarara la nulidad del Acuerdo a que se refiere el auto el juez de lo mercantil, que aprobó los términos en los que se han pactado las indemnizaciones. Y, aun cuando entendiera el juez del concurso que no se apreciaba dolo, fraude, coacción ni abuso de derecho, argumenta el Alto Tribunal que no es menos cierto que el orden social tiene competencia, con carácter prejudicial, para el conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, por lo que tiene competencia para conocer de la demanda formulada por los trabajadores, relativa a la reclamación de la indemnización por la extinción de sus contratos, acordada por el Juez Mercantil, en la que se alega que es nulo el acuerdo suscrito por la empresa con los representantes de los trabajadores.

Este supuesto me suscita dudas. El juez del concurso es el competente en caso de acuerdo en el periodo de consultas, para aprobarlo, si no aprecia fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. No resulta de aplicación, como en situaciones extraconcursoales, ni el procedimiento de oficio para impugnar la autoridad laboral el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, ni la impugnación por la autoridad laboral de la decisión empresarial por inexistencia de causa motivadora de la situación legal de desempleo (arts. 148 b), 149 y 150 LRJS). La única opción posible para impugnar el acuerdo sería mediante la impugnación del auto del juez del concurso, ya sea, la impugnación colectiva, mediante el recurso de suplicación o, la impugnación individual a través del incidente concursal laboral; por lo que resulta muy discutible que un trabajador ostente acción para impugnar el acuerdo aprobado por el juez del concurso ante la jurisdicción social, esto es, que el juez de lo social pueda declarar la nulidad del acuerdo aprobado por el juez del concurso.

3.2.2. Competencia del orden social para conocer de una demanda previa a la declaración de concurso

La STS (Sala 4ª) 659/2019, de 25 de septiembre (rcud. 1658/2019), con cita de la STS de 22 de septiembre de 2014 (rec. 314/2013), precisa que la normativa concursal requiere que la presentación de la demanda por despido sea posterior a la declaración de concurso, como precisa el ATS –Sala de Conflictos– 24/06/10 [rec. 29/09];

lo que no se hace sino confirmar que la regla general de que la competencia para conocer los conflictos entre empleadores y empleados en materia de extinción de contratos de trabajo, tanto individuales como colectivos, corresponde —de acuerdo con lo prevenido en los arts. 1º y 2.º LRJS— a los órganos jurisdiccionales del orden social y, tan sólo como excepción a los de lo mercantil.

3.2.3. Competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión de condena de la concursada a suscribir un convenio especial con la Seguridad Social

La STS 718/2017 de 26 septiembre (rec. 4115/2015) considera competente el orden social, cuando se interesa que la empresa concursada sea condenada a suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en el caso de que la extinción contractual se produce mediante ERE anterior al concurso, aunque la demanda se interponga con posterioridad a su declaración. Reitera la doctrina de varias sentencias de 19 octubre 2016 (rec. 2291/2015, 2447/2015, 2216/2015, 2405/2015 o 2315/2016).

3.2.4. Competencia para conocer de reclamación de cantidad derivada de despido frente a la concursada y terceros

La STS 646/2019 de 19 septiembre (rcud. 84/2018) declara que corresponde al Juzgado de lo Social el conocimiento de la reclamación de cantidad derivada de un despido acordado por el juez del concurso, porque la demanda se dirige contra la empleadora concursada y terceros (otra empresa y sus administradores).

La citada STS 659/2019 de 25 septiembre (rcud. 1658/2019) insiste en la doctrina conforme a la cual la acción que se dirige frente a la concursada y frente a otras personas físicas y jurídicas rebasa el ámbito competencial del juez del concurso. La competencia exclusiva del juez mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados.

3.2.5. Competencia de la jurisdicción social para la reclamación al FOGASA del abono de las cantidades que percibió de la administración concursal, adeudadas a los trabajadores

Se resuelve en la STS 495/2022, de 31 de mayo de 2022, Rec. 2572/2020. En dicha Sentencia, la Sala Cuarta confirma la competencia de la jurisdicción social, reconocida en instancia y en suplicación, para conocer de la reclamación de los trabajadores al FOGASA de las cantidades que la administración concursal le abonó como subrogado en los derechos y obligaciones de los demandantes, en concepto de créditos frente a la masa. Los trabajadores reclamaban el abono del 50% de las prestaciones resarcidas por la administración concursal. Se desestima el recurso del FOGASA cuestionando la competencia por las siguientes razones: (i) la acción no se

dirige contra la empresa concursada o sus administradores, sino contra el sujeto a quien le fueron adjudicados determinados bienes en el proceso liquidatorio; (ii) la pretensión es ajena a las competencias atribuidas al conocimiento del juez del concurso; (iii) la competencia natural del Juez de lo Social para conocer sobre una reclamación relativa a créditos laborales pendientes de cobro y dirigida frente al FOGASA; (iv) la reclamación se formula cuando el Juez de lo Mercantil ya ha resuelto sobre el origen remoto de dicha reclamación y no se combate un acto de la administración concursal ni del juez del concurso ni la calificación de un crédito; (v) el concurso está concluido y, por tanto, desaparece el nexo temporal que presupone la competencia del juez del concurso para resolver cuestiones de orden laboral.

3.2.6. Competencia del juez social para la reclamación de salarios de un periodo anterior a la declaración de concurso

Esta controversia sobre la competencia se aborda en la STS 387/2022, de 27 de abril, rec. 4160/2019. Se cuestiona el *órgano* competente para conocer de la demanda de trabajadores de la empresa concursada que reclaman el pago de salarios no abonados correspondientes a un periodo anterior a la declaración del concurso, créditos no reconocidos en lista de acreedores.

En el caso que se resuelve, según consta en la sentencia, el juez del concurso acordó el despido colectivo de toda la plantilla de la empresa concursada. Se aduce que la concursada adeuda las indemnizaciones del despido colectivo y salarios de 5 meses y 12 días, habiendo abonado la administración concursal tan sólo una mensualidad. En la demanda reclaman deuda salarial y una mayor indemnización a la fijada por el auto del juez del concurso, sin que conste que los créditos reclamados hayan sido reconocidos en la lista de acreedores¹⁸.

El Juzgado de lo Social desestimó la excepción de competencia y condenó al abono de la deuda. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso del FOGASA y declaró la incompetencia de la jurisdicción social. El Tribunal Supremo razona que por la Ley Concursal se procedió a transferir al juez del concurso únicamente ciertas materias laborales, conservando la jurisdicción social la mayoría de las que le son propias; siendo el principio básico el mantenimiento de la competencia del juez de lo social en virtud de los arts. 2 a) y 3h) LRJS y, los entonces vigentes arts. 8 y 55 LC.

Y, el Tribunal Supremo concluye que, como la cuestión debatida no está en fase ejecutiva sino de reconocimiento de deuda salarial anterior a la declaración del concurso, la dicción de los arts. 82.6 y 21.5 LC se refieren a los créditos de trabajadores que consten en el concurso y, de ello, colige que es competente el juez de lo social

18 Aun cuando ello es lo que consta en la sentencia, la indemnización acordada por el juez del concurso si es reconocida como crédito contra la masa, como resulta del art. 84.2.5º LC, aplicable al caso, ya que conforme a dicho precepto, el crédito se entiende reconocido y comunicado por la propia resolución que lo declara.

para conocer de las pretensiones dirigidas a la declaración de existencia de deuda por créditos salariales anteriores a la declaración del concurso que no consten reconocidos en la lista de acreedores, sin perjuicio de su ulterior remisión al juez del concurso en la fase ejecutiva, en atención al momento procesal en que se encuentre.

Efectivamente, el juez de lo social sigue siendo competente para una pretensión de reclamación de salarios. Ello no impide, a mi juicio, que el trabajador también pudiera accionar mediante los mecanismos previstos en la legislación concursal, esto es, impugnando la lista de acreedores porque no se le ha reconocido el crédito salarial anterior a la declaración de concurso, que ostente la calificación de crédito concursal, o bien, solicitando el reconocimiento como créditos contra la masa de los salarios e indemnizaciones que ostenten dicha calificación. La duda que suscita el caso es la competencia del juez de lo social para la reclamación de una indemnización superior a la fijada en el auto del juez del concurso que acuerda el despido colectivo, porque ello es competencia del juez del concurso y, se tiene que hacer valer a través de los mecanismos de impugnación del auto de despido colectivo (recurso de suplicación o incidente concursal laboral).

3.3. La problemática coordinación del despido colectivo en el concurso y las acciones resolutorias individuales

En la redacción originaria de la Ley 22/2003, Concursal, el legislador, en el art. 64.10, intentó dar solución a la problemática planteada por el ejercicio por los trabajadores de acciones resolutorias individuales del art. 50.1.b) ET (falta de pago o retrasos injustificados en el abono del salario pactado) tras la declaración de concurso (acciones resolutorias “extravagantes”, como las denominaría Aurelio Desdentado), pretendiendo a la par, ser respetuoso con la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001, Rcd 2194/00, que permitía el ejercicio de acciones resolutorias durante la tramitación de un —hoy extinto— expediente administrativo de regulación de empleo, incluso cuando el incumplimiento derivara de la situación económica de la empresa¹⁹.

La reforma del art. 64.10 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, intentó dar solución a la variada problemática que planteaba la redacción inicial del precepto. Dicho precepto parte de la ficción de colectivización de las acciones resolutorias individuales del artículo 50 ET posteriores a la solicitud de concurso, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, a partir del inicio de un procedimiento del art. 64 LC ante el juez del concurso para la extinción de contratos de trabajo, en los que sea empleador el concursado²⁰. Aunque posteriormente el art.

19 Para ello, el art. 64.10 LC, atribuía al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones del art. 50.1.b) ET, cuando afectara a un número de trabajadores que fijaba en función de la plantilla de la empresa. En dichos casos, se consideraba que la extinción revestía carácter colectivo «a efectos de su tramitación ante el juez del concurso».

20 Ya no se establecen límites numéricos en función de la plantilla de la empresa, ni hay una referencia a los efectos procedimentales, produciéndose la colectivización de todas las acciones resolutorias indi-

64 LC fue modificado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, su apartado 10 conservó la redacción que se le diera en la reforma de 2011.

En el TRLC, como se ha expuesto, la extinción del contrato por voluntad del trabajador se regula en el art. 185 y, aunque cambia la redacción y se suprime la ficción de colectivización de las acciones resolutorias individuales que se contenía en el art. 64.10 LC, la solución es la misma: los jueces del orden social suspenderán la tramitación de la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso, en los que se hubieran ejercitado contra el concursado acciones resolutorias individuales que tengan como fundamento las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral (art. 50 ET) motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado; y, que estén pendientes de resolución firme.

3.3.1. La aplicación extensiva del art. 185 TRLC a acciones anteriores a la solicitud de concurso y al despido tácito

Aun cuando del tenor del art. 185 TRLC —como de su precedente art. 64.10 LC— se colige que la suspensión sólo afecta a las acciones resolutorias individuales interpuestas tras la solicitud de concurso, no obstante, los autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo 6/2020 y 7/20120, ambos de 13 de febrero, señalan que se aplica el precepto a pesar de que las demandas fueran presentadas ante la jurisdicción social antes de la declaración de concurso, tal y como ha puesto de manifiesto la misma Sala en autos nº 15/2015 y 16/2015, ambos de 2 de noviembre de 2015, y 20/2015, 21/2015, y 22/2015, de 3 de noviembre de 2015 que declaran la competencia para conocer de la demanda del art. 50 ET promovida antes de la solicitud de concurso a la jurisdicción civil, y en concreto del Juzgado de lo Mercantil mero 2 de La Coruña²¹.

Este criterio de la Sala Especial de Conflictos de Competencia también inspira la STS (Sala 4ª) de 13 de abril de 2016 sobre el despido tácito.

Siendo el despido tácito el que se realiza sin comunicación expresa al trabajador por el empresario de su voluntad de extinguir el contrato, pero existiendo actos con-

viduales del art. 50 ET, no sólo del art. 50.1.b), por falta de pago o retrasos en el abono del salario (que recogía la redacción originaria), que traigan causa de la situación económica o de insolvencia del concursado (lo que permite incluir las acciones frecuentemente acumuladas de incumplimiento grave del empresario por falta de ocupación formuladas al amparo del art. 50.1.c) ET, que es lo que en definitiva justificaba la colectivización de las acciones y la inclusión en el procedimiento ante el juez del concurso.

21 Dado que se ha reiterado en varias resoluciones, considero que debería modificarse la redacción del hoy art. 185 TRLC a fin de incluir, de acuerdo con dicha doctrina, los procesos individuales anteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme en los que se hubieran ejercitado contra el concursado acciones resolutorias individuales con fundamento en las causas que determinan la extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de la legislación laboral motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado.

cluyentes por parte de éste que evidencian tal voluntad, no se regulan expresamente los efectos del ejercicio de la acción por parte del trabajador, que cuenta con un plazo de 20 días hábiles, como en cualquier despido, para recurrir la decisión empresarial a partir del momento en que pueda entenderse la existencia de un despido tácito.

Como se ha expuesto, el art. 185 —como el art. 64.10 LC— se refiere exclusivamente a las acciones resolutorias individuales motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, pero no contiene mención al despido tácito, que es una construcción jurisprudencial. No obstante, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha declarado la aplicación del art. 64.10 LC al despido tácito, doctrina jurisprudencial que sigue siendo aplicable al art. 185 TRLC.

En este sentido, la STS Sala 4ª de 13 de abril de 2016, Rec 2874/14, en la que se declara la competencia del juez del concurso en el seno del concurso de acreedores para declarar la extinción colectiva de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que formularon la demanda de despido tácito motivado por la situación económica del empleador por hechos anteriores a la solicitud de declaración en concurso, aunque la presentación de la demanda de despido se hubiese efectuado antes de tal fecha y se encontrara el proceso social en tramitación en el momento de la declaración de concurso, aplicando por analogía (art. 4.1 CC) el art. 64.10 LC, con la finalidad de que ante unos mismos hechos deba darse idéntica solución en aras a la igualdad entre los diversos trabajadores del mismo empleador concursado evitando el posible fraude derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas (resolución ex art 50 ET o despido tácito), que pudieran llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios e indemnizaciones procedentes.

Esta doctrina se reitera en la posterior STS Sala 4ª de 29 de junio de 2017, Rcd. 2306/2016, conforme a la cual, las demandas por despido tácito por falta de ocupación efectiva de trabajadores interpuestas antes de la solicitud de declaración de concurso, motivadas por la situación económica o insolvencia del empresario, tendrán por analogía la consideración de extinciones de carácter colectivo²².

3.3.2. La competencia del juez del concurso para conocer del despido colectivo incluye el de un trabajador que antes de la declaración de concurso había ejercitado la acción resolutoria del art. 50 ET

La STS (Sala 4ª) de 9 de febrero de 2015 confirma la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado concurso de acreedores, incluido el de un trabajador que con anterioridad a dicha declaración había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social

22 De igual manera que la Sala Especial de Conflictos de Competencia, se le aplica el precepto a demandas anteriores a la solicitud de concurso que en una aplicación literal del entonces vigente art. 64.10 LC —hoy art. 185 TRLC— no se hubieran visto afectadas por la suspensión.

instando la extinción de su contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario del art. 50.1. b) ET, estando pendiente de resolver la citada pretensión. La legislación aplicable es la anterior a la reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011, de 10 de octubre. El Tribunal Supremo considera que la pendencia de la demanda de extinción de contrato ante el Juzgado de lo Social, no supone la existencia de litispendencia respecto de la acción de extinción colectiva de los contratos de trabajo tramitada ante el Juzgado de lo Mercantil. Igualmente, se argumenta que, la pendencia de una demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción del contrato ninguna incidencia tiene en la vigencia del mismo, ya que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes (STS de 20 de julio de 2012, recurso 1601/2011). Y, por último, señala la similitud del caso con la posibilidad de coexistencia de una acción de despido y otra de extinción de contrato ejercitada al amparo del artículo 50.1 b) ET, estableciendo el artículo 26.3 LRJS, la posibilidad de acumulación de ambas acciones en una sola demanda o, si se hubieren formulado las demandas por separado, la acumulación de dichas demandas (artículo 32.1 LRJS).

3.3.3. No se puede extinguir lo ya extinguido

No procede acceder a la extinción del contrato por voluntad del trabajador, cuando el contrato de trabajo había sido extinguido en procedimiento de despido colectivo por el juez del concurso.

En el caso en el que se producen por dos vías distintas extinciones de contrato con dos regímenes indemnizatorios distintos, una por despido concursal por el juez de lo mercantil y otro por extinción individual por el juez social, ambas contradictorias, la clave para resolver el conflicto es la aplicación del principio de que no se puede extinguir lo ya extinguido. La cuestión radica en determinar si es posible declarar judicialmente la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, por grave incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales, si la relación ya no estaba en vigor porque había finalizado mediante un Auto del Juzgado de lo Mercantil ante el que se tramitaba el concurso de acreedores de la empleadora y, después de que, en ese marco concursal, se hubiera alcanzado un acuerdo en tal sentido con los representantes de los trabajadores, habiendo dado una respuesta negativa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de julio de 2011, con cita de la STS de 26 de octubre de 2010 (con voto particular) y de 13 de abril de 2011 (R. 471/10 y 2149/10). Ello es así porque es también doctrina jurisprudencial consolidada (TS 14-2-83, 23-6-83, 12-12-84, 28-2-85, 2-4-85, 18-11-85, 2-7-85, 4-2-86, 22-10-86, 26-11-86, 19-5-88, 12-7-89, 18-7-90, 18/09/89, 29-12-89, 11-4-90, 22-5-00) que el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y —de prosperar la acción—, declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta (TS 26-10-2010). Y, aunque sea posible ejercitar la acción resolutoria pese a que

se haya iniciado un ERE que esté pendiente de decisión (TS 5-4-2001, R. 2194/00), o viceversa (STS 9-2-15), lo verdaderamente cierto y relevante no es sino que el ERE ya había concluido, sin que se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a la indemnización por despido improcedente si el mismo ya había fenecido anteriormente.

Y, en el caso de un procedimiento del art. 64 LC de 2003, la STS de 11 de julio de 2011 recuerda la conclusión —apuntada en la STS de 22 de diciembre de 2008, R. 294/08— de que *“la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también al monto de la indemnización”* (TS 13-4-2011, R. 214910), señalando que *“la extinción será factible siempre que en el momento de dictarse la sentencia la relación laboral siga viva, dado el carácter constitutivo y “ex nunc” de la resolución judicial”*.

La STS (Sala 4ª) 575/2017, de 30 de junio, reitera la anterior doctrina (SSTS 26-10-10 rec. 471/10 y 11-7-11 rec. 3334/10, entre otras), que establecen que no es posible ejercitar con éxito la acción porque para ello es preciso que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia y, el Auto del Juzgado de lo Mercantil se dictó antes de la sentencia de instancia, aunque el proceso en ejercicio de la acción resolutoria se hubiera iniciado antes.

En igual sentido, en el caso de una acción resolutoria individual anterior a la declaración de concurso, cuyo procedimiento no fue suspendido, la STS (Sala 4ª) 835/2018, de 14 de septiembre declara que, aun cuando no se haya decretado la suspensión a que se refiere el art. 64.10 LC (hoy art. 185 TRLC), resulta evidente que el juez de lo social no puede desconocer que la relación laboral ya no está viva porque la extinción de la misma ha tenido ya lugar por virtud de la resolución del juez competente para acordarla dentro del concurso, basándose en circunstancias que sirven para apreciar causas de características análogas a las que motivan la acción individual del trabajador.

3.4. La competencia para conocer de pretensiones ejecutivas tras la declaración de concurso

3.4.1. La competencia del juez del concurso se limita a las ejecuciones de contenido patrimonial

La jurisdicción del juez del concurso es también exclusiva y excluyente para las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en la legislación concursal (art. 86 ter 2.2ª y 52.1.2ª TRLC).

La vis atractiva del concurso afecta también a todas las ejecuciones y apremios contra el deudor de forma que iniciado el concurso, no pueden seguirse ningún tipo de ejecuciones, judiciales ni extrajudiciales, ni apremios administrativos ni tributarios

contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso las que se hallen en tramitación (arts.142 a 144 TRLC), aunque se regulan supuestos excepcionales.

En primer lugar, cuando se incorpore a las actuaciones o al procedimiento correspondiente el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, podrán proseguirse las siguientes actuaciones y procedimientos de ejecución: (i) las ejecuciones laborales en las que el embargo de ese bien o derecho fuese anterior a la fecha de declaración del concurso; (ii) los procedimientos administrativos de ejecución en los que la diligencia de embargo fuera anterior a la fecha de declaración del concurso (art. 144 TRLC).

En segundo lugar, las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, a las se somete a un plazo de espera, pudiendo iniciarse o reanudarse: (i) desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos; (ii) desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación (arts.145 a 150 TRLC).

Sobre la competencia para conocer de la ejecución de créditos laborales resulta paradigmática la STS Sala 4ª 542/2020, de 29 de junio, en tanto que recopila la doctrina jurisprudencial de dicha Sala en materia de ejecución, como también lo es el caso que resuelve, ya que se trata de la ejecución provisional de un despido colectivo común declarado judicialmente nulo y, seguido de despido concursal antes de que alcance firmeza la sentencia sobre el primero. Se recurre en casación el Auto de 23 de marzo de 2018 dictado por la Audiencia nacional, en ejecución de la sentencia de 15 de octubre de 2014, que declaró la nulidad del despido colectivo, estando en concurso todas las sociedades ejecutadas. Los contratos de trabajo de varios trabajadores fueron extinguidos por auto del juez del concurso de 13 de junio de 2016, previa tramitación del procedimiento regulado en el entonces vigente art. 64 LC, con reconocimiento de una indemnización de 20 días. Otros trabajadores alcanzaron acuerdos transaccionales que fueron homologados ante distintos Juzgados de lo Social.

El auto recurrido de la Audiencia Nacional declaró la falta de competencia del orden social para cuantificar y ejecutar las cantidades que en concepto de salarios de tramitación y sustanciación se hubieran podido devengar a causa de la sentencia de despido colectivo, estimando igualmente que no procede ejecutar la sentencia respecto de los trabajadores que alcanzaron acuerdos.

El Tribunal Supremo, tras reconocer lo novedoso del asunto, estima en parte el recurso y declara que la competencia sobre la ejecución patrimonial de los salarios de tramitación del despido ordinario corresponde al Juzgado de lo Mercantil, al estar concursadas todas las empresas del grupo, pero la declaración sobre su alcance compete a la Audiencia Nacional que dictó la sentencia de despido colectivo, porque considera

que no hay norma atribuyendo la competencia al Juzgado Mercantil. Asimismo, estima que corresponde al Juzgado de lo Social ante el que se han alcanzado acuerdos transaccionales en demandas de despido individual, la competencia para conocer su impugnación. Por ello, concluye que la Sala de instancia debe fijar el importe de los salarios transcurridos desde el día del despido declarado nulo hasta la fecha en que el juez del concurso dicta su Auto extinguiendo los contratos de trabajo, sin perjuicio del modo en que haya de procederse a la ejecución de tal fallo y, sin que su cognición deba ir más allá de la propia de la ejecución de sentencias de despido pero excluyendo la posibilidad de condena a la readmisión o al abono de indemnización.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo, tras la exposición de la normativa aplicable, bajo el epígrafe "Valoración", recopila y sintetiza las Sentencias de la Sala que han resuelto sobre ejecución y, que son las siguientes:

- 1) La STS 547/2017 de 21 de junio (rcud. 3883/2015). En esta resolución se delimita el alcance de la competencia del juez del concurso para conocer de las ejecuciones en función de si tienen carácter patrimonial, concluyendo que en los procesos de ejecución que no supongan un perjuicio para la masa pasiva del concurso, cuando no revistan carácter patrimonial, la competencia se mantendrá en el Juez de lo Social.
- 2) La STS 407/2018 de 17 abril (rec. 934/2016) atribuye al orden social la ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio.
- 3) La STS (Pleno Sala 4ª) 437/2017 de 17 de mayo (rec. 240/2016) afronta el supuesto surgido cuando, tras previo despido colectivo ordinario y declarado nulo pero sin ganar firmeza, sobreviene un Auto del Juzgado de lo Mercantil acordando también la terminación colectiva de los contratos: en tal caso, el planteamiento del recurso de casación ha de tomar muy en cuenta esa circunstancia, en lugar de seguir el propio de cualquier caso de ejecución de sentencia de despido nulo en empresa concursada.
- 4) La STS 547/2017 de 2 junio (rcud. 3883 /2015) declara la competencia del Juzgado de lo Social para conocer y resolver la solicitud de ejecución de sentencia de despido, habida cuenta de que lo que pidieron los recurrentes fue la declaración por parte del órgano judicial de que la readmisión no se había producido y de que no se podía producir por haber quedado acreditada la imposibilidad de la readmisión. Como la competencia del juez del concurso en el conocimiento de las ejecuciones tras la declaración del concurso está delimitada por su carácter patrimonial, no alcanza a la tramitación y resolución de los incidentes de no readmisión cuyo contenido es eminentemente declarativo, ya que su objeto se dirige a averiguar si la obligación de reincorporación contenida en el título ejecutivo se cumplió o no de manera regular. Por ello, el auto que pone fin al incidente, complementa el fallo de la sentencia y, compete, al juez de lo social, pero su ejecución, sí deberá llevarse a cabo en el proceso concursal.

- 5) El caso de la STS 542/2020, de 29 de junio. En ella, de toda la doctrina que recoge —no sólo la expuesta referida expresamente a ejecuciones—, se acaba recapitulando: (i) 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, incluso, si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación; (ii) cuando sobreviene una extinción colectiva concursal a la previa, pendiente de decisión judicial definitiva, la ejecución en materia de despido no puede omitir esa circunstancia; (iii) la competencia exclusiva del juez mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados; (iv) 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; (v) las sentencias de despido colectivo nulo pueden ser ejecutadas de forma colectiva siempre que dicha ejecución se refiera a la propia obligación que se ejecuta, es decir, a la readmisión y a las circunstancias que la afectan directamente (salario, puesto de trabajo, funciones a desempeñar).

Ahora bien, en la STS de 29 de junio de 2020 se reconoce que la Sala no ha resuelto con anterioridad el caso planteado en el que se debate acerca de la ejecución de una sentencia de despido colectivo que declara su nulidad, cuando sobreviene el dictado de auto de extinción colectiva concursal. Declara que el motivo suscita los límites de la ejecución de sentencias de despido colectivo por parte de la Sala que dictó la sentencia ejecutada cuando en el lapso de tiempo que transcurre desde la comunicación de la decisión extintiva y la firmeza de la Sentencia que declara la nulidad del despido, las empresas son declaradas en concurso. El Tribunal Supremo advierte que lo decisivo para anular el Auto de la Audiencia Nacional que se recurre no es la declaración de que ha existido una readmisión irregular, sino que lo relevante es que el contrato de trabajo no estaba extinguido cuando el Juzgado de lo Mercantil dicta su auto extintivo, de modo que el mismo posee eficacia e impide ulteriores pronunciamientos acerca de una eventual extinción por readmisión irregular. Tampoco se estima aplicable la doctrina que atrae a la jurisdicción social la competencia cuando se reclama simultáneamente frente a empresas concursadas y otras que carecen de tal cualidad, porque en dicho caso consta de forma expresa que todas las mercantiles integrantes del Grupo Freiremar están en situación de concurso.

El Tribunal Supremo considera que en el caso que resuelve en la STS de 19 de junio de 2020, lo que ha habido es una terminación del contrato como consecuencia del despido concursal y no otra cosa, aunque reconoce que tienen razón los recurrentes en que la fijación de los salarios que discurren desde el momento en que se produjo el despido inicial hasta que se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil poniendo término a los contratos debe formar parte de la cognición de la Sala que declaró la existencia de un despido nulo. Pero la razón no estriba tanto en que esa competencia está atribuida al Tribunal que ejecuta provisionalmente su sentencia cuanto por la evidencia de que no hay título competencial que la atribuya al Juez de

lo Mercantil. Añade que, la Sala de instancia debe resolver las cuestiones atinentes a la ejecución provisional de su sentencia de despido colectivo, sin dar lugar al incidente de no readmisión, habida cuenta de que ni estamos ante una sentencia firme ni cabe desconocer la decisión del Juzgado de lo Mercantil. Eso implica la fijación de los salarios correspondientes a cada una de las personas afectadas por el despido colectivo, desde el momento de la sentencia hasta el día en que se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil. Se trata de lograr un título ejecutivo, que no de instar la materialización patrimonial de lo que en él se contenga, esta sí, competencia exclusiva del Juzgado de lo Mercantil.

3.4.2. Competencia para ejecutar un aval prestado por la concursada

Partiendo de la obligación de consignar que tienen las empresas declaradas en concurso, para poder recurrir en suplicación o en casación (TS autos 7-6-11 Rec.21/11, 7-11-11 Rec. 24/11, 24-1-12 Rec. 1770/11 y STC Pleno 166/2016, de 6 de octubre), el problema que se plantea es si el juez de lo social puede ejecutar el aval prestado cuando la empresa condenada ha sido declarada en concurso o, si se trata de un acto de ejecución que, por lo tanto, será competencia del juez del concurso. La STS Sala 4ª de 14 de octubre de 2013 (Rec. 2668/2012) declara la competencia del juez de lo social para ejecutar el aval solidario prestado por un tercero y no por el concursado, para recurrir en suplicación, con base en dos argumentos que, según el Alto Tribunal, demuestran que no estamos ante un acto de ejecución de sentencia: (i) se trata de un derecho expectante o potencial, que son los nacidos pero sometidos a condición; (ii) la ejecución del aval es una medida cautelar para evitar la ejecución y no un acto de ejecución.

4. LA PROBLEMÁTICA DEL GRUPO PATOLÓGICO EN EL CONCURSO

La pertenencia de la concursada a un grupo de empresas o grupo patológico —definido, entre otras, en la STS Sala 4ª 488/2020, de 22 de junio— que a su vez remite a los elementos adicionales que recoge la STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017— plantea dos cuestiones. La primera, cual sea el efecto de la llamada al periodo de consultas de empresas del grupo. Y, la segunda, cual sea la competencia cuando se plantea la existencia de grupo de empresas en una demanda o, se acciona frente a entidades del grupo no concursadas.

4.1. La llamada al periodo de consultas de empresas del grupo

Los arts. art.174.2 y 175.2 TRLC permiten la participación en el periodo de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada, que puede acordar el juez, a instancia de los representantes de los trabajadores o de la administración concursal, que podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igual-

mente, en el caso de unidad empresarial y, a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se puede reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.

Estos preceptos —como tampoco lo hiciera el art. 64.5 LC de 2003— no resuelven la cuestión de los efectos de la participación en el periodo de consultas de personas físicas o jurídicas que constituyan unidad de empresa con la concursada.

Si se aprecia la existencia de un grupo laboral en un procedimiento de los arts. 169 y ss TRLC, las dos opciones que se plantean, son las relativas a la valoración de las causas económicas en el grupo y a la extensión de responsabilidad a otras empresas del grupo.

Respecto de las primeras, debe tenerse en cuenta que en caso de grupo patológico de empresas, la situación económica negativa ha de ir referida a todas las empresas integrantes del grupo. Se considera en dichos supuestos que el empleador es el grupo, lo que supondría que, en caso de no acreditarse la concurrencia de la causa económica en el grupo (pese a concurrir en la concursada), habría que desestimar la solicitud, con lo que no se soluciona el problema, por ejemplo en supuestos en los que los trabajadores de la concursada están sin cobrar y no hay liquidez y, la empresa está sin actividad. En este sentido, la STS Sala 4ª de 23 de enero de 2007, Rec. 641/2005, afirma que en supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo, nos encontramos en realidad ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo «en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores», razón por la cual, para entender acreditadas las causas empresariales aducidas, resulta preciso tomar conocimiento de la situación económica de las empresas que sean conjuntamente titulares de las relaciones de trabajo. Y, en la STS de 3 de diciembre de 2012, Rec. 965/2012, se argumenta que, tratándose de causas económicas y, para el supuesto de un «grupo de empresas » a los efectos laborales —con la consecuente solidaridad que ello comporta— la acreditación de tales causas deberá ir referida a todas las empresas del grupo y no sólo a la formal empleadora, pues si el grupo constituye el único empleador, la referida causa económica —como la productiva— concurrente en una de ellas no justifica la concurrencia del motivo de extinción previsto en el art. 52.c ET («necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo»), por estar ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, que no pueden diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad (STS 31/12/01 —rco 688/90—) (STS 23/01/07 —rcud 641/05—). Por el contrario, el ámbito de apreciación de las causas organizativas es el sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento, por lo que el Tribunal Supremo considera que basta con que se acredite «exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo» (SSTS 13/02/02 —cud 1436/01—; y 19/03/02 —rcud 1979/01—, 31/01/08 —rcud 1719/07—; 12/12/08 —rcud 4555/07—; 16/09/09 —rcud

2027/08—; 16/05/11 —rcud 2727/10—; y 08/07/11 —rcud 3159/10—), aunque reconoce que últimamente se ha trasladado el núcleo de cuestión al campo de la «racionalidad» de la medida extintiva, que puede llevar a considerar los restantes centro de trabajo de la empresa (STS SG 29/11/10 —rcud 3876/09—).

En cuanto a la extensión de responsabilidad a las empresas del grupo, algunos Juzgados de lo Mercantil²³ han estimado que la solicitud es fraudulenta por la pertenencia a un grupo de empresas y, aunque no desestiman las medidas, acuerdan la indemnización del despido improcedente.

Considero que no cabe que el juez del concurso declare en el auto del art. 180 TRLC, la responsabilidad solidaria del grupo o de otras empresas del mismo. No es competente el juez del concurso para dicha extensión de responsabilidad. Ello no significa que no puedan ser declaradas posteriormente por la jurisdicción social que es la competente. Igualmente cabe la condena del grupo o de empresas del mismo en la sección de calificación conforme al art. 456 TRLC, en tanto que administradores de derecho o, si se acredita su condición de administradores de hecho²⁴.

Esta cuestión no ha sido abordada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de forma expresa. Pero en la STS de 25 de septiembre de 2019 se refiere a la llamada al grupos de empresas en el periodo de consultas. En ella se argumenta, con cita de la STS/4ª/Pleno de 21 junio 2017 (rec. 18/2017), que en este esquema procesal sobre la atribución competencial de los órganos judiciales que intervienen en el despido colectivo concursal no impide la introducción de la cuestión de la posible existencia de un grupo empresarial, que pudiera alterar la valoración final de las circunstancias fácticas sobre las que se asienta la pretendida extinción de contratos de trabajo. Considera en el caso que resuelve, que la cuestión que ahora se plantea por la representación de los trabajadores pudo —y debió— ser suscitada en el momento procesal oportuno, esto es, ante el juez del concurso, conforme que al art. 64.5 LC de 2003 —hoy art. 174.2— que permite la llamada al periodo de consultas de las empresas del grupo. Y, además, añade que la vía para poner en cuestión la acomodación a

23 Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Oviedo de 24 de marzo de 2008 y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 19 de mayo de 2008.

24 En este sentido, Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 30 de diciembre de 2009 y 12 de julio de 2007.

Con criterio diverso, que no comparto, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de junio de 2016, Rec. 2243/16, que resuelve sobre el recurso interpuesto por la representación de los trabajadores frente al auto del juez del concurso que declara el despido colectivo, que recoge como hecho probado que la concursada forma un grupo de empresas, hecho admitido por la concursada y la administración concursal, estimando que la concurrencia de causa económica aparece debidamente justificada en la concursada, hallándose las demás sociedades también en situación de insolvencia. El TSJ considera que el hecho de que todas las sociedades del grupo se encuentren en situación de insolvencia justifica que la situación económica negativa de la concursada sea real, pero no ha de excluir la responsabilidad solidaria de todas la empresas del grupo, dedicadas a la misma actividad en el mismo centro de trabajo y bajo la misma dirección y que no parece tener otros trabajadores que los afectados por el ERE, por lo que estima el recurso y condena solidariamente a dichas empresas a hacer frente a las consecuencias extintivas adoptadas en el auto recurrido.

Derecho de la decisión extintiva autorizada por el auto del juez del concurso, se ciñe a la interposición del recurso de suplicación frente a dicho Auto o, a la impugnación individual a través del incidente concursal, si procede.

4.2. La competencia para conocer de una demanda frente a la concursada y empresas del grupo no concursadas

Esta cuestión sí ha sido abordada por el Tribunal Supremo y, existe un cuerpo sólido de doctrina.

Sobre la competencia en caso de empresas del mismo grupo concursadas y no concursadas, se pronunció, en primer lugar, la STS de 22 de septiembre de 2014 (rec. 314/2013) excluyendo la competencia del juez del concurso, de una parte porque no constaba resolución alguna suya en orden a la atracción de competencia y, de otra, porque la demanda interpuesta lo había sido contra empresas ya declaradas en concurso y otras que no se hallan en tal situación, circunstancia ésta que, en la doctrina del ATS de 28 de septiembre de 2011, trasciende a la competencia y excluye el posible conocimiento de la pretensión por parte del Juzgado de lo Mercantil²⁵.

La Sala Especial del art. 42 LOPJ del Tribunal Supremo en Auto de 27 de junio de 2016 declara que corresponde a la jurisdicción social la competencia para conocer de una demanda en la que se ejercita una acción individual que pretende la declaración de despido improcedente con las consecuencias derivadas del mismo frente a todo el grupo empleador y, por lo tanto, ajena a la competencia del juez del concurso, que solo alcanza a las extinciones colectivas de la relación de trabajo, sin perjuicio de las acciones individuales ejercitadas frente al auto de extinción colectiva por el procedimiento del incidente concursal, supuesto al que no se contrae la demanda. La declaración judicial de existencia de grupo laboral de empresas, de la que se deriva que la condición de empleador es del grupo y, la calificación como improcedente del despido, son competencia de la jurisdicción laboral. La acción ejercitada se dirige no solo frente a la entidad que se encuentra declarada en concurso de acreedores, sino frente a otras personas físicas y jurídicas, por lo que se rebasa el ámbito competencial del juez del concurso, como ha declarado reiteradamente al respecto dicha Sala Especial, entre otros, en autos de 24 de septiembre de 2014 (CC 15/2014), 9 de diciembre de 15 (CC 25/2015), 9 de marzo de 2016 (CC 1/2016) y 26 de abril de 2016 (CC 4/2016, 5/2016, 6/2016 y 7/2016).

Con igual criterio, las SSTS Sala 4ª de 18 de mayo de 2017, 6 de junio de 2018 y 11 de enero de 2018, entre otras, que reiteran que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero sólo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos,

25 La particularidad del caso es que los despidos colectivos son anteriores a la declaración de concurso de algunas empresas del grupo lo que por sí mismo ya excluía la competencia del juez de concurso.

en determinados supuestos en 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, en tal caso, sin embargo, se ha de atribuir la competencia en exclusiva al orden jurisdiccional social.

Y, en las más recientes, el Tribunal Supremo precisa los dos supuestos que pueden plantearse. Así, entre otras, en las SSTS de 25 de septiembre de 2019²⁶ —que recoge y sistematiza toda la doctrina jurisprudencial anterior— y, en la posterior, de 20 de junio de 2020 —con doctrina reiterada y acogida en sentencias posteriores—, se declara que, 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, 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 Ley Concursal de 2003 que entraron en vigor a principio de enero de 2012 (Ley 38/2011). 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. Declara el Tribunal Supremo que la competencia exclusiva del juez mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados y, que 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.

Resulta ilustrativa la más reciente STS 31/2022, de 13 de enero de 2022, en la que se plantea la jurisdicción competente para conocer de una demanda plural de despido colectivo, e un caso en el que se está ante un grupo laboral y la empleadora fue declarada en concurso. Admite la reclamación de cantidad como competencia de la jurisdicción social, pero no la acción por despido, que es competencia del Juzgado Mercantil, art. 64.8 LC²⁷. Y, con base en esta doctrina, se concluye en la STS de 13 de enero de 2022, que la jurisdicción social no es competente para conocer sobre la impugnación del despido, promovida pluralmente por los demandantes, quienes debieron impugnarla, a título individual o plural, mediante el correspondiente incidente

26 Se argumenta por la Sala en esta sentencia: *"La declaración pretendida (al margen de su procedencia o no) solo puede conocerse por el Juzgado de lo Social puesto que se dirige tanto contra la empleadora que despidió cuanto, también, frente a una sociedad distinta y sus administradores partiendo de la premisa de que constituyen grupo de empresas, constatación que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional social, sin que se pueda hacer equivalente tal declaración a la situación prevista en el párrafo tercero del art. 64.5º LC que se refiere a la "unidad de empresa", argumentación en la que se basa la sentencia recurrida para sostener la falta de competencia."*

27 En esta sentencia, con cita de la doctrina jurisprudencial precedente, se precisa que sí se ha admitido la competencia del orden social en SSTS 9 de enero de 2019, rcud. 3893/2016 y 25 de septiembre de 2019, rcud. 1658/2017, que resolvían un supuesto de trabajadores de la empresa FATECSA, cuyos despidos vinieron precedidos por la autorización del ERE colectivo, decidido por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 9 de junio de 2014, al igual que en el caso que resuelve, por cuanto en dichas sentencias la pretensión se ciñó únicamente a reclamaciones de cantidad en concepto de salarios y diferencias con la indemnización reconocida en el despido colectivo.

concurzal ante el Juzgado Mercantil, conforme al art. 64.8 LC de 2003. Y, por el contrario, sí corresponde a esta jurisdicción, conocer sobre la reclamación de cantidad acumulada a la acción principal por despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.3 LRJS, toda vez que, la causa de pedir, propuesta por los actores, se basa precisamente en la concurrencia de grupo de empresas entre la concursada y otras que no están en dicha situación.

5. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DEL JUEZ DEL CONCURSO DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO

5.1. El procedimiento judicial de regulación de empleo

El art. 169.1 TRLC precisa que el juez del concurso conoce de las medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, traslado, despido, suspensión de contratos y reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que revistan carácter colectivo, a partir de la declaración de concurso y, por el procedimiento previsto en los artículos que le siguen, fundamentalmente en los arts. 171 a 182, que vienen a regular el procedimiento judicial de regulación de empleo, completados con los arts. 541 y 551 TRLC, para la impugnación de la resolución del juez del concurso.

Se desarrolla el cauce procedimental en los arts. 171 a 184 TRLC, que comprenden, en primer lugar, la legitimación para iniciar el procedimiento, atribuida al concursado, la administración concursal y los trabajadores a través de sus representantes legales (art. 171.1 TRLC) y, la problemática de la ausencia de órgano de representación legal de los trabajadores (art. 171.2 TRLC), que se salva de igual forma que en el art. 64.2 párrafo 2º LC de 2003, mediante una remisión al art. 41.4 ET y, transcurridos los plazos indicados en el citado precepto, sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenece²⁸.

El periodo de consultas se regula en el art. 174 TRLC, debiendo el juez convocar al mismo, no sólo a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores, sino también al concursado. Durante el periodo de consultas, las partes tienen el deber de negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo, resultando de aplicación la jurisprudencia laboral sobre el concepto de buena fe en la negociación. El acuerdo

28 Sigue sin darse solución al inicio del cómputo de los plazos del art. 41.4 ET, si bien, puede el juez del concurso al admitir la solicitud requerir al solicitante para que se encargue de la notificación a los trabajadores para que procedan a la designación, dada la dificultad de hacerse una notificación personal a los trabajadores por el Juzgado, cuyos domicilios no constarán, sobre todo en empresas con muchos trabajadores. La mejor opción es que con la solicitud se aporte, bien, quien haya de asumir la representación, bien la decisión contraria a la designación para que el juez proceda conforme al último inciso del art. 171.2 TRLC.

alcanzado en el periodo de consultas aparece regulado en el art. 177 TRLC²⁹, en el que deben constar tanto la identidad de los trabajadores como la fijación de indemnizaciones en caso de despido, aclarándose que, aunque se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, pueden excepcionalmente pactarse indemnizaciones superiores ponderando los intereses afectados por el concurso, previsión que, acogiendo la práctica judicial, fue introducida en el art. 64.6 párrafo 4º LC de 2003 por la Ley 38/2011.

Los arts. 180 a 182 TRLC van referidos a la resolución del juez del concurso sobre las medidas solicitadas, en concreto, al plazo de cinco días para resolver y, al contenido de la resolución, distinguiendo según que se haya o no alcanzado acuerdo en el periodo de consultas. El art. 182 TRLC, relativo a la resolución sin acuerdo, recoge la comparecencia ante el juez del concurso introducida en el párrafo 2º del art. 64.7 LC por la Ley 38/2011, sustituible por trámite de alegaciones escritas por tres días³⁰.

La impugnación del auto del juez del concurso se sustrae de la regulación de los efectos sobre los contratos de trabajo, a diferencia de lo que se hizo en el artículo 64.8 LC 2003, para llevarlo a las normas procesales, en concreto, a los artículos 541 y 551 TRLC, referidos respectivamente, al incidente concursal laboral y a los recursos en materia laboral.

Las Sentencias recaídas del Tribunal Supremo van referidas a la llamada al periodo de consultas de las personas físicas o jurídicas que constituyan unidad de empresa con la concursada (arts. 174.2 y 175.2 TRLC), cuestión a la que nos hemos referido en el apartad anterior, y, a la impugnación del auto del juez del concurso, que abordamos en el siguiente apartado; sin perjuicio de resultar de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a las causas de las medidas y a la buena fe para negociar.

5.2. La incidencia del inicio del procedimiento judicial de regulación de empleo en las medidas laborales colectivas en tramitación

Esta cuestión se regula en el art. 170 TRLC, que se adapta mejor que su precedente art. 64.1 párrafos 2º y 3º LC de 2003, a la legislación laboral y a la reforma en

29 Llama la atención que al mantener que el acuerdo en el periodo de consultas requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, se obvia que ello tenía todo su sentido cuando la negociación sólo era con la administración concursal, pero ahora suscita dudas si han de dar conformidad tanto la administración concursal como el concursado, que también es parte en el periodo de consultas, porque ello supondría como reconocerle una especie de veto al concursado, que no pienso fuera la intención del legislador del TRLC.

30 Los arts. 183 y 184 TRLC regulan, respectivamente, los efectos de la resolución que acuerde la suspensión y despido colectivo y, sobre el derecho de rescisión del contrato con indemnización previsto en el art. 40 ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cabe destacar el art. 183, en el que se declara expresamente que en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, el auto surtirá efectos constitutivos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior (que no anterior) y originará la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados.

los despidos colectivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que suprimió los ERE y ERTE administrativos ante la autoridad laboral.

Conforme al citado art. 170 TRLC, si a la fecha de la declaración del concurso el empresario hubiera iniciado los trámites para la medida colectiva, deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez del concurso, pudiendo distinguirse los siguientes supuestos, según el momento en que se encuentre la tramitación de la medida:

- Si aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, el LAJ en tres días citará a comparecencia a los legitimados previstos en el art. 171 (para solicitar el inicio del procedimiento), para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas. Las actuaciones practicadas hasta el concurso conservan su validez.
- Si ya se hubiera alcanzado un acuerdo o se hubiera notificado la decisión, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas.
- Si el acuerdo o la decisión empresarial hubieran sido impugnados ante dicha jurisdicción, el procedimiento continuará ante los órganos de esta jurisdicción hasta la firmeza de la resolución.
- En caso de medidas colectivas en trámite, la declaración de concurso habrá de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan. Ello parece más bien referido a los dos primeros apartados del art. 170 TRLC, es decir, cuando aún no se ha ejecutado la medida.

Con anterioridad a este precepto, el Tribunal Supremo había dictado dos sentencias abordando esta cuestión. La primera, de 26 enero 2015 (rec. 173/2014), en la que declara la competencia del orden social porque la finalización del periodo de consultas y la notificación de los despidos tuvo lugar antes de la declaración del concurso. Y, la segunda, de 27 enero 2015 (rec. 189/2014), en la que declara la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones del despido colectivo interpuestas con posterioridad a la declaración del concurso porque el despido colectivo se produjo con anterioridad a esa declaración.

5.3. La impugnación de la resolución del juez del concurso

Una de las novedades del TRLC en materia laboral es la relativa al régimen de impugnación del auto del juez del concurso dictado al amparo del art. 181 TRLC —en caso de acuerdo— o del art. 182 TRLC —en caso de ausencia de acuerdo—. En la regulación de los arts. 169 a 185 TRLC, equivalentes al art. 64 LC de 2003, no se contiene mención alguna a la impugnación de dicha resolución, que hay que buscar en sede de normas procesales, en concreto, en los arts. 541 TRLC y 551 TRLC.

La competencia para la impugnación del juez del concurso se atribuye, bien al propio juez, que conocerá de la demanda de incidente concursal laboral (art. 541 TRLC),

bien a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que conocerán del recurso de suplicación frente al auto del juez del concurso (art. 551 TRLC), pero no es competente el juez de lo social para conocer de una acción individual frente al auto del juez del concurso, que sólo podrá conocer de acciones anteriores a la declaración de concurso (STS Sala 4ª de 8 de marzo de 2018).

5.3.1. La impugnación individual mediante el incidente concursal laboral

En cuanto a la impugnación por los trabajadores o el FOGASA —prevista originalmente en el art. 64.8 LC de 2003—, el art. 541 TRLC, aunque prevé la misma legitimación y el mismo cauce procedimental del incidente concursal laboral, omite que dichas acciones que pudieran ejercitar los trabajadores (o el FOGASA) han de versar sobre cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual.

Por lo demás, el precepto establece el mismo plazo para la interposición de la acción del art. 64.8 LC, de un mes desde que los trabajadores conocieron o pudieron conocer la resolución judicial, pero como novedad, se añade el inicio del cómputo para el Fondo de Garantía Salarial, que se contará desde que se le notifique la resolución.

Conforme al art. 551 TRLC, contra la sentencia recaída en el incidente concursal laboral, tanto el que tiene por objeto la impugnación individual por los trabajadores o el FOGASA de la resolución dictada por el juez del concurso en el procedimiento judicial de regulación de empleo, cabe recurso de suplicación y los demás previstos en la legislación procesal laboral, manteniéndose lo ya previsto en los arts. 64.8 y 197.8 LC de 2003.

5.3.2. La impugnación colectiva del auto del juez del concurso mediante el recurso de suplicación

En sede de recursos en material laboral (art. 551 TRLC), se regula lo que se conoce como impugnación colectiva del auto del juez del concurso que decide sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme al ET (arts. 40, 41 y 51) y al TRLC (art. 53.2), tengan carácter colectivo, contra el que 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.

Se mantiene la legitimación para recurrir el auto dictado por el juez del concurso de la administración concursal, el concursado, los representantes de los trabajadores y el FOGASA. Como novedad, se añade la legitimación para recurrir el auto, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, de aquellas entidades

que lo integren, aunque no se especifica si dicha legitimación se reconoce sólo para la impugnación de dicha declaración.

Y, precisamente, ostentan legitimación pasiva, es decir, intervienen como demandados, el empresario concursado y la administración concursal. La intervención del Fondo de Garantía Salarial como parte está además prevista en el artículo 514 TRLC, que prevé que el Fondo de Garantía Salarial será parte del procedimiento siempre que deba abonar salarios e indemnizaciones a los trabajadores, sea en concepto de créditos contra la masa o de créditos concursales.

El recurso de suplicación frente a la sentencia que recaiga en el incidente podrá interponerse por demandante o demandados, y se sustanciará conforme a las normas de la LRJS, que lo regula en los arts. 190 a 204.

Ha resultado controvertido si al estar la empresa en concurso hay obligación de consignar (art. 230 LRJS) para interponer los recursos de suplicación o, en su caso, de casación o, por el contrario, si se puede exonerar a la empresa en concurso. La cuestión, resuelta inicialmente por la sala 4ª del Tribunal Supremo en Autos de 7 de junio y de 7 de noviembre de 2011 (Rec. 24/2011) y Sentencia de 24 de enero de 2012, Rec. 1770/2011, favorables a la consignación, suscitó tal polémica que se planteó ante el Tribunal Constitucional, que la resolvió por Sentencia 166/2016, de 6 de octubre³¹. En ella se concluye que dado el tenor del art. 230 LJS y la ausencia de norma expresa que excluya de su aplicación a las empresas en concurso, desde la perspectiva externa de control que corresponde al Tribunal Constitucional, no se aprecia que la decisión judicial de no tramitar el recurso de suplicación promovido, por no haberse cumplido el requisito de la consignación de las cantidades objeto de condena, pueda tildarse de irrazonable, arbitraria o incurra en error patente, por lo que no se declara la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso (art. 24.1 CE).

5.3.3. El ámbito objetivo del recurso de suplicación y del incidente concursal laboral

El ámbito objetivo de la impugnación del auto que resuelve el procedimiento de regulación de empleo concursal mediante el recurso de suplicación y el del incidente concursal laboral no coinciden. El recurso de suplicación contra el auto, generalmente, tiene por objeto la infracción de las normas reguladoras del procedimiento o, la invocación de la improcedencia de la medida adoptada por falta de causa legal. De este modo, los representantes de los trabajadores, que ostentan una legitimación colectiva, no podrán impugnar cuestiones que afecten a la relación laboral individual de cada trabajador. En el caso excepcional en el que el trabajador individual haya sido admitido como tercero interesado en el procedimiento, sólo podrá invocar aquellos aspectos relativos a la defensa de su relación laboral y, no los que afecten a los intereses colectivos. De lo expuesto,

31 Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, ilustre Director de esta Revista.

se ha de concluir que no entran dentro del ámbito objetivo del incidente concursal laboral las acciones individuales encaminadas a impugnar la validez del acuerdo colectivo, ni la adecuación de las medidas acordadas judicialmente, aspectos propios del recurso de suplicación frente al auto que resuelve el procedimiento judicial de regulación de empleo y no frente a la sentencia que recaiga en el incidente concursal laboral.

Cuando se trate de impugnar la decisión colectiva de modificación sustancial de condiciones de trabajo, traslado o despido colectivos, o la suspensión de contratos o reducción temporal de jornada, de carácter colectivo, el recurso procedente es el de suplicación y, la legitimación la ostentan la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el FOGASA.

Puede cuestionarse la legitimación para recurrir de trabajadores excluidos del procedimiento que estimaron que debieron serlo, y pretenden promover el procedimiento. Estimo que conforme a doctrina reiterada del TC (por todas STC 63/2006), ha de admitirse la posibilidad de accionar, pero por la vía del incidente concursal laboral a trabajadores que no fueron incluidos y no mediante el recurso de suplicación. Así, los trabajadores no incluidos en el procedimiento pueden solicitar por la vía del incidente concursal laboral la inclusión y el juez deberá incluirlo³². Quienes no tengan reconocida la condición de trabajadores de la empresa no pueden ejercitar la acción ante el juez del concurso, debiendo acudir a la jurisdicción social (ATS Sala Especial de Conflictos de 16 de marzo de 2012).

Se ha suscitado polémica en cuanto al objeto del incidente concursal laboral tras la entrada en vigor del TRLC, ya que su art. 541, que regula dicho incidente omite, como se ha expuesto, que el objeto del procedimiento deben ser las cuestiones relativas estrictamente a la relación jurídica individual del trabajador demandante, como se hacía en la LC de 2003. Esta omisión podría interpretarse en el sentido de que el legislador permite que a través del incidente concursal laboral los trabajadores individualmente puedan cuestionar la medida colectiva adoptada, cuestionando, por ejemplo, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, impugnación que antes del texto refundido, se reservaba de forma clara como objeto del recurso de suplicación a la legitimación colectiva de los trabajadores.

Considero que tras el texto refundido de la Ley Concursal no ha cambiado el objeto del incidente concursal laboral, que pese a la omisión de su art. 541, debe seguir referido a las cuestiones relativas estrictamente a la relación jurídica individual del trabajador, sin que quepa cuestionar, por ejemplo, la causa ETOP fundamentadora de la medida colectiva adoptada³³.

32 En este sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gaztei de 19 de diciembre de 2005 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 26 de septiembre de 2007 Concurso 84/2007. En contra, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 24 de junio de 2006 autos 19/2004, que considera que el recurso procedente es el de suplicación.

33 La única duda, a mi juicio, no se suscita por la redacción del artículo 541 TRLC, que entiendo que no pudo modificar en este aspecto lo que establecía expresamente la Ley Concursal de 2003 en el artícu-

Sobre la impugnación del auto del juez del concurso, la STS 539/2017, de 21 junio (rec. 18/2017) —con doctrina reiterada en SSTS 264/2018 de 8 marzo y 549/2018, de 6 de junio— expone que la modalidad procesal de despido colectivo resulta inadecuada para impugnar el auto del Juez de lo Mercantil acordando la extinción de los contratos, porque de acuerdo con el art. 64.8 de la LC, dicha pretensión deberá ser canalizada, bien por la vía colectiva a través del recurso de suplicación que se interponga frente al referido auto, bien individualmente por cada uno de los trabajadores afectados, a través del incidente concursal que se regula en los arts. 195 y 196.3 de la LC de 2003.

6. LA PROBLEMÁTICA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL JUEZ DEL CONCURSO PARA DECLARAR LA SUCESIÓN DE EMPRESA

6.1. La sucesión de empresa bajo la vigencia de la Ley Concursal de 2003

El art. 149.4 LC 2003, redactado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, establecía: «4. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª 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 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.»

Antes del Real Decreto-ley 11/2014 (que luego convalidó la Ley 9/2015), no había unanimidad en la práctica judicial sobre la extensión objetiva de la sucesión empresarial en los supuestos de transmisión de la empresa concursada en caso de aprobación del plan de liquidación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) de 29 de noviembre de 2007, confirmando la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, declaró que el adquirente no se subrogaba en las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando que el juez del concurso es el que tiene la competencia

lo 64.8, sino que más bien se puede suscitar por la STC 140/2021, de 12 de julio. En ella, se estima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo número 699/2018, de 2 de julio, cuya nulidad se declara. En este última, el Tribunal Supremo excluía que mediante procesos individuales de despido se revisase la concurrencia de las causas justificativas del despido colectivo, en los casos de acuerdo entre empresa y representación legal de los personas trabajadoras. Sobre esta cuestión, me remito a mi reciente artículo "Las cuestiones de competencia del concurso de Ombuds resueltas por el Tribunal Supremo", en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 9 / 2023, págs. 321 a 341.

para pronunciarse sobre la cuestión de naturaleza administrativa o social, en la medida en que están directamente relacionadas 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. En la lógica concursal, los acreedores cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización del activo, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, pues de otro modo, se alteraría la par conditio creditorum. Tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa. El crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social³⁴.

- 34 Este Auto de la Audiencia Provincial inició la vía para que los jueces de lo mercantil exoneraran de las deudas de Seguridad Social. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de 11 de octubre de 2013 —muestra de las resoluciones de los jueces de lo mercantil que exoneraban de las deudas al adquirente—, yendo más allá, acordó que no operaba la sucesión empresarial, porque expresamente así se contemplaba en el plan de liquidación presentado y aprobado, estimando que el entonces art. 149.2 LC (hoy art. 149.4 LC) no resultaba aplicable a los casos en los que hay plan aprobado. Dicho auto fue parcialmente revocado por AAP de Pontevedra Sección 1ª de 30 de enero de 2014, que analiza la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, señalando que la venta en el marco de un concurso de una entidad o unidad productiva como un todo supone, siempre y en todo caso, que estamos ante una sucesión de empresa, ya que una cosa es que para garantizar la continuación de las dos entidades se excluyan ciertos efectos que en principio comporta la sucesión de empresas, y otra cosa muy distinta es que esa exclusión se extienda a la subrogación del nuevo empresario "en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente". Llama la atención que en el mismo caso, los trabajadores acudieron a la jurisdicción social, y el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo en Sentencia de 5 de noviembre de 2014, al resolver la demanda interpuesta por un ex trabajador de las concursadas cuyo contrato fue extinguido con anterioridad a la transmisión, estima que en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 44 ET, que no existe un mantenimiento de la actividad empresarial porque los contratos de trabajo se extinguieron en su totalidad; no hay transferencia total de los medios de producción y surge una nueva organización empresarial, manejada por los trabajadores, que nada tiene que ver a efectos organizativos y productivos con la anterior, porque nace de nuevo con otras personas a su cargo. Ello es una muestra de las divergentes interpretaciones que podían hacerse del precepto, de las facultades del juez del concurso y, de la polémica sucesión de empresa, ya que en un mismo caso, dos órganos judiciales (mercantil y social) resolvieron que no había sucesión de empresa, mientras que la Audiencia Provincial estimó que sí la había. En cualquier caso, la tesis del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra está presente en otras resoluciones en las que la adquisición no se hace por los propios trabajadores, y es también el principio que parece inspirar el Auto de la AP de Barcelona de 29 de noviembre de 2007, que confirmó el Auto del Juzgado de lo Mercantil número dos de Barcelona de 2 de julio de 2007 (el primero que acordó la exoneración de deudas de Seguridad Social, aunque aplicando el apartado 1º del art. 5 de la Directiva 2001/23). Se concluye en dicho Auto que el entonces art. 149.2 LC regula la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa, y añade que según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.

La modificación de la Ley Concursal (art.146 bis y 149.4) por Ley 9/2015 supuso la subrogación del adquirente en las deudas y obligaciones de Seguridad Social. Dicho precepto mantiene la redacción que se diera al art. art.149.2 LC, pero añadiendo que cuando en los casos de transmisión, 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 considerara, no sólo a los efectos laborales, sino también de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez puede 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 FOGASA (art.33 ET). La mención expresa a los efectos de Seguridad Social persigue imponer al juez del concurso la necesidad de subrogación en los créditos de Seguridad Social, impidiéndole que pueda exonerar al adquirente de lo dispuesto en los arts. 142 y 168.2 LGSS.

La cuestión de la sucesión de empresa en caso de transmisión de la unidad productiva de la concursada suscitó tal polémica que llevó al Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona a plantear la cuestión ante el TJUE por Auto de 11 de diciembre de 2013, siendo resuelta la cuestión por Auto del TJUE de 28 de enero de 2015 C-688/2013³⁵, que resolvió la cuestión planteada cuando ya se había promulgado la reforma de la Ley Concursal por el RD-I 11/2014. Se planteaba la interpretación de la Directiva 2001/23, en concreto del art. 5.2 (que fue el acogido por el legislador español)³⁶.

Teniendo en cuenta el alcance de la subrogación por el adquirente en los créditos de Seguridad Social, que se extiende a cotizaciones, prestaciones e incluso recargos de prestaciones (conforme a la STS Sala 4ª de 23 de marzo de 2015), sin duda la reforma del art. 149 convalidada por la Ley 9/2015, que zanjaba la polémica y venía a poner fin a las interpretaciones de los órganos judiciales mercantiles proclives a fle-

35 Me remito a las Conclusiones de mi comentario a este Auto en "Sucesión de empresa y concurso de acreedores. A propósito del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 23/2015. La Ley, pp 213 a 226.

36 En el Auto del TJUE de 28 de enero de 2015, se concluye que la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que:

"— 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, 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 80/987, 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;

— sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva 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."

xibilizar la subrogación (y, pese a ser dicha reforma posterior al Auto del TJUE), vino a constituir un desincentivo a los adquirentes de unidades productivas de empresas concursadas³⁷.

Tras la reforma operada por la Ley 9/2015 y la nueva redacción del artículo 149.4 LC, la mayoría de jueces de lo mercantil no se pronunciaban sobre la sucesión de empresa en el caso de venta de la unidad productiva ni sobre la exoneración de deudas de la Seguridad Social, asumiendo que la sucesión de empresa comprendía también a éstas. No obstante, en algunas resoluciones se vino abriendo paso una doctrina judicial que permitía al juez del concurso delimitar el perímetro de trabajadores afectados³⁸, aún cuando ello chocara con la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo que atribuía la competencia a la jurisdicción social para decidir la existencia sucesión de empresa.

No obstante, dicha tesis ha sido acogida en el TRLC y en la reforma operada por la ley 16/2022, atribuyendo competencia al juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y determinar sus límites.

6.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo bajo la vigencia de la Ley Concursal de 2003

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pese a que algunas resoluciones de jueces de lo mercantil exoneraban de deudas o limitaban los efectos de la sucesión de empresa, ha venido manteniendo de forma taxativa que el art. 44 ET es una norma imperativa (STS 27-11-18, entre otras), y, que el único competente para dicha declaración es el juez de lo social. Esta línea jurisprudencial se inicia con la STS Sala 4ª de 29 de octubre de 2014, a las que han seguido otras muchas. Así, cabe citar las SSTs de 12 de septiembre de 2018, 11 de septiembre de 2019, 12 de noviembre de 2019 y 17 de diciembre de 2019, entre otras, que consideran como "única" competente a la jurisdicción social (SSTS). La Sala 4ª del Tribunal Supremo ha entendido que, tanto antes como después de la reforma operada por el RD-ley 11/2014, con-

37 Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —aunque precisa que la sucesión de empresa comprende las cargas laborales y de Seguridad Social—, declara que el Estado miembro que se acoga a lo dispuesto en el artículo 5.2 a) de la Directiva (como es el caso de España), puede exonerar de las citadas cargas, siempre que garantice la protección mínima de la institución de garantía, que en España es el FOGASA, y que precisamente garantizaba el artículo 149.4 LC y, si las citadas cargas de Seguridad Social constituyen sin duda un desincentivo para la adquisición de unidades productivas empresas concursadas, considero que se perdió la oportunidad con la Ley 9/2015 de haber exonerado al adquirente de dichas cargas, no sólo laborales, sino también de Seguridad Social, como un mecanismo incentivador de la adquisición de empresas en concurso, y en definitiva, de creación de riqueza y contribución a que no se destruyan más puestos de trabajo.

38 El AAP de Álava de 31 de marzo de 2016, Rec. 113/2016 señala que procede continuar con la delimitación subjetiva respecto a la sucesión de empresa, porque esta resolución resuelve en la jurisdicción civil/mercantil sobre lo que es objeto de transmisión según el plan de liquidación. En la misma línea el AAP Vizcaya de 19 de julio de 2016, Rec. 258/16.

validado por la Ley 9/2015, no era competencia del juez del concurso (SSTS de 29 de octubre de 2014, rec. 1573/2013, 913/2018, de 17 de octubre y 49/2019, de 23 de enero, entre otras)³⁹.

En sentido inverso, la jurisdicción contencioso administrativa, antes de la reforma operada por el RD-ley 11/2014, posteriormente convalidado por la Ley 9/2015, respetaba la decisión del juez del concurso en orden a la exoneración de créditos de la Seguridad Social. En este sentido, la STS Sala 3ª 113/2018, de 29 de enero de 2018, rec. 3384/2015, declara que la responsabilidad por deudas de la seguridad social en el caso de la cesión de una empresa declarada en concurso, debe regirse por la Ley Concursal como ley especial para entidades en concurso, y no por el Estatuto de los Trabajadores, permitiendo que en caso de transmisión en fase de liquidación, las deudas del cedente con la Seguridad Social no se transmiten al adquirente. Más tarde, la Sentencia de la misma Sala 3ª 355/2020, de 11 de marzo, rec. 1541/2018, aunque reitera la doctrina de la anterior Sentencia aclara, que a partir de la entrada en vigor de la redacción que dio al artículo 149.2 LC 2003 el Real Decreto-Ley 11/2014, la situación cambió de manera que la sucesión empresarial que contempla ya es a efectos laborales y de Seguridad Social. Por tanto, el adquirente no se ve ya liberado de las deudas con esta última.

39 La jurisdicción social es competente para resolver si ha existido sucesión de empresa cuando los bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso (SSTS Sala 4ª 5-7-17, Rec 563/16; 11-1-17, Rec 1689/15, y 11-1-18, Rec 3290/15).

Es competente la jurisdicción laboral para ejecutar las obligaciones de pago de una empresa tras extinción colectiva de contratos, en situaciones de concurso de acreedores, cuando ha existido una transmisión de unidad productiva o sucesión empresarial de la concursada. La empresa subrogada o entrante viene obligada a subrogarse en las obligaciones laborales de la concursada cuyos bienes adquirió. La cuestión de si se ha producido o no una sucesión empresarial y su alcance es siempre competencia de la jurisdicción social (STS Sala 4ª 23-1-19).

Con la adjudicación de la unidad productiva autónoma se produce una auténtica transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, a través de la asunción por la adjudicataria de un conjunto de medios organizados que permiten llevar a cabo la actividad económica que se venía desarrollando con anterioridad y el cesionario se subroga en la posición jurídica del cedente y se transmite la titularidad de todos los derechos y obligaciones (STS Sala 4ª 17-1-19).

La empresa adjudicataria en un procedimiento concursal conforme a un plan de liquidación de la unidad productiva empresarial integrada por la concursada, es responsable de las obligaciones pendientes de pago del empleador en situación de concurso con los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguieron antes de la adjudicación por el juez mercantil (STS Sala 4ª 12-9-18).

En cuanto a la transmisión de unidades productivas, se entiende que los efectos de la norma estatutaria (art.44 ET) son totales en tales supuestos, de suerte que no resulta posible ir más allá de lo permitido por la ley y exonerar de responsabilidad a la adjudicataria de las deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyo contrato se halle extinguido en el momento de la adjudicación y no haya existido subrogación del trabajador (STS Sala 4ª 11-9-19).

La adjudicación de una unidad productiva en el procedimiento concursal conlleva la aplicación de la sucesión de empresa prevista en el ET, en tanto que es norma imperativa aplicable en cualquier supuesto de transmisión de empresa que conlleva cambio de titularidad, sin que la existencia de un concurso de acreedores lo haga inaplicable, de forma que el adjudicatario pasa a ocupar la posición del empleador concursado y respecto de sus trabajadores (STS Sala 4ª 12-11-19).

6.3. La polémica suscitada por la atribución de competencia al juez del concurso para declarar la sucesión de empresa en el TRLC

La publicación del texto refundido de la Ley Concursal ha puesto nuevamente el punto de mira en la competencia del juez del concurso para decidir sobre la sucesión de empresa, suscitando otra vez, o más bien reavivando, una polémica que parecía superada, comenzando con ello un nuevo “cisma” entre las jurisdicciones mercantil y social, proclives cada una de ellas, aunque con algunas excepciones, a defender su respectiva competencia en la materia.

En el nuevo texto refundido de la Ley Concursal se regulan las especialidades de la enajenación de unidades productivas en los arts. 215 a 224, con una regulación que reproduce en similares términos el contenido de los arts. 146 bis y 149.4 LC, dentro de las cuales se recogen los preceptos relativos a la sucesión de empresa, en concreto, los arts. 221, 223 y 224.1.3º. A dichos preceptos, hemos de añadir el art. 200, regulado en sede de inventario de la masa activa, que define la unidad productiva en su apartado 2, como «el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria».

Esta definición de unidad productiva recuerda el propio concepto de sucesión de empresa del apartado 2 del art. 44 ET, conforme al cual, se considerará que existe, cuando la transmisión afecte a *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. Por ello, no ha de extrañar que el art. 221.1 TRLC precisamente establezca que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.

El precepto más problemático del TRLC en la regulación de la venta de unidades productivas —en la redacción originaria— es, sin duda, el art. 221.2, al establecer en contra de la jurisprudencia social, que el *juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*⁴⁰.

No obstante, desde mi punto de vista, estimo que hay un mayor cambio en el art. 224.1.3º TRLC, que no estaba expresamente previsto como tal en la Ley Concursal, aunque ya algunos tribunales, como he señalado, bajo la vigencia de la legislación concursal anterior, estimaban que se encontraba entre las atribuciones del juez del concurso en la materia, en tanto que facultado para delimitar el perímetro de lo que

40 Respecto de la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa, negada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, debemos tener en cuenta que el art. 57 del ET de 2015 —con un contenido idéntico al art. 57 bis del ET de 1995, que introdujo la Ley 22/2003, Concursal—, relativo al procedimiento concursal, expresamente señala que en caso de concurso, a los supuestos de sucesión de empresa, se les aplicarán las especialidades previstas en la Ley 22/2003, Concursal. En el Dictamen del Consejo de Estado sobre de 26 de marzo de 2020 se concluye que dada la cláusula residual de competencia contenida en el artículo 86 ter.1 LOPJ, la precisión del artículo 221.2 TRLC resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa.

se vendía. Dicho precepto, como una de las excepciones a la regla general de que la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, recoge el supuesto de que 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»⁴¹. De esta forma, se permite al juez del concurso delimitar el perímetro de la unidad productiva y "limitar" la sucesión de empresa a los contratos en los que el adquirente se haya subrogado, lo que entra en abierta contradicción con la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo dictada bajo la vigencia de la normativa anterior al TRLC, conforme a la cual, no cabe exonerar de responsabilidad a la adjudicataria de las deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyo contrato se halle extinguido en el momento de la adjudicación y no haya existido subrogación del trabajador (SSTS de 5 de junio de 2018, rec. 471/2017, y de 11 de septiembre de 2019, rec. 1505/2017). Sin embargo, como ya dijera el Auto del TJUE de 28 de enero de 2015, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, 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, no impone una responsabilidad del adquirente 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. Por tanto, resulta admisible conforme al Derecho Comunitario que pueda limitarse la responsabilidad sólo a obligaciones de contratos laborales en vigor. Además, ello resulta coherente con lo dispuesto en el art. 220.2 TRLC, conforme al cual, cuando las operaciones de enajenación de la unidad productiva impliquen el despido colectivo, se estará a lo dispuesto en materia de contratos de trabajo, esto es, en los arts. 169 y ss TRLC, que regulan el procedimiento para que el juez lo acuerde⁴².

41 El art. 224.3.1º TRLC contiene una norma especial en materia de sucesión de empresa, por lo que no cabe estimar aplicable el apartado 2º del mismo precepto, que establece una excepción a la exclusión de la subrogación en los créditos no satisfechos por el adquirente, cuando haya una disposición legal que lo establezca, y aunque podría entenderse que dicha disposición podría ser la LGSS (arts. 142 y 168), considero, por el contrario, que no puede pretender la TGSS ampararse en la aplicación del art. 224.1.2º TRLC para sostener de esa forma que no cabe la limitación a los contratos en vigor cuando se trata de obligaciones de seguridad social. El apartado 2º no es aplicable cuando se trata de un supuesto de sucesión de empresa, al que le resulta de aplicación el apartado 3º, que constituye una norma especial, y que además menciona expresamente los créditos de seguridad social. En este sentido, se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 13 de Madrid de 12 de enero de 2021, autos 845/2020, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la TGSS frente al auto autorizando la venta de la unidad productiva que aplicaba el art. 224.1.3º TRLC en materia de sucesión de empresa.

42 Por tanto, si el juez del concurso puede acordar previamente a la enajenación de la unidad productiva un despido colectivo, hemos de entender que respecto de dichos trabajadores no se produce la suce-

6.4. La reforma del TRLC por la Ley 16/2022: la superación de la polémica del “ultra vires” y sus efectos

La reforma operada en el TRLC por la Ley 16/2022 supone la superación de esta controversia. En primer lugar, al modificarse el art. 221.2 por esta Ley, ya no puede hablarse de ultra vires en la refundición. En este precepto, tras la Ley 16/2022, se declara también la competencia del juez del concurso para delimitar los activos, los pasivos y las relaciones laborales que la componen. En segundo lugar, la competencia para declarar la sucesión de empresa en el caso de venta de unidades productivas del concursado se ha incluido en el art. 52.4ª TRLC —entre las competencias civiles del juez del concurso, pese a tratarse de una material netamente laboral—, en cuyo precepto establece la jurisdicción del juez del concurso exclusiva y excluyente para la determinación en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas de los elementos que las integran. Además, el art. 86 ter 1.4ª modificado por la LO 7/2022, establece la jurisdicción del juez del concurso exclusiva y excluyente del juez del concurso para la determinación de los límites de la declaración de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social.

La competencia del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa tiene, a mi juicio dos límites⁴³. Esta competencia del juez del concurso lo es para declarar la sucesión de empresa —y, para delimitar el perímetro—, pero sólo en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso, sin que comprenda otros supuestos de subrogación convencional o contractual, sin perjuicio de que pudiera pronunciarse sobre la sucesión de empresa si fuera el objeto de una demanda de incidente concursal laboral del art. 541 TRLC, interpuesta por un trabajador o el FOGASA, frente al auto de extinción de contratos de trabajo dictado por el juez del concurso, pero ello no se basa en la competencia atribuida por el art. 221.2 TRLC.

El otro límite a la competencia del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa, viene determinado, entiendo, por aquellos supuestos en los que trabajadores cuyo contrato fue extinguido con anterioridad a la transmisión de la unidad productiva en el concurso, ya sea por el propio juez del concurso, o en caso de despidos objetivos individuales (por la administración concursal y/o el concursado) o, incluso, con anterioridad a su declaración, pueden interponer demanda contra la empresa adquirente de la unidad productiva interesando que se declare la existencia de sucesión

de empresa. En todo caso, el juez del concurso habrá de cumplir con lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva 2001/23/CE y la interpretación que de dicho precepto se contiene en la STJUE de 16 de mayo de 2019 (caso *Plessers*), de forma que sólo procederá por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo, porque no puede ampararse un despido colectivo previo de parte de la plantilla con la intención fraudulenta de impedir la sucesión de empresa, de modo que deberá estar justificado de acuerdo con la Directiva 2001/23/CE.

43 Con más detalle, vid, trabajo de quien suscribe este comentario, ORELLANA CANO. N.: «La (de)limitación de la competencia del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa», en *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Nº. 5 (julio-septiembre), 2021.

de empresa respecto de dicho trabajador con contrato extinguido cuando se produjo la transmisión. En este caso, considero que el juez del concurso no es competente para conocer de dicha demanda, sin perjuicio de los efectos que la resolución del juez del concurso relativa a la sucesión de empresa producida por la transmisión de la unidad productiva (artículo 221) y su limitación a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores en cuyos contratos se subroga, conforme al artículo 224.1.3º TRLC, pueda surtir en otras jurisdicciones, pero sin que dicha atribución de competencias para declarar la sucesión de empresa cuando se vende una productiva, pueda conllevar el conocimiento de cualesquiera demandas en las que trabajadores en cuyos contratos de trabajo la adquirente no se ha subrogado, pretendan que se declare dicha sucesión, porque la competencia del juez del concurso se limita a declarar que existe sucesión de empresa cuando se transmite una unidad productiva definida conforme al artículo 200 apartado dos TRLC, en relación con el artículo 44.2 ET y, a limitar el perímetro y efectos de la sucesión, a las obligaciones laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores en cuyos contratos de trabajo en vigor se subroga el adquirente, conforme al artículo 224.1.3º TRLC.

Partiendo de la competencia del juez del concurso delimitada en los términos expuestos, la siguiente cuestión que se plantea, como se ha expuesto, es la relativa a la eficacia que haya de surtir en otras jurisdicciones, en concreto, en la jurisdicción social, respecto de las obligaciones laborales y, en la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de las obligaciones de Seguridad Social.

La principal objeción que se hace al efecto positivo de la cosa juzgada radica en que normalmente —salvo en el convenio con asunción del art. 324 TRLC—, la declaración de sucesión de empresa se incluirá en un auto, y no en una sentencia. El art. 222.4 LEC establece: *"Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal"*.

Desde mi punto de vista, dicho obstáculo procesal ha de ser salvado porque esa atribución de competencia es única, en el sentido de exclusiva y excluyente; y, sobre todo, la limitación que el juez del concurso pueda hacer de los efectos de la sucesión a los contratos en vigor, ha de vincular en otras jurisdicciones, evitando pronunciamientos contradictorios.

Esta cuestión se analiza en el ATSJ (Sala de lo Social) de Madrid (Sección 2ª) de 26 de mayo de 2021. En el mismo se argumenta que, cuando el pronunciamiento del juez concursal haya recaído en el ejercicio de potestades jurisdiccionales en materias sociales, revisables en suplicación, su pronunciamiento sobre la sucesión de empresa no proviene de otro orden jurisdiccional distinto, y sí producirá, de ser firme, el efecto positivo de cosa juzgada material del artículo 222.4 LEC, pero, si la resolución judicial adopta la forma de auto, es dudoso que el mismo pueda producir este efecto, porque el artículo 222.4 LEC expresamente la reserva a las sentencias, a diferencia de

la cosa juzgada formal que se aplica por el artículo 207 LEC a todas las resoluciones judiciales firmes. Igualmente se recoge en dicha resolución que el juez concursal puede resolver cuestiones previas de índole social que sean precisas al dictar las resoluciones sobre tramitación del concurso, pero su decisión sobre las mismas no surte efecto fuera del proceso concursal en que se produzcan, en concreto sobre los procedimientos que después se sigan ante los juzgados de lo social, al menos, cuando la resolución del juez del concurso no se ha producido en el ejercicio de sus competencias en materias sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Este trabajo se ha basado principalmente en el análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo en materia concursal laboral. A efectos ilustrativos, se expone a continuación Bibliografía sobre lo que he denominado "concurso laboral"⁴⁴:

CANO MARCO, F.: Manual práctico de Derecho laboral concursal, 3ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 3ª edición, 2020.

DESDENTADO BONETE, A., en "Resolución del contrato de trabajo y concurso. Un recorrido por la jurisprudencia", en Puntos críticos entre los aspectos laborales y mercantiles del concurso (Sempere Navarro, A. y Orellana Cano, N. dir.), Cuadernos Digitales de Formación CGPJ nº 29/ 2016, Madrid.

DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: «Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas», Albacete, Bomarzo, 2007.

FERNÁNDEZ LARREA, I.: «Conflictos de competencia y jurisdicción en sede concursal (Comentario a los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 18 y 20 de octubre de 2021 y al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2021)», en *Anuario de Derecho Concursal*, ISSN 1698-997X, Nº. 57, 2022, págs. 283-300.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en GARCÍA PERROTE, I., coord.), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2004.

MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., en «Comentario al artículo 64 LC», en A. ROJO y E. BELTRÁN, dir., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas Thomson, 1ª edición, 2004, pp. 1189-1228.

MONTOYA MELGAR, A.: Derecho Concursal laboral, Thomsons Reuters, 2ª edición, Navarra, 2015.

44 Expresión utilizada como título de la obra "El concurso laboral" (ORELLANA CANO, N., dir.). Editorial La Ley. Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 15. Madrid, 2012.

ORELLANA CANO, A.: «La problemática laboral en el concurso de acreedores», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- «Aspectos laborales del concurso de acreedores» en «Guía Práctica del Proceso Concursal 2015», Sanjuan Muñoz, E., Coord, Editorial Sepin, Valencia, 2016.

ORELLANA CANO, N.: «Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal» en Monográfico sobre los Expedientes de Regulación de Empleo, Temas Laborales, nº 99, 2009.

- «El despido colectivo: Visión desde el ámbito del juez mercantil», en «Crisis económica y Derecho del Trabajo» (Castell Valldosera, L., coord.). Editorial Bormarzo, Albacete, 2011.
- «El Concurso Laboral» (dir.) Editorial La Ley, Madrid 2012.
- «La tramitación del procedimiento de regulación de empleo» en *El Concurso Laboral* dir. por N. Orellana. Editorial La Ley, Madrid 2012.
- «Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo», en Muñoz, A. y Prendes, P. (dir.), *Tratado judicial de la insolvencia*. Editorial Aranzadi, Navarra 2012.
- «Aspectos laborales del concurso de acreedores» en *El concurso de acreedores. Adaptado a las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011* (Pulgar Ezquerro, J.: direc.). Editorial La Ley. Madrid, 2012.
- «Los grupos de empresa en la regulación de empleo concursal. A propósito del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 y Mercantil de Soria de 28 de diciembre de 2012», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 19/13 (Juana Pulgar, dir.). Editorial La Ley. Págs. 187 a 202.
- «Los trabajadores y el concurso», en *El derecho de la insolvencia: el concurso de acreedores* (Campuzano, A.B. y Sanjuán, E., dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- «Reclamaciones de los trabajadores a una empresa en concurso: el juez del concurso como juez de lo social» en *Abogacía Graduados Sociales y Proceso Laboral* (Álvarez Alarcón, A., dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- «Extinción en el procedimiento concursal», en *Memento de Despido 2022-2023*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- «Empresas sometidas a procedimiento concursal» en *Memento Social 2023*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2023.
- «Pretensiones sociales en el concurso » en *Memento de Procedimiento Laboral 2023-2024*. Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2023.
- «La (de)limitación de la competencia del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa», en *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ISSN-e 2697-2476, Nº. 5 (julio-septiembre), 2021.

- «Las cuestiones de competencia del concurso de Ombuds resueltas por el Tribunal Supremo», en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring* 9 / 2023, págs. 321 a 341.
- «El despido cautelar como solución a la problemática de las extinciones "extravagantes" en el concurso», en AA.VV., en *Liber Amicorum en Homenaje a Aurelio Desdentado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ORELLANA CANO, A. y ORELLANA CANO, N.: «La extensión de la jurisdicción del juez del concurso en el ámbito laboral». Premio Bolsa de investigación Wellington otorgado por la Fundación Wellington y el Consejo General del Poder Judicial, publicado por el CGPJ. Madrid, 2008.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», en *El estatuto de los trabajadores Veinte años después*, Revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, Nº 100, 1, 2000, págs. 851-864.

«Problemas laborales de la deslocalización de empresas», *Actualidad laboral*, ISSN 0213-7097, Nº 3, 2006, págs. 242-264.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: «Las llamadas "causas económicas, organizativas, técnicas o productivas"», en Rafael Martínez Emperador, R. (dir.), *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo*, Cuadernos de derecho Judicial, ISSN 1134-9670, Nº. 25, 1996, págs. 79-116.

RÍOS SALMERON MESTRE, J.M.: «Despido colectivo y concurso de acreedores». Editorial Civitas, 2012.

TÁLENS VISCONTI, E.: «Las medidas laborales en el proceso concursal », Aranzadi, Navarra, 2017.

- «Aspectos laborales del nuevo TRLC», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.