

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo

Vol. 2
N.º 1 (2023)

tirant lo blanch
Valencia 2023

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

Secretario de redacción:

Ángel Jurado Segovia. *Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

Comité de redacción:

María Amparo García Rubio. *Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez. *Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llopart Bennàssar. *Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres. *Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Javier Thibault Aranda. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-3556-2022
ISSN: 2952-1351
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politic-as-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:
<http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

Editorial	7
Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	
Libertad de empresa y prohibición de discriminación en el trabajo por cuenta propia	9
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	
Aspectos laborales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal	23
Eduardo E. Taléns Visconti	
Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo	79
Nuria Auxiliadora Orellana Cano	
Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal	131
Maria del Mar Crespi Ferriol	
Reseña de actualidad judicial	155
Ángel Jurado Segovia y Magdalena Llompert Bennassar	
Sobre la revista	165
Equipo editorial	167
Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales	171

Editorial



Tiene el lector en sus manos el segundo número de "Trabajo y Empresa", que, a diferencia del primero, que abordada con carácter monográfico el estudio de una institución, tiene, como va a ser habitual en dos de sus tres números anuales, un contenido variado.

Abre este número un interesantísimo ensayo de Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer ("Libertad de empresa y prohibición de discriminación en el trabajo por cuenta propia"), cuya presencia en nuestras páginas nos honra particularmente, en el que, a propósito de la STJUE de 12 de enero de 2023, J.K (asunto C-356/21), reflexiona sobre dos cuestiones capitales: el concepto de actividad por cuenta propia, que ha sido objeto en la sentencia de una problemática delimitación en sentido positivo —no por contraposición al trabajo subordinado, como ha venido siendo habitual—, y la relación entre la libertad de empresa y las prohibiciones de discriminación, que en el Derecho europeo se configuran como un auténtico presupuesto para el ejercicio de aquella. En nuestro Derecho, la Ley 12/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ya prevé en el art. 11 su plena aplicación al trabajo por cuenta propia. Al hilo de su lectura de la sentencia europea, advierte el autor contra el seguidismo jurisprudencial que nos invade: el papel de la doctrina —dice— no puede limitarse al de vocero o informante de las novedades jurisprudenciales, a la doctrina le corresponde enjuiciar y valorar el enjuiciamiento que ha hecho el tribunal en su sentencia. *Magister dixit.*

El grueso de este número —dos sesudos estudios— está dedicado al análisis de los aspectos laborales del concurso, que ha experimentado cambios muy relevantes como consecuencia de aún recientes reformas legislativas. El primero de los mismos tiene por título "Aspectos laborales de la Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley concursal" y su autor es Eduardo Talens. Como su nombre indica, constituye un examen detenido de las principales reformas introducidas en la Ley concursal

(planes de reestructuración y su incidencia sobre las relaciones laborales, participación de los representantes de los trabajadores en el concurso, competencia del juez mercantil en materia de sucesión de empresa, tutela de los créditos laborales, aspectos laborales del proceso para microempresas). El segundo estudio, que firma la Magistrada especialista de lo Mercantil Nuria Orellana, focaliza su análisis en las competencias laborales del juez del concurso y complementa, desde la perspectiva que le es propia, el anterior, estableciéndose por momentos un interesante diálogo entre ellos. La lectura conjunta de ambos ensayos ofrece una completa imagen de la problemática jurídico-laboral del concurso.

El último de los estudios que ofrecemos versa sobre lo que su autora —María del Mar Crespí— ha denominado con acierto “el absentismo burocrático”, esto es, el que resulta de la ordenación jurídica ineficiente de la incapacidad temporal. En él se lleva a cabo un examen pormenorizado de las ineficiencias regulatorias y de funcionamiento detectadas, al que se acompaña de un aquilatado puñado de propuestas que sin particular costo podrían mejorar la gestión de la prestación. La Administración de la Seguridad Social debiera tomar buena cuenta de lo que en él se propone.

Cierra el número una selección jurisprudencial, en la que sendos miembros de la redacción de la revista reseñan los pronunciamientos que han considerado más interesantes producidos en los últimos meses.

Esperamos que este segundo número de nuestra revista siga mereciendo la extraordinaria acogida que tuvo el primero y que queremos expresamente agradecer.

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

El Director

Libertad de empresa y prohibición de discriminación en el trabajo por cuenta propia

(Notas a la STJUE de 12 de enero de 2023, J.K; Asunto C-356/21)

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Consejero Permanente de Estado

Entrepreneurial freedom and prohibition of discrimination in self-employment

(Notes on the CJEU of 12 January 2023, J.K; Case C-356/21)

SUMARIO:

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA. 2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA. 3. CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO Y CESE DE ACTIVIDAD. 4. SOBRE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA PARTE CONTRATANTE. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: A raíz de una reciente sentencia del TJUE, este estudio reflexiona sobre la aplicación de la tutela antidiscriminatoria en el empleo a las prestaciones de servicios desarrolladas por cuenta propia. El autor valora positivamente la jurisprudencia comunitaria a la hora de interpretar el alcance de la Directiva 2000/78, así como por declarar que la libertad de empresa no puede implicar una libertad de discriminación en la elección del contratante.

Palabras clave: Libertad de empresa, prohibición de discriminación; normativa de la UE, trabajo por cuenta propia.

ABSTRACT: Following a recent CJEU ruling, this study reflects on the application of protection against discrimination in employment to the provision of services performed on a self-employed basis. The author appreciates the EU case law for interpreting the scope of application of Directive 2000/78, as well as for stating that freedom to conduct a business cannot imply freedom to discriminate in the choice of the contracting party.

Key words: Entrepreneurial freedom of enterprise, prohibition of discrimination; EU law, self-employment.

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

Las nuevas formas de trabajo están debilitando las fronteras tradicionales del Derecho del Trabajo y obligan a plantear si el régimen de tutelas propio del mismo ha de extenderse también a nuevas formas de trabajo excluidas hasta ahora del ámbito de la disciplina.

Ello ha dado lugar a una nueva tendencia del Derecho del Trabajo, mediante una reinterpretación extensiva de la noción de dependencia para incluir en él esas nuevas formas de trabajo. En contraste, en algunos ordenamientos se ha tratado de evitar esa expansión mediante el reconocimiento de ciertas tutelas selectivas, propias hasta ahora del trabajo dependiente, a los trabajadores por cuenta propia. Un caso emblemático ha sido, entre nosotros, el de los TRADE, cuyo régimen jurídico se propone, entre otras cosas, evitar la calificación de esos trabajadores como falsos autónomos incluíbles en el Derecho del Trabajo y, al mismo tiempo, reconocer ciertos derechos sociales a trabajadores no dependientes.

En el trasfondo de esta temática existe el cuestionamiento de la radicalidad del efecto inclusión/exclusión de tutelas que ha originado el trazado riguroso de fronteras (no exento de zonas "grises") entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo o por cuenta propia excluido de la aplicación de la regulación laboral.

La cuestión se ha planteado también en el Derecho de la Unión Europea, donde existen instrumentos "sociales" que tienen prevista su aplicación a trabajadores independientes o por cuenta propia. Tal es el caso de la Directiva UE 2000/78 cuyo objeto es "establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, en el ámbito del empleo y la ocupación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato".

La Directiva 2000/78 se ha referido para establecer su objeto "al empleo y la ocupación". Ha utilizado así una referencia al título del Convenio núm. 111 OIT, que prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación y que incluye también al trabajo por cuenta propia. Esa Directiva tiene su base en el art. 19 del TFUE y ha encontrado un nuevo apoyo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21.1).

El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 está regulado en el art. 3.1 a) de la Directiva que determina su ámbito de aplicación. subjetivo, la misma "se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos", y objetivo, "las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional". Su interpretación está vinculada así a la interpretación del término genérico "trabajo" (personal) sin adjetivos.

Los términos "empleo", "actividad por cuenta propia" y "ejercicio profesional" se vienen entendiendo en sentido extensivo y amplio (STJUE de 23 de abril de 2020, LGTBI, C-507/18), basándose en la comparación de las diversas versiones lingüísti-

cas de la Directiva las cuales emplean términos muy abiertos, genéricos o generales (STJUE de 2 de julio de 2022, HK, C-587/20).

En las conclusiones del asunto HK, el Abogado General ha afirmado que la Directiva 2000/78, por razones de interés tanto social como público, tiene por objeto eliminar las discriminaciones “para el acceso a los medios de subsistencia y a la capacidad de contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta, incluyendo, por tanto, también a los trabajos por cuenta propia”. En esta línea, la Sentencia HK ha declarado “que el legislador de la Unión no pretendió limitar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 a los puestos ocupados por un “trabajador” en el sentido del art. 45 TFUE”.

La determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 se ha planteado recientemente de nuevo, esta vez en relación con un trabajo calificado por cuenta propia, en el asunto J.K(C-356/21), que ha dado lugar a la importante STJUE de 12 de enero de 2023. En ella el Tribunal de Justicia ha dado pasos adicionales en relación con la delimitación de los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo de esa Directiva.

Esa Sentencia J.K. ha dado respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia en un litigio entre J.K. y una televisión pública. En su demanda, J.K. había solicitado una indemnización por la negativa de esa televisión a renovar un contrato mensual de prestación de servicios que había venido repitiéndose durante varios años, y ha invocado la Directiva 2000/78 por entender que la negativa a su contratación se había basado en su orientación sexual.

Según consta en la Sentencia J.K. había venido celebrando entre 2010 y 2017, en el ejercicio de su actividad profesional por cuenta propia, varios contratos sucesivos civiles de breve duración de forma consecutiva con una cadena pública de televisión. El objeto de esos contratos era la preparación de materiales de edición de programas, avances de programas o programas editoriales para la autopromoción de la cadena. Sus funciones se ejercieron dentro de la organización interna de la cadena televisiva mediante dos turnos semanales cada mes que le asignaba su superior directo. Esos servicios se asignaron luego a una agencia de nueva creación, publicidad y edición de la propia cadena, a la que se incorporó J.K. después de haber superado con éxito la evaluación de sus méritos y capacidades.

El 20 de noviembre de 2017 J.K. concertó un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con un mes de duración, recibiendo su calendario de dos turnos de trabajo para diciembre de 2017. El 4 de diciembre de 2017 J.K. y su pareja publicaron en su canal de YouTube un videoclip navideño que promovía la tolerancia hacia las parejas homosexuales. Pocos días más tarde, J.K. recibió un email de la televisión anulando el primer turno de trabajo que debía comenzar el 7 de diciembre y días después le fue comunicado que tampoco debía presentarse para el turno previsto para el 21 de diciembre. Por ello, no realizó ninguno de los turnos de trabajo previstos en el contrato que, además, no le fueron abonados. En enero de 2018, por decisión de los responsables de la organización, no se celebró con J.K., como había venido siendo habitual, un nuevo contrato mensual para prestar esos servicios.

J.K. quizás hubiera podido invocar la Directiva 1999/70 en cuanto al abuso de la contratación temporal alegando la existencia de un contrato de trabajo camuflado como falso autónomo, una posibilidad que la Abogada General ha rechazado en sus conclusiones. J.K. en su demanda ha partido del carácter de trabajo por cuenta propia de su actividad y con base en ese carácter ha invocado la Directiva 2000/78 alegando la vulneración del principio de igualdad de trato por la discriminación directa en el acceso y ejercicio de una actividad económica con arreglo a un contrato de Derecho Civil, sufrida a causa de su orientación sexual. Ha solicitado una indemnización por ello y otra por el incumplimiento del contrato celebrado de diciembre de 2017, dado que, según él, el motivo para anular los turnos de trabajo y para finalizar la relación de trabajo con la televisión había sido la publicación por él de un videoclip navideño en el que se manifestaba su orientación (homo)sexual.

El órgano jurisdiccional polaco que ha conocido del asunto ha tenido dudas sobre la aplicabilidad de la Directiva 2000/78 al caso sometido a su enjuiciamiento. Primero, porque la Directiva no ha precisado el ámbito de la actividad por cuenta propia que se protege contra la discriminación, y en el caso no era claro si la actividad independiente del demandante podía calificarse como una "actividad por cuenta propia" a efectos de la Directiva. Tampoco ha tenido claro si una negativa a contratar por razones de orientación sexual podía considerarse una restricción de las condiciones de acceso a la actividad por cuenta propia.

Además, de ser aplicable la Directiva, indica la posible contradicción con la misma del art. 5.3 de la Ley de Igualdad polaca, el cual reconoce la libertad de elección de las partes del contrato, salvo que la misma se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, pero sin hacer referencia a la orientación sexual.

Por todo ello, el Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la [Directiva 2000/78] en el sentido de que permite excluir del ámbito de aplicación de [dicha Directiva], y, en consecuencia, excluir la aplicación de las sanciones establecidas en el Derecho nacional con arreglo al artículo 17 de la [misma Directiva], la libertad de elegir a la otra parte contratante, en la medida en que esa elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, cuando la discriminación resulte de la negativa a celebrar un contrato de Derecho civil, con arreglo al cual una persona física que ejerce una actividad independiente debe prestar un trabajo, si dicha negativa obedeciera a la orientación sexual de la potencial contraparte?"

2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJO POR CUENTA PROPIA

Aunque la cuestión prejudicial haya hecho referencia al art. 17 de la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia ha entendido que esa referencia se conectaba con la posible aplicabilidad del precepto en el caso de que en el litigio principal fuese aplicable la Directiva. Por ello, el Tribunal ha considerado que la cuestión prejudicial planteada no requería una interpretación particular de dicho art.17.

En realidad, lo que el órgano judicial a quo ha preguntado es si el art. 3.1 letras a) y c) de la Directiva 2000/78 debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, tiene por efecto excluir de la protección de una persona contra la discriminación basada en la orientación sexual, que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva, al negarse a celebrar o renovar un contrato para la realización personal de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente, en la medida en que una situación como la que era objeto del litigio principal estuviese comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

La importancia de esta Sentencia radica no sólo en que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado por primera vez sobre cómo interpretar la expresión "actividad por cuenta propia" utilizada en el art. 3.1a) de la Directiva, sino en que, además, haya tenido que aclarar el alcance del término despido utilizado en el apartado c) de ese art. 3.1, pero sobre todo porque se haya pronunciado sobre la licitud de la compatibilidad de las reglas antidiscriminatorias de la Directiva con la libertad de empresa reconocida en el art. 17 CDFUE "de conformidad con el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

La noción de trabajo por cuenta propia se ha venido utilizando para distinguirla de la del trabajo dependiente o, entre nosotros, por cuenta ajena. Ello ha dado al concepto trabajo por cuenta propia una delimitación negativa, que permite incluir en su concepto una diversidad heterogénea de actividades personales no dependientes en las se han incluido tipos diversos de trabajos personales que no pudieran calificarse como subordinados.

Trazar una noción positiva e inclusiva del trabajo por cuenta propia suponía una dialéctica distinta, el diferenciarlo de otras actividades profesionales no calificables como trabajo, como sería el caso del empresario autónomo.

Para la Abogada General ello implicaba sobre todo diferenciar el trabajo por cuenta propia del supuesto de "acceso y suministro de bienes y servicios" (incluido expresamente en la Directiva 2000/43, que prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico) al que se había referido una propuesta de Directiva antidiscriminatoria paralela de 2008, no aprobada y, al parecer, en vía muerta.

No obstante, la Abogada General ha estimado que la existencia de esa propuesta no aprobada de directiva no impediría incluir dentro del trabajo por cuenta propia a proveedores de bienes y servicios resultado de su trabajo personal, pues para la interpretación del art. 3.1 a) de la Directiva lo decisivo es el significado de la expresión "empleo y ocupación" de su art. 1, tomada del Convenio núm. 111 OIT, una expresión que dentro de la OIT viene siendo interpretada en el sentido de que comprende a todos los trabajadores, incluidos los que ejercen una actividad por cuenta propia.

Según ella, ello sugiere que la Directiva "tiene por objeto proteger a todas las personas que participan en la sociedad mediante su trabajo", una interpretación confirmada por la citada Sentencia HK que declara que la utilización conjunta en el art. 3.1 a) de la

Directiva 2000/78 de los conceptos de “empleo”, “actividad por cuenta propia” y “ejercicio profesional” demuestra que el legislador “*eurounitario*” no limitó el ámbito de aplicación de la Directiva a los trabajadores en el sentido del art. 45 TFUE y de otras normas del Derecho derivado que protegen a los trabajadores como la parte débil del contrato de trabajo, sino que comprendería todo el ámbito del empleo y ocupación, puesto en relación con el derecho al trabajo reconocido en el art. 15.1 de la Carta.

Defiende así una concepción amplia de la persona que desempeña un trabajo, dedicando su tiempo, conocimientos y competencias a prestar un servicio o a crear un producto para otro a cambio de una remuneración, lo que le lleva a no excluir del ámbito de aplicación de la Directiva “el trabajo por cuenta propia consistente en el suministro de bienes o la prestación de servicios”, independientemente de la normativa jurídica a que se someta, ya que se presta un trabajo que otro necesita. Si se excluyeran esos trabajos del ámbito de la Directiva no se cumplirían los objetivos perseguidos por la misma, lo que sería contrario al efecto útil de la Directiva.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia J.K., al abordar el concepto de actividad por cuenta propia empleado en el art. 3.1 a) de la Directiva 2000/78, ha declarado que la Directiva no remite a los Estados miembros definirlo y es un concepto del Derecho de la Unión que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Sin embargo, al definirlo se limita a afirmar que debe interpretarse conforme a su “sentido habitual”, teniendo en cuenta el contexto en el que se utiliza y el objetivo perseguido por la normativa de que forma parte. Pero ya se ha dicho que su sentido habitual es negativo, en contraposición con el trabajo por cuenta ajena.

Por ello, la Sentencia añade que esa interpretación ha de tener en cuenta el uso conjunto de los términos empleo, actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, que han de ser entendidos en sentido amplio, tal como se desprende de las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva. Lo que es claro es que la Directiva no se ha limitado a proteger los trabajadores subordinados en el sentido del art. 45 TFUE y que se aplica a todas las personas que trabajan en el sector público o privado, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de clasificación profesional, sin que, dados los objetivos de la Directiva, pueda ser objeto de una interpretación restrictiva el término actividad por cuenta propia.

Ello lo confirmaría el que la Directiva 2000/78 fuese adoptada sobre la base del art. 13 CE (hoy art. 19.1 TFUE) que confiere competencia a la Unión para adoptar medidas para luchar contra toda discriminación, incluidas las basadas en la orientación sexual, a la que se refiere expresamente el Considerando 11 de la Directiva y que no protege solo a los trabajadores como parte más débil de una relación laboral, pues trata de eliminar todos los obstáculos discriminatorios para acceder al trabajo cualquiera que sea la forma jurídica en que se preste, como ya había afirmado la Sentencia HK.

En efecto, el que la Directiva haya tenido a su base en el art. 19 TFUE y no en el art. 153 TFUE nos indica que su finalidad no es proteger a una persona que trabaja

en una situación de debilidad por su relación subordinada de trabajo, sino en el caso de la orientación sexual, que no se limite el acceso un trabajo, por esa orientación sea cual sea su forma o calificación. Por eso, según la Sentencia, la Directiva pretende abarcar un amplio abanico de actividades profesionales, incluidas las de trabajadores independientes.

No obstante, el Tribunal de Justicia, en contra de lo afirmado por la Abogada General, ha considerado necesario distinguir entre las actividades laborales independientes que están comprendidas en la Directiva (reales y que se ejerzan en una relación jurídica con una cierta estabilidad) de aquellas "que consisten en un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios, que no están comprendidas en ese ámbito de aplicación". Niega, en consecuencia, la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva al mero acceso y suministro personal, puntual o no, de bienes y servicios, como había querido la frustrada propuesta de Directiva.

Además, ha rechazado la opinión de la Abogada General de que para la calificación como por cuenta propia es indiferente la continuidad de ese trabajo. Esa continuidad había facilitado en el caso a quo la prueba del propósito discriminatorio, pero, a mi juicio, la Directiva debería aplicarse también cuando el rechazo a ser contratado para una concreta y puntual actividad independiente pueda probarse que haya sido por la orientación sexual de la persona rechazada.

La Sentencia no fija con claridad la noción del trabajo por cuenta propia, no lo distingue p.ej. del trabajo del empresario autónomo. Sólo ha fijado unos criterios genéricos para que los aplique al caso el órgano jurisdiccional remitente. No obstante declara que de la resolución de remisión se desprende que la actividad desarrollada por el demandante era una actividad profesional real y efectiva, ejercida personalmente de manera regular a favor del mismo destinatario, y que si el acceso a esa actividad está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva no depende de su calificación como trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena (planteando implícitamente dudas sobre la calificación de la relación de empleo de J.K.) y reitera que, a efectos de la Directiva, el trabajo por cuenta propia requiere ser ejercido "personalmente de manera regular a favor del mismo destinatario".

La Sentencia añade que la expresión "condiciones de acceso" puede incluir la celebración de un contrato como el controvertido en el asunto a quo por lo que la negativa a celebrar el contrato por motivos vinculados a la orientación sexual del contratista estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78.

3. CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO Y CESE DE ACTIVIDAD

El apartado 1 c) del art. 3 de la Directiva se refiere a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración, pero no cita expresamente la ac-

tividad por cuenta propia. Por ello, en la cuestión prejudicial se ha planteado si ese apartado c), referido al ámbito objetivo de la Directiva, incluía también a los trabajos por cuenta propia no mencionados y si su cese no se le podía aplicar el término técnico de despido.

En el asunto a quo lo que había tenido lugar era una negativa a celebrar un nuevo contrato de servicios con J.K., impidiéndole así la continuación reiterada de contratos mensuales para esos trabajos que hasta entonces se celebraban. Dadas las circunstancias, esa negativa podía entenderse que tenía como única razón la orientación sexual de J.K. y suponía de hecho la finalización de una larga relación de empleo por cuenta propia de siete años con la cadena televisiva, a través de sucesivos y reiterados contratos civiles de breve duración. ¿Esa conducta empresarial podía estar prohibida por la letra c) del art. 31 de la Directiva?

Para la Abogada General la falta de referencia expresa en esa letra c) a la actividad por cuenta propia se debería a su poca claridad, pero no a una voluntad del legislador "*eurounitario*" de excluir de esa letra c) a los trabajadores por cuenta propia pues esa letra establece el ámbito de aplicación material de la Directiva, pero no delimita su ámbito de aplicación personal.

Además, el que la letra c) haga referencia al despido, un término propio del trabajo subordinado, no supone excluir al trabajo por cuenta propia, solo sería un ejemplo de lo que se entiende por condiciones de empleo y trabajo, que confirmaría que incluyen también la extinción de la relación contractual al margen de la calificación jurídica de éstas.

Así lo había entendido el Tribunal de Justicia en supuestos de extinciones involuntarias de relaciones de trabajo de personas que ejercían una actividad por cuenta propia, que se han equiparado a un despido (Sentencias de 20 de diciembre de 2017, Gusa, C-442/16, y de 11 de abril de 2019, Tarola, C-483/17).

Siguiendo esa línea, la Sentencia J.K. ha hecho una interpretación teleológica o finalista de la letra c) del art. 3.1 de la Directiva. Sostiene que la misma se refiere a cualquier forma de actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y, además, que la decisión de no cumplir o de no renovar el contrato de prestación de servicios poniendo fin a la relación profesional de J.K. está comprendida en el concepto de condiciones de empleo y trabajo de esa letra c), entendiendo la referencia al despido a título ejemplificativo, pero que permite deducir que toda extinción unilateral de una relación de trabajo está incluida también en el art. 3.1 a), siendo una pérdida involuntaria de una actividad laboral independiente en la que el cesado puede encontrarse "en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena".

En consecuencia, el hecho de que el demandante no pudiera realizar ninguno de los turnos semanales de diciembre asignados parece constituir "un cese involuntario de la actividad de un trabajador por cuenta propia que pueda asimilarse al despido de un trabajador por cuenta ajena", aunque el Tribunal de Justicia remite al órgano jurisdiccional remitente comprobar ese hecho.

4. SOBRE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA PARTE CONTRATANTE

En la cuestión prejudicial planteada se cuestionaba además la compatibilidad con la Directiva 2000/78 del art. 5.3 de la Ley de Igualdad polaca que determina que la misma no se aplicará a la “libertad de elegir a la otra parte contratante, en la medida en que dicha elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad”, sin hacer referencia expresa a la orientación sexual.

El órgano judicial remitente ha albergado dudas de si era conforme con el Derecho de la Unión y, en concreto, con la Directiva 2000/78, esa norma nacional sobre la libre elección del contratante que excluye la discriminación por orientación sexual de la aplicación de la Ley de Igualdad polaca.

El Tribunal de Justicia aclara que no es competente para interpretar la norma nacional controvertida, pero sí lo es para declarar que si el juez nacional entiende que esa norma permite una discriminación por razón de orientación sexual, está obligado a examinar si ello puede justificarse o no por alguno de los motivos previstos en el art. 2.5 de Directiva 2000/78, que dispone que la misma se entenderá “sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Esta regla es de interpretación restrictiva o estricta y supone la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones o dispensas a la aplicación de los principios y reglas establecidos en la Directiva por esas razones, y requiere, como el Tribunal ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2019 (Cafaro, C-396/18), que las medidas nacionales sean estrictamente necesarias para alcanzar tales objetivos.

La norma polaca tenía como objetivo proteger la libertad contractual y, por ello, la cuestión a decidir si la defensa de la libertad contractual podía justificar en su ejercicio incurrir en una discriminación por razón de orientación sexual.

Esta pregunta obligaba a analizar el alcance de la libertad contractual, la cual incluiría, en principio, la libertad de elegir a quien contratar y, por ello, la decisión de no contratar o, incluso, de despedir, lo que, según la Abogada General, formaría parte de la esencia o sustancia de la libertad contractual. El dilema era si esa libertad puede ser limitada por la prohibición de discriminación por los motivos determinados en la Directiva y, en concreto, por razón del respeto a la orientación sexual.

El Tribunal remitente no había cuestionado si la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual establecida en la Directiva era compatible con la libertad de empresa, protegida también por el Derecho de la Unión Europea (pero de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y las legislaciones o prácticas nacionales), Partiendo de esa prohibición, lo que ha cuestionado es si se daban las razones que el art. 2.5 de la Directiva prevé para dispensar de su aplicación, o sea si la norma polaca

era una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de las libertades de los ciudadanos, incluida la libertad contractual.

Se trataba de un conflicto entre libertades y derechos en el que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, resulta aplicable un juicio de racionalidad y proporcionalidad en el sentido amplio del término.

Según la Abogado General, esa cuestión podría enfocarse desde dos perspectivas. La de considerar que en una sociedad basada en el valor de la igualdad dentro de la libertad contractual no se incluye un derecho a discriminar en materia de trabajo por los motivos vedados por la Directiva. O, desde la perspectiva de la proporcionalidad, el que en una sociedad democrática para proteger la libertad contractual no resulta necesario permitir la discriminación por razón de orientación sexual, por una ley nacional que sin embargo prohíbe discriminar en la elección de la parte contratante por razón de género, raza u origen étnico, pero no por la orientación sexual.

En realidad, no se ha tratado de ponderar libertades o derechos fundamentales confrontados en el Derecho de la Unión Europea, y decidir si la libertad contractual como manifestación de la libertad de empresa, se había limitado de manera desproporcionada por la Directiva 2000/78, sino de decidir si la norma polaca podía establecer con base en el art. 2.5 de la Directiva esa excepción para proteger la libertad de elección del contratante.

Tanto la Abogada General como la Sentencia del Tribunal de Justicia han considerado que la Directiva no permite invocar la libertad contractual para justificar una discriminación por razón de orientación sexual. En palabras de la Abogada General, para proteger la libertad contractual no es necesario permitir la discriminación por razón de orientación sexual, pues la norma cuestionada de la ley polaca ya prohíbe la discriminación por razón de género, raza u origen étnico en la elección de la parte contratante. Ello demostraría que el legislador polaco no haya considerado necesario permitir discriminaciones vedadas para garantizar la libertad contractual, que no es un derecho absoluto y que puede ser limitada por la ley, siempre que la medida sea adecuada, necesaria y proporcionada a los fines que persigue.

El objeto de la Directiva 2000/78 es proteger la igualdad en el ámbito del empleo y la ocupación, contribuyendo a objetivos previstos en los Tratados y, por ello, limita la libertad de elegir contratista, impidiendo solo que tal elección tenga en cuenta alguno de los motivos enumerados, pero no obliga a contratar a una persona incompetente o no capacitada, como lo declara el Considerando 17 de la Directiva.

Según el Tribunal de Justicia, con ello se respetaría la esencia de la libertad contractual, que no está afectada por la prohibición de discriminación, una limitación de la libertad contractual adecuada, necesaria y proporcionada para lograr los objetivos de la Directiva, lograr una sociedad sin discriminaciones en el empleo y la ocupación. En efecto la libertad contractual que se deriva de la libertad de empresa está sometido a límites, como resulta del art. 17 de la Carta que la enmarca en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

La Sentencia afirma que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la vista de todas las circunstancias del litigio decidir si el precepto cuestionado cuya interpretación es de su exclusiva competencia, si la exclusión de la libertad de elegir a la otra parte contratante siempre que dicha elección no se base en el sexo, la raza, el origen étnico o la nacionalidad, constituye una discriminación directa o indirecta por razón de la orientación sexual del demandante.

Pero si el órgano jurisdiccional remitente entendiese que existe la discriminación alegada el Tribunal de Justicia le advierte “que esa discriminación no puede justificarse...por ninguno de los motivos contemplados en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78”.

Esta afirmación radical —que sobrentiende el efecto inaplicación de la norma polaca cuestionada por la primacía de la aplicación de la Directiva— se justifica por el alcance muy limitado de la reserva a la legislación nacional que establece su art.5.2 que se refiere “a medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”.

Según la Sentencia que comentamos, esa disposición quiso prevenir y arbitrar un conflicto, en materia de trabajo y ocupación, entre el principio de igualdad de trato y la necesidad de garantizar el orden, la seguridad y la salud públicas, la prevención de las infracciones y la protección de los derechos y libertades individuales, indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ello permite no aplicar, parcial o totalmente, la Directiva en los supuestos a que se refiere ese artículo, cuando tal “dispensa” o desaplicación fuera necesaria para lograr los objetivos a que se refiere ese art. 5.2 precepto que como ha declarado, entre otras, la Sentencia de 7 de noviembre de 2019, Cafaro (C-396/18) al ser una excepción al principio de no discriminación, que debe ser interpretada de forma estricta.

El Tribunal de Justicia ha considerado que, a efectos de la aplicación art. 2.5 de la Directiva la normativa nacional controvertida es una medida establecida en la legislación nacional, y que la misma parece tratar de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, y en concreto la libertad contractual de elegir a la otra parte contratante protegida por el artículo 16 referente a la libertad de empresa, que “implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia y se refiere, en particular, a la libre elección de la parte con la que se desea negociar”.

Siguiendo jurisprudencia precedente, el Tribunal de Justicia declara que “la libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad”. Además, tiene en cuenta que el precepto controvertido ya prevé excepciones antidiscriminatorias a la libertad de elegir a la otra parte contratante lo que “demuestra que el propio legislador polaco consideró que el establecimiento de una discriminación por los motivos contempla-

dos no podía considerarse necesario para garantizar la libertad contractual en una sociedad democrática” consideración extensible a la discriminación que “se base en la orientación sexual” .

Asimismo, la Sentencia afirma que “admitir que la libertad para contratar permite negarse a contratar con una persona por razón de su orientación sexual supondría privar al artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 de su efecto útil en la medida en que esa disposición prohíbe precisamente toda discriminación basada en tal motivo en lo tocante al acceso a la actividad por cuenta propia”.

Por ello, el Tribunal de Justicia estima que “no puede justificarse la exclusión de la protección contra la discriminación que confiere la Directiva 2000/78 cuando esa exclusión no sea necesaria, con arreglo al artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva, para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en una sociedad democrática” (que tendría efecto horizontal en el caso al tratarse el empleador de un organismo público).

De ahí la respuesta a la cuestión prejudicial planteada:

“El artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opondría a una normativa nacional que tiene por efecto excluir, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, de la protección contra la discriminación que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva la negativa, basada en la orientación sexual de una persona, a celebrar o renovar con esta última un contrato que tenga por objeto la realización por esa persona de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente”.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El estudioso del Derecho de la Unión Europea tiene el riesgo de incurrir en un seguimiento excesivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que le lleva a una mera labor de seguimiento y ordenación de la doctrina deducible de las sentencias de ese Tribunal, en un papel de “voceros”, comentaristas o informantes de esas sentencias.

El papel de la doctrina no debe limitarse a esa labor informativa, al igual que ocurre con la jurisprudencia interna tiene la tarea de enjuiciar y valorar el enjuiciamiento que ya ha hecho el Tribunal en sus sentencias.

Partiendo de esa idea, es adecuado que, después de exponer con algún detalle el contenido de la Sentencia J.K., incluidas las Conclusiones de la Abogada General Tamara Capeta, hacer una valoración de la misma no solo en cuanto a las novedades que contiene sino también en cuanto la apreciación que la misma merece.

La Sentencia J.K. era una Sentencia esperada tras la publicación de esas Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2022. En las mismas, como ya se ha dicho, se ha tratado de analizar el concepto de trabajador por cuenta propia a efectos de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que protege la Directiva 2000/78, en un

caso en que se invocaba una discriminación por razón de orientación sexual. La cuestión prejudicial planteada ha puesto el acento en si la misma era aplicable a un supuesto de negativa a renovar un contrato, en un ordenamiento en el que la Ley de Igualdad excluía de su ámbito de protección la libertad de elección del contratante, salvo por determinados motivos discriminatorios que no incluían la orientación sexual.

Las Conclusiones de la Abogada General han examinado el concepto de actividad por cuenta propia al que se refiere el art. 3.1 de la Directiva, un concepto que hasta ahora el Tribunal de Justicia no había tenido ocasión de definir, y que en esas conclusiones se ha tratado de aclarar no en el sentido negativo de su contraposición con el trabajo subordinado o por cuenta ajena sino en el sentido positivo frente a otras actividades no dependientes, pero que tampoco podrían calificarse por cuenta propia, y que la Abogada General cree que deberían de limitarse teniendo en cuenta las nociones de empleo y ocupación que incluyen una gran diversidad de modalidades de trabajos no subordinados, entre ellos el suministro de bienes o la prestación de servicios, en cuanto sean trabajos personales al margen del régimen jurídico a que se someten, no dando importancia a la continuidad de ese trabajo.

Esta visión amplia del trabajo por cuenta propia ha sido rechazada por la Sentencia del Tribunal de Justicia que, al contrario, ha estimado que la limitación del término actividad por cuenta propia "debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente", subrayando que su utilización en la Directiva implica que la misma no debía limitarse al ámbito del trabajador subordinado, que se aplica a todo tipo de sectores y actividades y que no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, también para el caso de discriminaciones por motivos de orientación sexual.

Con ello reconoce el objetivo de la Directiva de protección frente a la discriminación "para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquier que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta", pero que no se basen en un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios, lo que para el Tribunal implica que esas actividades personales se ejerzan "en el marco de una relación jurídica caracterizada por una cierta estabilidad". Ello le ha llevado a entender que la actividad desarrollada por el demandante estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva pero, al mismo tiempo, nos plantea la duda de a qué se refiere la idea de una relación jurídica caracterizada por una cierta estabilidad.

El concepto queda cojo porque no aclara qué se entiende por un mero suministro personal de bienes o servicios por quien no podría calificarse como trabajador sino más bien como empresario.

El Tribunal de Justicia no ha tenido dudas de que la negativa a celebrar el contrato de trabajo con ese "contratista que desarrolla una actividad independiente" (huye de calificarlo como trabajador) está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, ni tampoco, al interpretar la letra c) del art. 3.1 de la Directiva 2000/78 que la misma incluye a los trabajadores por cuenta propia y que las condiciones de empleo

a que se refieren incluyen también las extinciones o ceses contractuales, o sea que el cese involuntario de la actividad de un trabajador por cuenta propia es asimilable al despido de un trabajador por cuenta ajena.

El tema de los límites a la libertad de empresa y entre ellos los derivados de las normas laborales ya había sido abordado por conocidas Sentencias del Tribunal de Justicia y también se ha planteado en este caso. Ni la Abogada General ni el Tribunal de Justicia se han referido a esa doctrina jurisprudencial porque han planteado ese tema desde la perspectiva de las excepciones que admite el art. 2.5 de la Directiva, por razones de orden, seguridad y salud pública y la protección de derechos y libertades, indispensable para el funcionamiento de una sociedad democrática.

Al abordar la cuestión desde esa perspectiva, tras admitir que la libertad de empresa incluye entre otras cosas la libertad para ejercer una actividad económica, la libertad contractual y la libre elección de la parte con la que se desea negociar, no es una libertad absoluta (ello se deduce del propio art. 16 de la Carta) y debe valorarse en relación con su función en la sociedad. Por ello, esa libertad no incluye, por así decirlo, un derecho a discriminar, que no sería necesario para garantizar la libertad contractual en una sociedad democrática. De modo que no puede alegarse el art. 2.5 de la Directiva para excluir la protección contra la discriminación por orientación sexual, que parece admitir el art. 5.3 de la Ley de Igualdad de Trato polaca, que no podría aplicarse al supuesto examinado, dada la primacía del Derecho de la Unión.

Se ha de valorar positivamente esta segunda parte de la Sentencia, tanto porque deja claro que el trabajo por cuenta propia está incluido en la letra c) del art. 3.1 de la Directiva 2000/78, como porque dentro del concepto de condiciones de trabajo a que se refiere ese precepto se incluyen también los ceses involuntarios de trabajadores por cuenta propia, y en relación con el caso concreto de la norma polaca se declara que la libertad de empresa no permite justificar una libertad de discriminación en la elección del contratante.

Estas conclusiones son sin duda los aspectos más sobresalientes de la Sentencia J.K. que se mueve en la línea más reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de una protección rigurosa de la prohibición de discriminaciones vedadas en la Carta de Derechos Fundamentales y, respecto al empleo y ocupación, en la Directiva 2000/78.

Aspectos laborales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

Eduardo E. Taléns Visconti

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Labour aspects of Law 16/2022, of 5 september, on the Reform of Bankruptcy Law

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL. 2. EL NUEVO "DERECHO PRECONCURSAL": LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES LABORALES. 3. EL NUEVO CARÁCTER REFORZADO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO CONCURSAL. 4. LA NUEVA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA. 4.1. La situación previa la regulación vigente. 4.2. La competencia en materia de sucesión de empresa tras la aprobación de la LO 7/2022, de 27 de julio y de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. 5. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES. 5.1. Las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. 5.2. La nueva regulación de los créditos laborales en los casos de los concursos sin masa. 5.3. La exoneración del pasivo insatisfecho: aspectos laborales. 5.4. Los créditos laborales originados tras la aprobación de un convenio con los acreedores. 6. EL NUEVO PROCESO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS: ASPECTOS LABORALES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Ley 16/2022 ha modificado el proceso de concursal de una manera muy intensa. La citada ley ha introducido nuevos procedimientos y ha alterado la redacción de otros tantos preceptos e incidentes. Unos meses antes se aprobó la Ley Orgánica 7/2022, que modificó la LOPJ en relación con la competencia asumida por los Jueces de lo Mercantil. A lo largo de las siguientes páginas trataré de analizar todos los cambios que las mencionadas leyes han provocado sobre el régimen jurídico de los contratos de trabajo en el seno de las empresas insolventes (que, tal

y como veremos, han sido muchos, muy profundos y, en la mayoría de los casos, de una compleja exégesis).

Palabras clave: concurso de acreedores, reforma legal, contrato de trabajo, créditos laborales, medidas laborales.

ABSTRACT: Law 16/2022 has modified the bankruptcy process in a very intense way. The aforementioned law has introduced new procedures and has altered the wording of many other precepts and incidents. A few months earlier, Organic Law 7/2022 was approved, which modified the LOPJ in relation to the competence assumed by the Commercial Judges. Throughout the following pages I will try to analyze all the changes that the aforementioned laws have caused on the legal regime of employment contracts within insolvent companies (which, as we shall see, have been many, very profound and, in most cases, of a complex exegesis).

Key Words: bankruptcy, legal reform, work contract, work credits, labor measures.

1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL

Desde que la Ley Concursal se promulgó en el año 2003 (Ley 22/2003, de 9 de julio) han sido muchas las reformas las que han afectado a este texto, unas con mayor intensidad que otras. Algunas de estas leyes se han orientado de forma exclusiva a modificar la Ley Concursal, mientras que otras han repercutido a dicho texto desde otra serie de disposiciones contenidas en normas de ámbito más general. En el concreto caso del proceso concursal, los escenarios de crisis económica han sido los que normalmente han auspiciado la mayoría de estas reformas. Seguramente, el legislador proyectó en un primer momento el proceso concursal como una situación en cierta medida residual, donde, por lo demás, podía ser más o menos razonable que las empresas pasaran por este incidente singular con visos de supervivencia. Sin embargo, la realidad práctica durante los años de la crisis económica iniciada —más o menos— en el año 2008, sacó a la luz el ligero optimismo del legislador, así como algunas de las incorrecciones de esta incipiente Ley. Fue en un contexto económico y social tan complicado como el vivido por aquel entonces cuando el proceso concursal experimentó sus primeras transformaciones normativas con cierto calado.

La primera norma relevante en la materia fue el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El mencionado texto no fue, ni mucho menos, una reforma demasiado intensa, pues, por lo demás, se incluyó en una norma transversal que afectó a varias materias, entre ellas, a la insolvencia empresarial. Como consecuencia de la crisis financiera sufrida en aquella época aumentaron el número de empresas que presentaron serios problemas de liquidez, situación que hizo aflorar algunos de los fallos o incoherencias más significativos que acusaba la Ley Concursal del año 2003. De este modo, el RDL 3/2009 optó por reformar diversos aspectos jurídicos de la mencionada ley, precisamente, los que fueron decantán-

dose como los más problemáticos durante los años iniciales de la aplicación de la norma¹. En cualquier caso, esta reforma del año 2009 no fue todo lo profunda que se precisaba y su exposición de motivos advirtió que solamente se modificaban aquellas cuestiones cuyo "*tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente*" y todo ello sin desconocerse en el propio preámbulo la pertinencia de llevar a cabo una actuación legislativa de mayor calado en un futuro más o menos próximo. Sin entrar en demasiados detalles y pasando de puntillas simplemente por algunas de las notas de índole laboral, el citado RDL modificó la fecha a partir de la cual se pueden solicitar las medidas laborales de carácter colectivo ante el Juez de lo Mercantil, situándolas en la declaración del concurso y no así su solicitud, tal y como se desprendía de la redacción originaria la norma. Asimismo, se dispuso que, como regla general, el ERE Concursal se debía de solicitar una vez que haya sido emitido el informe de situación presentado por parte de la administración concursal. También se llevaron a cabo otra serie de alteraciones que afectaron de forma indirecta a las relaciones laborales, por ejemplo: algunas modificaciones en materia de liquidación anticipada, de propuesta anticipada de convenio o sobre el tratamiento de los créditos adheridos a este último documento. Especialmente relevante fue la posibilidad de iniciar negociaciones con los acreedores carácter previo a la declaración del concurso, que apostaba por una solución pactada del concurso con mantenimiento de la actividad y la facilitación del acuerdo entre los acreedores, por la que se buscaba contribuir a la superación de la delicada situación de la empresa, cuestión que, por lo demás, podía terminar por favorecer el mantenimiento de los contratos de trabajo².

Tal y como acabo de afirmar en el párrafo anterior, la reforma del año 2009 no fue todo lo profunda que requería la situación económica, por lo que poco tiempo después se consiguió aprobar la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que fue la primera reforma que se concentró en único texto normativo referido exclusivamente al Derecho Concursal. El continuo deterioro económico sufrido en España, que dejó entrever algunas disfuncionalidades de la Ley Concursal fue, seguramente, el principal motor del cambio producido en aquel momento. Entre otros buenos propósitos, la Ley 38/2011 pretendió elevar a la categoría de principio rector del procedimiento concursal la conservación de la empresa, intentando superar el carácter eminentemente solutorio que imperaba en esta sede. La búsqueda de soluciones que contribuyan a la conservación de la empresa y la actividad económica ha sido una constante que se ha mantenido hasta nuestros días, intentándose de manera persistente a través de distintas fórmulas que no han terminado por tener el éxito esperado. Situándonos en el año 2011, para lo-

- 1 PRENDES CARRIL, P. y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. "Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)", *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, página 23.
- 2 FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003", *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2009, página 2 (BIB 2009, 1421).

grar este objetivo, se llevaron a cabo una serie de medidas que se proyectaron bien a través de la ordenación y mejora de las instituciones "preconcursoales", o bien con la optimización del convenio con los acreedores como una buena salida de la situación de insolvencia. Esta decidida apuesta por la conservación de la empresa no quedaba desdibujada por el impulso de otra serie de novedades tendentes a que la insolvencia no se demorara en el tiempo, perjudicando con ello a los intereses de los acreedores y al propio deudor. En este sentido, se abrió la posibilidad de liquidar el patrimonio del concursado de forma anticipada desde los instantes iniciales del proceso. La idea que traslucía de esta opción era que las empresas que entraban en concurso sin ninguna solución de continuidad y sin bienes suficientes para poder cubrir las deudas contra la masa pudieran liquidarse desde la declaración del concurso y sin que esperar a la conclusión de la fase común. Con todo, la Ley 38/2011 no supuso ningún cambio radical sobre el asentado sistema jurídico, pues, sin desmerecer sus importantes avances, se mantuvieron los consabidos principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento.

Dejando de lado otros aspectos muy interesantes de la reforma y que exceden del objetivo de este estudio, centrándome en la materia social, la ya aludida Ley 38/2011 también introdujo importantes mejoras en varios apartados enmarcados dentro del extinto artículo 64 LC (que regulaba el ERE Concursal). *Grosso modo*, el legislador concursal trató de acompasar este incidente a la última Reforma Laboral vigente en ese momento (la Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Se reformó, asimismo, el régimen jurídico de las medidas laborales de naturaleza colectiva cuya competencia reside en los Jueces de lo Mercantil y que se encontraban en trámite en el momento de la declaración del concurso. También se modificó por completo el régimen jurídico de la extinción del contrato por voluntad del trabajador a causa de un incumplimiento empresarial (por la vía del artículo 50 ET). Naturalmente, la Ley 38/2011 también afectó a cuestiones laborales de una forma indirecta, a través de algunas disposiciones finales, como fue el caso de la decimocuarta de la Ley 22/2003, que vino a reforzar la posición del FOGASA en la realización de los créditos laborales afectados por la declaración del concurso, o la decimoquinta, que reformuló el antiguo artículo 24 LGSS –relativo a los créditos de Seguridad Social– y el anterior artículo 208.3 LGSS, donde se agregó la reducción temporal de jornada adoptada en el seno de una empresa en concurso como situación legal desempleo³.

Aunque no se trató de una reforma practicada sobre la Ley Concursal, no podemos dejar pasar por alto en este punto la repercusión del RDL 3/2012, de 10 de febrero y su posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, que provocó importantes tensiones interpretativas en relación con los ERES Concuriales. En este sentido, la redacción originaria de la Ley Concursal diseñó un procedimiento que mostraba en muchos aspectos "evidentes simetrías" con los desaparecidos expedientes de regulación de

3 GARCÍA MURCIA, J. "Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011", *Derecho de los Negocios*, núm. 256, 2012, página 2 (Ref. CISS 22039/2011).

empleo previstos por el ET⁴. La intensa afectación que la reforma laboral del año 2012 produjo sobre los procedimientos de regulación de empleo supuso una "sucesión de desencuentros" entre las normativas laboral y concursal, causando una serie de disfunciones en la exégesis de la materia especial (concursal-laboral)⁵. Además de los mencionados problemas interpretativos, desde ese momento y hasta nuestros días, los procedimientos de flexibilidad interna y externa de carácter colectivo son más rígidos en el proceso concursal que fuera del mismo.

Durante los años 2014 y 2015 también se dictaron una serie de normas con incidencia en la Ley Concursal, a saber: el RDL 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (que cristalizó posteriormente en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, con el mismo nombre); el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, más específica que la anterior (y que se formalizó por las Cortes Generales en la subsiguiente Ley 9/2015, de 25 de mayo, también con el mismo nombre); o el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas del orden social (que resultó aprobado más tarde como Ley 25/2015, de 28 de julio, bajo la misma denominación). Como se podrá apreciar, en un periodo aproximado de un año se sucedieron en el tiempo tres disposiciones legislativas que afectaron en mayor o menor medida al ordenamiento jurídico del Derecho Concursal. Dos de ellas fueron a través de normas generales que afectaron a algunos preceptos de la Ley Concursal, mientras que la otra, que vio la luz como Ley 9/2015, de 25 de mayo, se ocupó únicamente de la esfera concursal. De toda esta maraña de leyes podemos extraer algunas conclusiones de interés, como fue el caso, por ejemplo, de la regulación de un procedimiento extrajudicial de pagos como alternativa al concurso de acreedores llevada a cabo a través de una mediación conducida por la nueva figura del "mediador concursal". El fracaso de la mediación daba lugar a lo que se conoció desde entonces como el "concurso sucesivo". La apuesta por las soluciones extrajudiciales también se dejó notar en nuevos cambios producidos sobre el antiguo artículo 5 *bis* LC, referido a los acuerdos de refinanciación de la deuda. También se llevaron a cabo importantes modificaciones en la constitución y el desarrollo de la junta de acreedores encargada de negociar un convenio. Todas estas instituciones han desaparecido tras la reforma concursal vigente y su afectación al área jurídico-laboral era más bien indirecta. Respecto de los acreedores privilegiados, se mejoró su participación en las distintas fases de la junta, incluida la votación y su posibilidad de quedar arrastrados por la decisión de la mayoría de los créditos privilegiados de su misma clase. Además, se rompió con la tradicional sanción de

4 MERCADER UGUINA, J.R. "Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, página 5 (de la versión online).

5 SEMPERE NAVARRO, A.V. "La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2012, página 2 (BIB 2012, 2920). MERCADER UGUINA, en el estudio citado en la nota al pie anterior, expresó que tras la reforma laboral de 2012 se pasó a "un sensible desencuentro" entre ambas normativas.

subordinación sobre la compraventa de créditos contra la masa adquiridos durante el proceso, pudiendo estos acreedores mantener su privilegio. La fase de liquidación también fue objeto de importantes cambios, en especial, en lo que se refería a la transmisión de las unidades productivas de la empresa, con clara afectación, esta vez sí, sobre la continuidad de los contratos de trabajo. Además de lo anterior, el artículo 33 LC pasó a desglosar, con bastante minuciosidad, los cometidos de la administración concursal, incluyendo los relacionados con los contratos de trabajo. Siguiendo con los aspectos laborales, se modificaron algunas cuestiones de detalle dentro del antiguo artículo 64 LC, remplazando las desfasadas referencias sobre los expedientes de regulación de empleo que fueron sustituidas por su alusión a los despidos colectivos, así como otra serie retoques⁶.

Situándonos ya en fechas mucho más recientes en el tiempo, entramos de lleno en la presente vorágine normativa iniciada en el año 2020 con la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal y cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 1 de septiembre del año 2020⁷. La DF 8ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La finalización del plazo establecido para la refundición motivó que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera una nueva DF 3ª que habilitaba un nuevo plazo para aprobar el mencionado texto refundido a propuesta de los ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa. Esta autorización incluyó la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían de ser refundidos. Este requerimiento tuvo respuesta con el ya mencionado RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, cuya EM justificó de la siguiente manera: *"las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resulta insoslayable afrontar"*. Desde mi punto de vista, esta reforma era necesaria, especialmente en materia de Derecho Concursal Laboral, donde coexistían demasiadas dudas interpretativas, muchas de ellas motivadas por el distinto avance producido entre el ET y la LC. El Texto Refundido del año 2020 alteró la ubicación sistemática de todos los preceptos concursales, multiplicando el número de artículos y sin que ninguno de los que afectan directamente a los contratos de

6 Con un nivel de afectación menor, también incidieron sobre algunos preceptos concursales otra serie de leyes de muy diversa índole (por ejemplo: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde a través de la Disposición adicional quinta se incluyó como sujeto legitimado para solicitar el concurso al mediador concursal). Junto con ello, se adoptaron ciertas cautelas sobre la cuenta de garantía arancelaria, introducida solo dos meses antes por la citada Ley 25/2015 y que, en esencia, tiene como finalidad la creación de un fondo común con aportaciones de los administradores concursales que hayan podido cobrar por sus cometidos, para cubrir el trabajo de los que no hubieran tenido esa misma suerte, sin duda, otra de las reformas que es la consecuencia de la fuerte crisis económica padecida en los últimos años.

7 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (que salió publicado en el BOE de 7 de mayo).

trabajo correspondan con los de la legislación anterior. En mi opinión, en estos momentos la norma está mejor estructurada y es más clara en muchos puntos. De tal manera que la norma concursal dedica un artículo a cada materia, evitando que un mismo precepto incluya cuestiones distintas o heterogéneas y, además, el epígrafe de cada artículo anticipa su objeto⁸. Ello no es óbice para que, tal y como veremos a lo largo de este estudio, pervivan múltiples dudas interpretativas en muchas de las novedades normativas de dicho TRLC tras su última reforma.

Ahora bien, no todos los cambios producidos sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales de las empresas concursadas consistieron en “meros retoques” o en una operación de armonización o de mejor encaje sistemático. Antes, al contrario, el TRLC no se limitó a ejecutar una mera refundición y como bien nos anticipó su exposición de motivos: *“de ahí que, al redactar el texto refundido, el Gobierno no se haya limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición, sino que haya debido incidir en esa normativa en una muy delicada labor para cumplir fielmente la encomienda recibida. Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones –o incluso normas duplicadas o innecesarias– han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida”*. Como se verá de forma más detenida en algún epígrafe concreto dentro de este estudio doctrinal, la norma fue considerada “ultra vires” en algunas de sus previsiones normativas. No cabe perder de vista que, de acuerdo con el artículo 82 CE, la delegación de la potestad legislativa encomendada al Gobierno contiene un alcance limitado que puede consistir en una *“mera formulación de un texto único”*, o también se permite *“regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”*. Desde luego, lo que no puede hacer es cambiar por completo el sentido de un precepto, alterando su contenido de una forma significativa ni, mucho menos, como ocurrió en alguna cuestión concreta a la que me referiré más adelante, provocar un cambio en la distribución de la competencia objetiva (concretamente en materia laboral).

El TRLC de 2020 convivió con la crisis sanitaria originada por el COVID-19 que, en términos jurídicos, provocó la aprobación de multitud de medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia, entre otras muchas materias, en el ámbito del Derecho Concursal⁹.

- 8 ALAMEDA CASTILLO, M.ª T. “Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)”, *Temas Laborales*, 153, 2020, página 64.
- 9 De todas ellas, me gustaría hacer referencia a lo previsto en el RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia. En ella se aprobaron algunas medidas urgentes, siendo la más conocida la de la denominada “moratoria concursal” que eximía a las empresas de presentar concurso de acreedores, aunque se dieran los requisitos de insolvencia. Esta moratoria concluyó el pasado 30 de junio de 2022. Por el camino también cruzaron otra serie de normas de interés en el ámbito concursal, como fue el tema de los ERTES, que dejaron un complicado régimen jurídico en el caso de empresas concursadas y también las du-

En mi opinión, probablemente la reforma del TRLC del año 2020 no fue demasiado afortunada por varios motivos: primero, por dictarse en un momento de crisis sanitaria y hacerlo además en sus inicios, cuando más incertidumbre existía en nuestro país; segundo, porque tuvo que coexistir con reales decretos de urgencia, de una más que compleja lectura e interpretación, provocando cierta inseguridad jurídica en la materia; tercero, por la necesidad (en el corto plazo) de transponer la Directiva 2019/1023, situación que obligó a revisar el texto concursal para volver a reformarlo de nuevo; y, en último término, por la deficiente técnica legislativa utilizada.

Finalmente se aprobó la Ley 16/2022, de 5 de septiembre¹⁰, que constituye el último hito en la materia. Dicha norma se aprobó, principalmente, para dar oportuno cumplimiento a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. La señalada norma europea tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, ofrecer una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Desde la constatación de que el 90% de los concursos acaban en liquidación, la UE, a través de esta nueva Directiva de insolvencia, persigue facilitar la reestructuración de empresas en crisis que, a pesar de sus dificultades financieras, presenten ciertos visos de viabilidad. De tal suerte que la Directiva 2019/1023 pivota en torno a los mecanismos de alerta temprana, los marcos de reestructuración preventiva y los planes de reestructuración. España debía de transponer dicha Directiva a nuestro ordenamiento y los trámites parlamentarios culminaron con la aprobación de la ya mencionada Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor el pasado 26 de septiembre (excepto en algunas de sus partes, por ejemplo, en el proceso especial para microempresas que se relegó para el 1 de enero de 2023). Un poco antes se aprobó la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, que contiene importantes novedades en relación con la competencia judicial para resolver litigios planteados en materia laboral.

La Ley 16/2022 contiene numerosos cambios, abre nuevos horizontes y perspectivas de estudio, además de suponer importantes retos para el asesoramiento jurídico proyectado sobre esta materia. Se trata de una norma muy extensa que modifica numerosos preceptos y que, incluso, ha creado *ex novo* algunas instituciones, incidentes

das que surgieron con la mal denominada "prohibición de despedir" por casusa COVID y su eventual aplicación en este tipo de empresa.

10 El título completo de la norma, larguísimo, es el siguiente: Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

y procesos. Por lo que se refiere a las nuevas instituciones, la norma regula un moderno y renovado sistema de "Derecho preconcursal". La Directiva 2019/1023 exige la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos de reestructuración preventiva, debiendo de entender estos por unos *"procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras"*. El objetivo perseguido por este nuevo sistema puede ser doble: de un lado, que se produzca una reestructuración rápida y temprana que pueda contribuir a la subsistencia de la actividad empresarial y, de otro lado, descongestionar los juzgados de lo mercantil, que tendrán en este nuevo proceso un papel más residual o secundario. En España este proceso "preconcursal" se ha canalizado a través de los denominados planes de reestructuración. Desde el punto de vista laboral nos tenemos que plantear, básicamente, dos cuestiones: una de ellas es dar respuesta al tratamiento de los créditos laborales dentro de los planes de reestructuración; la otra es el modo de llevar a cabo las medidas de ajuste sobre la plantilla de trabajadores.

Otra novedad de mucho calado que contiene la Ley 16/2022 ha sido la regulación de un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliándose de manera decidida la relación de deudas que pueden quedar exoneradas e introduciendo la posibilidad de la exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, a través de un plan de pagos, permitiendo de este modo que conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Este nuevo sistema se ha denominado exoneración del pasivo insatisfecho ("EPI") y del mismo se pueden beneficiar los deudores que sean persona natural (persona física) siempre que reúnan una serie de requisitos legales que denoten su buena fe en la gestión empresarial. En el ámbito laboral nos tendremos que preguntar si existen créditos laborales que puedan quedar exonerados y con qué límites.

La presente reforma también ha adoptado múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. La duración del procedimiento concursal incluida la fase común se ha intentado acortar con la finalidad de que no se dilate demasiado en el tiempo (el nuevo artículo 508 *bis* TRLC dispone que, con carácter general, la fase común debe durar un máximo de doce meses). También se reducen los plazos para dictar resoluciones judiciales y para subsanar defectos procesales y todo en ello en aras de intentar una correcta celeridad del procedimiento.

En línea con lo anterior, otra de las novedades más significativas ha sido la regulación de un nuevo proceso especial para el caso de las "microempresas", que viene marcado por una simplificación procesal y por el carácter telemático de todos (o casi todos) los incidentes del mismo. Este nuevo proceso va dirigido a empresas que normalmente tengan menos de diez empleados y un volumen de facturación y pasivo que no llegue a los límites fijados por el artículo 685 TRLC. En este procedimiento especial la intervención del Juez del Concurso se reduce a momentos muy puntuales, mante-

niendo el empresario sus facultades empresariales y sin necesidad de nombrar una administración concursal, cuya participación será voluntaria cuando expresamente lo soliciten los acreedores en determinados casos y circunstancias. Aquí las cuestiones que deberemos de intentar clarificar son, básicamente —y nuevamente— el modo de gestión de las relaciones laborales durante este concreto proceso especial y los aspectos relacionados con el régimen de pagos y reconocimiento de créditos a favor de los trabajadores y la posibilidad de poder acudir al Fondo de Garantía Salarial.

La Ley 16/2022 también contempla otra serie de novedades en relación con el Derecho del Trabajo, pues, además de la inserción de cuestiones laborales en los nuevos incidentes y procesos especiales, la finalidad de la reforma puede reducirse, a mi modo de ver, en dos grandes ejes vertebradores: de un lado, por un incremento de la participación de las personas trabajadoras, señaladamente a través de sus representantes legales; de otro lado, por un más que notorio aumento de la protección del crédito laboral, que se hace notar en los distintos incidentes y procesos concursales (tanto en los existentes con carácter previo a la reforma, como en los que han sido creados de forma inédita).

En definitiva, la Ley 16/2022 ha supuesto un cambio de paradigma sobre nuestro régimen jurídico de Derecho Concursal. La propia exposición de motivos de la norma se hace eco de este nuevo modelo, indicando textualmente lo siguiente: *“esta reforma legislativa va a suponer el detonante de un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son”*. Probablemente estamos ante la reforma concursal más intensa e importante que ha incidido sobre el propio sistema, alterando el proceso y creando nuevas instituciones e incidentes. Una Ley que en pocos años ha sido alterada en varias ocasiones nos demuestra la complejidad de la institución, su proyección práctica y su problemática, siendo que las distintas reformas no han terminado por resolver las situaciones jurídicas que regula (señaladamente, la continuidad de la actividad empresarial). Muchos de estos problemas no son desconocidos en el ámbito laboral, dónde la exégesis de la norma ha sido especialmente compleja, es por ello por lo que, desde mi punto de vista, la homogeneización entre las disposiciones de la Ley Concursal y del Estatuto de los Trabajadores debería de ser lo suficientemente elevada como para proyectar interpretaciones jurídicas lo más certeras posibles y coadyuvar con ello a una mayor seguridad jurídica.

2. EL NUEVO “DERECHO PRECONCURSAL”: LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES LABORALES

La Ley 16/2022 ha regulado en su nuevo Libro Segundo lo que ha denominado “derecho preconcursal”. Se trata de una regulación muchísimo más extensa que la

prevista en las anteriores versiones de la norma. De entrada, cabe indicar que han desaparecido los "acuerdos extrajudiciales de pagos" y con ello la figura del mediador/a concursal. También se ha superado con creces la regulación de los extintos acuerdos de refinanciación de la deuda, que anteriormente ocupaban un espacio menor dentro del articulado de la ley. En estos momentos la reforma gira en torno a los denominados planes de reestructuración, que se enmarcan en los mecanismos de "alerta temprana" reconocidos por la Directiva 2019/1023. Las herramientas de "alerta temprana" despliegan sus efectos en un contexto anterior a la insolvencia real o inminente y se implementan, precisamente, con el objetivo de evitar esta situación y poder salvaguardar la viabilidad económica¹¹.

No es el propósito de este epígrafe comentar las múltiples cuestiones que se desprenden de este nuevo "derecho preconcursal", ni agotar las dudas e inconsistencias que arroja dicho proceso, sino más bien intentar despejar los principales aspectos que guardan relación con el régimen jurídico de los contratos de trabajo dentro de este procedimiento previo a la declaración de la insolvencia.

En este orden de cosas, la primera cuestión que me dispongo a plantear es la relativa a la eventual afectación de los créditos laborales por parte de los planes de reestructuración de la deuda. En relación con este tema cabe aseverar que el artículo 616.2 TRLC deja fuera de del plan de reestructuración a "*los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección*". Por lo tanto, a través de esta herramienta preconcursal no pueden quedar afectados los créditos laborales del personal "común" cuya relación queda sujeta a lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores. Repárese como el precepto utiliza, con destacada amplitud, el término "*créditos derivados de relaciones laborales*", por lo que aquí debemos de incluir cualquier tipo de crédito, ya sea salarial o extrasalarial, siempre que derive de un contrato de trabajo. En definitiva, cabe concluir que las deudas laborales no seguirán el tratamiento general de créditos dentro del nuevo "proceso" preconcursal, sin quedar sometidos a las reglas propias de la legislación concursal. Esto no quiere decir que no se puedan adoptar decisiones empresariales en relación con los salarios u otra serie de conceptos extrasalariales, pero las mismas se deberán de regir por los postulados propios del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, en el contexto del un plan de reestructuración, sí que se podrían modificar aspectos relacionados con los salarios de la plantilla de trabajadores, pero estas medidas no quedarán al albur de lo negociado con los acreedores, sino que se tendrán que llevar a cabo de acuerdo con la legislación laboral. Por su parte, los créditos devengados por indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, en principio, se tendrán que pagar en sus estrictos términos, salvo que, en función de su naturaleza se puedan pactar aplazamientos o fraccionamientos. Es el caso, por ejemplo, de la negociación de un despido colectivo, dónde se puede pactar el fraccionamiento de la indemnización

11 GÓMEZ ASENSIO, C. "Alerta temprana y exoneración de pasivo", *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Ed. Aranzadi, 2021, página 69.

resultante de acuerdo con los criterios fijados por el Tribunal Supremo (básicamente, acuerdo en las consultas y una contraprestación en favor de los trabajadores, normalmente una indemnización superior a la establecida legalmente). En sentido contrario, los créditos mantenidos con el personal laboral especial de alta dirección sí que pueden quedar afectados por los planes de reestructuración, por lo que podrán pactarse en relación con los mismos una serie de modificaciones muy variopintas y que pueden ir desde la modificación de las cuantías (términos y condiciones), fecha de vencimiento, conversión en crédito participativo o subordinado, etc.

El hecho de que los créditos derivados de las relaciones laborales no puedan quedar afectados por los planes de reestructuración resuelve otro importante interrogante normalmente asociado a los procesos de insolvencia, como es el caso de la suspensión de las ejecuciones laborales separadas. En este caso, dado que los créditos laborales no entran dentro de los planes de reestructuración, sí que se pueden mantener las ejecuciones que se encuentren tramitándose desde la jurisdicción social e incluso iniciarse procesos de ejecución una vez abierto este proceso "preconcurso" (artículo 606 TRLC). A esta misma conclusión ha llegado la Circular 2/2022 emitida por la Secretaría General de FOGASA, que ha reconocido expresamente que se pueden iniciar o continuar las ejecuciones de los créditos laborales dentro de la jurisdicción social cuando se esté tramitando un plan de reestructuración. Esto provoca que durante esta fase "preconcurso", en principio, FOGASA no se haga cargo de las prestaciones reguladas por el artículo 33 ET: primero, porque no existe todavía una declaración del concurso; segundo, porque los créditos no están ordenados en una lista de acreedores, ni existe administración concursal que pueda certificarlos; en último lugar, porque el plan de reestructuración no es un título habilitante ni causa de solicitar las prestaciones de FOGASA. En definitiva, en tanto que no se declare el proceso concursal, la única vía de cobro de prestaciones debe de pasar, inexorablemente, por una declaración de insolvencia obtenida en un proceso de ejecución laboral (que ya hemos visto con anterioridad que no pueden quedar en suspenso). Ahora bien, la Circular de FOGASA antes mencionada insta a las Unidades Periféricas a que se opongan a la declaración de insolvencia por parte de los órganos de la jurisdicción social en el caso de empresas que hayan aprobado un plan y continúen con la actividad. En mi opinión, que la empresa continúe su actividad no impide que pueda ser insolvente, pero, desde luego, lo que parece que está bastante claro es que durante el "proceso preconcursal", si un trabajador quiere reclamar un crédito deberá de obtener tutela dentro de la jurisdicción social.

Distinta solución merece el tema de los créditos del personal laboral de alta dirección, puesto que ya hemos visto con anterioridad que estos sí que pueden quedar afectados por el plan de reestructuración. Esta afectación supone que la ejecución laboral separada no pueda iniciarse o quede en suspenso mientras se tramita el "preconcurso" (artículo 601 TRLC, que establece un plazo general de tres meses). Por este motivo, el directivo no podrá solicitar la ejecución de su crédito dentro de la jurisdicción social y no podrá obtener una declaración de insolvencia ni acudir a FOGASA

hasta que, en su caso, se declare el concurso de acreedores, por lo que las expectativas de cobro de su crédito dependerán de lo pactado en el plan de reestructuración.

Otra de las grandes cuestiones que debemos de resolver en relación con el "preconcurso" es sobre el modo de acometer medidas de ajuste en la plantilla (principalmente aclarar si los Jueces de lo Mercantil asumen la competencia para tramitar las medidas laborales de carácter colectivo que la legislación concursal les atribuye). Con carácter general, el órgano judicial que tuviera que conocer sobre el eventual concurso de acreedores posterior será el competente para conocer sobre la comunicación del "preconcurso" (artículo 593 TRLC), así como de la homologación del plan de reestructuración (artículo 641 TRLC). Dicho, en otros términos, la competencia sobre las líneas maestras del proceso "preconcursal", en lo que a los planes de reestructuración y acuerdos de refinanciación se refiere, han sido atribuidas a los mismos órganos jurisdiccionales que posteriormente deberían de declarar el concurso de acreedores. Naturalmente, es perfectamente posible que dentro de estos planes de reestructuración haya que implementar algunos ajustes sobre las condiciones laborales de los integrantes de la plantilla (bajar salarios, modificar jornadas, suspender contratos o incluso despedir a trabajadores por causas objetivas...). En este punto, el tenor del nuevo artículo 628 *bis* TRLC, incardinado en el apartado referido a la aprobación de los planes de reestructuración, expresa lo siguiente: *"cualquier modificación o extinción de la relación laboral que tenga lugar en el contexto del plan de reestructuración, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación laboral aplicable incluyendo, en particular, las normas de información y consulta de las personas trabajadoras"*. A mi modo de ver, el precepto acabado de transcribir da carta de naturaleza para que se puedan llevar a cabo ajustes en la plantilla de trabajadores como consecuencia de la aprobación de un plan de reestructuración. Pero, además, de su lectura literal cabe deducir que todas estas medidas se deberán de tramitar de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral de referencia. Dicho con otras palabras, que el Juez del Concurso no asume la competencia para tramitar este tipo de medidas, aunque estas sean de carácter colectivo. Una interpretación sistemática también parece apoyar esta tesis, dado que, si acudimos al artículo 169 TRLC, podemos observar cómo empieza diciendo lo siguiente: *"declarado el concurso..."* (por ende, el ERE Concursal requiere de la previa declaración del concurso). Por su parte, el artículo 170 TRLC contempla el régimen jurídico de las medidas laborales que se encuentran tramitándose en el momento de la declaración del concurso, momento a partir del cual se produce el traspaso de la competencia. En consecuencia, la declaración del concurso es el acto que determina que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia para conocer sobre las medidas laborales de carácter colectivo (modificación de condiciones, traslados, suspensiones/reducciones de jornada o despidos). El proceso "preconcursal" conjetura un estadio previo al concurso de acreedores cuyo objetivo, si produce los efectos deseados, evitará dicha declaración. Por esta razón, las medidas laborales colectivas se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación laboral y si finalizan con anterioridad a la eventual declaración del concurso, la competencia judicial para conocer sobre las eventuales impugnaciones persiste dentro

de la esfera de la jurisdicción social. Esta regulación armoniza con la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha interpretado que la competencia del Juez del Concurso no se extiende a los supuestos en los que el procedimiento de despido colectivo ya ha culminado en el momento de la declaración de concurso (SSTS de 18 de octubre de 2016 o de 19 octubre 2016).

Distinta solución cabe predicar sobre el *statu quo* del personal directivo en el contexto de un proceso de reestructuración, pues este no queda limitado a la mera afectación de sus créditos (cuestión no menor), sino que, además, estos planes pueden comprometer la existencia del contrato con la empresa a través de la suspensión o extinción. En este sentido, el artículo 621 TRLC intenta reproducir *mutatis mutandis* las medidas que pueden llevarse a cabo en relación con el contrato del personal laboral de alta dirección dentro del proceso concursal (prevista actualmente en los artículos 186 a 188 TRLC), si bien con algunos matices (y otra serie de olvidos o *lapsus calami* a los que también me referiré). Del mismo modo que permiten los mencionados artículos 186 a 188 TRLC, en la fase "preconcurso" también se puede optar por suspender o extinguir el contrato suscrito con el directivo o directivos. Ahora bien, en esta fase "preconcurso" no existe administración concursal, por lo que una primera diferencia respecto de la regulación prevista en los artículos 186 a 188 TRLC la podemos encontrar en la persona o personas con capacidad para poder adoptar este tipo de decisiones. Contrariamente a lo que pudiera parecer, dicha capacidad no se le atribuye en exclusiva al empresario, sino que el artículo 621.1 TRLC expresa que es una decisión del "*plan de reestructuración*", es decir, de las personas implicadas por el mismo. Además, el precepto señalara que se podrán incluir estas medidas "*cuando resulte necesario para el buen fin de la reestructuración*". Aquí podemos encontrar otra singularidad, pues parece que durante el "precurso" no cabe la suspensión o extinción del contrato *ad nutum*, puesto que el precepto conecta esta decisión con el buen fin de la reestructuración y, por ende, considero que el directivo/a afectado/a podrá impugnar la decisión adoptada sobre su contrato si considera que no se justifica esta causa. Si acudimos a los artículos 186 y 187 TRLC podemos constatar la diferencia, en el sentido de que durante el proceso concursal se permite la suspensión o extinción del contrato del directivo/a *ad nutum*, es decir, sin causa. Otro aspecto relevante que se extrae de la redacción del artículo 621.1 TRLC es la inclusión expresa en el tenor del precepto de los "consejeros ejecutivos". Como sabemos, en el organigrama empresarial pueden existir directivos sujetos a una relación laboral especial que formen parte del consejo de administración. Ahora bien, también podemos encontrarnos con directivos que estén dentro del organigrama de los consejos de administración, siendo que, esta clase de "consejeros" con facultades directivas también pueden quedar afectados por los planes de reestructuración, pudiendo ver suspendidos o extinguidos sus contratos laborales de naturaleza especial.

Seguidamente, el apartado segundo del artículo 621 TRLC reconoce una facultad que no resulta desconocida en el ámbito del Derecho Concursal y que consiste en la solicitud planteada ante el Juez del Concurso con la finalidad de moderar la indemnización que le corresponda al directivo/a afectado por esta medida. Se trata, en

suma, de la posibilidad de rebajar las eventuales "cláusulas blindaje" habitualmente pactadas en los contratos de alta dirección, cuyo límite se sitúa dentro de este proceso en la misma cuantía que la prevista para los despidos colectivos del personal laboral común (es decir, con el límite de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades). Esta posibilidad solamente existirá para el caso en el que la indemnización esté pactada, pues en caso contrario cabrá aplicar la indemnización legal supletoria prevista en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, es decir, la correspondiente a 7 días por año de servicio (artículo 11.1). Como vemos, la indemnización podrá moderarse, pero en ningún caso se puede reducir a cero o dejarse sin cuantía, del mismo modo que fuera de un escenario concursal tampoco cabe que se acuerde la eliminación o la inexistencia de esta¹². Por lo tanto, ni los planes de reestructuración ni el órgano judicial pueden dejar a cero la cuantía indemnizatoria, que bien podrá fijarse de acuerdo con lo estipulado en el contrato de trabajo o bien reducirse hasta el límite marcado por la norma. Dentro de los planes de reestructuración, a diferencia de lo previsto por el artículo 188 TRLC dentro del proceso concursal, no se contempla la posibilidad de acordar o de solicitar del órgano judicial la suspensión del pago de la indemnización hasta que se resuelva la pieza de clasificación, cuestión que parece bastante obvia dado que el concurso de acreedores puede que no llegue a declararse. Por este motivo, carece de sentido que en esta fase "preconcursal" se pueda solicitar dicha suspensión (que, por lo demás, al tratarse de un crédito concursal, esta debería de paralizarse y esperar la oportuna clasificación cuando el concurso se declare, por lo que ya sufrirá esa oportuna paralización *ex lege*). La misma regla sobre la moderación de la cuantía indemnizatoria también opera cuando la extinción del contrato venga provocada por el propio personal directivo ante la decisión del plan de reestructuración de dejar su contrato en suspenso (reacción que es idéntica a la prevista por el artículo 187 TRLC, con el mismo plazo de preaviso de un mes por parte del directivo).

El artículo 621.3 TRLC dispone que "*las controversias que se susciten se tramitarán por el incidente concursal ante el juez competente para la homologación*". Esta frase resuelve una cuestión de evidente calado, ya que nos indica expresamente quién es el órgano judicial al que cabe dirigir la demanda. Si no se hubiera establecido nada al respecto surgirían bastantes dudas interpretativas a la hora de determinar si la competencia la ostentan los Jueces de lo Social o de lo Mercantil. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 593 y 641 TRLC el juez competente para la homologación será el mismo órgano que conocería de la eventual declaración del concurso (en consecuencia, el directivo/a afectado deberá plantear su demanda ante el Juzgado de lo Mercantil que esté conociendo del proceso "preconcursal").

12 Véase a este respecto la STS de 22 de abril de 2014, rec. 1197/2013 (y algunos interesantes comentarios sobre la misma: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J. "Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2014; o IGLESIAS CABERO, M "Relación laboral especial de alta dirección: nulidad de la cláusula contractual que priva de toda indemnización el desistimiento del empresario", *Diario La Ley*, núm. 8385, 2014.

Con todo, la redacción del artículo 621 TRLC deja en el aire un par de cuestiones de enorme relevancia: a) cuáles son las reglas que hay que seguir en la tramitación del incidente; b) y el plazo del que dispone el directivo para interponer la demanda. Sí que dice el apartado quinto del mencionado precepto que *"la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación"*. Este último apartado puede, a mi modo de ver, ayudar a escoger la interpretación más congruente para colmar el *lapsus calami* provocado por el legislador. En este sentido, considero que la exégesis correcta se desprende de la lectura conjunta de los artículos 541 y 551 TRLC. De este modo, considero que los preceptos citados caben deducir que las únicas sentencias dictadas por parte de los Jueces de lo Mercantil que son susceptibles de ser recurridas a través del recurso de suplicación son las que provienen de un incidente concursal en material laboral. Consecuentemente, en mi opinión, la tramitación de la demanda planteada por el directivo/a cuyo contrato se haya visto afectado por el plan de reestructuración a través de cualquiera de las opciones contempladas por el artículo 621 TRLC, deberá guiarse por las reglas propias del incidente concursal en materia laboral (artículo 541 TRLC). De tal manera que la sentencia que dicte el Juez de lo Mercantil será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el indicado juzgado (tal y como subraya, asimismo, el propio artículo 621.5 TRLC). Respecto del plazo, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 541 TRLC y por coherencia con la tesis que aquí estoy defendiendo, dado que dentro del proceso concursal existe un plazo específico para demandar por la vía del incidente concursal en materia laboral, entiendo que cabe estar al mismo, es decir, que el directivo/a afectado/a dispondrá de un mes para interponer la demanda.

En definitiva, desde mi punto de vista, dentro de los planes de reestructuración se abren diferentes escenarios en relación con los contratos del personal laboral de alta dirección, muy similares, pero no exactamente coincidentes con el tratamiento que pueden recibir dentro del proceso concursal:

- a) De un lado, es posible que en el plan de reestructuración se acuerde la suspensión o la extinción del contrato o contratos del personal laboral de alta dirección (incluyendo los consejeros ejecutivos). La extinción contractual también puede resultar de la decisión del directivo/a provocada por la previa suspensión de su contrato. En ambos casos el directivo/a tendrá derecho a la indemnización pactada (que puede moderarse hasta un cierto límite inferior) o, en su defecto, se devengará la cuantía mínima reglamentaria (7 días por año). La persona afectada podrá reclamar frente a esta decisión, entre otras razones, por la causa que la justifica, dado que la ley reserva este tipo de acciones para los casos en los que *"resulte necesario para el buen fin de la reestructuración"* (por lo que es posible que en esta sede la conflictividad sea algo mayor que la existente dentro del proceso concursal, donde la ausencia de causa deja un escaso margen para la interposición de una demanda que pueda terminar por dar la razón al demandante).
- b) De otro lado, considero que es posible que el empresario pueda llevar cabo todas y cada una de las medidas que el RD 1382/1985 regula en relación con

la extinción del contrato del personal laboral de alta dirección. Esto no es algo desconocido, siendo una postura similar a la existente con el régimen jurídico previsto dentro del proceso concursal, donde el empresario (a través de la administración concursal) puede adoptar otra serie de medidas distintas a las contempladas por los artículos 186 a 188 TRLC. Por lo tanto, dentro de los planes de reestructuración considero que también caben adoptar medidas distintas a las previstas por el artículo 621 TRLC. Por ejemplo, puede suceder que el directivo/a cometa alguna irregularidad sancionable, en cuyo caso no cabrá acudir a las reglas del artículo 621 TRLC, sino que la causa y el procedimiento a seguir para sancionar a la persona infractora será el previsto por la normativa laboral, siendo que, la eventual demanda se tendrá que interponer ante los órganos de la jurisdicción social. En consecuencia, este tipo de sanciones pueden adoptarse fuera del marco de un plan de reestructuración, debiendo de seguirse en este punto lo dispuesto por legislación laboral y sin que el Juez del Concurso asuma la competencia para conocer sobre este tipo de asuntos.

Además, en el caso del particular del "preconcurso", en mi opinión, el empresario también podría optar por extinguir *ad nutum* (sin causa) el contrato del alto directivo, de acuerdo con las reglas del artículo 11 RD 1382/1985. La base jurídica sobre la que hago descansar esta tesis consiste en el carácter "causal" que entiendo que lleva a aparejada la extinción provocada por el plan de reestructuración. En efecto, desde mi punto de vista, dentro del concurso de acreedores, la extinción *ad nutum* debe de seguir, siempre y en todo caso, lo dispuesto por la normativa concursal (*lex specialis*). En estos casos, ante dos regulaciones distintas sobre la extinción sin causa del contrato de alta dirección, cabe aplicar la regla especial contenida en el Derecho Concursal (artículos 186 a 188 TRLC). Ahora bien, dentro del proceso "preconcurso", si se mantiene la postura consistente en que el artículo 621.1 TRLC exige justificar el motivo de la decisión y no cabe la extinción *ad nutum*, entiendo que ya no hay base jurídica para impedir que el artículo 11 RD 1382/1985 deje de aplicarse, dado que los preceptos en liza arrojan perspectivas jurídicas distintas. En este sentido, es dable pensar que dentro de este proceso "preconcurso" caben varias opciones, cada una con diferente alcance y proyección en la práctica. De este modo, por un lado, cuando exista base para acudir al artículo 621 TRLC y se pueda acreditar que la suspensión/extinción del contrato es necesaria para el buen fin de la reestructuración, se podrán llevar a cabo cualquiera de estas dos medidas con la posibilidad legal de moderar, en su caso, la indemnización resultante. Por otro lado, si en el plan de reestructuración no se prevé extinguir el contrato o contratos de alta dirección, opino que el empresario podría hacer uso de lo dispuesto por el artículo 11 RD 1382/1985 y extinguir el contrato del directivo/a *ad nutum*. Este segundo camino se podrá adoptar al margen del plan de reestructuración, es decir, sin contar con los acreedores y por decisión unilateral del empresario, ahora bien, considero que sin posibilidad de moderar la indemnización resultante (ya que esta solamente se podrá moderar cuando la extinción se haya realizado por la vía del artículo 621 TRLC).

Otra de las acciones que se pueden llevar a cabo en el contexto de un proceso de reestructuración "preconcurso" es la transmisión de la unidad productiva (el artículo 614 TRLC cita expresamente entre las operaciones de los planes de reestructuración la posibilidad llevar a cabo "*transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento*"). Debemos preguntarnos en este punto cuál será el órgano judicial competente para conocer de las cuestiones planteadas en relación con los efectos laborales de la transmisión de empresa. En este sentido, por un lado, podría interpretarse que al proceso "preconcurso" no le resulta de aplicación el contenido de los artículos 52 y 221 TRLC y que estos solamente entrarían en juego tras la declaración del concurso. Ahora bien, si acudimos al nuevo artículo 86.1 *ter* LOPJ podemos leer como, con carácter general, se le atribuye la competencia a los Jueces de lo Mercantil para conocer, entre otros temas, sobre "*los planes de reestructuración*". Por su parte, el apartado segundo (ordinal cuarto) de este mismo precepto de la LOPJ, no parece reservar la competencia en materia de sucesión de empresa a los supuestos en los que la empresa esté expresamente declarada en concurso de acreedores, no excluyéndose, *a sensu contrario*, que también pueda extenderse al proceso "preconcurso". Por su parte, el artículo 593 TRLC atribuye al Juez del Concurso la competencia para conocer sobre la comunicación del "preconcurso" y sobre los efectos del mismo, así como para decidir sobre las impugnaciones de todos estos asuntos. Por este motivo, si tenemos en cuenta que en los planes de reestructuración pueden entrar las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento y que el Juez del Concurso asume la competencia para conocer de los mismos, ante la falta de previsión específica en contrario que excluya la competencia en materia de sucesión de empresa a los efectos laborales, cabe interpretar que serán estos quienes la ostenten (por lo demás, el tenor de los artículos 86 *ter* LOPJ y 593 TRLC es lo suficientemente amplio para considerar que los Jueces de lo Mercantil son quienes tengan que pronunciarse sobre las cuestiones laborales de la sucesión de empresa dentro de esta fase "preconcurso").

Ahora bien, pese a que me haya decantado por defender que la competencia para declarar la sucesión de empresa a los efectos laborales en el contexto de los planes de reestructuración le corresponde a los Jueces de lo Mercantil, considero que su alcance no será exactamente el mismo que el desplegado en los casos en los que el concurso de acreedores haya sido declarado. En este sentido, no hay ningún precepto que se remita expresamente a los artículos 221 y ss. TRLC (remisión que sí que se contienen en otro tipo de procesos o incidentes, por ejemplo, en el procedimiento especial para microempresas, como luego veremos de una forma más detallada). La falta de remisión expresa me lleva a interpretar que dichos preceptos no resultan aplicables, toda vez que no estamos todavía en un escenario de insolvencia actual o inminente, sino ante una serie de acuerdos que persiguen, precisamente, evitar la entrada en un proceso concursal. Desde mi punto de vista, también ayuda a sostener esta tesis la reciente STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20). En dicho pronunciamiento se acepta la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE porque al

“pre-pack” le sigue una declaración de concurso (y con ello la apertura de un proceso “con vistas a la liquidación” que está supervisado por una “autoridad pública”). Pero en el caso de los planes de reestructuración, pese a que sea cierto que están supervisados por el Juez de lo Mercantil, estos no están encaminados a la “liquidación” de la empresa, sino todo lo contrario, es decir, que sirven (o están llamados) para evitarlo. El propio artículo 585.1 TRLC habla de medidas que permitan “*superar la situación en la que se encuentra*”. Además, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 594 TRLC, la comunicación de “preconcurso” no tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición de los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. De este modo, en los planes de reestructuración estamos ante una fase anterior al concurso de acreedores que persigue reorganizar el activo y pasivo de la empresa para evitar, precisamente, su declaración. Por esta razón, pese a que la competencia resida en lo Jueces de lo Mercantil, considero que no podrán hacer uso de las facultades que le habilitan los artículos 221 y ss. TRLC, a saber: delimitar el perímetro de la sucesión de empresa, tanto en lo que se refiere a los contratos objeto de subrogación como al traspaso de deudas, y ello porque el legislador concursal no lo ha previsto expresamente. En resumidas cuentas, entiendo que no podemos entender aplicable el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, sino que cabrá aplicar los artículos 3 y 4 de dicho texto, junto con lo dispuesto por el artículo 44 ET y la jurisprudencia laboral dictada sobre la materia.

Esto significa, entre otras cuestiones, que la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente alcanzará, en principio, a la totalidad de los créditos laborales. Cabe apuntar, asimismo, que el artículo 86.2 4ª ter LOPJ señala que incumbe a los Jueces de lo Mercantil la determinación de los límites de la declaración de la sucesión de empresa a efectos laborales “*conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*”, por lo que no existiendo ningún precepto específico que parezca insinuar lo contrario, los efectos de la sucesión de empresa cuando la venta de la unidad productiva se produzca en el contexto de los planes de reestructuración deberán de seguir los postulados propios de la legislación laboral y de la interpretación que la jurisdicción social ha ido desarrollado sobre el particular.

3. EL NUEVO CARÁCTER REFORZADO DE LA PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCESO CONCURSAL

Otra cuestión sobre la que se ha incidido en la actual reforma concursal ha sido sobre el aumento de la presencia y visibilidad de los representantes legales de los trabajadores (en adelante RLT) en este tipo de procedimientos. En este sentido, como punto de partida, opino que es un paso importante para la preservación de los derechos laborales que sus representantes estén adecuadamente informados de las distintas vicisitudes del proceso concursal, incluso, que se les pueda dar oportuna audiencia en determinados incidentes en defensa de los intereses de los trabajadores.

Las novedades incorporadas en el texto concursal en relación con la participación de la RLT no se hacen esperar demasiado, puesto que ya se dejan notar en el nuevo artículo 7. 4º TRLC. Este precepto exige que desde la propia solicitud de concurso el deudor tenga que aportar los datos relativos a la RLT existente en la empresa. Se incluye entre los datos a presentar por parte del deudor los referidos a la *"identidad de los integrantes del órgano de representación de los mismos si los hubiere, con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos"*. Como vemos, la nueva regla señala que en caso de existir RLT el solicitante del concurso deberá de facilitar los correos electrónicos de todos sus integrantes. Cuando se trate de delegados de personal no hay duda de que se tienen que presentar los datos de todos ellos, puesto que su forma de organización es mancomunada. Mayores dudas suscita este tema en relación con los comités de empresa, ya que seguramente sea suficiente con ofrecer los datos de la persona o personas que lo representen, pues al tratarse de un órgano colegiado para cumplir con determinados trámites bastará con dirigirse al presidente/a o secretario/a del comité. En cualquier caso, del tenor legal se deduce lo contrario, es decir, la necesidad de aportar los correos electrónicos de todos los integrantes que conforman el comité de empresa (*"con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos"*). Además, que el Juez del Concurso y la administración concursal conozcan el correo de todas las personas que integran la RLT puede ser interesante para poder evacuar correctamente los incidentes que precisen de su participación, o para que se puedan proyectar correctamente sus derechos y garantías (prioridad de permanencia, etc.). Dado que la norma no se refiere a ningún tipo de representación concreta, entiendo que también se tienen que facilitar los datos de los delegados sindicales, si los hubiere.

La identidad de los integrantes de la RLT, con expresión de la dirección electrónica de cada uno de ellos también es una exigencia prevista en la solicitud de concurso por el proceso especial para microempresas, tal y como reza el artículo 691.3 9º TRLC (aunque aquí, dado el volumen de la plantilla exigido para tramitar este proceso, tal y como veremos en su correspondiente epígrafe, lo más normal será que no haya RLT en la empresa).

Una vez que el concurso ya ha sido declarado, el nuevo artículo 28.4 TRLC ordena al Juez de lo Mercantil que, entre otros menesteres, comunique dicho auto *"a la representación legal de las personas trabajadoras aún en los supuestos en los que no se hubiese personado o no hubiera comparecido como parte en el procedimiento"*. Llama la atención como en este precepto el legislador no ha añadido el término *"si los hubiere"*, pero es dable pensar que si la empresa no cuenta con RLT el Juez del Concurso deberá de amortizar esta comunicación, pues no está prevista la conformación de ningún tipo de representación *ad hoc*, ni se ha previsto que se efectúe a los trabajadores directamente. En este sentido, lo que previene la norma es una obligación dirigida al Juez del Concurso para que comunique su auto a la RLT cuando de los documentos presentados para la solicitud del concurso le conste la existencia de dicho órgano representativo. Esta notificación será incondicionada, es decir, que se llevará a cabo tanto si la RLT se ha personado en el proceso como si no lo ha hecho, tanto si son acreedores como si no lo son. Se evita el legislador de este modo even-

tuales interpretaciones que pudieran exigir la previa condición de parte de la RLT para poder recibir esta notificación del auto. Pero, además de lo anterior, este precepto está abriendo la posibilidad para que la RLT pueda personarse como parte interesada en el proceso concursal, bien sea desde la solicitud del mismo o bien en cualquier momento posterior. Desde mi punto de vista, la comparecencia en juicio y demás incidentes procesales dirigidos ante el Juzgado de lo Mercantil por parte de la RLT se llevará a cabo con las mismas prerrogativas de representación y defensa previstas en el artículo 513.2 TRLC para las personas trabajadoras (es decir, beneficio de justicia gratuita, sin necesidad de procurador y asistencia letrada, etc.).

Siguiendo con la obligación de la notificación del auto, desde mi punto de vista, esta se tendrá que hacer a todos los integrantes cuando se trate de delegados de personal. Pero cuando estemos ante un comité de empresa considero que bastará con comunicarlo a su presidente/a (en cualquier caso, como el órgano judicial tendrá los correos de todos los miembros y llevarse a cabo esta tarea por medios electrónicos, cabe aconsejar, en principio, la puesta en copia a todas las personas que conforman el comité, siendo esta una tarea que es costosa en términos económicos).

La notificación de la declaración del concurso a la RLT también se ha previsto para los supuestos en los que el órgano judicial declare, *ab initio*, la existencia del "concurso sin masa" (artículo 37 *ter* TRLC). Del mismo modo, la Ley 16/2022 también se ha incluido la necesidad de que el auto que declara el concurso se notifique a la TGSS (artículo 33.3 TRLC). No se ha hecho lo mismo con el Fondo de Garantía Salarial, siendo que, si no se le notifica el auto y se le cita oportunamente, es posible que el organismo resuelva en el posterior expediente administrativo la denegación de las prestaciones solicitadas (artículo 33.3 ET). Por esta razón creo que hubiera sido conveniente que esta citación al FOGASA se hubiera incluido de manera expresa en el tenor de la norma.

Aunque no sea una cuestión introducida por la Ley 16/2022, sino de unos años antes (del Texto Refundido del año 2020), la participación de la RLT se prevé expresamente en los procesos de venta de la unidad productiva. Concretamente, el artículo 220.1 TRLC indica que *"las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran"*. Cuando se lleva a cabo la venta de la unidad productiva existirá sucesión de empresa a los efectos laborales (artículo 221.1 TRLC). En este proceso, el Juez del Concurso deberá de dar audiencia a la RLT, si la hubiere, pues no está prevista la sustitución del trámite por el nombramiento de una comisión *ad hoc*. Se trata de un trámite preceptivo que el órgano judicial no puede omitir (salvo que no exista RLT). Cuando la RLT ha sido notificada de este incidente dispondrá de un plazo de quince días para alegar lo que considere oportuno en relación con este proceso de venta de la unidad productiva.

Siguiendo con la participación de la RLT, es posible que de los nuevos artículos 294 TRLC y 304.2 TRLC puedan interpretarse en el sentido de que la lista de acreedores,

tanto provisional como definitiva, debe de comunicarse a dicho órgano. La redacción anterior del artículo 294.2 TRLC simplemente decía lo siguiente: *"la administración concursal remitirá telemáticamente copia del informe y de los documentos complementarios a aquellos que hubiesen comunicado sus créditos de cuya dirección electrónica tenga constancia, estén o no incluidos en la lista de acreedores"*. Se trataba de la obligación de remisión del informe a los acreedores de los que el administrador concursal tuviera constancia de su dirección electrónica. En estos momentos, el informe se debe de hacer llegar a más personas, puesto que, junto con los acreedores, la ley ha incluido a quienes *"aunque no fueran acreedores, estuvieran personados en el concurso"*. Ya hemos visto con anterioridad como la RLT puede estar personada en el proceso concursal y también he comentado que la dirección electrónica de las personas que la integran estará normalmente incorporada al expediente desde la propia solicitud de declaración de concurso. Por esta razón, creo que es importante que la RLT se persone en el proceso cuando le haya llegado el auto de declaración del concurso, puesto que en el hipotético caso en el que no sean acreedores en su calidad de trabajadores, entiendo que la administración sí tiene que hacerles llegar su informe, y a través de este podrán analizar aspectos jurídicos y económicos de la empresa de interés, así como revisar la lista de acreedores con la calificación de los créditos laborales. En un sentido similar se pronuncia el nuevo artículo 304.2 TRLC en relación con los textos definitivos, que también tendrá que hacerse llegar por parte del administrador concursal a *"los acreedores reconocidos de cuya dirección electrónica tenga constancia"* y también *"a quienes estuvieran personados en el concurso, aunque no fueran acreedores"*.

Los derechos de información y consulta de la RLT aparecen igualmente referenciados en los artículos 697 *quater*, 707.4 o 710. 5ª TRLC, todos ellos enmarcados dentro del nuevo proceso especial para "microempresas". En líneas generales, se trata de disposiciones bienintencionadas, pero con escasa repercusión en la práctica, puesto que este proceso especial se abrirá en el caso de empresas que hayan tenido una media de diez trabajadores durante el año anterior a la declaración del concurso (y que no superen una determinada cifra de ventas y de pasivo). Estamos, por ende, ante empresas que presentan un escaso número de trabajadores y que, por ello, como regla general no tendrán obligación de tener RLT (razón por la cual he comentado que todas estas previsiones son de interés teórico, pero de escasa proyección práctica). Hubiera sido más interesante, desde mi punto de vista, dado el volumen de la plantilla existente, que las notificaciones pertinentes se hicieran llegar directamente a los trabajadores, para que puedan tener constancia de la existencia del proceso y poder defender sus intereses. También creo que hubiera sido interesante incorporar alguna previsión específica sobre el modo de citación al FOGASA.

En líneas generales, en relación con este tema, opino que la mayor presencia de la RLT en los procesos concursales puede ser vista como un avance importante en esta materia, dado que estos podrán proyectar su función constitucional en defensa de los intereses de las personas trabajadoras en el seno de un proceso concursal. Hay que estar a la espera, eso sí, de constatar cómo se irá desarrollando esta tarea en la práctica forense y cómo van resolviendo los órganos de la jurisdicción civil aspectos

relacionados con un colectivo con el que no acostumbran a tratar en los procedimientos judiciales que tramitan en el marco de sus competencias.

4. LA NUEVA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA

4.1. La situación previa la regulación vigente

Desde el año 2003 el legislador español diseñó el proceso concursal sobre la base de la unidad de jurisdicción en el sentido de que *"se atribuye al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad de procedimiento no deben resolverse por separado"* (EM de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Con todo, este trasvase de competencias no fue total ni absoluto, antes, al contrario, se llevó a cabo de forma limitada sobre una serie de materias concretas¹³. En este sentido, la tendencia general a lo largo de todos estos años ha sido la de reducir la competencia de los Jueces de lo Mercantil a las materias expresamente reguladas en la LOPJ y la legislación concursal, sin extenderla a otra serie de cuestiones conexas. El tema de la sucesión de empresa seguía este mismo esquema, dado que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantuvo el criterio uniforme consistente en que la competencia en esta sede residía en los órganos de la jurisdicción social. Podemos citar en este punto la STS de 29 de octubre de 2014 que resolvió el conflicto de competencia cuando unos concretos trabajadores reclamaron de la empresa adquirente la diferencia entre lo abonado por el FOGASA y lo pactado por el ERE Concursal. Esta cuestión jurídica se solventó en favor de los órganos de la jurisdicción social bajo la siguiente argumentación: *"en definitiva, sean cual sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social"*.

Progresivamente fueron llegando nuevas sentencias por parte de Sala de lo Social del Tribunal Supremo que fueron consolidando —y ampliando— esta doctrina. Así, en

13 Así lo ha reconocido la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec. 2405/2015), que textualmente adujo: *"la intención del legislador concursal no ha sido la de otorgar al Juez del Concurso la competencia sobre la totalidad de materias jurídico-laborales con repercusión patrimonial para el empresario deudor, sino simplemente algunas de ellas, precisamente las que ha considerado que tienen una importante repercusión sobre el patrimonio del concursado. Por consiguiente, en este reparto de competencias los tribunales del orden social van a conservar el conocimiento sobre una larga serie de asuntos relacionados con el contrato de trabajo, aun cuando el empresario esté en un proceso concursal"*. En el mismo sentido también se han pronunciado, entre otras, las SSTS de 6 de junio de 2018 (rec. 372/2016) o de 13 de enero de 2022 (rec. 4804/2018).

este sentido, la STS de 11 de enero de 2017¹⁴ dio un paso más allá y determinó que la jurisdicción social era la competente para decidir si había existido o no sucesión de empresa *"porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada"*. Por lo tanto, la competencia ya no lo era simplemente para reconocer alguno de los efectos derivados de la sucesión de empresa, sino que también lo era para la declaración de su propia existencia, que se debía de regir por los cánones dimanantes de la legislación laboral. Esta misma interpretación fue seguida por otras sentencias dictadas durante ese mismo año, como es el caso de la STS de 5 julio de 2017¹⁵ (que volvió a reconocer que la jurisdicción social es competente para decidir si ha existido sucesión de empresa cuando los bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso) y por otras posteriores (SSTS de 11 de enero de 2018, de 27 de febrero de 2018, de 18 de mayo de 2018, de 23 de enero de 2019, o de 4 de diciembre de 2019¹⁶).

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (artículo 42 LOPJ) también se pronunció sobre este tema y se posicionó, igualmente, a favor de la competencia de la jurisdicción social (Autos de 9 de diciembre de 2015 y de 9 de marzo de 2016¹⁷). Ambos fueron dictados en supuestos en los que se accionó frente sociedades distintas de la empresa en liquidación, sin que ninguna de ellas se encontrara en situación de concurso de acreedores, señalándose en las dos resoluciones que la competencia en estos casos correspondía a los órganos de la jurisdicción social.

El RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, quiso dar un cambio radical a esta cuestión, regulando dos cuestiones de sumo interés: en primer lugar, el artículo 221.1 TRLC pasó a decir que *"en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa"*. Se abandonó de esta manera cualquier referencia sobre el artículo 44 ET, seguramente, en busca de un concepto autónomo de sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Entiendo que la nueva redacción supone una importante simplificación, en el sentido

14 STS de 11 de enero de 2017, rec. 1689/2015.

15 STS de 5 julio de 2017, rec. 563/2016.

16 SSTS de 11 de enero de 2018, rec. 3290/2015, de 27 de febrero de 2018, rec. 112/2016, de 18 de mayo de 2018, rec. 1645/2015, de 23 de enero de 2019, rec. 1690/2017, o de 4 de diciembre de 2019, rec. 3989/2017. Por ejemplo, en la STS de 27 de febrero de 2018 se adujo, además, que el Juez de lo Mercantil sí que podía llegar a ser competente para pronunciarse sobre esta cuestión, ahora bien, con carácter meramente prejudicial. En el caso concreto que resolvió la mencionada sentencia la empresa adquirente se subrogó en los contratos de 28 trabajadores de la empleadora, pero no se subrogó en el contrato de la trabajadora que impugnó, ya que había sido despedida con anterioridad. La resolución del caso, aplicando la normativa laboral, consistió en que cuando ocurre un fenómeno de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación en los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores cedidos, sino que también se mantiene la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la cedente (en este caso concursada) tuviera pendientes de abonar con anterioridad a la transmisión.

17 Autos de 9 de diciembre de 2015 (conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (conflicto 1/2016).

de que ahora parece que ordena una cláusula "automática" de la que no pueden huir los Jueces de lo Mercantil que, en todo caso, deberán de abordar el problema de los trabajadores cuando se inicie un procedimiento de venta de la unidad productiva (ahora bien, pese a que la sucesión de empresa se produce *ex lege*, tal como veremos más adelante, no despliega los efectos laborales que le son propios)¹⁸.

Junto con ello, el artículo 221.2 TRLC pasó a expresar con extraordinaria rotundidad lo siguiente: "*el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*", constituyendo una novedad en la materia y rompiendo frontalmente con la interpretación que se venía dando por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (y por la Sala Especial de Conflictos) vista previamente. La técnica jurídica utilizada por el RDLeg. citado no fue, seguramente, la más adecuada, al incardinar este asunto en el artículo 221.2 TRLC sin alterar otra serie de preceptos más ligados a la distribución de la competencia objetiva.

El comentado cambio legislativo suscitó bastantes dudas en cuanto a su constitucionalidad al exceder la reforma del ámbito de la delegación propia de un Real Decreto Legislativo, pues no se limitaba a una mera refundición o armonización de acuerdo con lo estipulado por el artículo 82 CE. La reforma del año 2020 no solo alteraba el tenor de la normativa legal precedente, sino que también lo hacía rompiendo con la jurisprudencia consolidada en la materia que, por lo demás, afectaba de lleno a una cuestión de orden público como es el caso de la competencia objetiva atribuida a los jueces y tribunales para conocer de un determinado asunto, incardinada, como sabemos, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)¹⁹. No es de extrañar, por ende, que las dudas acerca del carácter "*ultra vires*" de la norma se trasladaran a nuestra práctica forense, donde podemos encontrar pronunciamientos en uno y otro sentido. Así, de un lado, la jurisdicción social se resistió a abandonar la jurisprudencia del TS y, entre otros, mantuvieron esta postura de forma expresa tanto la SJS nº 5 de Barcelona, de 29 de enero de 2021²⁰ o la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021²¹. En definitiva, de acuerdo con las mencionadas sentencias el legislador delegado incurrió en "*un claro ultra vires respecto de la potestad legislativa que le había sido delegada*". Por su parte, sin llegar a plantearse de manera expresa el problema del carácter "*ultra vires*" de la reforma de 2020, las SSTSJ de Castilla y León, Burgos,

18 GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social*, Ed. Sepin, 2020 (3ª Edición), página 267.

19 En este sentido interpretativo también se posicionó GONZÁLEZ CALVET, J. cit, páginas 238 y 269.

20 SJS nº 5 de Barcelona, de 29 de enero de 2021, proc. 1017/2019. Este pronunciamiento consideró que "*este precepto no puede ser aplicado literal y acríticamente sin hacer un previo análisis del mismo y del contexto constitucional y legal en que se produce la habilitación del Legislativo al Gobierno para la promulgar el referido TRLC*". Calificó de "*ultra vires*" la refundición, por lo que decidió asumir la competencia para conocer del asunto que se le planteó.

21 STSJ de Madrid de 2 de julio de 2021, rec. 293/2021. El TSJ de Madrid argumentó que "*cuando sobre una materia de interpretación dudosa de la legislación objeto de refundición ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, adoptando una determinada interpretación y fijando jurisprudencia o doctrina unificada, no cabe que el Gobierno, alegando su poder delegado de armonización, corrija las interpretaciones jurisprudenciales*".

de 21 de diciembre de 2021 o de Galicia de 6 de junio de 2022²² optaron por asumir la competencia para conocer sobre el asunto de la sucesión de empresa materializada en el seno de un concurso de acreedores.

Por el contrario, desde la jurisdicción civil se dictaron otras resoluciones en las que se acogió el cambio producido por parte del TRLC (es el caso del Autos de los JM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021 o nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021, o la sentencia del JM nº1 de A Coruña de 8 de julio de 2021²³). Concluyeron que este cambio constituía "*una interpretación integradora de la regulación anterior*" y por ello el refundidor no ha incurrido en "*ultra vires*" al realizar esta tarea armonizadora".

Mientras tanto, aunque referidos a litigios originados con anterioridad a la reforma del TRLC, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo siguió con su consolidada doctrina (SSTS de 2 julio de 2020 o de 10 de febrero de 2021²⁴). En la primera de ellas se debatió si se produjo o no sucesión de empresa en un supuesto en el que la relación laboral se había extinguido previamente mediante auto firme del Juzgado de lo Mercantil declarando, de nuevo, que la competencia correspondía la jurisdicción social y en la segunda no se resolvió de manera frontal un supuesto de competencia en materia de sucesión de empresa, pero se asumió esta doctrina "*obiter dicta*", a favor de este criterio uniforme y consolidado pese a que el TRLC ya se encontraba en vigor.

En definitiva, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sostenía que la declaración de la competencia en materia de sucesión de empresa dentro del proceso concursal residía en los órganos de la jurisdicción social. Por lo tanto, el pronunciamiento de los Jueces de lo Mercantil era en este punto simplemente prejudicial, sin proyectar efectos de cosa juzgada, puesto que, con posterioridad, un Juzgado de lo Social podía interpretar el alcance de la sucesión de empresa a la luz de la legislación laboral. Esta postura era absolutamente convincente desde el punto de vista técnico y jurídico y, desde luego, cumplía con el carácter tuitivo inherente al área del Derecho del Trabajo y su normativa reguladora. Ahora bien, no cabe desconocer tampoco que provocaba en la práctica una cierta inseguridad jurídica. En este sentido, a la hora de adquirir una unidad productiva en el seno de un proceso concursal la empresa adquirente no tenía la certeza de que los términos fijados por parte del Juez del Mercantil fueran concluyentes y definitivos, dado que posteriormente podía ver incrementada su deuda al tener que hacer frente a una serie de responsabilidades laborales sobrevenidas. En fin, tal y como ha sido destacado doctrinalmente, encontrar el equilibrio entre todos los actores concurrentes en estas situaciones es una tarea de extraordinaria complejidad que normalmente lleva a alcanzar soluciones "*sub-óptimas*"²⁵.

22 SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2021, rec. 747/2021, o de Galicia de 6 de junio de 2022, rec. 2141/2022.

23 AJM nº1 de A Coruña de 1 de junio de 2021, proc. 15/2020; AJM nº1 de Alicante de 21 de mayo de 2021, proc. 1030/2019; SJM nº1 de A Coruña de 8 de julio de 2021, proc. 516/2019.

24 SSTS de 2 julio de 2020, rec. 119/2018 o de 10 de febrero de 2021, rec. 3740/2018.

25 Así lo expresó BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET", *IUSLabor*, núm. 2, 2016, página 18.

4.2. La competencia en materia de sucesión de empresa tras la aprobación de la LO 7/2022, de 27 de julio y de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre

La vigente reforma concursal ha reforzado de manera decisiva el cambio que se intentó introducir en el año 2020. Para ello ha optado por abordar el problema desde varios frentes, con la intención de reservar a los Jueces de lo Mercantil, de manera clara y decidida, la competencia en materia de sucesión de empresa cuando la empresa cedente está inmersa en un concurso de acreedores.

Así, de un lado, tras la aprobación de la Ley 16/2022 se mantiene la redacción del artículo 221.1 TRLC, cuando indica expresamente que *"el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa"*, pero ahora, se le añade lo siguiente: *"así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen"*. Con la redacción anterior del TRLC la competencia de los Jueces de lo Social podía dar algo más juego, puesto que simplemente se reservaba el conocimiento del Juez del Concurso para declarar *"la existencia de sucesión de empresa"*, sin más aditamento o apostilla²⁶. Ahora bien, en estos momentos, la dicción del precepto es bastante más amplia, pues extiende la competencia más allá de la mera declaración de la existencia de sucesión de empresa y los Jueces de lo Mercantil también la asumen para delimitar las *"relaciones laborales que la componen"*.

La reforma llevada a cabo sobre el artículo 221.1 TRLC se completa con la modificación del artículo 52.1 4ª TRLC, que textualmente señala que el Juez del Concurso tendrá competencia exclusiva y excluyente para conocer sobre: *"la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran"*. Nuevamente, el precepto reformado no se limita a reconocer la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa, sino que también lo hace para determinar *"los elementos que la integran"*, dónde debemos de incluir necesariamente el factor humano. Repárese, asimismo, que la reforma no se ha llevado a cabo sobre el artículo 53 TRLC, que es el que se ocupa de la competencia del Juez del Concurso en materia laboral, sino que se ha hecho dentro del artículo 52 TRLC, un síntoma más de la *"deslaborización"* sufrida en esta sede. En último lugar, el legislador ha querido aclarar esta cuestión desde la propia LOPJ, modificando su artículo 86 ter e introduciendo el siguiente párrafo sobre la competencia del Juez del Concurso, que ahora también alcanza a: *"la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social"* (artículo 86.2 4º ter LOPJ). La inclusión que se lleva a cabo en el texto de la LOPJ supone, sin duda, la vocación de permanencia que se persigue conferir a este concreto asunto.

26 Puede verse un comentario sobre el particular en TALÉNS VISCONTI, E. E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, páginas 38 a 45.

Como se habrá podido apreciar, la lectura de los nuevos artículos 52.1 4ª TRLC, 221.1 TRLC y 86.2 4ª ter LOPJ no coinciden exactamente con la dicción utilizada a la hora de regular esta cuestión²⁷. Con todo, en mi opinión, son tres formas distintas de decir prácticamente lo mismo, es decir, que los Jueces de lo Mercantil se pronunciarán sobre el número de personas trabajadoras sobre las que se subroga la empresa adquirente, sus condiciones contractuales y los créditos laborales que debe de soportar esta última, siendo que, el único precepto de los mencionados que se acuerda —mínimamente— del Derecho del Trabajo es el artículo 86 ter LOPJ.

Por consiguiente, tras la presente reforma podemos deducir que se han querido afianzar los cambios producidos sobre la competencia objetiva para declarar la sucesión de empresa dentro del proceso concursal. Tal y como acabamos de comprobar, la legislación vigente no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la misma correrá a cargo de los Jueces de lo Mercantil. En este sentido, los preceptos reformulados utilizan la expresión: "*será el único competente*" (por lo que parece que: "*in claris non fitinterpretatio*"). Esto quiere decir, entre otras muchas cosas, que la resolución dictada por parte de los Jueces de lo Mercantil ya no es meramente prejudicial o, dicho de otro modo, que los Jueces de lo Social ya no pueden conocer del asunto con posterioridad, ni reinterpretar con ello el concepto de sucesión de empresa puesto que, lisa y llanamente, deberán de declarar su incompetencia para conocer del pleito. Esta interpretación rompe de manera definitiva con la jurisprudencia que la Sala Social del Tribunal Supremo había mantenido sobre el particular.

La competencia del Juez del Concurso se extiende a otra serie de decisiones y consecuencias que se derivan de dicha afirmación. Esta postura ya fue defendida con el texto refundido del año 2020, señalándose que el Juez del Concurso era el único competente para pronunciarse, no sólo sobre las condiciones de la venta, sino también sobre los efectos derivados de la misma, convirtiéndose así en la norma especial en sede concursal frente al artículo 44 ET²⁸. Desde mi punto de vista, tal y como he adelantado con anterioridad, con la redacción de 2020 esta cuestión podía ser discutible, pero lo cierto es que con la reforma vigente (2022) la competencia también se extiende a los elementos que integran la sucesión de empresa, es decir, el número de trabajadores subrogados, sus condiciones laborales, créditos que sume la empresa adquirente, etc. Todas estas cuestiones ya venían adoptándose por los Jueces de lo Mercantil con anterioridad a la reforma, por lo que la diferencia sustancial con la situación anterior radica en que a partir de ahora la jurisdicción social ya no podrá entrar a conocer sobre todos estos asuntos y, con ello, no podrá dejar sin efecto el pronunciamiento de instancia dictado por parte del Juez del Concurso.

27 Concretamente, el primer precepto indica que los Jueces de lo Mercantil son competentes "*para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen*"; en el segundo de ellos se dice que la competencia alcanza a "*la determinación en esos casos de los elementos que las integran*"; mientras que en la LOPJ se habla de "*la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social*".

28 CÓRDOBA ARDAO, B. "El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021 (BIB 2021\33).

El control que efectuará el Juez del Concurso alcanza al examen de la oferta u ofertas presentadas. En este punto la reforma de la Ley 16/2022 ha introducido otra novedad, puesto que permite que los órganos judiciales puedan aceptar ofertas que ofrezcan menos dinero (un 15% menos que la de mayor cuantía), siempre que esta sea presentada por los trabajadores para constituir una cooperativa o sociedad laboral (artículo 219.2 TRLC). Se intenta fomentar de este modo la posible adquisición y continuidad de la actividad económica a través de empresas relacionadas con la economía social.

Asimismo, perfilarán el perímetro de las deudas mantenidas con los trabajadores. En este sentido, por ejemplo, el Auto del JM nº 5 de Barcelona de 7 julio 2016²⁹ acordó la transmisión empresa limitándola a las deudas que tenían su origen en los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente (que en este caso fueron solamente once). En ese sentido, se declaró la existencia de la sucesión de empresa, si bien limitada a los centros de trabajo que se adquirieron y, por ende, respecto de las deudas (tanto laborales como de Seguridad Social), que tienen su origen en los contratos de trabajo existentes en dichos centros de trabajo y no así en la totalidad del pasivo laboral de la empresa considerada en su conjunto.

La reforma concursal del año 2020 (opción que se ha mantenido tras la aprobación de la Ley 16/2022) aumentó la participación de agentes sociales en el proceso de venta de la unidad productiva. Así, en este sentido, el artículo 220.1 TRLC (introducido en 2020) exige que *"las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran"*. Por lo tanto, los representantes legales de los trabajadores podrán asumir un papel activo en este tipo de procesos, pues, en caso de existir, el Juez del Concurso deberá de darles audiencia necesariamente. Se trata, en suma, de una exigencia para el órgano judicial y una posibilidad para los representantes, que dispondrán de quince días para mostrar su parecer y efectuar las oportunas alegaciones, precluyendo este trámite en caso contrario. La norma no prevé la sustitución de los representantes legales por ningún tipo de representación *ad hoc* y no pueden aplicarse de forma supletoria las reglas relativas al ERE Concursal, por lo que en caso de inexistencia de representación legal dicho trámite quedará amortizado. Por su parte, la reforma de 2022 (Ley 16/2022) ha dado entrada en este incidente a la Inspección de Trabajo. De acuerdo con lo dispuesto por el nuevo artículo 221.3 TRLC, el Juez del Concurso podrá recabar informe de la ITSS que se pronunciará sobre el alcance de las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de Seguridad Social relativas a estos trabajadores. Se trata de una opción que queda en manos del órgano judicial y que, en caso de solicitarlo, dicho informe se deberá de emitir y presentar en el juzgado en el plazo improrrogable de diez días (por lo que la ausencia de este en el plazo estipulado puede llevar al Juez del Concurso a seguir con el curso de las actuaciones).

29 Auto del JM nº 5 de Barcelona de 7 julio 2016, proc. 648/2015.

En relación con el acotamiento del perímetro de la transmisión, parece que lo más normal en la práctica es que los órganos mercantiles pongan límites a la transmisión de deudas y sobre el alcance de los contratos subrogados por parte de la empresa adquirente. La limitación de la responsabilidad viene deducida de la redacción actual del artículo 224.1 3ª TRLC, aunque ya venía siendo admitida con anterioridad (*vid.* Auto del TJUE de 28 de enero de 2015)³⁰. Se permite, por ende, limitar la responsabilidad solidaria cuando la transmisión de empresa tiene lugar en el contexto de una empresa insolvente, en nuestro caso, enmarcada en un proceso concursal. En concreto, nuestro artículo 224.1 3ª TRLC exige la transmisión de las deudas laborales y de Seguridad Social, ahora bien, solamente respecto de las correspondientes a los trabajadores de *“esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”*, acogiendo una práctica generalizada que ya venía adoptándose por parte de los Jueces de lo Mercantil a la hora de fijar el perímetro de la transmisión de los créditos laborales. Además, este mismo precepto permite exonerar de la parte del crédito asumida por FOGASA, por lo que se, en su caso, se limitará al eventual exceso sobre dicha cobertura prestacional. Con la regulación actual se refuerza la idea de que corresponde al Juez del Concurso fijar los lindes de la unidad productiva, pudiendo limitar los contratos de trabajo asumidos por el cesionario y los créditos en los que el adquirente habrá de subrogarse.

Con todo, desde mi punto de vista, la competencia de los órganos de la jurisdicción social no queda suprimida por completo, pues considero que todavía siguen existiendo algunos espacios —muy pocos— para su asunción. Así, en líneas generales, aun admitiendo que el Juez del Concurso tiene la competencia exclusiva y excluyente en esta materia, opino que esta se proyecta durante todo el proceso de venta de la unidad productiva, pero que, por el contrario, no debe de alcanzar a las reclamaciones que se dirijan única y exclusivamente frente a una empresa (adquirente) que no está declarada en concurso de acreedores, ni mucho menos cuando el proceso concursal haya concluido. En este sentido, una vez que el Juez del Concurso se ha pronunciado sobre todos los extremos inherentes a la transmisión, si se reclamara única y exclusivamente frente a la empresa adquirente (que no está en concurso de acreedores), entiendo que la competencia reside en su juez natural, es decir, en los órganos de la jurisdicción social. Con todo, no cabe perder de vista que en estos casos la resolución del órgano mercantil no puede dejarse sin efecto por parte de los Jueces de lo Social, ya que goza de los efectos propios de la cosa juzgada. Por este motivo, quizás las personas trabajadoras afectadas deban de ir directamente a ejecución laboral (recordemos, de nuevo, que se estaría persiguien-

30 *“El art. 5.2 Directiva 2001/23 no se opone a que el 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”.*

do la ejecución de una empresa que no está declarada en concurso de acreedores). El artículo 239 LRJS permite la ejecución de resoluciones dictadas por otro órgano judicial, por lo que se podrá acompañar el auto o sentencia dictada por el Juez del Concurso, siendo dicho pronunciamiento el título habilitante para que el Juzgado de lo Social inicie los trámites para satisfacer los créditos asumidos por la empresa adquirente. Piénsese que la empresa transmitente puede haber desaparecido (en función del alcance de la compraventa) o que, incluso, el proceso concursal puede haber concluido. Por lo tanto, considero que los trabajadores afectados, en caso de impago de la deuda, si se dirigen exclusivamente a la nueva empresa deberán demandar ante la jurisdicción social que, eso sí, estará obligada a asumir los términos de la resolución del Juez del Concurso.

Otra cuestión interesante, no exenta de polémica, consiste en intentar despejar la duda sobre el órgano competente para conocer acerca del eventual recurso frente a la decisión de los Jueces de lo Mercantil. Para resolver este asunto debemos de partir de la regla general prevista en el artículo 82.2 3º LOPJ, que señala expresamente que serán competencia de las Audiencias Provinciales los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil, *"salvo las que se dicten por estos juzgados en incidentes concursales en materia laboral"*. Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 546 TRLC *"contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta ley se excluya todo recurso o, en el caso de los autos, se otorgue expresamente recurso de apelación"*. Por lo demás, el artículo 547 TRLC establece con carácter general que: *"contra las sentencias dictadas por el juez del concurso cabrá recurso de apelación"*. Por lo tanto, de los preceptos transcritos cabe deducir que si lo que dicta el Juez del Mercantil a la hora de resolver sobre la sucesión de empresa es un auto cabrá plantear recurso de reposición frente al propio órgano judicial que lo ha dictado.

Tenemos que dirimir a continuación si el proceso a seguir en este recurso de reposición es el incidente concursal "en materia laboral" o bien el incidente "general" o "común". Si acudimos al artículo 541 TRLC observamos que el incidente concursal "en materia laboral" está tasado³¹ y viene reservado para cuestiones relacionadas con el ERE Concursal o con el personal laboral de alta dirección, siendo que, el legislador reformista no ha incluido a la sucesión de empresa dentro de este precepto. En consecuencia, cabe inferir que este proceso se deberá de sustanciar de acuerdo con las reglas propias del incidente concursal "general" o "común", que es que cabe cuando

31 Este incidente es el oportuno para conocer sobre todas aquellas *"acciones que los trabajadores o el Fondo de Garantía Salarial ejerciten contra el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de trabajadores que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estos"*.

el TRLC no prevé expresamente otra tramitación diferente (*vid.* artículo 532 TRLC). Por su parte, el artículo 551 TRLC establece que el recurso de suplicación ante las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia solo cabe para conocer sobre las impugnaciones colectivas frente al auto que decida sobre el ERE Concursal, así como contra las sentencias que resuelvan un incidente concursal “en materia laboral” (las del artículo 541 TRLC). Subsiguientemente, dado que los artículos 541 y 551 TRLC no incluyen a la sucesión de empresa dentro de los incidentes “en materia laboral” y teniendo en cuenta la *vis atractiva* existente en favor del incidente concursal “general” o “común”, las resoluciones de los Jueces de lo Mercantil dictadas en materia de sucesión de empresa se impugnarán ante el propio órgano judicial que lo ha dictado, siendo su sentencia recurrible en apelación ante las Audiencias Provinciales (recursos que, tras la reforma de la Ley 16/2022, deberán de tramitarse con urgencia y estar resueltos dentro de los dos meses siguientes a la recepción de las actuaciones para la propia Audiencia: artículo 548 TRLC).

Otro incidente sobre el que el Juez del Concurso asume la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa es en relación con el proceso de “pre-pack”. El “pre-pack” consiste, *grosso modo*, en la posibilidad de que la empresa solicite la declaración de concurso con una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas previamente pactada (la Ley 16/2022 introdujo esta opción en el artículo 224 *bis* TRLC). De acuerdo con el apartado octavo del mencionado precepto “*la transmisión de la unidad productiva o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones*”. Por lo tanto, si la solicitud de concurso viene acompañada de una oferta de adquisición se aplicarán las mismas reglas que he ido explicando previamente, incluyendo, como no puede ser de otro modo, la relativa a la competencia judicial para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para determinar los elementos que la integran, incluyendo los trabajadores y sus respectivos créditos. En este punto no podemos dejar pasar por alto la reciente STJUE de 28 de abril de 2022 (C-237/20) que, en líneas generales, concluyó que los procedimientos de “prepack” y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2011/23, siempre que el “prepack” se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico interno la transmisión preparada durante el procedimiento de “prepack” se ejecuta una vez iniciado el proceso concursal, con participación de la administración concursal y controlada por el Juez de lo Mercantil. Por esta razón, entiendo que se cumple con el requisito del artículo 5.1 de la Directiva 2011/23/CE que se refiere a los casos en los que el cedente es objeto de un procedimiento de insolvencia abierto con vistas a la liquidación de los bienes y está bajo la supervisión de una “autoridad pública”. Esto significa que los Jueces de lo Mercantil pueden actuar de acuerdo con la legislación concursal en el sentido de delimitar el perímetro de la sucesión de empresa, tanto en el número de trabajadores en los que se subroga la adquirente como en los créditos que esta última deberá de asumir.

Resta por dilucidar si lo que he ido comentando hasta el momento resulta de aplicación a otra serie de procesos especiales diseñados por la nueva Ley 16/2022. Así, en primer lugar, en el proceso especial para microempresas (nuevo Libro Tercero), el artículo 710 TRLC regula una serie de especialidades en materia de sucesión de empresa, pero comienza disponiendo que *“la transmisión de empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del libro primero de esta ley”*. Ninguna de las especialidades menciona nada nuevo en relación con la competencia objetiva, por lo que la remisión efectuada hacia el libro primero debe de proyectarse, necesariamente, sobre lo previsto por los artículos 52 y 221 TRLC. Además, de acuerdo con lo establecido por el artículo 86 *ter* apartado primero de la LOPJ, los Jueces de lo Mercantil son competentes para conocer sobre el procedimiento especial para microempresas (véase también el artículo 691 *quater* TRLC). En definitiva, cabe concluir que lo que he ido comentando con anterioridad también se proyecta sobre el proceso especial para microempresas regulado en el propio TRLC, es decir, que la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y fijar sus elementos y límites le corresponde al Juez del Concurso.

5. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN RELACIÓN CON LA TUTELA DE LOS CRÉDITOS LABORALES

5.1. Las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional

La presente reforma también ha incidido de manera decisiva sobre algunos aspectos nucleares en relación con la protección del crédito laboral. El artículo 242 TRLC, que regula los créditos que deben de ser considerados contra la masa, ha incluido dentro de esta calificación a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.

Con anterioridad a la presente reforma, la indemnización por falta de medidas de seguridad e higiene era considerada como un crédito concursal o contra la masa en función de la fecha de su devengo. En este sentido, podía ser un crédito concursal (de carácter privilegiado) si dicha cuantía existía con anterioridad a la declaración del concurso. Por su parte, podía calificarse como un crédito contra la masa en caso contrario, es decir, si su devengo era posterior a la declaración del concurso. En definitiva, el debate doctrinal se centraba en determinar cuál era el momento en el que se devengaba la citada indemnización.

En la actualidad, tras la reforma de la Ley 16/2022, este debate es totalmente estéril, dado que, *ex lege*, todo crédito de esta naturaleza que el empresario adeude al trabajador será, en todo caso, considerado contra la masa. En consecuencia, da exactamente igual que la indemnización se haya devengado antes o después de la declaración del concurso. En este punto el legislador concursal ha roto con el principio general que consiste en que las deudas contra la masa son normalmente las devengadas después de la declaración del concurso. Esta opción legislativa no es algo que sea muy habitual, aunque ya cuenta con algún precedente, justamente, en

relación con el Derecho del Trabajo, puesto que, desde los orígenes de la institución concursal, ya desde el año 2003, el legislador optó con considerar contra la masa los salarios coincidentes con los treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso. Estamos en ambos casos ante una ficción legal que persigue la protección del crédito en cuestión. En el caso particular de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales que traen causa en una ausencia de medidas de seguridad e higiene por parte del empresario late el principio de cobertura total de la contingencia y se pretende evitar que este crédito pueda quedar sin cobertura. Evidentemente, si estamos ante un crédito concursal, pese a que se le dote de carácter privilegiado, las expectativas de cobro son menores que en el caso en el que la calificación recibida sea como crédito contra la masa.

En cualquier caso, como es de sobra conocido, el importe económico de las indemnizaciones en el caso de accidentes o enfermedades profesionales puede estar asegurado a través del correspondiente seguro de responsabilidad civil patronal. En estos casos, el crédito que la entidad aseguradora mantiene con la empresa corre distinta suerte, puesto que el regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Llama la atención que el carácter ordinario del crédito se haya establecido en el artículo 242 TRLC, que se ocupa de ordenar los créditos contra la masa. Quizás sea porque no existe un artículo específico que regule los créditos ordinarios, ya que estos son todos aquellos que no pueden incluirse en otra calificación distinta. Pero más allá de esta consideración de carácter sistemático, lo cierto es que el crédito de la entidad aseguradora se califica de un modo que considero un tanto erróneo. Estoy de acuerdo en que si el crédito se ha devengado con anterioridad a la declaración del concurso su calificación sea de concursal de naturaleza ordinaria. Ahora bien, si su devengo es posterior, entiendo que este crédito debería de haberse considerado contra la masa (me estoy refiriendo, claro están, al crédito que ostenta entidad aseguradora). Seguramente, esta sería la interpretación que cabría si el legislador no hubiera dispuesto nada al respecto. Pero lo cierto es que el legislador sí que ha querido proclamar de forma expresa la naturaleza concreta de este crédito y ha optado por dotarle un *estatus* de crédito ordinario, incardinándolo en un precepto que regula los créditos contra la masa y sucediendo a otra frase que indica: *"cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare"*. Opino que la indiferencia de la fecha de la resolución de declare una cuantía indemnizatoria a favor del trabajador accidentado o enfermo también opera para la entidad aseguradora, por lo que su calificación será en calidad de crédito ordinario en todo caso.

Vista la regulación vigente, los escenarios que se pueden dar sobre esta materia son, básicamente, los siguientes:

- a) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que no esté cubierta por seguro alguno: toda la cuantía será calificada como crédito contra la masa.
- b) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el seguro en su totalidad, siendo dicha entidad quien abona todo el im-

porte a la persona o personas beneficiarias: en su caso, toda la cuantía será calificada como un crédito concursal ordinario.

- c) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el seguro, pero que su importe no lo esté en su totalidad: en este supuesto la cuantía que la empresa deba directamente al trabajador será calificada como crédito contra la masa, mientras que la parte que en su caso deba de ingresar a la entidad aseguradora será calificada como crédito concursal ordinario.

Por su parte, el régimen jurídico del recargo de prestaciones no se ha regulado de la misma manera. En este sentido, el artículo 280.1 TRLC ha mantenido dentro de los créditos concursales privilegiados al recargo sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. De este modo, la redacción actual del precepto ha eliminado a las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, tal y como hemos visto en los anteriores párrafos, han pasado a ser considerados contra la masa. Pero en el caso particular del recargo de prestaciones su importe será considerado contra la masa cuando se haya devengado con posterioridad a la declaración del concurso, siendo concursal de carácter privilegiado cuando se devengue con anterioridad (y será privilegiado por toda su cuantía, sin topes máximos ni límites). En este punto parece que el legislador se ha quedado a mitad camino en lo que a la protección de este tipo de créditos se refiere, dado que se ha centrado en la indemnización derivada de la responsabilidad por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, dejando al recargo de prestaciones que su calificación se discipline según la fecha de su devengo. Quisiera llamar la atención, simplemente, en el dato consistente en que el recargo de prestaciones no puede ser asegurado y, además, su cuantía tampoco queda cubierta por parte del Fondo de Garantía Salarial, por lo que el responsable directo del pago es, en todo caso, el propio empresario y no siendo una cuestión baladí que el crédito sea calificado como concursal o contra la masa quizás hubiera sido conveniente replantear su nivel de protección.

5.2. La nueva regulación de los créditos laborales en los concursos sin masa

Otro cambio bastante importante es el que se ha producido sobre el nuevo esquema de pago de los créditos contra la masa en los casos de insuficiencia de masa, tanto si esto ocurre en el momento de la propia declaración del concurso, como si sucede con posterioridad, es decir, en cualquier fase de la tramitación del proceso.

Empezando por la declaración del concurso sin masa *ab origine*, cabe indicar que la Ley 16/2022 ha eliminado la subsección 4.^a de la sección 2.^a del capítulo I del título XI del libro primero, integrada por los artículos 470 a 472 TRLC. Dicho de una forma algo más clara, que se han suprimido los denominados "concursos exprés". En este sentido, con anterioridad a la reforma era posible que el Juez de lo Mercantil dictara

un auto que en unidad de acto declarara el concurso de acreedores y, a su vez, su conclusión, siempre y cuando se pudiera constatar de manera evidente que la masa activa presumiblemente era insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del propio procedimiento. En estos casos, la posición de los trabajadores en relación con sus créditos pasaba, inexorablemente, por solicitar las prestaciones de FOGASA. Dado que el concurso se había declarado y cerrado en unidad de acto no había nombramiento de ninguna administración concursal que pudiera certificar nada, ni elaborar una lista de acreedores. De tal suerte que la solución jurídica pasaba en la práctica por la reclamación del crédito laboral dentro de la jurisdicción social, en busca de una declaración de insolvencia que fuera título habilitante para poder solicitar el pago de la prestación de FOGASA.

Tras la aprobación de la Ley 16/2022, el régimen jurídico de los concursos sin masa se ha pasado a regular en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. El nuevo artículo 37 *ter* TRLC señala que en estos casos el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores al que incorporará el pasivo que resulte de la documentación y, en principio, sin más pronunciamientos. Este auto se remitirá para su publicación en el BOE (en el suplemento del tablón edictal judicial único) y también se publicará en el Registro Público Concursal. Frente a dicho auto, el acreedor o acreedores que representen el cinco por ciento del pasivo, pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal (disponen de quince días desde la publicación del edicto). Ahora bien, la participación del administrador concursal en este procedimiento especial no lo es para emitir un informe que recoja la existencia y calificación de los créditos. Su participación en está tasada y se reduce, principalmente, a mostrar su parecer sobre la culpabilidad o no del concurso. Si el administrador concursal aprecia la existencia de los indicios regulados por el artículo 37 *ter* TRLC, el artículo 37 *quinquies* TRLC establece textualmente que *"el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley"*.

En resumidas cuentas, si no se nombra administrador concursal o este concluye que no hay culpabilidad del deudor, solamente tendremos un pasivo incorporado a un auto del Juez del Concurso sobre el que no ha existido contradicción. En estos supuestos no hay informes ni administración concursal que pueda certificar el crédito laboral. Por su parte, si el deudor es persona física podría solicitar la exoneración de pasivo al que más adelante me referiré en otro epígrafe. Basándose en estos argumentos, la Circular 2/2022 emitida por la Secretaría General de FOGASA concluye que el organismo no puede responder ante este escenario. La solución práctica pasa, pues, por una demanda interpuesta dentro de la jurisdicción social. Dado que la empresa es insolvente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23.2 LRJS, el órgano judicial deberá de citar a FOGASA. En principio, parece que no existirá obligación de citar a la administración concursal (desde luego, esto no será así cuando ni siquiera haya sido nombrada), pero entiendo que tampoco cuando lo haya sido, pues la concursada no tiene limitadas sus facultades empresariales. Con una declaración de insolvencia dictada en el seno de la jurisdicción social considero que FOGASA sí que

responderá de las prestaciones que la ley le atribuye. Entiendo que esta es la solución jurídica más segura que se desprende de la lectura del nuevo e “inacabado” procedimiento de declaración de los concursos sin masa previsto en los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC. En este sentido, opción más segura por el momento pasa por buscar una declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, pues de lo contrario el FOGASA denegará su prestación de acuerdo con lo indicado en su Circular anteriormente mencionada. Esto se podría haber solucionado desde el tenor la Ley a través de diversas fórmulas:

- a) Se podría haber introducido una previsión en el artículo 33 ET que, además de exigir que el crédito laboral esté incluido en la lista de acreedores o sea certificado por el administrador concursal, en los casos de los concursos sin masa fuera suficiente con la presentación de la relación de deudas contenida en el auto del Juez de lo Mercantil que refleja el pasivo de la empresa (esta opción presenta el problema de la ausencia de contradicción del crédito invocado).
- b) Otra alternativa hubiera sido a través de la incorporación de alguna previsión específica dentro del propio proceso concursal: por ejemplo, lisa y llanamente, incluyendo la posibilidad de que el administrador concursal pueda certificar la deuda laboral; o bien que se le hubiera encomendado la elaboración de un informe con los créditos existentes.
- c) También se podría haber solucionado permitiendo discutir en el seno de este proceso aspectos relacionados con los créditos, quizás a través de un incidente concursal que pudiera llevar al Juez del Concurso dictar una sentencia que acreditara la existencia y cuantía de un determinado crédito laboral.

Es posible que los órganos mercantiles puedan perfilar algún tipo de criterio en cierta medida “imaginativo” tendente a resolver este problema, pero tendremos que esperar a la evolución de esta cuestión. Pero, desde luego, parece que, con la lectura sistemática de los artículos 37 *bis* a 37 *quinquies* TRLC y 33 ET la solución legal más segura, aunque no por ello la más convincente ni la más efectiva, ni la más eficaz, pasa porque la persona trabajadora reivindique su crédito en el seno de la jurisdicción social (opción más segura, pero, desde luego, más larga y tediosa).

La solución podría ser distinta en los casos en los que administrador concursal aprecie la existencia de los indicios a que los que se refiere el artículo 37 *ter* TRLC, dado que la norma establece que “*el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en esta ley*”. Tendremos que esperar a la evolución de este tema, pero parece que la norma ordena abrir la fase de liquidación y si el procedimiento continúa conforme a lo establecido en la ley todo apunta a que aquí si pudiera existir algún tipo de informe por parte del administrador concursal o, cuanto menos, si este órgano persiste en el proceso, podrá certificar los créditos laborales que puedan permitir el acceso a las

prestaciones de FOGASA. Sino hay créditos suficientes para cubrir los créditos con la masa, entiendo que la ordenación de estos se tendría que llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250 TRLC, sin que existan créditos concursales que puedan quedar cubiertos. Con todo, como acabo de aseverar, los trabajadores podrían llegar cobrar todo o parte de la deuda empresarial de manos de FOGASA, siempre y cuando el administrador concursal pueda certificarlos y el órgano judicial cite al ente administrativo como parte del proceso para que pueda efectuar las alegaciones pertinentes.

También ha sufrido un importante cambio la dicción del 250 TRLC. La redacción anterior del precepto contenía una lista *numerus clausus* de créditos ordenados y jerarquizados que el Tribunal Supremo consideró que constituía una lista autónoma y separada³². La Ley 16/2022 ha optado por eliminar la lista que existía con anterioridad. Esto no quiere decir que los créditos no estén ordenados y jerarquizados (sí que lo están), pero el nuevo artículo 250.3 TRLC remite a la lista del artículo 242.1 TRLC, es decir, la de los créditos que son considerados contra la masa.

En seguida volveré sobre este tema, puesto que, con anterioridad a los enumerados en la indicada lista, hay que cubrir los créditos "imprescindibles" para la liquidación de la masa activa. Aquí volvemos a encontrar novedades, toda vez que con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022 el artículo 250 TLRC no establecía cuáles eran estos créditos "imprescindibles". Pero, estos momentos, el artículo 250.2 TRLC sí que regula cuáles son estos créditos "imprescindibles" y, entre otros, señala que adquieren esta condición los adeudados por los salarios devengados después de la apertura de la fase de liquidación, mientras existan trabajadores con contrato en vigor. Repárese que el precepto utiliza exclusivamente el término salarios, por lo que otra serie de conceptos de naturaleza extrasalarial, incluidas las indemnizaciones por despido, no entran dentro de este carácter "imprescindible". Esta limitación tiene todo el sentido porque la norma utiliza el concepto de créditos "*imprescindibles para la liquidación de la masa*", por lo que solamente cumplen esta condición los salarios de los eventuales trabajadores que persistan con su contrato en vigor durante este proceso de liquidación. Con todo, en esta fase de liquidación lo normal es que la mayoría de los contratos de trabajo, por no decir todos, se hayan extinguido previamente, en cuyo caso no existirán créditos salariales que entren dentro de este concepto "imprescindible". Seguramente el legislador está pensando en aquellos trabajadores, muy pocos, que puedan ayudar de algún modo u otro en las labores conclusivas de

32 La ordenación crediticia anterior a la reforma vigente era, básicamente, la siguiente:

- 1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
- 2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- 3.º Los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
- 4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso de acreedores.
- 5.º Los demás créditos contra la masa.

la empresa, en su última etapa, quizás con algún tipo de gestión normalmente de naturaleza administrativa y de colaboración con la administración concursal o para intentar dar salida a los últimos productos o servicios. Si los activos de la empresa no pueden cubrir ni siquiera estos créditos considerados “imprescindibles”, el pago de estos se realizará a prorrata en todos ellos.

Una vez que se han podido satisfacer los créditos “imprescindibles”, tanto laborales como los de otra clase, la normativa vigente nos conduce a una suerte de “espiguelo”, en el sentido de que para ordenar correctamente los pagos cabe acudir a los artículos 242 y 250 TRLC, respectivamente. En este sentido, de acuerdo con el orden previsto en el artículo 242 TRLC, lo primero que se tendrá que abonar, en su caso, es el importe íntegro del crédito indemnizatorio por accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este punto cabe tener en cuenta que será, exclusivamente, la parte del crédito que deba de abonar la empresa directamente a la persona trabajadora afectada por el accidente o enfermedad profesional ocasionado por falta de medidas de seguridad. Desde mi punto de vista, el importe que haya podido abonar la entidad aseguradora a la persona afectada y que, en su caso, pueda exigir al empresario, no participará del régimen de pagos de los concursos sin masa, al tratarse de un crédito concursal ordinario.

Una vez satisfecho este importe, en el hipotético caso en el que exista un crédito de esta naturales (algo que por lo demás no será demasiado común), nos tenemos que alejar momentáneamente de la ordenación del artículo 242 TRLC, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 250.4 TRLC, seguirán en el orden de prelación los créditos devengados tras la declaración del concurso por salarios e indemnizaciones por la extinción de los contratos de trabajo, hasta el triple del SMI.

Posteriormente, una cubiertos todos los anteriores cabrá pagar, en su caso, los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, hasta el duplo del SMI). Es posible que si la insuficiencia de masa se ha producido una vez ya avanzado el proceso concursal estos créditos ya se hayan pagado. Detrás de estos les siguen otra serie de créditos de naturaleza no laboral y que se alejan del objeto de este estudio.

5.3. La exoneración del pasivo insatisfecho: aspectos laborales

Otra de las novedades más significativas de la reforma de la Ley 16/2022 ha sido, sin lugar a duda, la incidencia que esta ha tenido sobre el régimen jurídico de la denominada “segunda oportunidad”, es decir, la posibilidad de que a un deudor persona física o natural se le puedan perdonar (exonerar) todo o parte de sus deudas. De hecho, la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de “segunda oportunidad”, con la finalidad de implementar un proceso de homogeneización que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del mercado único europeo. Sobre la línea de flotación de este mecanismo de “segunda oportunidad” descansa la idea de poder permitir que el deudor vuelva a emprender, reincorporándose con éxito a la actividad productiva.

El sistema previsto en nuestra legislación interna se articula en dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa o la exoneración con plan de pagos. Pero, para poder transitar esta senda, el deudor persona física debe de cumplir con ciertos estándares relacionados con el principio de la buena fe profesional, que actúa como una especie de piedra angular del sistema. A tales efectos, el deudor deberá de cumplir con una serie de conductas objetivas tasada por el artículo 487 TRLC, pues de lo contrario no podrá acogerse al beneficio de la exoneración de su pasivo. El mencionado precepto establece una serie de requisitos que vienen marcados, principalmente, por el hecho de que el deudor no haya sido condenado ni sancionado por una serie de cuestiones y, entre ellas se incluyen sanciones administrativas firmes recibidas por infracciones laborales a lo largo de los diez años anteriores, o acuerdos de derivación de responsabilidad (cabe entender solidaria), salvo que se hubiera satisfecho dicha responsabilidad. Tampoco pueden haber sido condenados por un delito, entre otros, contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores (siempre que la pena máxima señalada sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito). Existen, desde luego, otra serie de parámetros relacionados con el canon de la buena fe en la gestión de la actividad económica, pero en lo que aquí nos interesa, simplemente me gustaría destacar que se incluyen dentro de este tipo de conductas el hecho de que no se hayan recibido sanciones administrativas ni condenas que guarden relación con el Derecho del Trabajo, pues, de lo contrario, estas pueden llegar a frustrar el mecanismo de la denominada “segunda oportunidad”.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de protección, la regla general consiste en que el deudor de buena fe puede quedar exonerado de todas sus deudas, es decir, que rige en esta sede un principio general de dispensa. Así lo manifiesta el artículo 489 TRLC, que expresa en su primera frase lo siguiente: *“la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas”* (debiendo de entender comprendidos tanto los créditos concursales como los devengados contra la masa). Ahora bien, a pesar de esta primera aproximación general, la norma incorpora una serie de excepciones y para lo cual incorpora una lista de créditos que debemos de considerar *numerus clausus* y que tiene que ser interpretada de una forma excepcional y restrictiva.

Se trata de una serie de créditos que por su especial naturaleza no pueden quedar exonerados o, dicho de otro modo, que el deudor sigue estando obligado a su abono o satisfacción con cargo a sus bienes y derechos. Dentro de este elenco podemos encontrar algunos créditos de índole laboral. Pero antes de entrar en ellos me gustaría señalar dos apuntes de cierto interés: en primer lugar, que la Directiva 2019/1023, en su artículo 23, deja plena libertad a los Estados para que regulen estas excepciones, incorporando un breve listado en el que la exoneración se puede limitar y en el que me llama la atención de que no encontremos ninguna referencia sobre los créditos a favor de los trabajadores. Por lo tanto, la inclusión de una serie de deudas

laborales entre las deudas que no se pueden exonerar ha sido fruto del designio de nuestro legislador interno; En segundo lugar, también me llama la atención que en la exposición de motivos de la Ley 16/2022, cuando se explican brevemente los créditos que no se pueden exonerar y su justificación no se haya hecho ninguna referencia a los laborales, siendo que, como veremos, sí que han sido incluidos en el articulado de la norma. Entrando de lleno en la lista de créditos laborales que no pueden quedar exonerados, de acuerdo con el artículo 489 TRLC, estos son los siguientes:

a) Las deudas por responsabilidad civil derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare. No hace ninguna distinción el precepto sobre si el crédito debe de estar asegurado o no, distinción que sí que existe a la hora de determinar su calificación como concursal o contra la masa. Por lo tanto, parece que dicha indemnización, bien la tenga que abonar el empleador al trabajador afectado o bien a la entidad aseguradora, no se podrá exonerar. Si el legislador hubiera querido hacer distinciones las habría hecho, como ocurre con la dicción del artículo 242 TRLC. Por lo demás, tampoco se establecen topes ni límites de ningún tipo, por lo que la deuda se tendrá que pagar en su integridad.

b) Tampoco se podrán exonerar los créditos salariales referidos a los 60 días anteriores a la declaración del concurso (hasta el triple del SMI). Se trata de un límite de días desconocido y sobre el que no existe precedente dentro de la legislación concursal, ni tampoco en el Estatuto de los Trabajadores, ni en la Directiva europea (que ya he comentado previamente que no dice nada sobre los créditos laborales). En este punto estamos ante créditos concursales porque se han devengado con anterioridad a la declaración del concurso, excepto los relativos a los 30 últimos días de trabajo efectivo (que son créditos contra la masa). El importe salarial que no se puede exonerar será el calculado hasta el triple del SMI (por lo que la cuantía que exceda sí que quedaría exonerada). Tampoco se podrán exonerar los salarios que se han "*devengado durante el procedimiento*". Entiendo que el precepto se refiere a los salarios que son considerados contra la masa, es decir, los devengados con posterioridad a la declaración del concurso. A diferencia de los créditos por los últimos 60 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso, los salarios contra la masa no están limitados a un número de días concretos, ni tampoco a un importe máximo tomando como referencia el SMI, por lo que considero que el empresario seguirá estando obligado al pago de toda la deuda salarial devengada contra la masa.

Cabe reparar que el precepto utiliza en ambos casos el término "deudas por salarios", por ende, las indemnizaciones (incluidas la de despido) y cualquier otra deuda de carácter extrasalarial (incluidos los salarios de tramitación), sí que participaran del régimen general de exoneración. Por lo tanto, estos créditos laborales se extinguirán por razón de la exoneración y los trabajadores ya no podrán ejercer ningún tipo de acción frente el deudor tendente a su cobro (así lo dispone expresamente el artículo 490 TRLC). Con todo, los trabajadores podrían recibir todo o parte del importe de la deuda si solicitan la prestación de FOGASA y reúnen los requisitos pertinentes. Otra posibilidad que se puede dar es que exista otra empresa que pueda resultar respon-

sable de manera solidaria con el empleador principal, puesto que el artículo 492.1 TRLC establece que la *"exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el deudor (...) por disposición legal o contractual"*. Para ello, evidentemente, debe de existir otra empresa a la que el trabajador pueda reclamar esa deuda que ya no va a recibir en ningún caso de su empleador concursado, demanda que entiendo que deberá de plantearse ante los órganos de la Jurisdicción Social únicamente frente a la/s otra/s empresa/s, puesto que frente al deudor principal ya hemos visto que no se puede ejercer ningún tipo de acción (aunque podría ser llamado, eso sí, para probar la eventual relación industrial o comercial que pudiera hacer derivar la responsabilidad hacia otra/s empresa/s).

Otra duda que se puede plantear en este punto es sobre si la deuda salarial que no se puede exonerar es por el importe bruto o neto y si cabe incluir los intereses por mora. Parece que el importe que cabe escoger en este caso es el importe neto, ya que siendo la exoneración la regla general, el abono de los salarios es una excepción y, por lo tanto, el trabajador debería de recibir la cuantía que le corresponde, siendo la parte del salario que hay que asignar a la Agencia Tributaria y a la TGSS susceptible de resultar exonerada si la misma entra dentro de los límites legales a los que más adelante me referiré.

Por lo que respecta a los intereses, dado que la norma no los excluye y alude expresamente a la "deuda salarial", considero que por tal cabe entender la inclusión del principal más los intereses. Respecto de los créditos contra la masa esto tiene sentido porque los salarios sí que siguen devengando intereses, dado que estos no se paralizan. Consiguientemente, por "deuda salarial" devengada "durante el procedimiento", debemos de entender incluidos los intereses por mora del 10 por ciento previstos en la legislación laboral (pues en caso contrario el legislador lo debería de haber indicado expresamente, como así ha hecho en otras partes de la Ley Concursal en relación, precisamente, con los intereses). Por lo que se refiere a los créditos por los 60 últimos días de trabajo efectivo, al ser créditos devengados con anterioridad al concurso, el artículo 152 TRLC proclama el principio general de suspensión del devengo de intereses, excepto para el caso los créditos salariales que sí que los devengarán, pero calculados de acuerdo con el interés legal del dinero. Todos estos intereses, no obstante, se paralizarán en el momento de la exoneración, ya que estos no se devengarán durante el plan de pagos (artículo 496 bis TRLC).

En último término, cabe significar que estos créditos salariales que no pueden quedar exonerados lo serán *"siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial"*. Por lo tanto, si FOGASA se ha hecho cargo de toda la deuda salarial, el crédito sí que se exonerará, toda vez que de la lectura del precepto cabe deducir que el ente administrativo no podrá subrogarse, quedando toda la deuda perdonada y sin posibilidad de recuperación. Ahora bien, si por cualquier motivo la persona trabajadora no puede acudir a FOGASA o este organismo le ha denegado la prestación, los límites serán los que he comentado con anterioridad, sin que la exégesis genere mayores dudas interpretativas.

Los problemas podrían venir cuando el FOGASA haya abonado una parte de la prestación salarial (por llegar a sus topes legales) y quede parte de la deuda por salarios que satisfacer. En estos casos, cuando toda la deuda sea de la parte no "exonerable" (es decir, entre toda dentro de los lindes del artículo 489.1 4º TRLC), considero que no existirán demasiados problemas en convenir en que la cuantía abonada por el FOGASA quedará exonerada y que no lo estará por toda la cuantía que reste, es decir, que la diferencia seguirá siendo una obligación de pago que deberá de asumir el empresario. Pero, mayores complicaciones pueden tener los casos en los que la deuda es muy elevada, ya sea por afectar a muchas mensualidades y que existan salarios que no se puedan exonerar, mientras que otros sí que lo sean. Aquí el inconveniente radica en que FOGASA abonará una determinada cuantía calculada sobre la totalidad de la deuda, es decir, que no dictará una resolución que parcele el crédito en función de si se cubre crédito contra la masa o concursal. Si entendemos que el importe abonado por FOGASA queda totalmente exonerado, la duda está en determinar si el deudor persona física puede alegar lo siguiente: que toda la parte abonada por este organismo quede exonerada, pudiendo aducir que hay otra parte del crédito que se le tendría que exonerar en su integridad (es decir, que toda la parte abonada por FOGASA se coja de la parte de la deuda no "exonerable"). Por su parte, al trabajador le interesará defender la postura contraria, es decir, alegar que FOGASA ha abonado su prestación de la parte que puede quedar exonerada, para así poder solicitar de su empleador el resto de la deuda salarial no "exonerable"³³. Aquí entiendo que no podemos acudir a las reglas sobre imputación de pagos, dado que FOGASA no va a recuperar la prestación, es decir, no se subroga y por ello el problema no consiste en tratar de repartir importes pecuniarios entre el ente administrativo y el trabajador afectado. Desde mi punto de vista, por lo demás, aquí no creo que quepa una interpretación *pro operario*, pues no estamos aplicando legislación laboral. Por lo que seguramente quepa acudir al principio general que impera en esta sede y que conjetura que *"la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas"* (artículo 489.1 TRLC). No cabe perder de vista

33 Veamos la dinámica anterior con un ejemplo numérico empleando cifras sencillas para su mayor comprensión. Supongamos que la deuda salarial total asciende a 10.000 euros. Imaginemos que 6.000 euros son anteriores a la declaración del concurso (3.000 referidos a los 60 últimos días de trabajo efectivo y los otros 3.000 por un periodo anterior) y los otros 4.000 euros son posteriores a la declaración del concurso. Pues bien, supongamos que FOGASA abona una prestación que asciende a 6.000 euros (por lo que todavía restan 4.000 euros por abonar). En este supuesto imaginado acabado de plantear, es dable pensar que a la empresa le interese que esos 6.000 euros abonados por FOGASA sean de la deuda más actual y que sea todo de la parte no "exonerable" (todo el crédito contra la masa —4.000— y parte del concursal). De este modo, solo tendría la obligación de pagar 1.000 euros al trabajador (porque los 6.000 de FOGASA quedan perdonados y los 3.000 que superan los 60 días anteriores a la declaración del concurso también quedan exonerados, por lo que restarían por pagar 1.000 euros). Del lado contrario, al trabajador le interesará plantear que los 6.000 euros del FOGASA se extraen primero de la deuda "exonerable" o bien la más antigua (en este escenario la empresa le debería de pagar toda la diferencia, es decir, 4.000 euros). De acuerdo con lo explicado más arriba en el texto, el criterio que entiendo que cabría aplicar es el primero, es decir, que en este supuesto el trabajador solamente tendría derecho a seguir reclamando la cantidad de 1.000 euros, quedando el resto de la deuda exonerada para el empleador (sin perder de vista que el trabajador ya ha recibido una parte de manos de FOGASA).

que el trabajador, en su calidad de acreedor, se rige por la legislación concursal y por ende considero que le resultan de aplicación los principios propios de esta institución y, concretamente, los derivados del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho y de "segunda oportunidad". De ese modo, siendo la exoneración de la deuda la regla general aplicable, cabrá deducir de la parte abonada por FOGASA, en primer lugar, el crédito salarial que se puede exonerar, por lo que es posible que el trabajador finalmente reciba una cuantía menor (aunque no cabe perder de vista que este ya habría podido cobrar del organismo público).

c) Por lo que se refiere a los créditos mantenidos con la TGSS, en estos momentos, la redacción vigente del artículo 489.1 5º TRLC parte del principio contrario, es decir, cabe partir del criterio general de que el crédito público no se puede perdonar. No obstante, en el caso particular de las deudas mantenidas contra la Seguridad Social sí que pueden quedar exonerados los importes adeudados hasta alcanzar la cifra de diez mil euros (siendo los primeros cinco mil de exoneración directa y luego la cuantía será del 50% hasta alcanzar los indicados diez mil euros). Como se podrá apreciar, la exoneración de deudas de derecho público queda sujeta a ciertos límites y, además, solo podrá producirse en la primera exoneración del pasivo insatisfecho y no así no en las sucesivas.

Sobre los créditos laborales que han sido exonerados (sean por indemnizaciones o salarios que superen los límites vistos con anterioridad o bien los mantenidos contra la Seguridad Social centro de los topes legales), el acreedor ya no podrá interponer acción de ningún tipo. En sentido contrario, respecto de la parte no exonerada de cualquier crédito, el acreedor sí que mantendrá las acciones pertinentes (artículo 490 TRLC). Con todo, la norma concursal no resuelve en el precepto acabado de citar cual es el órgano competente para conocer las demandas presentadas en relación con la reclamación del crédito laboral no "exonerable", es decir, si esta corresponde al Juez del Concurso. Desde mi punto de vista, siendo que el proceso concursal permanece abierto y al tratarse el litigio del reconocimiento y/o ejecución del pago de un crédito, la competencia le corresponde al Juez del Concurso. Apoya esta tesis lo dispuesto por el artículo 499.2 TRLC que, en el contexto de un plan de pagos, señala que *"las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal"*. Por lo tanto, la parte del crédito no exonerable e, incluso, las nuevas deudas laborales que se puedan originar durante este proceso deberán de ejecutarse a través del incidente concursal "común" ante el propio Juez del Concurso.

5.4. Los créditos laborales originados tras la aprobación de un convenio con los acreedores

La Ley 16/2022 también ha incidido sobre la calificación que merecen los créditos que se originen durante la fase de cumplimiento del convenio aprobado con los acreedores.

Con anterioridad a la reforma, la Sala de lo Social de Tribunal Supremo se había ocupado de determinar que los conflictos planteados entre el trabajador y el empresario en concurso en relación con los créditos originados en la fase de cumplimiento de un convenio con los acreedores debían de ser resueltos por los órganos de la jurisdicción social. Así lo resolvió la STS de 17 de abril de 2018³⁴, que literalmente determinó lo siguiente: *"la conclusión que se extrae es clara: 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; ejecuciones que no se acumularán 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"*. Esta misma interpretación ha sido repetida posteriormente por la STS de 9 de enero de 2019³⁵ y unos años antes por el Auto dictado por la Sala Especial de Conflictos con fecha 28 de septiembre de 2015³⁶. En similares términos, la STS de 31 de enero de 2019³⁷, resolvió un supuesto concreto en el que se discutió acerca de la competencia para ejecutar los créditos devengados con posterioridad a la aprobación de un convenio, concluyéndose que estos deben de hacerse efectivos en el seno del orden jurisdiccional social.

Hasta la aprobación de la Ley 16/2022, los créditos adeudados tras la aprobación judicial del convenio eran créditos no concursales por lo que su reconocimiento quedaba extramuros de la competencia del Juez del Concurso. Pero, en estos momentos, el nuevo artículo 414 *bis* TRLC establece como novedad que los créditos contraídos durante el cumplimiento del convenio son concursales. Esta nueva regulación obliga a que nos tengamos que plantear si la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, tal y como hemos visto anteriormente, consideraba que la competencia era de los órganos de la jurisdicción social, puede mantenerse.

Desde mi punto de vista, esta jurisprudencia no queda alterada si atendemos a la ubicación sistemática del reformado artículo 414 *bis* TRLC. El precepto aquí sometido a debate se titula "especialidades en caso de incumplimiento del convenio". Además, se ubica dentro del capítulo titulado "de los efectos de la apertura de la fase de liquidación". De tal modo que la interpretación correcta teniendo en cuenta estas consideraciones opino que es la siguiente:

- a) Cuando el crédito laboral se devengue durante la fase de cumplimiento del convenio y en tanto en cuanto no se declare el incumplimiento del mismo y, por ende, no se abra la fase de liquidación, la doctrina del TS se debe de mantener. En este sentido, podemos concluir que los trabajadores que quieran

34 STS de 17 de abril de 2018, rec. 934/2016.

35 STS de 9 de enero de 2019, rec. 2738/2016.

36 ATS (Sala Especial de Conflictos) de 28 de septiembre de 2015, Conf. Comp. 14/2014.

37 STS de 31 de enero de 2019, rec. 1141/2017.

reclamar el pago de su crédito laboral durante el cumplimiento del convenio y en tanto que no se abra la liquidación, tendrán que demandar ante la jurisdicción social e, incluso, mientras esta situación no cambie, se podrá recabar tutela ejecutiva sobre dichos créditos.

- b) Ahora bien, esta situación cambiará radicalmente cuando se abra la fase de liquidación tras la declaración de incumplimiento del convenio (o la declaración por nulidad del convenio aprobado). Cuando se produzca este suceso, el trabajador ya no podrá plantear la demanda ante los órganos de la jurisdicción social. En este nuevo escenario el Juez del Concurso recupera la competencia, se debe de reponer a la administración concursal (o nombrar una nueva) y ya no se podrán iniciar ejecuciones laborales separadas (y las iniciadas se tendrán que paralizar). De tal suerte que los créditos laborales se tendrán que ordenar conforme a las reglas propias de la legislación concursal. La novedad en este punto reside en que los créditos laborales (salariales o indemnizatorios) que han sido originados durante la fase de cumplimiento del convenio serán calificados, una vez abierta la liquidación, como créditos concursales (en su mayoría privilegiados).

6. EL NUEVO PROCESO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS: ASPECTOS LABORALES

Otra de las modificaciones más destacadas de la reforma ha sido la creación, por primera vez en España, de un nuevo procedimiento especial para canalizar los procesos concursales que afecten a las microempresas.

En primer lugar, debemos de aclarar qué es lo que entiende el legislador concursal por "microempresas". De esta tarea se ocupa el artículo 685 TRLC que dispone que este proceso especial se aplicará a aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos diez trabajadores y que además tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. De la lectura del precepto podemos deducir que se tienen que dar ambos requerimientos, es decir, tratarse de una empresa con menos de diez trabajadores y que además tenga una cifra de negocios o un pasivo inferior a las cifras fijadas, puesto que si incumple con uno de ellos el proceso se tramitará por la vía ordinaria o común.

Centrándome en el número de trabajadores exigido, por ser la vocación de este estudio un análisis de la reforma desde la perspectiva laboral, me gustaría destacar que la norma utiliza como parámetro la media de trabajadores durante el último año. Esto nos lleva a interpretar que en la práctica sería posible que en el momento de la declaración del concurso el número de trabajadores puede llegar a ser superior a diez, siempre y cuando que a lo largo del último año la media sea inferior a este número. La existencia de más de diez trabajadores a la hora de solicitar el concurso de acreedo-

res puede tener incidencia a la hora de llevar a cabo medidas de ajuste en la plantilla. En sentido contrario, también podría suceder que una empresa que en el momento de solicitarse el concurso presente un número de trabajadores inferior a diez, pero que durante el año anterior haya tenido más empleados de media (por ejemplo, porque antes de la solicitud haya llevado a cabo extinciones de naturaleza colectiva). En este último supuesto el proceso a seguir no será el especial para microempresas sino el proceso ordinario o común (pues la media de empleados es superior a diez). Desde mi punto de vista, calcular el número de trabajadores con la media de la plantilla durante el último año es una pauta acertada que refleja con cierta verosimilitud la magnitud de la empresa pretendida por el legislador. Cabe mencionar, asimismo, que el número de trabajadores exigido viene representado por aquellos que presten servicios a tiempo completo, por lo que los contratos a tiempo parcial computarán menos a los efectos de este cálculo (por ejemplo, dos trabajadores a media jornada serían a los efectos de este cómputo como un único trabajador). De tal manera que una empresa puede entrar en el proceso especial para microempresas con más de diez trabajadores siempre que tenga varios contratos concertados a tiempo parcial. Esta situación también puede tener incidencia a la hora de llevar a cabo medidas laborales de carácter colectivo, como seguidamente veremos en este mismo epígrafe. Esto es así porque los umbrales de las medidas laborales previstas en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET se fijan en el número de trabajadores afectados, sin distinguir si su jornada es a tiempo completo o a tiempo parcial.

Una vez que hemos identificado qué empresas son las que entran dentro de este proceso considero que es importante esbozar, siquiera de una forma somera, las partes en las que se divide el mismo. De entrada, cabe anticipar que el legislador ha pretendido diseñar un procedimiento que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema concursal: para ello ha optado por eliminar bastantes trámites y ha reducido la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos imprescindibles o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes (de hecho, el proceso especial para microempresas no cuenta con el nombramiento necesario de una administración concursal, que solamente podrá participar en algunos incidentes a solicitud de parte interesada); Por su parte, la intervención del Juez del Concurso solo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado; Por lo demás, el procedimiento se evacuará a través de una serie de formularios normalizados, de forma telemática y sin coste alguno para los interesados.

Este nuevo proceso conjetura un sistema único y simplificado que se divide en dos fases alternativas o acumulativas, que son: a) el proceso de continuación (que supone la continuidad de la actividad empresas a través de la aprobación de un plan de pagos); b) Y el proceso de liquidación (que supone la disolución de la sociedad). En el caso de un autónomo (persona física) que tramite su concurso por esta vía, comentar simplemente que podrá acceder al mecanismo de "segunda oportunidad" (exoneración del pasivo insatisfecho), tanto si se opta por el plan de pagos como por la liquidación.

En el contexto de este proceso especial para microempresas, las principales dudas laborales a las que entiendo que debemos de dar oportuna respuesta son, básicamente, las siguientes: cómo tramitar las medidas de ajuste de plantilla y qué sucede con los créditos laborales.

Para dar respuesta al primero de los interrogantes solamente contamos con un único precepto que se refiere directamente a la cuestión. En este sentido, el artículo 707.4 TRLC, referido a la tramitación del plan de liquidación, señala expresamente que en el caso de que el plan *"contuviera previsiones sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o el despido colectivo de trabajadores, se estará a lo establecido en el libro primero en materia de contratos de trabajo"*. Varias son las conclusiones que podemos extraer de la redacción transcrita:

- La primera de ellas es que para el procedimiento especial de microempresas no se alteran las reglas generales en materia de competencia para llevar a cabo medidas de ajuste de plantilla de carácter colectivo, puesto que la norma efectúa una remisión expresa hacia el libro primero y que debemos de entender dirigida hacia los artículos 53 TRLC y 169 y ss. TRLC. En consecuencia, cuando el proceso especial de microempresas transita por la vía de la liquidación debemos tener en cuenta los umbrales previstos en los preceptos del ET (o del artículo 53 TRLC). En este sentido, si las operaciones de liquidación suponen la extinción de todos los contratos de trabajo estaremos ante un despido colectivo que cabrá tramitar por la vía de los artículos 169 y ss. TRLC, es decir, un ERE Concursal siempre que el número de afectados sea superior a cinco. En el caso contrario, si la medida afecta a menos trabajadores se tendrán que practicar despidos objetivos por la vía del artículo 52 ET. En el primer caso, la medida vendrá autorizada (o no) por parte del Juez del Concurso y el sistema de recursos será el previsto en la propia Ley Concursal (artículos 541 y 551 TRLC). Por su parte, la eventual impugnación de los despidos objetivos, cuando sea esta la medida comunicada a las personas afectadas tendrá que interponerse ante los órganos de la jurisdicción social. Para el supuesto en el que lo proyectado sobre los contratos no sea una extinción del mismos, sino la modificación de alguna/s de sus condiciones (incluyendo los traslados), tendremos que estar a los umbrales numéricos previstos en los artículos 40 y 41 ET. En este sentido, es posible que en las labores de liquidación se lleven a cabo estas medidas, especialmente si tenemos en cuenta que en esta fase cabe la transmisión de la unidad productiva (artículo 710 TRLC). A tales efectos, si estas modificaciones son de naturaleza colectiva se tendrán que desarrollar a través de los trámites del ERE Concursal, culminado con un auto emitido por parte del Juez del Concurso y rigiendo el sistema de recursos previsto por el propio TRLC. En sentido contrario, si las modificaciones son de naturaleza individual o plural (es decir, que no son colectivas) se tramitarán siguiendo las previsiones de la legislación laboral (ET), siendo recurrible la decisión empresarial ante los órganos de la jurisdicción social.

- La segunda cuestión es que el legislador ha olvidado mencionar a las suspensiones de los contratos de trabajo (incluyendo las reducciones de jornada). Llama la atención esta cuestión porque este tipo de medidas está presente en otros preceptos del TRLC, lo que nos obliga a interpretar si se trata de una laguna que cabe colmar con una lectura sistemática o si se trata de una elipsis decidida a conciencia. Quizás podemos llegar a pensar que más bien se trata de esto último, porque al estar el proceso en el contexto de un plan de liquidación, lo más habitual será que los contratos se extingan y no quepa adoptar suspensiones ni reducciones de jornada. Ahora bien, también es posible que la empresa se transmita o se puedan llevar a cabo otra serie de operaciones que precisen realizar algunos ajustes sobre los contratos de trabajo. En este sentido, si acudimos a la redacción del artículo 220 TRL, observamos como el legislador sí que ha incluido a la suspensión de los contratos dentro del proceso de transmisión de la unidad productiva de las empresas concursadas. Por su parte, los artículos 53 y 169 y ss. TRLC también incluyen las suspensiones de los contratos y reducciones de jornada dentro de las competencias del Juez del Concurso (circunstancia reiterada en el artículo 86 *ter* LOPJ). En este sentido, considero que no tiene demasiado sentido que, por ejemplo, una empresa que disponga de once trabajadores y decide reducir la jornada para adecuar la subrogación de los contratos por parte de la empresa adquirente tenga que tramitar un ERE Concursal si se pretende ejecutar por la vía del artículo 41 ET y se tenga que hacer por la senda laboral si se hiciera por la vía del artículo 47 ET. Por este motivo, desde mi punto de vista, una interpretación histórica, lógica y sistemática me lleva a pensar que las suspensiones/reducciones del artículo 47 ET también se deberán de tramitar a través del ERE Concursal, naturalmente, si se superan los umbrales fijados por el artículo 53 TRLC (que son los mismos que los del artículo 41 ET). Con todo, lo bien cierto es que dentro del proceso especial para microempresas lo más normal será que no se superen los umbrales y que este tipo de medidas se tengan que desarrollar de acuerdo con la legislación laboral. Será más probable que el ERE Concursal venga de la mano de la extinción de los contratos, ya que, como he comentado previamente, el artículo 51 ET prevé el carácter colectivo de esta medida cuando la misma afecte a la totalidad de la plantilla cuando el número de empleados sea superior a cinco (esto mismo aparece en el artículo 40 ET para los traslados, es decir, que si afectan a la totalidad de la plantilla la medida es colectiva si hay más de cinco empleados).

Mayor complejidad se desprende sobre la interpretación de la adopción de medidas laborales adoptadas durante el plan de continuación, principalmente, porque el legislador no ha contemplado nada de forma expresa. A mi modo de ver, en este punto podemos acoger dos posibles interpretaciones o tesis:

- La primera de ellas consistiría en colmar esta laguna con una lectura sistemática. Para ello podemos acudir a lo dispuesto por el artículo 689 TRLC,

que establece con carácter general la aplicación supletoria al procedimiento especial para microempresas todo *"lo establecido en los libros primero y segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden este procedimiento"*. Luego, a falta de regulación específica, se podría acudir a la regulación genérica de los artículos 53 y 169 y ss. TRLC (y artículo 86 *ter* LOPJ). Además, como hemos visto con anterioridad, el artículo 707.4 TRLC sí que establece una remisión expresa al libro primero al tratar el asunto de las medidas laborales en la fase de liquidación. Consecuentemente, la tramitación de las medidas laborales durante el plan de continuación podría seguir los postulados ordinarios o tradicionales en esta materia, es decir, que el Juez del Concurso asumirá la competencia cuando se superen los umbrales que denotan la colectividad de estas.

- La segunda de ellas pasaría por entender comprendidas las medidas laborales dentro de la dicción del artículo 697 *ter* TRLC, apartado segundo. El indicado precepto regula el contenido del plan de continuación que, desde luego, puede contener aspectos relacionados con el contrato de trabajo, debiéndose de adoptar las medidas de información y consulta con los trabajadores, de conformidad con la "ley aplicable" (artículo 697.1 10º *ter* TRLC). Pero en lo que aquí más me interesa, el apartado segundo indica textualmente lo siguiente: *"cuando el plan contuviera medidas de reestructuración operativa, éstas deberán llevarse a cabo de acuerdo con las normas que les sean aplicables. Las controversias que se susciten en relación con las mismas se sustanciarán ante la jurisdicción competente"*. Podría llegar a deducirse que dentro del amplísimo concepto *"medidas de reestructuración operativa"* entran las relativas a los ajustes de plantilla (cierre de locales, reducciones de jornada, modificación de horarios, rebaja de salarios, amortización de puesto, etc.). En definitiva, que cualquier medida consistente en una mejor organización de los recursos humanos de la empresa entra dentro de este amplio concepto. Siendo esto así, la norma señala que se deberá de adoptar *"de acuerdo con las normas que les sean aplicables"*, debiendo de considerar que estas son las laborales (principalmente el ET). Por su parte, si esto es así, las controversias que se susciten en relación con estas medidas *"se sustanciarán ante la jurisdicción competente"*, es decir, ante los órganos de la jurisdicción social. En definitiva, expresado de una manera algo más sencilla, que, dentro del plan de continuación incardinado en el proceso especial para microempresas, cualquier medida laboral que se adopte se tendrá que llevar a cabo de acuerdo con la legislación laboral, sin que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia (excepto si se trata de los aspectos relacionados con la sucesión de empresa).

A mi modo de ver, creo que el legislador parte de la premisa de que durante el plan de continuación no se van a superar los umbrales que nos lleven a tener que tramitar un ERE Concursal y, en parte, tendría razón. Durante el plan de continuación la actividad productiva sigue en funcionamiento, lo que no quita para que se puedan adoptar

medidas laborales y ya hemos visto que es posible que una empresa con más de diez empleados siga los trámites de este proceso especial. Con todo, lo más habitual será que las medidas adoptadas no afecten a todos los trabajadores, o bien que las empresas tengan menos de diez trabajadores, siendo que, en estos casos parece claro que la tramitación se guiará por lo dispuesto en el ET (sin que los Jueces de lo Mercantil asuman la competencia). Ahora bien, en los supuestos menos comunes en los que las medidas puedan llegar a ser colectivas es donde nos encontramos el conflicto. Desde mi punto de vista, todo pasa por el valor que queramos otorgarle a la dicción "*medidas de reestructuración operativa*" establecida en el artículo 697.2 *ter* TRLC. En mi opinión, dentro de este concepto sí que debemos de incluir las medidas adoptadas en relación con los contratos de trabajo, por lo que, siendo esto así, parece que contamos con una regla específica que de manera indirecta nos puede llegar a ofrecer una solución jurídica más o menos sensata al problema planteado. Si consideramos que el artículo 697.2 *ter* TRLC resuelve esta cuestión no tendremos que acudir a las reglas supletorias del proceso concursal ordinario. En consecuencia, sea cual sea el número de trabajadores afectados, la tramitación de estas medidas se tendrá que hacer de acuerdo con lo dispuesto en la legislación laboral y su eventual impugnación se tendrá que dirigir a los órganos de la jurisdicción social.

Resta por dilucidar en relación con la adopción de este tipo de medidas si para conseguir su legitimidad es necesario que participe el administrador concursal. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 694.1 TRLC, en principio, el empresario mantendrá sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y "*podrá realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado*". Por lo tanto, si no existe administración concursal, no hará falta nombrarla para colmar la legitimación a la hora de adoptar o negociar medidas laborales. Con todo, durante el plan de continuación es posible que un porcentaje de los acreedores pueda solicitar el nombramiento de un experto en reestructuraciones que pueda intervenir o suspender las facultades de administración y disposición del empresario (artículo 704 TRLC) y durante la fase de liquidación también será posible que se inste el nombramiento de un administrador concursal (artículo 713 TRLC). En caso de producirse los mencionados nombramientos considero que para la validez de la/s medida/s proyectada/s será necesario contar con su aquiescencia o directamente que sean adoptadas por estos expertos independientes y, si se trata de un despido colectivo, estarán llamados a negociar durante las consultas (tanto si se tramita a través del ERE Concursal como, en su caso, por la vía del artículo 51 ET).

Por lo que se refiere al tratamiento de los créditos laborales, debemos de diferenciar el régimen jurídico aplicable en función de si estamos ante un plan de continuación o ante un proceso de liquidación.

En el primero de los casos, es decir, durante el plan de continuación, hay que tener en cuenta que este incidente consiste en un intento de salvaguardar la actividad

empresarial. El plan de continuación podrá ser presentado junto con la solicitud de apertura del procedimiento especial o bien en los diez días hábiles siguientes a la declaración de apertura del concurso. En resumidas cuentas, la continuación consiste en un plan de pagos que puede contener quitas o esperas sobre los créditos y dónde la empresa también tiene que explicar los mecanismos con los que pretende cumplir con la propuesta presentada. En dicho plan de pagos podrán quedar afectados, en principio, cualquier tipo de créditos, salvo, entre otros, *"los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección"* (artículo 698.3 TRLC)³⁸. Como se podrá apreciar, el legislador utiliza una terminología amplísima (*"créditos derivados de las relaciones laborales"*) con lo que aquí tenemos que incluir la totalidad de las deudas mantenidas con los trabajadores, sean del tipo que sean, siempre, claro está, que traigan causa en el contrato de trabajo. Esto significa que los créditos laborales no pueden sufrir quitas o esperas y deben de satisfacerse en sus estrictos términos. Ello no es óbice para que los salarios puedan quedar afectados a través de otros mecanismos, de manera directa o indirecta, pero siempre dentro de lo previsto en la legislación laboral. Lo que no se puede hacer durante este proceso de continuación es alterar la deuda preexistente con las personas de plantilla a través del régimen concursal. En sentido contrario, de forma similar a lo que ocurre con los *"planes de reestructuración"* que pueden negociarse en el contexto del derecho *"pre-concursal"*, las deudas mantenidas con el personal de alta dirección sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos aprobado en el seno de un proceso especial para microempresas.

El hecho de que los créditos laborales (a excepción de los del personal laboral de alta dirección) no puedan quedar afectados por el plan de continuación da respuesta a otro interrogante importante que se plantea en esta sede, en concreto, cabe concluir que la ejecución laboral no queda paralizada con la entrada en concurso a través del procedimiento especial que transita por un plan de continuación. En este sentido, el artículo 694.4 TRLC expresa que la apertura del procedimiento especial supondrá la paralización de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del deudor, pero que esta no alcanzará a las ejecuciones de los créditos que no se vean afectados por el plan de continuación. En definitiva, cabe concluir que el procedimiento especial para microempresas no paraliza las ejecuciones laborales,

38 La redacción es un poco confusa en el final de la oración, pues textualmente expresa lo siguiente: *"cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de continuación, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada"*. Por este motivo, quizás puedan existir dudas sobre si la calificación de que el crédito no afectado sea la parte privilegiada se refiere a todos los créditos exceptuados del plan (lo que incluiría los laborales) y bien si se refiere sólo a los créditos públicos. El hecho de que todo el elenco de créditos está separado por comas y al llegar al crédito público se utilice la dicción *"ni en el supuesto"*, me lleva a entender que la exigencia de que el crédito sea privilegiado se refiere solo a los créditos públicos, por lo que los demás créditos de la lista no pueden quedar afectados (sin limitaciones, es decir, por toda su cuantía).

por lo que estas podrán seguir su curso (excepto si el crédito discutido es el de una persona con contrato especial de alta dirección, en cuyo caso no se podrán aceptar ejecuciones laborales separadas y las que se encuentren tramitándose se deberán de suspender una vez declarado el concurso).

La posibilidad de ejecutar las sentencias que hayan reconocido la existencia de un crédito laboral es, desde luego, una posible vía para poder cobrar eventuales prestaciones por parte del FOGASA. Efectivamente, dentro del plan de continuación, en principio, no se nombra a ningún administrador concursal que emita un informe y elabore una lista de acreedores, ni que pueda certificar el crédito (siendo estos requisitos necesarios para poder acceder a las prestaciones de FOGASA). Además, el concurso especial de microempresas no ha recogido expresamente la notificación del procedimiento a FOGASA, por lo que si esto no se produce tampoco abonará sus prestaciones. A la postre, en el itinerario de continuación puede que FOGASA no abone sus prestaciones, por lo que el trabajador se vería abocado a buscar la declaración de insolvencia dentro de la jurisdicción social, extremo que es perfectamente posible toda vez que la tutela ejecutiva no ha quedado paralizada. Mayor dificultad puede encontrarse el personal de alta dirección, cuya tutela ejecutiva sí que queda en suspenso, por lo que seguramente tenga que esperar y pasar por lo que se acuerde en el plan de continuación.

Por lo que se refiere al crédito público, las deudas mantenidas con la TGSS sí que pueden quedar afectadas por el plan de pagos. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 691 *bis* TRLC, si el deudor no le comunica su situación concursal en el plazo de setenta y dos horas, los créditos de la TGSS ya no podrán sufrir quitas o esperas. Además, en caso de poder aplicarse quitas o esperas, la normativa vigente no permite que se afecte a los porcentajes de las cuotas de la Seguridad Social por contingencias comunes y contingencias profesionales correspondientes tanto a la empresa como al trabajador. Por lo demás, si durante el plan de continuación se devengan nuevas obligaciones frente a la Seguridad Social, cualquier empresa que no se encuentre al corriente en el cumplimiento de estas entrará en fase de liquidación (artículo 699 *quater* TRLC).

Si nos situamos en el contexto de un itinerario de liquidación, situación que puede venir como una suerte de sanción a través de varias vías, cabe apuntar que la apertura de esta supone la disolución de la sociedad (artículo 694.3 *ter* TRLC). La apertura de dicho procedimiento especial de liquidación se comunicará a los acreedores y será sometida a publicidad registral (artículo 705.3 TRLC). Según lo dispuesto por el artículo 706.1 TRLC, cualquier acreedor (entre ellos los trabajadores) dispondrán de veinte días hábiles desde la apertura del procedimiento especial de liquidación para formular alegaciones en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o respecto del inventario de la masa activa, que deberán de presentar por medios electrónicos y a través de formulario normalizado. Probablemente, en este proceso los trabajadores tienen que estar más pendientes de la inclusión de su crédito que en el proceso ordinario, porque aquí no hay un administrador concursal que

de oficio tenga que reconocer y calificar los créditos laborales. Por este motivo, la diligencia a la hora de revisar la cuantía y características de los créditos debe de ser algo mayor. Dentro de este mismo plazo cualquier acreedor (en nuestro caso trabajadores) puede solicitar la inclusión de su crédito para el caso en el que no aparezca reflejado en el pasivo publicado o notificado. El artículo 706.4 TRLC prevé la celebración de una vista para determinar la inclusión o no del crédito debatido y la calificación que merezca otorgarle. En este punto cabe entender que la calificación del crédito laboral será la misma que la prevista para el proceso ordinario, por lo que será contra la masa o concursal de acuerdo con las reglas comunes. Respecto de la posibilidad de acudir a FOGASA, nuevamente, resulta necesario que el órgano judicial lo cite, pues en caso contrario puede que no se haga cargo de las prestaciones. En el supuesto en el que se ha solicitado el nombramiento de una administración concursal, el artículo 713.2 TRLC indica que esta *"podrá realizar aquellas funciones que le son expresamente reconocidas en este libro"*, por lo que considero que sí que puede certificar la existencia y cuantía de un crédito laboral (y con este certificado acudir a FOGASA). En caso contrario, si no existe administración concursal nombrada, entiendo que el trabajador podría discutir el crédito a través del incidente concursal y considero que la resolución judicial debe de servir para que FOGASA asuma su responsabilidad (por la vía del artículo 706.4 TRLC).

BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA CASTILLO, M.^a T. "Y también en medio de la tempestad...reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales)", *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "Concurso, venta de unidades productivas y aplicación del artículo 44 ET", *IUSLabor*, núm. 2, 2016.
- CÓRDOBA ARDAO, B. "El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "La reforma de la ley concursal en materia laboral. Algo más que el art. 64 de la Ley 22/2003", *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2009.
- GARCÍA MURCIA, J. "Aspectos laborales en la reforma de la legislación concursal del año 2011", *Derecho de los Negocios*, núm. 256, 2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J. "Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2014.
- GÓMEZ ASENSIO, C. "Alerta temprana y exoneración de pasivo", *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, Ed. Aranzadi, 2021.
- GONZÁLEZ CALVET, J. *La ejecución dineraria en la jurisdicción social*, Ed. Sepin, 2020 (3^a Edición).

- IGLESIAS CABERO, M "Relación laboral especial de alta dirección: nulidad de la cláusula contractual que priva de toda indemnización el desistimiento del empresario", *Diario La Ley*, núm. 8385, 2014.
- MERCADER UGUINA, J.R. "Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014.
- PRENDES CARRIL, P. y ALVARGONZÁLEZ TRÉMOLS, A. "Las claves de la Reforma Concursal (RD Ley 3/2009, de 27 de marzo)", *Tratado Práctico Concursal*, Tomo I, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. "La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2012.
- TALÉNS VISCONTI, E. E. *Aspectos laborales del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020

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 había 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, entendiendo 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 pertenezca²⁸.

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-Gazteiz 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 artículo

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 accesorias».

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 accesorias. 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 TRLConc 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 TRLConc —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 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.

Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal

Maria del Mar Crespí Ferriol

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de las Islas Baleares

Bureaucratic absenteeism: critical considerations regarding the reform of temporary incapacity

Sumario:

1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. IMPLICACIONES DEL REAL DECRETO 1060/2022 EN MATERIA DE GESTIÓN DEL ABSENTISMO LABORAL. 3. LA CONFUSIÓN DE LAS FIGURAS QUE AMPARAN EL ABSENTISMO MÉDICO. 3.1. La relación entre los partes de visita médica y de reposo. 3.2. La relación entre los partes de reposo y de incapacidad temporal. 4. LA COMUNICACIÓN AL TRABAJADOR DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 4.1. Los llamamientos a reconocimientos médicos de control: perjuicios derivados del reciente viraje jurisprudencial del Tribunal Supremo. 4.2. Notificación versus aviso del alta al trabajador: efectos sobre la obligación de reincorporarse al trabajo. 5. CONCLUSIONES: PROPUESTAS EXEGÉTICAS, DE MEJORA NORMATIVA Y DE GESTIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Una ordenación jurídica ineficiente de la incapacidad temporal conduce a la mayor proliferación y alargamiento innecesario de las ausencias de los trabajadores, a la vez que perjudica la capacidad de gestión empresarial del absentismo. Por ello, el análisis técnico del tratamiento normativo, jurisprudencial y administrativo de la incapacidad temporal debe tener en cuenta este factor económico clave. Desde esta perspectiva, se analiza el Real Decreto 1060/2022 y los beneficios que supone en materia de tramitación de los partes médicos. Pese a ello, la reforma reglamentaria omite algunos puntos críticos de la configuración de la incapacidad temporal que operan como catalizadores del absentismo laboral y para los que se aportan propuestas de mejora.

Palabras clave: Incapacidad temporal, absentismo laboral, digitalización, simplificación administrativa, gestión sanitaria.

Abstract: Establishing an inefficient legal framework for temporary incapacity leads to a greater proliferation and unnecessary lengthening of workers' absences, while at the same time impairing the company's management capacity. Therefore, the technical analysis of the regulatory, jurisprudential and administrative treatment of temporary incapacity must take into account this key economic factor. From this perspective, Royal Decree 1060/2022 and the benefits it brings in terms of the processing of medical reports are analyzed. Despite this, this regulatory reform omits some critical points of the configuration of temporary incapacity that operate as catalysts of absenteeism and for which proposals for improvement are provided.

Key Words: Temporary incapacity, absenteeism, digitization, administrative simplification, health care management.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el ámbito científico internacional, el absentismo laboral se define como la manifestación de una decisión por parte de un empleado de no presentarse a su puesto de trabajo en un momento en el que la organización empresarial tenía previsto que prestara sus servicios¹. Tal falta de asistencia de los trabajadores a su puesto de trabajo es un problema con un crecimiento sostenido en la última década y que afecta gravemente al rendimiento de las empresas, al desempeño profesional de los trabajadores, a la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social y a la prosperidad económica en general. Conforme a los últimos datos disponibles, de entre las horas pactadas entre empresarios y trabajadores para el año 2021, un 6,6% no llegaron a prestarse por razones ocasionales imprevisibles para las empresas. La principal causa de dichas ausencias fue la incapacidad temporal, que supuso de media la pérdida de 80 horas anuales de trabajo por cada trabajador asalariado².

Abordar este problema desde el ámbito de estudio de la ciencia jurídica del trabajo implica preguntarse en qué medida la configuración jurídica de la incapacidad temporal y sus instituciones conexas puede estar contribuyendo a la frecuencia o prolongación innecesaria de las ausencias médicas de los trabajadores. O en qué medida el Estado favorece que las empresas puedan dar una respuesta organizativa cabal a las ausencias laborales de sus trabajadores. En este sentido, la incapacidad temporal

- 1 Eurofound (2010): *Absence from work*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, p. 2. En el mismo sentido, Vid., International Labour Organization (2016): *Workplace stress: a collective challenge*, Ginebra, p. 5, en el que se define el absentismo como "la no presentación de un empleado en un momento de trabajo programado".
- 2 XI Informe Adecco sobre Empresa saludable y gestión del absentismo, publicado en 2022, p. 33 y ss. Esta tasa de absentismo, que había venido experimentando un crecimiento constante desde el año 2013, es la segunda más elevada de la serie histórica, siendo solo superada por la cifra relativa al año 2020, en que se expandió la pandemia del coronavirus.

es una prestación con una ordenación muy compleja y con un reparto competencial disperso entre los múltiples organismos implicados en su dimensión sanitaria y de gestión económica. Y a ello se suma la necesaria articulación de garantías jurídicas en protección de los derechos de los trabajadores interesados. Todo lo anterior deriva en la articulación de un procedimiento administrativo que puede dar lugar, durante su tramitación, a la apertura de múltiples trámites e incidentes de cuya eficiencia depende, en buena medida, la minimización o maximización del absentismo laboral, así como los perjuicios que este comporta para la empresa.

Para responder a dicha cuestión debe partirse del reconocimiento de que la regulación de la incapacidad temporal ha experimentado en las últimas décadas una mejora técnica que ha contribuido a la notable racionalización de su gestión. A este respecto, por ejemplo, destaca el fortalecimiento de las competencias de control que ejerce la inspección médica del Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante, INSS) y, en menor medida, de las comprobaciones que ejercen las mutuas para garantizar la legitimidad de los procesos que gestionan. Esta mayor eficacia y eficiencia en la gestión de la incapacidad temporal ha sido posible, a su vez, gracias al proceso de modernización tecnológica de la Administración que permite la intercomunicación continua y prácticamente instantánea entre los múltiples sujetos intervinientes. Así se permite que tanto empresas como entidades gestoras y colaboradoras puedan adoptar decisiones más rápidas, mejor informadas y con mayor seguridad jurídica sobre los procesos que les conciernen.

En esta misma línea profundiza el reciente Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración (en adelante, Real Decreto 1060/2022). Esta norma constituye una muestra más de las ventajas prácticas y jurídicas que proporciona la digitalización de toda la información relacionada con esta prestación. Su innovación más trascendente es que la Administración va a pasar a comunicar directamente a las empresas las bajas, confirmaciones y altas de sus trabajadores, eliminando la tradicional obligación de que fuera el trabajador el que debiera entregar una copia de cada parte médico a su organización. Con ello se garantiza que la empresa tenga un pronto y fidedigno conocimiento de la situación de sus trabajadores y, a la vez, estos se ven liberados de una obligación formal que les podía representar un gravamen especial en una situación de enfermedad o accidente.

No obstante, se trata de una reforma de un alcance muy restringido, relativa solo a un aspecto puntual de la tramitación electrónica de los partes por incapacidad temporal, que no por ser valiosa y positiva deja de resultar insuficiente en tanto que se dejan de lado otros aspectos de la regulación reglamentaria de la incapacidad temporal que hubieran merecido también una revisión normativa, (i) porque su planteamiento inicial puede considerarse mejorable, (ii) porque se han producido cambios de rumbo recientes en la jurisprudencia o (iii) porque se han tomado determinadas decisiones de gestión que dan lugar a nuevos problemas prácticos o jurídicos frente a los que el

legislador debería ofrecer una respuesta lo más clara posible. E, incluso, se dan determinados aspectos en los que la legislación no es necesariamente defectuosa, pero resulta inoperante, por la aplicación que se está haciendo en la práctica de la misma.

Por ello, se considera necesario destacar dos aspectos distintos del transcurso procedimental de la incapacidad temporal que representan actualmente puntos críticos que pueden estar teniendo efectos catalizadores del absentismo laboral. Tales aspectos hacen referencia, principalmente, aunque no solo, a los momentos de inicio y fin de la incapacidad temporal, que resultan especialmente sensibles desde el punto de vista jurídico, por los mecanismos que pueden darse para suscitar ausencias indebidas o alargar innecesariamente ausencias inicialmente legítimas. El resultado de tal análisis muestra que parte de las ausencias laborales de los trabajadores amparadas en razones médicas podrían explicarse al margen de la enfermedad o accidente que constituye el supuesto de hecho de la incapacidad temporal. En este sentido, cabe hablar de absentismo burocrático o absentismo por causas procedimentales para referirse a las ausencias de los trabajadores que, sin resultar necesariamente fraudulentas, vendrían a resultar superfluas y evitables. Tal diagnóstico permite formular, a su vez, propuestas de mejora que contribuyan a la mejor gestión de la incapacidad temporal y, por tanto, a la racionalización de las ausencias laborales de los trabajadores.

El resto del presente trabajo se estructura en cuatro epígrafes. En el número dos se abordan las novedades normativas introducidas por el Real Decreto 1060/2022 y se valoran los efectos que tienen sobre la dinámica de la suspensión del contrato de trabajo, así como sobre la capacidad empresarial de gestión del absentismo laboral. En el número tres se trata la confusión de los partes médicos de baja por incapacidad temporal con otras figuras afines que también cubren ausencias laborales relacionadas con motivos de salud, señalando los efectos que ello tiene sobre el favorecimiento de las ausencias laborales breves de los trabajadores. En el número cuatro se señala la problemática jurídica y práctica relativa a las demoras que provoca el traslado de decisiones administrativas a los trabajadores que se encuentran en incapacidad temporal, tanto a la hora de someterse a reconocimientos médicos de control, como a la hora de regresar al trabajo tras el alta. Por último, en el número cinco se realiza una aproximación propositiva a las anteriores cuestiones, aportando posibles soluciones que puedan mejorar el tratamiento normativo o de gestión de la incapacidad temporal, con vistas a evitar sus efectos perniciosos sobre el absentismo laboral.

2. Implicaciones del Real Decreto 1060/2022 en materia de gestión del absentismo laboral

Como regla general³, durante el primer año de incapacidad temporal, los partes médicos de baja, confirmación y alta se expiden por los médicos del Servicio Público de

3 Ello depende, en concreto, de la opción de aseguramiento que haya realizado la empresa, conforme al art. 83 LGSS.

Salud (en el caso de los procesos derivados de contingencias comunes) o por los médicos de las mutuas (en el caso de los procesos derivados de contingencias profesionales). Tradicionalmente, al trabajador se le entregaban dos copias del parte médico, una para sí mismo y otra que debía entregar a la empresa. A su vez, la empresa debía enviarlos al INSS, a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (en adelante, sistema RED), junto con los datos económicos relativos a la cotización del trabajador necesarios para la gestión de la prestación. Por lo tanto, el empresario recibía los partes médicos en papel de la mano del trabajador, aunque después digitalizara la información que contenían para remitirla al INSS. Con la formalización de dicho proceso, se cumplían dos objetivos (i) que el empresario tuviera constancia documental de que la ausencia del trabajador había sido formalmente justificada por un médico competente y (ii) que el INSS dispusiera de la información necesaria para supervisar, junto con la Tesorería General de la Seguridad Social, que el pago delegado de la prestación y la cotización del trabajador incapacitado se realizara de forma adecuada⁴.

Como se adelantaba, la nueva redacción introducida por el Real Decreto 1060/2022 elimina del artículo 7.1 del Real Decreto 625/2014 el inciso que responsabilizaba al trabajador de entregar a la empresa la segunda copia de los partes médicos de baja y confirmación en el plazo de tres días, así como la de entregar la segunda copia del parte de alta dentro de las 24 horas siguientes a su expedición⁵. Y, consecuentemente, también se elimina del artículo 7.2 de la misma norma la obligación empresarial de remitir dichos partes al INSS a través del sistema RED a la mayor brevedad posible. A partir del mes de abril de 2023, se invierte esta regla, y quien informará a las empresas de los datos administrativos que se contienen en los partes de incapacidad temporal a través de medios telemáticos será el propio INSS, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 7.3 del Real Decreto 625/2014. Después, una vez recibida la comunicación de la baja médica, las empresas tendrán tres días hábiles para cumplimentar algunos datos económicos relativos al trabajador⁶.

Este cambio es posible gracias a que el invariado artículo 2.2 de la misma norma prevé que el servicio público de salud o la mutua deben remitir por vía telemática al

4 De acuerdo con el art. 102.2 LGSS es la empresa la que abona a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora o colaboradora, la prestación por incapacidad temporal, compensándose su importe en la liquidación de las cotizaciones sociales que aquella debe ingresar. El control de dicho pago es posible gracias a que, en virtud del art. 7.3 del Real Decreto 625/2014 el INSS facilita a la TGSS los datos de todos los trabajadores que se encuentran en esta situación.

5 Se argumenta incluso, aunque ello no es tan relevante en términos de eficiencia, que, yendo más allá, podría haberse eliminado la obligación médica de entregar una copia del parte al trabajador del artículo 7.1 del Real Decreto 625/2014, aprovechando que las Comunidades Autónomas ya han adoptado aplicaciones móviles a través de las que los ciudadanos pueden descargárselo directamente. Cubero, Paulino (2023): "En defensa de un modelo de Incapacidad Temporal del siglo XXI", *Atención Primaria*, 2, p. 2.

6 Art. 7.2 del Real Decreto 625/2014 y art. 11 de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, conforme a su nueva redacción dada por la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015.

INSS los datos relativos a la incapacidad temporal del trabajador. Es decir, la entidad gestora ya venía teniendo conocimiento de los actos de nacimiento y finalización de la incapacidad temporal a través de los órganos que gestionan la asistencia sanitaria de los trabajadores, por lo que ahora no tendrá impedimento para comunicarlos por vía digital a las empresas. En definitiva, la información que antes hacía los dos recorridos paralelos 'médico-trabajador-empresa-INSS' y 'médico-INSS', ahora realizará, de forma más eficaz, un único circuito 'médico-INSS-empresa-INSS'. De tal modo, se ha completado la digitación de las transmisiones de datos entre las distintas entidades implicadas en la gestión y control de la incapacidad temporal iniciado hace ya más de dos décadas⁷, siendo la entrega de los partes por parte del trabajador a la empresa el único tramo que se realizaba todavía de manera analógica y no a través de internet. Y, a la vez, se normaliza un modo de proceder que en parte ya se había activado, sin un soporte normativo adecuado, a raíz de la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus⁸.

El mayor beneficiado de tal cambio es, sin duda, el trabajador, que se ve liberado de la que se consideraba una obligación administrativa superflua⁹ que, además, podía representarle un especial gravamen en un momento de accidente o enfermedad, como se reconoce en la propia exposición de motivos de la nueva norma. Con todo, lo que no desaparece en ningún caso es la obligación del trabajador de comunicar a la empresa, a la mayor brevedad posible, que no va a poder acudir al trabajo. Tal comunicación no está expresamente regulada en la normativa legal o reglamentaria, pero se desprende claramente del deber de buena fe contractual¹⁰, conforme al que el trabajador debe actuar con la diligencia necesaria para que la empresa pueda resolver organizativamente la disrupción que provoca su ausencia imprevista, con la menor afectación posible sobre el proceso productivo. Además, la obligación de avisar debe cumplirse con independencia de que después la empresa vaya a recibir una comunicación formal de la baja por parte del INSS, que sirve para confirmar las manifes-

7 Vid., CRESPI FERRIOL, María del Mar (2020): "Nuevas tecnologías y control público del fraude en la incapacidad temporal", en MONREAL BRINGSVAERD, Erik; THIBAUT ARANDA, Javier y JURADO SEGOVIA, Ángel (coords.): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 941 y ss.

8 Vid., MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel (2020): "De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 1, p. 165, sobre la gestión que se hizo de los partes médicos de incapacidad temporal durante el año 2020.

9 ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia (2014): *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La ley, p. 172; JOVER RAMÍREZ, Carmen (2006): *La incapacidad para el trabajo: Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 364 o RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2017): *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 50.

10 RIVAS VALLEJO, María Pilar (2007): *La suspensión del contrato de trabajo: naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete, Bomarzo, p. 164; BÉRAUD, Jean-Marc (1980): *La suspension du contrat de travail*, Paris, Edition Sirey, p. 163 o Vida Soria, José (1962): *La suspensión del contrato de trabajo por causas que afectan a la prestación del trabajador*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 125.

taciones del trabajador sobre el motivo médico de su ausencia, pero no para ofrecer una primera respuesta destinada a suplirla, ya que se produce varios días después.

En cuanto a las empresas, los beneficios de la medida son menos evidentes, pero también los hay. En primer lugar, si el entramado informático funciona correctamente, es posible que, salvo en determinados casos, las organizaciones reciban una comunicación más rápida de los partes de baja y confirmación. Así, el trabajador tenía antes un máximo de tres días naturales para hacer llegar tales documentos a la empresa, aunque tal plazo podía verse lícitamente ampliado hasta cuatro o cinco días en el caso de las incapacidades temporales de duración estimada muy corta¹¹. A partir de ahora, las comunicaciones se producen "*de manera inmediata*". Pese a todo, si ello no se cumple, la empresa debería tener conocimiento de las bajas y las confirmaciones, como máximo, dentro de los dos días hábiles siguientes a su emisión¹². Por lo tanto, salvo en los casos en los que interfieran días inhábiles, la empresa podrá ejercer un control formal más precoz sobre el carácter justificado de la ausencia del trabajador.

En segundo lugar, se asegura que todas las empresas serán alertadas cuando se produzca el alta del trabajador, por lo que tendrán conocimiento del momento en el que sus faltas de asistencia dejan de estar justificadas, si este no retoma su actividad laboral tempestivamente. En cambio, bajo la regulación anterior, las empresas que no estuvieran asociadas a una mutua, o bien no le hubieran conferido la gestión económica de los procesos derivados de contingencias comunes, no contaban con esta posibilidad. Así, el artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014 viene obligando a las mutuas a comunicar a las empresas las altas por contingencias comunes de los trabajadores protegidos por ellas, pero el hecho de que, conforme al nuevo artículo 7.2 del mismo Reglamento, este deber se atribuya directamente al INSS, generaliza y acelera el conocimiento por parte de la organización empresarial de la extinción de la incapacidad temporal.

Asimismo, se produce una ventaja común para ambas partes de la relación contractual, como es la desaparición de las controversias jurídicas surgidas en torno al incumplimiento o el retraso por parte del trabajador en la entrega de los partes médicos. Así, sobre los despidos impuestos como sanción empresarial en respuesta a tales faltas se ha vertido hasta el momento cierta inseguridad jurídica, porque la juris-

11 A este tipo de incapacidades, que tienen una duración prevista inferior a cinco días se les aplica una regla especial, ya que la baja y el alta se fijan en un mismo acto. La fecha de la baja es la de la visita médica y la del alta puede fijarse en los cuatro días siguientes. En este caso, el artículo 10 de la Orden ESS/1187/2015 preveía hasta el momento que el trabajador debía presentar a la empresa la copia del parte dentro de las veinticuatro horas siguientes a la fecha fijada para el alta. Por tanto, si el facultativo consigna como fecha de alta el tercer día natural siguiente a la baja, el trabajador entregaba el documento de baja/alta al reincorporarse al trabajo. Es decir, cinco días después de la fecha de la baja.

12 De acuerdo con los artículos 7.1 y 7.3 del Real Decreto 625/2014, el servicio de salud y la mutua tienen que remitir el alta en el día hábil siguiente a su emisión y, a su vez, el INSS tiene que reenviarlos "*de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su recepción*".

prudencia venía declarándolos improcedentes, con carácter general, por considerar que el trabajador únicamente cometía una falta administrativa leve y sus ausencias no podían considerarse injustificadas¹³. Sin embargo, las empresas, de no recibir los partes de incapacidad temporal, no podrían remitirlos al INSS, viéndose expuestas al riesgo de enfrentarse a una sanción administrativa, como recoge el propio artículo 7.2 *in fine* del Real Decreto 625/2014.

E, igualmente, otra contribución de la medida a la mayor seguridad jurídica es que, a salvo de los perjuicios que pudieran derivarse de eventuales ataques informáticos, completar la digitalización de la tramitación de los partes médicos ayuda a minimizar el ya reducido riesgo de que puedan cometerse fraudes por parte de trabajadores y empresas. De un lado, desaparece prácticamente por completo la posibilidad de que el trabajador pueda falsificar los partes médicos de incapacidad temporal. Y, de otro lado, se consolida también la imposibilidad de que la empresa pudiera compensar fraudulentamente su deuda de cuotas a la Seguridad Social con su obligación de realizar el pago delegado. Por ello, se elimina la prevención establecida anteriormente en el artículo 7.4 del Real Decreto 625/2014, que permitía suspender la colaboración obligatoria de la empresa con la Seguridad Social si esta incumplía su obligación de enviar al INSS los partes médicos de incapacidad temporal.

También es importante precisar que, con independencia de la naturaleza digital del nuevo sistema de transmisión de información, se garantiza el respeto a la privacidad del trabajador. En este sentido, el artículo 7.3 del Real Decreto 625/2014 especifica que el INSS comunicará a las empresas "*los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos*". Es decir, igual que ocurría con el sistema anterior¹⁴, los datos médicos relativos al diagnóstico de la dolencia por el que se cursa la incapacidad temporal, así como sus correspondientes códigos técnicos, quedan preservados del conocimiento de la empresa. Por ello, los errores o retrasos informáticos por los que el INSS incumpla su obligación de hacer llegar a las empresas la información relativa a las incapacidades temporales de sus trabajadores no podrán solventarse exigiéndoles a estos la entrega del ejemplar de parte de baja, confirmación o alta que hayan recibido del médico en papel. En dichos ejemplares destinados a los trabajadores sí aparece información clínica que afecta a su intimidad, por lo que, en todo caso, debería pedirse una copia en la que se ocultara tal parte del documento.

Lo que no clarifica la nueva normativa es si se facilitarán a la empresa los datos relativos al tipo de proceso, según su duración estimada, y la fecha de la próxima revisión del trabajador. Hasta el momento, esta información sí aparecía en el parte médico destinado a la empresa¹⁵, pero queda por ver si el INSS considerará que

13 Vid., STS 8 octubre 1987, STS 20 octubre 1987 o STS 10 febrero 1990.

14 La falta de información clínica puede observarse en el diseño del ejemplar de parte médico dirigido a la empresa que se contiene en la versión original de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

15 Vid., Anexo I de la primera redacción de la Orden ESS/1187/2015.

dicha información se encuentra entre los referidos datos identificativos "*de carácter meramente administrativo*", ya que tampoco lo clarifica la Orden ISM/2/2023 dictada en desarrollo del nuevo Real Decreto. En caso negativo, ello supondrá una desventaja importante respecto del modelo anterior, ya que conocer la duración aproximada de la incapacidad temporal permite a la empresa adoptar decisiones organizativas más ajustadas a su situación, por ejemplo, cubriendo al trabajador ausente mediante la prestación de horas extraordinarias por parte de otros trabajadores en el caso de que su ausencia se prevea de corta duración o realizando un contrato temporal de sustitución en el caso de que la ausencia se prevea de larga duración.

Por último, el Real Decreto 1060/2022 introduce una aclaración, con efectos más pedagógicos que normativos, pero con una clara vocación antiabsentista, en relación con la periodicidad de las revisiones médicas. Dichas revisiones vienen produciéndose desde la entrada en vigor del Real Decreto 625/2014 con una periodicidad distinta, en función de la duración prevista de la incapacidad temporal (muy corta, corta, media y larga), siendo más espaciadas cuanto más grave es la dolencia del trabajador. Por lo tanto, para cada tipo de proceso, se fija un periodo máximo de emisión del primero o posteriores partes de confirmación. Por ejemplo, en el caso de los procesos cortos, "*se emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial*"¹⁶. Pues bien, se añade ahora un inciso final a dicho precepto en el que se indica que el médico "*podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso*". Como se ve, es una posibilidad que ya existía sin que se plantearan al respecto excesivas dudas interpretativas. Por tanto, lo que cabe inferir es que, con tal insistencia, se quiere alentar a los médicos a que no fijen automáticamente la revisión en el periodo máximo permitido, sino que la adelanten a un momento anterior, si creen que el trabajador tiene posibilidades de estar curado y acortar así la duración de su incapacidad temporal.

3. LA CONFUSIÓN DE LAS FIGURAS QUE AMPARAN EL ABSENTISMO MÉDICO

Existen esencialmente tres tipologías de ausencias médicas que amparan la falta de asistencia de un empleado a su trabajo por motivos relacionados con su salud: (i) la asistencia a consulta médica, (ii) la prescripción facultativa de reposo y (iii) la emisión de un parte de baja médica que da lugar a la incapacidad temporal. Dichas tipologías de ausencias están dotadas de coberturas formales diversas, pero la única que está expresamente contemplada en la legislación laboral es la incapacidad temporal. En cambio, los partes médicos distintos del parte de baja se incorporan al tráfico jurídico-laboral a partir de su utilización en la práctica clínica, y no al revés.

16 Art. 2.3.a Real Decreto 625/2014.

Por ello, su delimitación y efectos han venido estableciéndose por la jurisprudencia y, ocasionalmente, por la negociación colectiva. El problema, pues, reside en que la anomia legislativa que afecta a los justificantes médicos y la similitud que presentan en cuanto a su causa sanitaria provoca frecuentemente su confusión entre sí y la de estos con la incapacidad temporal, lo que acaba repercutiendo en el incremento del absentismo laboral, por razones burocráticas.

3.1. La relación entre los partes de visita médica y de reposo

En primer lugar, estaría el parte de asistencia a consulta médica¹⁷. Este documento se firma normalmente por el sanitario (médico o enfermero) responsable de la consulta o, incluso, puede suscribirlo el personal administrativo del centro correspondiente¹⁸. Ello se debe a que su emisión solo acredita la prestación de algún tipo de asistencia sanitaria, con o sin cita previa, que no tiene por qué implicar que el empleado tenga afectada su salud¹⁹. Por ejemplo, puede utilizarse ante actuaciones ambulatorias rutinarias, como la inyección de una vacuna o la realización de pruebas diagnósticas de carácter preventivo. Por esta razón, la presentación de este documento ante la empresa supone para el trabajador dotar de carácter justificado su falta de asistencia, pero solo ampara su ausencia durante el tiempo estrictamente necesario en que la visita médica coincida con su jornada laboral²⁰. En principio, por el tiempo de trabajo dejado de prestar no se abona salario, en la medida en que la asistencia sanitaria no se contempla en el artículo 37.3 ET como causa de permiso retribuido. Con todo, es relativamente habitual que la negociación colectiva lo configure como tal, ya sea por el tiempo estrictamente necesario para acudir a la consulta²¹, o por un máximo de horas anuales²².

17 En la práctica sanitaria, también aparece con otras denominaciones, como la de justificante de asistencia médica, documento de consulta y hospitalización, informe de visita o, simplemente, justificante de presencia en el centro sanitario correspondiente.

18 Así se prevé, por ejemplo, en el Servicio Catalán de Salud, según su propia página web: <https://catsalut.gencat.cat/ca/detalls/articles/certificats-informes> (Fecha de consulta: 19/01/2023).

19 STSJ Valencia 11 mayo 2021, Rº 282/2021.

20 Un caso en que este criterio impide que haga un uso especialmente torticero de tal documento se recoge en la STSJ Andalucía 3 octubre 2012, Rº 3480/2011, sobre el supuesto de una trabajadora que acudió a la consulta médica 14 días distintos en el transcurso de un único mes, faltando todos ellos a su trabajo, *"a pesar de que las consultas médicas las tenía a horas que le hubiesen permitido trabajar una gran parte de la jornada laboral"*. Por lo tanto, se trata *"de faltas injustificadas de asistencia al trabajo, que constituyen una falta muy grave, merecedora de la máxima sanción, que permite calificar el despido procedente"*.

21 Vid., como muestra, art. 24 Convenio colectivo de la industria agroalimentaria de la provincia de Cuenca (BO. Cuenca 16 diciembre 2022, núm. 145).

22 Vid., recientemente, el art. 28 del Convenio colectivo de Aizkibel, S.A. (BO. Gipuzkoa 28 enero 2022, núm. 18), art. 13 del Convenio colectivo de trabajo para el sector de Comercio de Metal de Palencia y Provincia (BO. Palencia 21 diciembre 2022, núm. 152) o art. 29.9 del Convenio colectivo 2022-2025 del sector de la industria siderometalúrgica de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 23 diciembre 2022, núm. 147).

En segundo lugar, están los partes médicos en los que se prescribe reposo domiciliario al trabajador por un periodo que puede variar entre uno y tres días²³. Tales documentos se caracterizan por el hecho de que, a diferencia del parte de asistencia a consulta médica, sí contienen cierta valoración sobre la capacidad laboral del trabajador, en el sentido de que la recomendación facultativa de reposo implica que el trabajo queda contraindicado. Las ausencias por reposo también se consideran justificadas a efectos disciplinarios²⁴, pero no se retribuyen, salvo en el caso de que el convenio colectivo disponga otra cosa o que este derecho se haya consolidado como una condición más beneficiosa para los trabajadores²⁵.

Pues bien, un problema que revierte en un mayor absentismo burocrático es la confusión o equiparación del parte de consulta sanitaria con el parte de reposo. Si ello ocurre, la ausencia del trabajador ya no se produce por el tiempo estrictamente necesario, sino por jornadas laborales íntegras, en supuestos en los que puede no ser necesario, porque su capacidad laboral no se haya visto realmente afectada. En algunas ocasiones, son los propios trabajadores los que inducen de forma fraudulenta la confusión de ambos documentos, para dar cobertura a ausencias laborales más largas o para beneficiarse del mejor tratamiento retributivo que se haya pactado respecto de una de las tipologías de ausencias, frente a la otra²⁶. Pero, en otras ocasiones, la confusión es de carácter teórico-jurídico. Un ejemplo reciente lo proporciona la Audiencia Nacional en su Sentencia de 9 de septiembre de 2020²⁷, sobre el supuesto de una empresa pública que exigía a sus trabajadores que, al ausentarse durante una jornada laboral completa, aportaran un parte de reposo y no un volante médico genérico, de acuerdo con la distinción conceptual que acaba de exponerse. Sin embargo, el tribunal consideró que *"no tratándose de supuestos de IT, ninguna exigencia al respecto puede hacerse, dado que la necesidad de acreditar la enfermedad se rige exclusivamente por las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito, que, en este caso, no está contenida en la normativa de aplicación"*. Es decir, en este caso, la anomia legislativa y convencional sobre la cuestión sirve de apoyo a una interpretación jurisprudencial que favorece un mayor absentismo médico.

23 En la práctica, dan lugar a ausencias que también se denominan enfermedad sin baja, periodos de indisposición o días griposos.

24 SALA FRANCO, Tomás (2005): *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 28.

25 La reciente STSJ País Vasco 18 enero 2022, Rº 2338/2021, establece, además, que no pueden establecerse diferencias de trato en el disfrute del permiso retribuido por reposo entre los distintos trabajadores, en función del momento de su incorporación a la empresa, por considerar que la diferencia de trato no puede tildarse de justificada, razonable ni ponderada.

26 En los hechos probados de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 5 febrero 2020, Rº 2364/2019, se describe un supuesto en el que una facultativa de la sanidad pública llegó a ponerse en contacto con la dirección de una empresa, comunicando su *"preocupación por el exceso de informes de asistencia a su consulta en que se le solicitaba poner 24 horas cuando el paciente estaba 10 minutos"*. En la sentencia se declara la validez de un despido disciplinario que se produce después de tal contacto, como sanción a un trabajador que alteró un parte médico de asistencia para añadir de su mano la indicación *"reposo 24 horas"*, que la empresa exigía para que la ausencia fuera retribuida.

27 Proced. Núm. 43/2020.

Por su parte, con tal de evitar tales confusiones, las empresas vienen emitiendo últimamente directrices dirigidas a realizar un mejor control de las ausencias médicas y que estas se produzcan por el tiempo estrictamente necesario. Con todo, los jueces aplican criterios estrictos para su imposición unilateral a los trabajadores. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022²⁸ se aborda el supuesto de una organización en la que los trabajadores venían utilizando la bolsa de horas retribuidas que establecía el convenio colectivo para atender visitas médicas, también cuando se les prescribía reposo domiciliario. En tal caso, el Tribunal Supremo anula la decisión empresarial de impedir el uso del permiso retribuido para causas distintas a las expresamente previstas en el convenio colectivo, por no haber seguido el procedimiento legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo. O, similarmente, otros tribunales inferiores tampoco permiten que las empresas puedan imponer el uso de su propio formato de parte de visita médica por parte de los servicios sanitarios, con tal de que los trabajadores puedan disfrutar del permiso retribuido reconocido en el convenio colectivo²⁹.

3.2. La relación entre los partes de reposo y de incapacidad temporal

El único documento válido que da lugar a la suspensión contractual y prestación social por incapacidad temporal es el parte médico de baja³⁰, que certifica que el trabajador se encuentra indispuesto para prestar su trabajo habitual. Por lo tanto, los partes de reposo se emiten en situaciones en las que, técnicamente, debería emitirse un parte de baja por incapacidad temporal, operando como sustitutivo de este. Ello se explica, en parte, porque la competencia para la gestión de las incapacidades temporales viene focalizándose por las administraciones autonómicas en los médicos de atención primaria. Por tanto, si el trabajador acude a un departamento sanitario distinto, como el de urgencias, o es objeto de un ingreso hospitalario, los facultativos responsables de su tratamiento a veces no tienen la posibilidad de emitir un parte de baja. Este modelo organizativo no acababa de ser conforme a la ley, ya que el Real Decreto 625/2014 establece claramente en su artículo 2.1, que el parte de baja debe ser emitido por *"el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado"*, lo que incluye a los sanitarios de todas las áreas y no solo a los de atención primaria. Y, si bien es cierto que este impedimento ha sido recientemente subsanado por alguna Consejería de

28 Rº 120/2019.

29 En las SSTSJ Cataluña 17 junio 2018, Rº 2155/2018 y 20 julio 2017, Rº 2044/2017, se anulan sendas decisiones empresariales de exigir que en los partes de visita médica consten las horas de entrada y salida del centro sanitario, con la intención de que controlar que solo se imputen al permiso retribuido previsto para tal fin las horas estrictamente necesarias, por considerar que ello contraviene los términos del convenio colectivo. O, igualmente, se establece en la STJS Murcia 26 noviembre 2016, Rº 770/2012 que una empresa no puede exigir que los justificantes estén firmados y sellados por el facultativo, con expresión de su número de colegiado.

30 Vid., como muestra, la STSJ Murcia 2 junio 2009, Rº 446/2009.

Salud³¹, todavía está por resolver en la mayoría de los casos³². También se explica, en parte, por la costumbre, el desconocimiento de la ley o por las ventajas que dicha sustitución puede acarrear para trabajadores o empresas, ya que los médicos de atención primaria también expiden frecuentemente este tipo de documentos, pudiendo emitir válidamente partes de baja por incapacidad temporal.

En principio, el parte de reposo tiene efectos similares a los de la baja, en el sentido de que libera al trabajador de la obligación de trabajar y al empresario de abonar salario, por los tres días que puede alcanzar, igual que en el caso de una incapacidad temporal de la misma duración. Si bien, como ya se ha mencionado, el reposo puede tener un efecto más beneficioso para el trabajador, si se configura como permiso retribuido de creación convencional o por concesión empresarial unilateral. Asimismo, la empresa puede tener cierta preferencia organizativa por el mismo, por cuanto su gestión no requiere de los trámites que sí han de cumplimentarse ante el INSS en el caso de una incapacidad temporal, incluso aunque solo sea de uno o varios días³³. Y, por último, puede suponer una opción más atractiva para los médicos del sistema público de salud. Ello se debe a que el reposo da lugar a un tipo absentismo médico que queda soterrado y al margen de las estadísticas oficiales sobre incapacidad temporal, por lo que supone una forma de rebajar la prevalencia de esta prestación. Ello puede servir para contribuir a cumplir los objetivos fijados en los convenios de colaboración³⁴ suscritos por el INSS con las Comunidades Autónomas, que se premia mediante la transferencia de fondos estatales de aquel a estas últimas³⁵.

No obstante, el uso de partes de reposo supone también diversos problemas que acaban repercutiendo, a la postre, en un mayor número de ausencias laborales por

31 Como muestra, la Consejería de Sanidad de la Generalitat de Catalunya implantó en el año 2022 un proyecto que permitía la gestión directa de la incapacidad temporal de los pacientes ingresados desde el propio hospital, sin necesidad de remitir cada caso al sistema de atención primaria para la emisión del parte de baja y el primer parte de confirmación. El comunicado oficial sobre el funcionamiento de este sistema puede leerse en: <https://catsalut.gencat.cat/ca/detalls/noticies/220526-La-gestio-de-les-baixes-per-ingres-hospitalari-es-faran-des-del-mateix-hospital> (Fecha de consulta: 20/01/2023).

32 Esta es una cuestión largamente reivindicada por los médicos de atención primaria, de acuerdo con CUBERO, Paulino (2023): "En defensa de un modelo... cit., p. 2 o CAÑONES GARZÓN, Pedro Javier y SÁEZ MARTÍNEZ, Francisco José (2022), "La gestión de la incapacidad temporal no es solo una responsabilidad del médico de familia", *Medicina General y de Familia*, 11(4), p. 146.

33 Además, conforme a la STS 17 septiembre 2020, R^o 2112/2018, cuya doctrina ha sido acogida recientemente por la STSJ Castilla-La Mancha 1 diciembre 2021, R^o 1569/2021, los reposos también computan a la hora de calcular las ausencias médicas que dan lugar al despido objetivo por absentismo, que fue derogado del art. 54 ET, pero todavía permanece vigente en el caso de la relación laboral especial de trabajadores discapacitados que prestan sus servicios en centros especiales de empleo.

34 Regulados en el art. 10.1 del Real Decreto 625/2014.

35 Vid., entre otras, la Resolución de 8 de febrero de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Extremadura para el control de la incapacidad temporal durante el período 2021-2022 (BOE 8 febrero 2021, núm. 39), en cuyo epígrafe II.C se fijan los objetivos concretos de reducción de los procesos de corta duración.

motivos de salud. En primer lugar, si se concede una licencia retribuida para las indisposiciones sin baja médica, se está neutralizando el desincentivo económico configurado por el legislador al establecer un periodo de tres días de espera para el cobro de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes³⁶. Es decir, se acentúa el riesgo moral que comporta que, ante la coyuntura de no verse económicamente perjudicado por sus ausencias, el trabajador presente una tendencia a faltar al trabajo con mayor frecuencia.

En segundo lugar, por su falta de tramitación digital, los partes de reposo son más fácilmente manipulables por parte de los trabajadores que los partes médicos de incapacidad temporal³⁷. Y esta diferencia se verá especialmente acentuada a partir del próximo mes de abril, en que, como ya se ha mencionado, cesará la tramitación en papel de los partes de baja.

En tercer lugar, los periodos de reposo escapan de los distintos controles destinados a fiscalizar las bajas de muy corta duración, que se caracterizan específicamente por ser especialmente sensibles al fraude. Por ejemplo, si el parte de reposo no queda registrado en el sistema informático del servicio público de salud (cosa que depende de su dirección autonómica), no es susceptible de control por parte de la Inspección Médica. Ello complica la detección de supuestos abusivos en los que se haga un uso desviado de parte de reposo en relación con un trabajador concreto o por parte de un médico concreto. Y, por supuesto, las ausencias cubiertas por este tipo de documentos tampoco podrán ser controladas por los médicos del INSS ni de las mutuas. O, en el caso de que la dolencia del trabajador termine alargándose y se declare la baja, dichos controles se habrán postergado en el tiempo más de lo conveniente.

En cuarto lugar, y relacionado con lo anterior, los partes de reposo pueden utilizarse en fraude de ley para eludir la aplicación de otras normas destinadas a racionalizar el uso de la incapacidad temporal, que obviamente no se aplican a esta figura, precisamente por su falta de reconocimiento legal. Así, por ejemplo, ante los tribunales han llegado supuestos (i) en los que se admite que la prescripción de reposo se ha utilizado como artificio para conseguir alargar la ausencia laboral del trabajador después de haber sobrepasado el límite máximo de duración del proceso por incapacidad temporal³⁸ o (ii) en los que queda acreditado que el médico de atención primaria había usado los partes de reposo porque no podía emitir legalmente un parte de baja por recaída, al carecer de competencia para concederlo durante los 180 días posteriores al alta médica que había emitido el inspector médico del INSS en relación con el trabajador afectado³⁹.

36 Indica el artículo 173.1 LGSS que *"En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo"*.

37 Como muestra, en la STJS Cataluña 25 junio 2019, R^o 1619/2019, se describe un caso en el que simplemente la trabajadora había añadido de su puño y letra el texto "reposo domiciliario 24 hora" a un parte de visita médica, *"en un contexto de cierto conflicto sobre el modo en que debían de computarse el tiempo dedicada a las asistencias médicas y la acreditación que debían aportar los trabajadores"*.

38 STSJ Valencia 20 junio 2021, R^o 2046/2020.

39 STSJ Castilla la Mancha 6 mayo 2005, R^o 284/2005.

4. LA COMUNICACIÓN AL TRABAJADOR DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Los actos jurídicos indispensables relativos al transcurso ordinario de la incapacidad temporal se comunican al trabajador, con carácter general, de manera personal y directa. Así ocurre, normalmente, con los partes de baja, confirmación y alta, según el artículo 7.1 del Real Decreto 625/2014, que se emiten en presencia del trabajador afectado tras el correspondiente reconocimiento médico, al que se entrega en mano una copia del documento impreso. Tal inmediatez en su conocimiento permite que los anteriores documentos desplieguen sus efectos con carácter instantáneo o, en el caso del parte de alta, al día siguiente a su emisión, conforme al artículo 5.1 de la misma norma. Todo ello aporta a la dinámica propia de la incapacidad temporal una agilidad que es indispensable para la organización empresarial de los recursos humanos, al erigirse en la causa de suspensión contractual más frecuente y, en parte por ello, más disruptiva para el proceso productivo de todas las que se recogen en el artículo 45.1 ET.

No obstante, otros actos jurídicos relativos a la incapacidad temporal, como los llamamientos a los reconocimientos médicos de control o algunas altas expedidas por el INSS o las mutuas, no se emiten en presencia del trabajador. Y, como su efectividad depende de su conocimiento por parte del interesado, no generan obligaciones jurídicas hasta el momento de su notificación. Es decir, del modo en que se comunique la decisión administrativa al trabajador dependerá la rapidez con la que podrá realizarse el reconocimiento médico de control al que se le cita o el momento en que deberá reincorporarse al trabajo como consecuencia de la extinción de su proceso de incapacidad temporal. Por tanto, de ello depende también que el alargamiento innecesario de la ausencia del trabajador acabe revirtiendo en una mayor cantidad de absentismo laboral, no por razones de necesidad relativas a la salud, sino por razones de índole estrictamente procedimental o administrativa.

4.1. Los llamamientos a reconocimientos médicos de control: perjuicios derivados del reciente viraje jurisprudencial del Tribunal Supremo

Cuando un trabajador está en situación de incapacidad temporal, tanto el INSS como la mutua que tenga atribuida la gestión económica de su proceso derivado de contingencias comunes, pueden ordenar su sometimiento a un reconocimiento médico destinado a verificar la concurrencia de la enfermedad o accidente en que se sustenta el mantenimiento de la prestación⁴⁰. El legislador concibe este reconoci-

40 El art. 8.1 del Real Decreto 625/2014 dispone que "El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, en su caso, y las mutuas, a través de su personal médico y personal no sanitario, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que se expida el parte médico de baja, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria".

miento como un instrumento de control del fraude que debe servir para evitar el alargamiento innecesario de procedimientos sin base real y lo configura como preceptivo, de modo que la incomparecencia injustificada del trabajador comporta la retirada del subsidio. Dicha sanción solo puede aplicarse en el caso de que la citación haya sido adecuadamente notificada al trabajador, pero el artículo 9.3 del Real Decreto 625/2014 no establece qué garantías formales deben aplicarse para hacérsela llegar.

A este respecto, se ha producido un viraje jurisprudencial ciertamente restrictivo sobre el procedimiento administrativo que debe aplicarse para realizar la convocatoria al reconocimiento médico, afectando a su celeridad. Así, el método que venían aplicando tradicionalmente las mutuas consistía en que, si el repartidor acudía al domicilio del trabajador para entregarle su citación al reconocimiento médico y no encontraba a nadie, se le dejaba un aviso informándole de que la comunicación quedaba a su disposición en la oficina de correos para su recogida. El Tribunal Supremo aceptaba este modo de proceder y, confiriendo un margen razonable de maniobra⁴¹, demandaba que el trabajador actuase con diligencia a la hora de recoger su citación al reconocimiento médico, teniendo en cuenta su propósito de control del fraude⁴². En este sentido, consideraba una negligencia omisiva que el trabajador ignorase el aviso del telegrama o burofax en el que, además, la mutua constaba como remitente. De tal modo, se evitaba que los trabajadores en incapacidad temporal pudieran actuar de mala fe demorando su revisión médica y, por tanto, alargando su ausencia al trabajo.

No obstante, las últimas sentencias del Tribunal Supremo han supuesto un cambio de doctrina al exigir la aplicación estricta de la normativa administrativa en materia de notificaciones⁴³. Tales sentencias declaran improcedente la extinción de la prestación de incapacidad temporal por la incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico porque consideran que el anterior procedimiento, u otros similares⁴⁴, no son adecuados. Ahora exigen, en cambio, una atención literal a los artículos 42 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP)⁴⁵. Dichos preceptos establecen, para el caso

41 En la STS 22 diciembre 2014, Rº 618/2014, se admitía que el trabajador pudiera retrasarse durante una semana hasta acudir a recoger la comunicación.

42 STS 29 septiembre 2009, Rº 879/2009; STS 6 marzo 2012, Rº 1727/2011; STS 13 noviembre 2013, Rº 2780/2012; STS 22 enero 2016, Rº 2039/2014 y STS 9 mayo 2018, Rº 2840/2016.

43 STS 18 junio 2020, Rº 3302/2017 y STS 4 mayo 2021, Rº 4586/2018. Esta doctrina ha sido posteriormente seguida por las STSJ Cataluña 13 diciembre 2019, Rº 4387/2019 y STSJ Madrid 5 noviembre 2021, Rº 597/2021.

44 En el mismo sentido, otras sentencias dictadas en suplicación tampoco consideran válidos otros medios utilizados por las mutuas, pese a que permiten tener conocimiento fehaciente de su recepción por el interesado. A este respecto, por ejemplo, la STSJ Madrid 14 julio 2022, Rº 447/2022 deniega la validez de un SMS Certificado remitido al teléfono móvil de la trabajadora, con fecha y hora de su recepción, y la STSJ Cantabria 27 mayo 2021, Rº 302/2021 rechaza la suficiencia de enviar un burofax por parte de una empresa privada, pese a constar este como "Rehusado" al intentar entregarse en el domicilio del trabajador.

45 Vid., PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2020): "Incapacidad temporal: extinción indebida de la prestación. Incomparecencia al reconocimiento médico. Dos intentos de citación por burofax que no pudo ser entregado; falta de publicación en el BOE", Revista de Jurisprudencia Laboral, 8, 1-4.

de la notificación en papel, que, si no puede entregarse en el domicilio del interesado, (i) deberá realizarse un segundo intento a una hora distinta dentro de los tres días siguientes y (ii) si tal intento también es infructuoso, la notificación debe hacerse "*por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado*". En este último caso, conforme al artículo 46 la misma ley, el órgano correspondiente puede decidir si publica en el BOE su texto íntegro o "*una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados pueden comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro*", teniendo en cuenta que el plazo para recoger el documento íntegro es indeterminado, por lo que lo fija el propio órgano emisor.

La exigencia de tales requisitos legales se importa de otras sentencias dictadas en materia de reclamaciones por cobros indebidos de la prestación por desempleo⁴⁶ y se establece, según el Tribunal Supremo, "*en aras de una mayor garantía jurídica*" de la persona interesada ante un acuerdo del INSS o la mutua que le resulta "*claramente perjudicial*". Además, entiende el Tribunal que el distinto procedimiento que impone no implica "*una demora en la tramitación o mayor carga para quien gestiona la prestación*", ya que la publicación en el BOE se realiza a través de un trámite preferente y gratuito "*que permite su adecuación a las exigencias inherentes a la mecánica de la incapacidad temporal*".

En cambio, a mi modo de ver, es claro que el nuevo procedimiento sí añade complejidad al anterior y, sobre todo, ralentiza significativamente el acto de notificación, suponiendo un sacrificio más que notable para la agilidad con la que deberían realizarse los reconocimientos médicos de control. Completar todos los pasos puede suponer una demora de al menos 15 días, entre que se realiza el segundo intento, se acuerda la publicación de la citación, se publica efectivamente en el BOE y se aguarda el periodo acordado para que el trabajador pueda recoger el documento con el texto completo. Además, se considera inadecuado por otros motivos. Primero, cabe preguntarse razonablemente si la publicación de la citación por edictos contribuye verdaderamente a asegurar que el interesado tenga un mejor conocimiento del llamamiento de la entidad gestora o colaboradora. Y, segundo, si el trabajador desconoce su citación por motivos ajenos a su voluntad, tiene la oportunidad de manifestarlo ante el propio INSS o la mutua en el trámite que se abre siempre para justificar los motivos de su incomparecencia antes de extinguir la incapacidad temporal⁴⁷. Por lo tanto, el desconocimiento de la citación por parte del trabajador solo debería tener los efectos negativos o perjudiciales a los que se refiere el Tribunal Supremo si le resulta inexplicable, por razones de dolo o negligencia.

46 STS 12 enero 2014, Rº 2433/2015; STS 12 enero 2017, Rº 3433/2015 y STS 9 mayo 2019, Rº 3427/2017.

47 De acuerdo con el art. 9.5 del Real Decreto 625/2014 "*Si el trabajador justifica su incomparecencia dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico, el director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, y procederá a rehabilitar el pago de la prestación*".

4.2. Notificación versus aviso del alta al trabajador: efectos sobre la obligación de reincorporación al trabajo

Cuando el alta médica no se emite en presencia del trabajador, su obligación de reincorporarse al trabajo no nace, en principio, el día siguiente al de su firma, sino el día siguiente al de su notificación. Dichos casos, en los que los efectos del alta quedan postergados rompiendo la relación de práctica inmediatez que se establece generalmente entre el alta y la reincorporación, son muy diversos y nada infrecuentes. Ocurre, por ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, (i) con las altas médicas que emite el INSS tras la superación del plazo ordinario de la incapacidad temporal conforme al artículo 170.2 LGSS, (ii) cuando se extingue la prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal como consecuencia de la calificación negativa de una incapacidad permanente conforme al artículo 174.5 LGSS⁴⁸ o (iii) cuando se estima la propuesta de alta formulada por una mutua ante el Servicio Público de Salud o el INSS conforme al artículo 82.4.b LGSS.

La notificación de estas altas médicas, conforme al artículo 129.1 LGSS, se somete al régimen administrativo general, por lo que le es de aplicación el artículo 40.2 LPACAP, que, a su vez, dispone que *"deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado"*. A dicho periodo debe añadirse también el periodo que tarde en producirse efectivamente la notificación, que, como acaba de verse, puede alargarse si el interesado no se encuentra en su domicilio. Por lo tanto, en todo caso se produce un periodo indeterminado entre la emisión del alta y su conocimiento por el trabajador. Pues bien, respecto de este espacio de tiempo, viene entendiendo el Tribunal Supremo desde que emprendió un cambio de doctrina en los años 2012 y 2014⁴⁹, con un criterio que ha vuelto a ser confirmado en otra serie más reciente de sentencias⁵⁰, que la prestación por incapacidad temporal debe de continuar abonándose hasta el momento de la notificación administrativa al trabajador *"porque sólo a partir de ese momento el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, sólo entonces tendrá derecho a lucrar el correspondiente salario. De ahí que la mayor o menor demora en la notificación de la resolución administrativa en la que se declara el alta médica no pueda perjudicar al beneficiario de la prestación"*.

Con todo, desde el punto de vista de la contención del absentismo laboral, cabe plantearse la posibilidad de acortar la ausencia del trabajador, intentando adoptar medios más rápidos de comunicación del alta. Así, el tiempo que tarda en realizarse la notificación representa un retraso justificado en la reincorporación del trabajador,

48 Vid., BALLESTER PASTOR, Inmaculada (2022): "Los efectos económicos de la Incapacidad Temporal prorrogada, cuando se deniega la incapacidad permanente después, subsisten hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución administrativa", Revista de jurisprudencia laboral, 6, 1-9.

49 STS 18 enero 2012, Rº 715/2011 y STS 2 diciembre 2014, Rº 573/2014.

50 STS 27 abril 2022, Rº 456/2019; STS 24 mayo 2022, Rº 3448/2020; STS 12 julio 2022, Rº 1675/2020; STS 12 julio 2022, Rº 3468/2020; STS 13 julio 2022, Rº 2531/2020 y STS 21 diciembre 2022, Rº 2815/2019.

pero carece de fundamento desde el punto de vista médico, en la medida en la que ya se le ha considerado apto para trabajar. Por ello, parecería razonable procurar reducir la indeseable situación de alargamiento innecesario de la incapacidad temporal, lo que supondría también un ahorro público en términos del coste de la prestación de Seguridad Social. Esta posibilidad cabe plantearla, en concreto, respecto de los supuestos en los que, antes de llegarle la resolución administrativa por escrito a su domicilio, el trabajador es avisado del alta o bien por la empresa, por la mutua o por el propio INSS.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que, al comunicarse con el INSS por medios telemáticos a los que no afectan las incidencias que pueda sufrir el servicio de correos, las empresas y las mutuas tienen un conocimiento casi inmediato del alta médica del trabajador. Si bien, los tribunales de justicia divergen a la hora de valorar si el mero requerimiento al trabajador para que se reincorpore al trabajo, comunicándole que se le ha dado de alta, antes de que este haya recibido una notificación administrativa formal de la misma, debe surtir efectos vinculantes. En sentido afirmativo, se ha entendido que no puede concederse valor jurídico a la comunicación del alta al trabajador por parte de terceros distintos al INSS⁵¹ y que, si el trabajador continúa percibiendo la prestación hasta el momento de la notificación, *"es lógico pensar que no tiene la obligación de reincorporarse al trabajo"*⁵². Pero, en el sentido opuesto, se han dictado también resoluciones en las que se considera que la suspensión contractual se extingue con la incapacidad temporal en el momento de firmarse la resolución administrativa del alta, por lo que el trabajador tiene la obligación de reincorporarse en cuanto tiene conocimiento de que ha finalizado la suspensión de su contrato de trabajo, con independencia de que el pago de la prestación se prorrogue hasta la fecha de la notificación *"para evitar su desprotección por demoras procedimentales"*⁵³.

En segundo lugar, un problema prácticamente idéntico se plantea también respecto de los avisos enviados por algunas direcciones provinciales del INSS por mensaje de texto telefónico (SMS) en los que se comunica al administrado su alta médica el mismo día en que se dicta. En dichos mensajes, además, suele constar la indicación de que el trabajador tiene la obligación de reincorporarse al día siguiente, sin perjuicio de la posterior notificación por escrito de la resolución (contradiendo expresamente la última doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de referir). Pues bien, este tipo de comunicaciones no tienen la consideración jurídica de notificaciones administrativas válidas porque, a diferencia de lo que establece el artículo 41.1.1b LPCAP, la mensajería telefónica (no certificada) no es un medio que permita tener constancia

51 STSJ Valencia 19 mayo 2020, Rº 10/2020. Igualmente, de la STSJ País Vasco de 16 octubre 2018, Rº 1821/2018 se desprende la misma idea.

52 STSJ Castilla y León 6 mayo 2019, Rº 571/2019.

53 STSJ Andalucía 29 octubre 2020, Rº 849/2020. Similarmente, la STSJ Castilla y León 22 abril 2015, Rº 269/2015, considera como faltas injustificadas las que se producen desde el momento en que la empresa exige la reincorporación de la trabajadora, aunque más por el hecho de que *"no adujo la imposibilidad de trabajar o el desconocimiento del alta médica"*.

de su recepción o acceso por parte del interesado. En cambio, sí cumplen las condiciones jurídicas de los avisos electrónicos a los que se refiere el artículo 41.6 de la misma norma y que sirven para complementar las notificaciones administrativas con el fin de que el interesado conozca que el órgano correspondiente las ha puesto a su disposición e incrementar así su seguridad jurídica.

Entre las todavía escasas resoluciones que se han dictado sobre la trascendencia jurídica que deba darse a los SMS del INSS también pueden encontrarse pronunciamientos contradictorios. Así, alguna sentencia aislada ha considerado que el momento en el que tiene que reincorporarse el trabajador es después de la notificación formal del acto administrativo y no antes⁵⁴. Pero, en sentido contrario, también se ha señalado que una empresa actúa correctamente al sancionar disciplinariamente, como faltas injustificadas, los días de ausencia que se producen a partir la recepción del SMS que comunica el alta⁵⁵. Y ello porque se considera que con el alta médica finaliza la suspensión contractual, al mismo tiempo que debe exigirse un mínimo de diligencia a los trabajadores, de los que no se admite que, conociendo que han sido dados de alta, continúen actuando como si lo ignoraran.

A mi modo de ver, la segunda opción, además de tener un mayor respaldo jurisprudencial, es la que más se ajusta a la legalidad. Cabe recordar, a este respecto, que el artículo 39.1 LPACAP establece una regla general por la que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan (principio de ejecutividad⁵⁶). Si bien, dicha regla queda matizada en el caso del alta médica, que, conforme al artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014, produce efectos al día siguiente de dictarse. Por lo tanto, si, como regla general, las ausencias que se dan entre el alta y su notificación no se sancionan disciplinariamente, es porque no se puede exigir al trabajador que atienda a un acto administrativo que desconoce. Ahora bien, tal eximente deja de darse, conforme al deber de buena fe contractual, cuando puede presumirse que el trabajador ya sabe que ha sido dado de alta, porque se lo comunica el INSS y, además, la empresa le requiere que se regrese al trabajo. Por lo demás, esta interpretación no contradice la orientación teleológica de la última doctrina del Tribunal Supremo; el propósito con el que se alarga el abono del subsidio hasta la notificación es evitar que los posibles retrasos perjudiquen económicamente al trabajador, pero ello no se produce si este vuelve a trabajar y empieza a lucrar su correspondiente salario.

54 STSJ Asturias 13 junio 2017, Rº 1315/2017.

55 STSJ Galicia 21 mayo 2018, Rº 679/2018; STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 24 enero 2019, Rº 644/2018; STSJ Madrid 19 abril 2021, Rº 26/2021 y STSJ Madrid 28 febrero 2022, Rº 754/2021. Asimismo, sin tratar directamente esta cuestión, en las STSJ Madrid 29 octubre 2018, Rº 205/2018; STSJ Valencia 10 diciembre 2020, Rº 1936/2020 y STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 12 mayo 2022, Rº 1057/2021, se toma como referencia del momento en el que el trabajador debería haberse reincorporado el día siguiente al aviso telefónico del INSS.

56 Vid., GARCÍA VIÑA, Jordi (2021): "Relación entre la finalización de la incapacidad temporal y el despido", en Cano Galán, Yolanda y Sempere Navarro, Antonio (coords.): *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 421, 425.

5. CONCLUSIONES: PROPUESTAS EXEGÉTICAS, DE MEJORA NORMATIVA Y DE GESTIÓN

Como se ha visto, el Real Decreto 1060/2022 introduce principalmente un cambio normativo en la tramitación de los partes de incapacidad temporal, cuyo propósito directo no es reducir el absentismo laboral. Su vocación es, en su lugar, culminar el proceso de digitalización que sí había servido en un primer momento para reforzar las capacidades de control del INSS y de las mutuas para la detección de las incapacidades temporales fraudulentas⁵⁷. Con todo, la reconfiguración de la circulación electrónica de los partes médicos aporta, en términos generales, comodidad, agilidad y seguridad jurídica a ambas partes de la relación laboral, facilitando con ello la gestión de la incapacidad temporal y simplificando las tareas burocráticas a las que se ven sujetas las empresas en el marco de su colaboración obligatoria con la Seguridad Social.

Aun así, los beneficios que el nuevo sistema tiene para el mejor manejo del absentismo laboral en la empresa pueden verse parcialmente opacados si, una vez puesto en marcha, entre la información administrativa que proporciona el INSS por vía digital no aparece la duración prevista del proceso de incapacidad temporal. Por ello, a mi modo de ver, la entidad gestora debería realizar una interpretación extensiva de lo que son los "*datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos*" recogida en la nueva redacción del artículo 7.3 del Real Decreto 625/2014. A este respecto, es cierto que la duración aproximada de la dolencia es un dato personal especialmente sensible relativo a la salud del trabajador interesado, pero también se trata de un elemento clave desde el punto de vista administrativo, ya que determina, como se ha visto, el modelo de seguimiento que se aplicará al proceso de incapacidad temporal en función de su tipología.

Por lo demás, del único punto de la reforma reglamentaria que sí tiene claramente una orientación antiabsentista no cabe esperar un impacto directo en la reducción de ausencias laborales. Así, el inciso que indica que las revisiones de confirmación de la baja pueden fijarse en periodos inferiores a los límites máximos que marca la norma para cada tipo de proceso no constituye una verdadera alteración de la regla anterior, sino más bien una mera reiteración de la misma. Por ello, si el propósito del ejecutivo es intensificar la realización de reconocimientos de confirmación de la incapacidad temporal, seguramente será necesario guiar a los servicios de salud en dicha dirección, incluyéndolo como objetivo específico en los acuerdos firmados por el INSS con las Comunidades Autónomas para el control de la incapacidad temporal.

En cambio, como se adelantaba, al margen de las cuestiones abordadas en el Real Decreto 1060/2022 y su orden ministerial de desarrollo, existen otros nudos jurídicos, que resultan problemáticos por favorecer el absentismo burocrático. Al respecto, cabe matizar que las posibles soluciones a la confusión de las diferentes figuras que ampa-

57 Vid., CRESPI FERRIOL, María del Mar (2020): "Nuevas tecnologías... cit., pp. 951 y ss.

ran formalmente las faltas al trabajo por motivos médicos no requieren necesariamente de un ajuste de la regulación reglamentaria, sino que dependen en mayor medida de directrices administrativas o soluciones normativas que encajan mejor en el marco de la negociación colectiva. Sin embargo, por lo que concierne a los medios de comunicación de los actos relativos a la incapacidad temporal que no se emiten en presencia de los trabajadores, sí se ha perdido una valiosa oportunidad de incorporar al Real Decreto 1060/2022 modificaciones normativas destinadas a adaptar la regulación de la incapacidad temporal a las doctrinas jurisprudenciales recientes y a los nuevos medios tecnológicos que están a disposición de la Administración pública.

Así, respecto de los distintos documentos médicos que cubren ausencias amparadas en motivos médicos o sanitarios, sería conveniente la adopción de distintas medidas de gestión por parte de las consejerías de sanidad de las comunidades autónomas. Para empezar, deberían emitirse instrucciones claras y públicas respecto de los distintos justificantes médicos a emitir por el personal sanitario o administrativo. Por ejemplo, sería especialmente interesante que se adoptaran modelos uniformes de partes de asistencia médica que incluyeran específicamente el horario de permanencia en el centro sanitario y que expusieran expresamente el alcance de sus efectos probatorios. Igualmente, resultaría útil que, como ya se ha producido en Cataluña, el sistema organizativo e informático permitiera ampliar los sujetos con capacidad para emitir partes de baja por incapacidad temporal a otras áreas distintas de la atención primaria, con tal de minimizar la necesidad de recurrir a los partes de reposo. Y, en particular, respecto de los propios médicos de atención primaria, debería impedirse la emisión de dichos partes médicos de reposo, en favor de la expedición regular de partes médicos de baja por incapacidad temporal.

Igualmente, otra vía para evitar la confusión de los partes de baja con otro tipo de documentos sería contrarrestar su falta de regulación legal y reglamentaria mediante una delimitación más precisa de su uso por parte de la negociación colectiva o, en su caso, por parte de protocolos empresariales propios. Así, en primer lugar, en caso de pactarse el carácter retribuido de las ausencias por visitas médicas, debería establecerse un número limitado de horas y detallarse su uso por el tiempo necesario de coincidencia con la jornada laboral. En segundo lugar, por las razones expuestas, debería evitarse la configuración de los días de enfermedad sin baja como permiso retribuido. Es más, las empresas deberían exigir, en virtud de su poder de dirección del artículo 20 ET⁵⁸, que, salvo ocasiones excepcionales de imposibilidad, los trabajadores acrediten su incapacidad laboral mediante la aportación de partes oficiales de baja y no otro tipo de documento médico.

Por último, respecto de la transmisión a los trabajadores de decisiones extintivas o de control sobre sus procesos de incapacidad temporal, creo que aparece con claridad la necesidad de adoptar una regulación *ad hoc* que se ajuste al dinamismo propio de esta prestación. Así, a mi modo de ver, es claro que el procedimiento gene-

58 SAN 14 mayo 2003, Proced. núm. 217/2002.

ral aplicado para la notificación de actos administrativos no resulta adecuado, por la ralentización que provoca en la efectividad de los actos adoptados por las mutuas o el INSS. Por ello, de un lado, convendría que el artículo 9.3 del Real Decreto 625/2014 regulara, además del contenido material que debe constar en la citación del trabajador al reconocimiento médico de control, los requisitos formales particulares con los que esta se le debe hacer llegar, adoptando un método que presente garantías para el trabajador, pero sin necesidad de realizar actuaciones superfluas, como su publicación en el BOE.

De otro lado, debería modificarse también el artículo 5 del Real Decreto 625/2014, con el propósito de precisar los efectos laborales que tiene para el trabajador el conocimiento indirecto de su alta médica, cuando no ha sido dictada en su presencia. Así, con independencia de que el momento de la notificación administrativa de la extinción de su incapacidad temporal tenga plena consideración a efectos, por ejemplo, de presentar el correspondiente recurso, sus efectos laborales podrían adelantarse al momento en que se tenga constancia de que el trabajador sabe que ha sido dado de alta. Y ello es especialmente claro cuando, además de recibir un mensaje telefónico por parte del INSS, es contactado por la empresa o la mutua para informarle de la misma y requerirle para que se reincorpore al trabajo. Se trata, en fin, de un supuesto más en que la utilización de medios telemáticos en la gestión de la incapacidad temporal supone una nueva ventana de oportunidad para avanzar en la mayor eficiencia en la gestión de la prestación.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, Inmaculada (2022): "Los efectos económicos de la Incapacidad Temporal prorrogada, cuando se deniega la incapacidad permanente después, subsisten hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución administrativa", *Revista de jurisprudencia laboral*, 6.
- BÉRAUD, Jean-Marc (1980): *La suspension du contrat de travail*, Paris, Edition Sirey.
- CAÑONES GARZÓN, Pedro Javier y SÁEZ MARTÍNEZ, Francisco José (2022), "La gestión de la incapacidad temporal no es solo una responsabilidad del médico de familia", *Medicina General y de Familia*, 11(4).
- CRESPÍ FERRIOL, Maria del Mar (2020): "Nuevas tecnologías y control público del fraude en la incapacidad temporal", en Monreal Bringsvaerd, Erik; Thibault Aranda, Javier y Jurado Segovia, Ángel (coords.): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel* (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Valencia, Tirant lo Blanch.
- CUBERO, Paulino (2023): "En defensa de un modelo de Incapacidad Temporal del siglo XXI", *Atención Primaria*, 2.

- Eurofound (2010): *Absencefromwork*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union.
- GARCÍA VIÑA, Jordi (2021): "Relación entre la finalización de la incapacidad temporal y el despido", en Cano Galán, Yolanda y Sempere Navarro, Antonio (coords.): *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2016): *Workplace stress: a collective challenge*, Ginebra.
- JOVER RAMÍREZ, Carmen (2006): *La incapacidad para el trabajo: Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel (2020): "De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus", Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 1.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2020): "Incapacidad temporal: extinción indebida de la prestación. Incomparecencia al reconocimiento médico. Dos intentos de citación por burofax que no pudo ser entregado; falta de publicación en el BOE", Revista de Jurisprudencia Laboral, 8.
- RIVAS VALLEJO, María Pilar (2007): *La suspensión del contrato de trabajo: naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete, Bomarzo.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2017): *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters.
- ROQUETA BUJ, Remedios y FERNÁNDEZ PRATS, Celia (2014): *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La ley.
- SALA FRANCO, Tomás (2005): *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIDA SORIA, José (1962): *La suspensión del contrato de trabajo por causas que afectan a la prestación del trabajador*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

Reseña de actualidad judicial

Ángel Jurado Segovia

Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompart Bennàssar

Profesora Titular. Universitat de les Illes Balears.

STEDH de 13 de diciembre de 2022 (Nº26968/16; Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal): inexistencia de vulneración del derecho a la vida privada en el caso de un despido declarado justificado por un incumplimiento laboral detectado por un sistema GPS.

En esta sentencia, el TEDH considera que no constituye una violación del derecho a la vida privada consagrado en el CEDH el hecho de que el tribunal nacional declarase justificado el despido de un trabajador decidido por la empresa por haber detectado un comportamiento fraudulento gracias al GPS instalado en el vehículo de la empresa. La empresa había instalado dicho sistema de GPS con el fin de retribuir a los empleados en función de las visitas comerciales realizadas y los km recorridos y el trabajador fue despedido tras haberse detectado que el trabajador había intentado que computasen como desplazamientos laborales distancias recorridas con fines personales. El TEDH entiende que el tribunal nacional fue respetuoso con el citado derecho en tanto que declaró justificado el despido realizando una minuciosa ponderación entre el derecho del demandante al respeto de su vida privada y el derecho de su empleador a garantizar el buen funcionamiento de la empresa, teniendo en cuenta, además, que el trabajador estaba informado de la instalación del GPS y del fin legítimo perseguido por la empresa con el mismo, amén de destacarse que el tribunal nacional para declarar justificado el despido no se basó únicamente en los datos de geolocalización, sino en una combinación de pruebas que incluían el expediente disciplinario, el informe técnico elaborado por una empresa informática y las declaraciones de las partes y sus testigos.

STS de 22 de julio de 2022 (Rº 701/2021): videovigilancia e incumplimiento de deber de información previa, sin que tal incumplimiento desvirtúe la prueba del incumplimiento de la trabajadora.

Esta STS examina si la prueba de videovigilancia aportada para justificar el despido de una empleada del hogar debe ser tomada en consideración en el correspon-

diente proceso cuando se incumple el deber de información previa de la instalación del sistema de videovigilancia (art. 89.1 LO 3/2018). A tal efecto, distingue entre un sistema de vigilancia permanente y un sistema de vigilancia instalado *ad hoc* ante la existencia de fundadas sospechas. En el supuesto planteado, el sistema de vigilancia se implantó en el domicilio de la empleadora a raíz de la sustracción de una importante cantidad de dinero y de joyas, enfocando el sistema de videovigilancia únicamente el armario en que estaba colocada la caja fuerte. Igualmente, el TS toma en consideración la situación de vulnerabilidad de la empleadora, que padecía una tetraplejía. Por tales razones, el TS entiende que la videovigilancia es una medida necesaria, idónea y proporcionada para el fin perseguido, cual es acreditar el grave incumplimiento de la empleada del hogar.

STS de 4 de octubre de 2022 (R° 2498/2021): inexistencia de cesión ilegal de trabajadores en una contrata de servicios de transporte en que la empresa principal aporta ciertos elementos productivos y se reserva contractualmente ciertas facultades.

En esta sentencia, el TS, confirmando la sentencia dictada en suplicación, declara la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores en el marco de una contrata de servicios de transporte en la que la empresa principal pone a disposición de los trabajadores de la contratista una herramienta electrónica utilizada para la organización de los repartos y control de las entregas, resultando, además, que, en virtud de los pactos contractuales estipulados entre las empresas, la principal podía exigir que los vehículos de la contratista portasen distintivos de dicha principal y esta empresa se reservaba, asimismo, una facultad de veto respecto a los trabajadores propuestos por la contratista para realizar los repartos. El TS considera que estos elementos fácticos resultan insuficientes para declarar la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores, toda vez que habían quedado probados otros hechos que ponían de manifiesto que se trataba de una contrata entre empresas con estructura organizativa propia, no apreciándose una mezcla entre las funciones del personal de cada empresa, ni que la empresa contratista hubiera hecho dejación de sus poderes de dirección en materia de tiempo de trabajo ni de sus facultades disciplinarias.

STS de 17 de octubre de 2022 (R° 2931/2021): empresa multiservicios y contratas; se aplica el convenio sectorial correspondiente a la a concreta actividad ejecutada por los trabajadores en la contrata.

En esta sentencia, el TS aborda la cuestión relativa al convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios. El supuesto trae causa en la demanda presentada por un trabajador de una empresa multiservicios que prestaba servicios como conserje en una comunidad de propietarios, reclamando el derecho a la subrogación de la relación laboral con la empresa entrante en el servicio —otra empresa multiservicios—, en virtud del convenio colectivo del sector de la limpieza indicado como aplicable en su contrato de trabajo. El TS, revocando el criterio de la sentencia dictada en supli-

cación, entiende que la empresa entrante no es responsable de un despido improcedente en tanto que el trabajador no era acreedor de un derecho a la subrogación de su relación laboral, toda vez que el citado convenio colectivo no resulta de aplicación a las empresas multiservicios respecto a los trabajadores que desarrollen labores de conserjería, por no encontrarse las mismas dentro de su ámbito funcional de aplicación. Para llegar a tal conclusión, el TS se reafirma en la doctrina sentada en pronunciamientos precedentes en el sentido de que en el caso de empresas multiservicios el convenio sectorial aplicable dependerá en cada caso de la concreta actividad y funciones desarrolladas por los trabajadores, añadiendo la sentencia que este es el criterio que se desprende de la última reforma operada por el RD-ley 32/2021 —no aplicable, no obstante, al caso concreto por razones temporales— y plasmada en el art. 42.6 ET, que dispone que: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata (...)”.

STS de 18 de octubre de 2022 (Rº139/2020): cómputo de los permisos de corta duración ex art. 37 ET.

Mediante esta sentencia, el TS da respuesta a tres interrogantes que plantean los permisos de corta duración ex art. 37 ET. En primer lugar, examina si el *dies a quo* del cómputo de los permisos, en los casos en que su hecho causante sucede en día no laborable, tiene que iniciarse en el primer día laboral siguiente. A este respecto, se concluye que los permisos, para los que la ley no fija otra regla distinta de cómputo, habrán de disfrutarse a partir del momento en que el trabajador tenga la obligación de ir a trabajar. En segundo lugar, se examina si, con excepción del permiso de matrimonio que la propia norma delimita en días naturales, la duración de los permisos debe computarse en días laborales o naturales. La respuesta es que se computan en días laborales, por cuanto en días festivos no se trabaja y no se produce ninguna ausencia. Y, en tercer lugar, se examina si, en el caso de que el hecho causante de un permiso acaeciera en vacaciones, debe comenzarse a disfrutar el primer día laborable siguiente al del fin de las vacaciones. Sobre la base de que el permiso exige cierta inmediatez entre la necesidad que cubre y su efectivo disfrute, el TS concluye que no tiene sentido diferir su disfrute al momento de retorno de las vacaciones.

STS de 19 de octubre de 2022 (Rº 2931/2021): las cuestiones de legalidad ordinaria no tienen acceso “separado” al recurso de suplicación en procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En esta sentencia, el TS “clarifica” su doctrina acerca de la recurribilidad de las cuestiones de legalidad ordinaria en procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La desestimación de una demanda de modificación sustancial por parte del Juzgado de Social había sido recurrida en suplicación y el TSJ competente desestima los motivos de recurso referidos a la vulneración de derechos fundamentales —vulneración de normas de procedimiento causante de posible in-

defensión (art. 24 CE) y comportamiento empresarial causante de una posible discriminación (art. 14 CE)— y evita expresamente pronunciarse sobre otros motivos de censura jurídica por entender que se refieren a cuestiones de legalidad ordinaria —la justificación causal de la medida y sus requisitos formales— que quedan extramuros del recurso de suplicación por razón de la materia de acuerdo con el art. 191.2 LRJS. El TS, confirmando la sentencia de suplicación, razona que el recurso de suplicación tiene en estos casos limitada la cognición a las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales, sin poder entrar a resolver las de estricta legalidad ordinaria cuando no se encuentran “indisociablemente ligadas” con la alegada vulneración de derechos fundamentales, pues carecería de sentido que el legislador hubiera querido que determinados aspectos queden firmes a través de la sentencia de instancia y ello no se respetase por el hecho de invocarse junto con otras cuestiones que, sin embargo, pueden resolverse de forma diferenciada o separada en sede de recurso.

STS de 19 de octubre de 2022 (Rº 2026/2021): el despido efectuado sin respetar las limitaciones introducidas por la “normativa Covid” merece la calificación de improcedencia (y no de nulidad).

Mediante esta sentencia el TS se pronunció por primera vez sobre la cuestión relativa a la calificación que merecen los despidos efectuados vulnerando el art. 2 del RD-ley 9/2020; cuestión que ha venido dando lugar a criterios dispares en la doctrina judicial. Confirmando el criterio de la sentencia de suplicación, el TS entiende que tales despidos deben ser calificados como improcedentes, pues la norma en cuestión no prevé los efectos de la decisión extintiva acometida quebrantándola y que la ausencia de indicación legal expresa impide la calificación de nulidad. Entiende así el Tribunal que la norma no contenía en realidad una prohibición de despedir, sino una “destipificación” o “neutralización” de causas extintivas, de modo que “problemas referidos al normal funcionamiento de la empresa que, de no existir la norma, encajarían en el despido objetivo o colectivo, sin embargo, quedan ayunos de ese cauce”. A lo que se añade que la consideración de un despido como abusivo o en fraude de ley conforme al Código Civil no conlleva la nulidad del mismo, sino la aplicación de las consecuencias que prevé la norma laboral especial para los despidos sin causa justificada; esto es, la improcedencia. Asimismo, la sentencia también sale al paso de la invocación del Convenio 158 OIT, como norma que podría verse vulnerada por descartarse la calificación de nulidad en estos casos, considerando el Tribunal que la legislación española al prever una indemnización para los despidos improcedentes se ajusta al esquema de reparación alternativa que se colige de dicho Convenio.

STS de 2 de noviembre de 2022 (Rº 2513/2021): la pérdida de la habilitación para ejercer como vigilante de seguridad por la comisión de un delito doloso es motivo de despido disciplinario.

En esta sentencia, el TS resuelve si la pérdida de la habilitación como personal de seguridad privada por la comisión de un delito doloso fuera del ámbito laboral cons-

tituye causa de despido disciplinario o de despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Si bien las actuaciones extralaborales resultan generalmente ajenas en materia disciplinaria, el TS subraya la existencia de excepciones al respecto. Y, en este sentido, la previsión legal relativa a que la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos dolosos es causa de extinción de la habilitación profesional de los vigilantes de seguridad, así como la regulación prevista en el convenio colectivo aplicable, que considera falta muy grave la comisión de un delito que conlleve la retirada de la habilitación para los vigilantes de seguridad, comportan una exigencia de confianza en el vigilante incompatible con tales antecedentes penales; constituyendo ello, por tanto, causa justificativa de despido disciplinario.

STS de 15 de noviembre de 2022 (R°2645/2021): el despido de un trabajador al día siguiente de reclamar “internamente” el pago de horas extraordinarias vulnera el derecho fundamental a la garantía de indemnidad.

En esta sentencia, el TS revoca el criterio de la sentencia de suplicación y entiende que el despido acometido el día después de que el trabajador mostrase su disconformidad internamente, a través de un mensaje WhatsApp, acerca de las horas extraordinarias realizadas, constituye una vulneración de la garantía de indemnidad. La sentencia de suplicación consideró que el despido no podía reputarse una represalia de la empresa como consecuencia del simple envío por parte del trabajador de un WhatsApp. Sin embargo, el TS, con apoyo en doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, entiende que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino también frente a la reacción empresarial ante la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos de una acción judicial. Y dado que en la motivación del despido el empleador alegó como causa una disminución del rendimiento voluntario que, sin embargo, no quedó acreditada, la extinción del contrato no puede sino considerarse una reacción inmediata a tal reclamación interna, que debe llevar a la declaración de nulidad del despido.

STS de 20 de diciembre de 2022 (R° 27/2021): de la retribución del periodo de vacaciones sólo pueden excluirse los complementos salariales ocasionales y extraordinarios.

En esta sentencia, el TS considera contrario a derecho el precepto de un convenio colectivo que establecía que de la remuneración vacacional quedaban excluidos, sin excepción, todos los complementos salariales por cantidad o calidad. El Tribunal recuerda su doctrina consolidada relativa a que las vacaciones retribuidas han de comprender todos los conceptos salariales en promedio, con la sola excepción de aquellos de carácter excepcional establecidos para compensar actividades también extraordinarias, cual es el exceso de jornada. De este modo, para que un concepto resulte excluido de la retribución de vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso

que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario. Partiendo de esta doctrina, el TS precisa que aquellos complementos que estén en una “zona de duda”, si se corresponden con una actividad ordinaria han de figurar como pluses computables en la paga de vacaciones; lo que, a su vez, puede comportar que el derecho no corresponda a todos los trabajadores, sino sólo para aquellos que lo hayan percibido con cierta habitualidad. Y añade el Tribunal que es aquí donde puede jugar un papel decisivo la negociación colectiva a efectos de determinar la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad, pero en el bien entendido de que la negociación colectiva no puede excluir del periodo vacacional complementos que se perciben durante seis o más meses de los once precedentes a la vacación. Por ello, la exclusión absoluta prevista en convenio colectivo resultaba contraria a la ley.

STS de 10 de enero de 2023 (Rº 2166/2021): extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador por el retraso continuado abono de nóminas.

Esta STS declara que el incumplimiento del pago del salario en varias ocasiones dentro del período de un año, con un promedio de retraso de 10,5 días, y el abono de la última nómina de forma fraccionada, constituye un incumplimiento empresarial grave, por su persistencia en el tiempo, que faculta al trabajador a instar la extinción del contrato por la vía del art. 50.1 b) ET. A juicio del Tribunal, la gravedad de la conducta empresarial se valora ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con los criterios de orden temporal y cuantitativo, concurriendo tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, sin que enerve la facultad resolutoria el hecho de que el trabajador no hubiera reaccionado frente a los primeros retrasos, ni tampoco las dificultades económicas por las que pueda atravesar la empresa.

STS de 17 de enero de 2023 (Rº 3291/2020): inexistencia de relación laboral en la prestación de servicios de odontología.

En esta sentencia, el TS revoca la sentencia dictada en suplicación relativa a la declaración de laboralidad de un conjunto de personas que venían prestando servicios como odontólogos en un establecimiento gestionado por una empresa en régimen de franquicia. Tras una reseña de la doctrina jurisprudencial sobre la compleja distinción entre el contrato de trabajo y las prestaciones de otra naturaleza, el TS concluye que no existe relación laboral en la aludida prestación de servicios de odontología, destacando, entre otros, los siguientes elementos: no se acredita dependencia, sino libertad para fijar días y horarios de actividad; se percibe un porcentaje de la facturación derivada de los servicios prestados, pero afrontando el riesgo de impago; cada profesional abona un canon a la clínica por utilizar sus instalaciones; los precios son fijados por cada profesional, existiendo una guía únicamente orientativa de la franquiciadora; de la facturación se descuenta un porcentaje por los materiales y medios personales facilitados por la empresa franquiciada; no existe un superior jerárqui-

co que ejerza facultades de dirección sobre cada uno de los odontólogos. Todo lo cual lleva al Tribunal Supremo a concluir que no existe contrato de trabajo, sino una actividad en régimen de "auto-organización", asumiendo los profesionales el riesgo económico derivado de su actividad. No obstante, la sentencia termina advirtiendo que, dadas las características particulares que puede presentar cada caso, la doctrina sentada no es generalizable sin más a otros casos de prestaciones para clínicas dentales.

STS de 18 de enero de 2023 (R^o 78/2021): el registro de jornada basado en la declaración unilateral del propio trabajador es conforme a derecho.

En esta sentencia, confirmando el criterio de la SAN de instancia, el TS declara ajustado a derecho un acuerdo colectivo sobre registro de jornada, según el cual las empresas deben poner a disposición una aplicación informática con el fin de que el propio trabajador pueda registrar su jornada diaria de trabajo. La sentencia da respuesta a la denuncia de un sindicato invocando que los términos del acuerdo colectivo vulneraban el art. 34.9 ET y la doctrina del TJUE relativa a la obligación empresarial de registrar la jornada. A criterio del TS, la citada norma no impone una forma o modalidad específica de registro de jornada, remitiéndose a la negociación colectiva, sin que el sistema pactado se pueda considerar tampoco contrario a los requisitos de fiabilidad y objetividad exigidos por el TJUE, pues carece de fundamento negar tales requisitos por el simple hecho que sea el trabajador el que deba consignar su tiempos de trabajo, resultando difícil de imaginar un registro que evite toda intervención del propio trabajador. Entiende, asimismo, el TS que el riesgo de que los trabajadores se sientan compelidos a realizar un registro que no consigne las horas extraordinarias podrá ser combatido a través de otros instrumentos jurídicos, mas no convierte en sí mismo al sistema de registro diseñado en contrario a derecho.

SAN de 10 de noviembre 2022 (R^o 269/2022): licitud e ilicitud de pactos en el acuerdo de trabajo a distancia.

En esta sentencia, la AN se pronuncia sobre la licitud o ilicitud de determinados pactos contractuales a la luz de las previsiones de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia. Así, no considera contraria al régimen legal la cláusula del acuerdo de trabajo a distancia que, tras establecer el número de días de teletrabajo, remite la concreción de qué días se teletrabaja y qué días será necesaria la presencialidad a la decisión de un responsable de la empresa, pues ello no desvirtúa el acuerdo de voluntades sobre el establecimiento de un régimen de teletrabajo; ni tampoco lo hace que, respetando el porcentaje de teletrabajo y de presencialidad pactado, la empresa se reserve la facultad de requerir sobrevenidamente la asistencia del trabajador. Por el contrario, y, en consecuencia, la sentencia sí que considera ilícita y, por tanto, nula la cláusula del acuerdo de trabajo a distancia que impide que el trabajador pueda compensar el día no teletrabajado por llamada sobrevenida de la empresa. Y, finalmente, la sentencia también considera contraria a la Ley de trabajo a distancia la inclusión en el

acuerdo individual de una cláusula que especifica que la prestación de servicios a distancia no generará gasto alguno para el trabajador que deba compensarse por la empresa, debiéndose pactar, en todo caso, un régimen que concrete el derecho en tal sentido reconocido legalmente al trabajador.

SAN de 23 de diciembre de 2022 (R^o 323/2022): se confirma una infracción y sanción administrativa muy grave por obstrucción a labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En esta sentencia, la AN confirma la sanción administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social a una empresa por no atender a los sucesivos requerimientos de información efectuados por la Inspección de trabajo. La sentencia entiende que la conducta de la empresa constituye una infracción muy grave por obstrucción a la labor inspectora ex art. 50.4 b) LISOS, no considerándose merecedores de descargo los razonamientos de la empresa en el sentido de haber cumplido parcialmente con los requerimientos, haber comunicado, durante las actuaciones inspectoras, las razones por las cuales no podía atender completamente a los requerimientos y no haber sido sancionada previamente por obstrucción a la labor inspectora. De los fundamentos de la sentencia destaca, asimismo, que la AN considere que el deber de colaboración con la Inspección comporta la obligación de proporcionar la información con el concreto formato requerido por la misma. Finalmente, la sentencia confirma también la graduación efectuada por la Administración para determinar la cuantía de la sanción administrativa, considerando como criterios ajustados a derecho la reiteración en el incumplimiento de los requerimientos efectuados, la cifra de negocios de la empresa, así como el número de trabajadores potencialmente afectados por la conducta obstructora; lo que, a criterio de la AN, justifica que la sanción se hubiese situado en el grado medio, importe máximo, de la horquilla prevista en el art. 40.1.c) LISOS (120.005 euros).

STSJ de Asturias de 18 de octubre de 2022 (R^o 1821/2022): despido disciplinario procedente por vulneración al derecho honor de los clientes de la empresa a través de una red social.

Esta resolución judicial desestima la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión denunciada por un trabajador a consecuencia de haber sido despedido por publicar un vídeo en Tik-Tok, vistiendo el polo distintivo de la empresa y difundiendo una escena en que se refiere reiteradamente a los clientes que llegan a la empresa como "hijos de puta". La Sala entiende que en tales manifestaciones hechas públicas no hay crítica ni opinión que pueda encuadrarse en el derecho a la libertad de expresión. Según el TSJ, la conducta del trabajador constituye un insulto reiterado del trabajador hacia los clientes de la empresa y, por tanto, una infracción muy grave y culpable que justifica el despido disciplinario por atentar contra el derecho al honor de tales clientes y comprometer la imagen de la empresa, ante el público en general y ante los aludidos en particular.

STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 2022 (Rº 7521/2021): la sanción disciplinaria por colgar una foto en Facebook teletrabajando desde la playa no vulnera el derecho a la intimidad.

Esta resolución judicial valora la denuncia de vulneración del derecho a la intimidad formulada por una trabajadora sancionada disciplinariamente por haber publicado en la red social Facebook unas fotografías teletrabajando desde un chiringuito de playa. La superior jerárquica de la trabajadora y "amiga" de la trabajadora en dicha red social informó a la empresa de tal circunstancia, que la misma consideró un incumplimiento contractual en relación con las condiciones pactadas acerca de la prestación de servicios en régimen de trabajo a distancia. Frente a la invocación por parte de la trabajadora de que la sanción disciplinaria estaba conectada a una vulneración de su derecho a la intimidad, el TSJ juzga que la puesta en conocimiento de tal publicación y de las fotografías a la empresa no constituye una vulneración tal, pues no conciernen a hechos y datos relativos al reducto íntimo personal o familiar de la trabajadora, sino a unas circunstancias que se proyectan sobre el desarrollo de la actividad y prestación laboral de la misma.

STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2022 (Rº 682/2022): vulneración del pacto de no competencia postcontractual, aportando como prueba copia del perfil de LinkedIn.

El supuesto de hecho enjuiciado se refiere a la eventual vulneración de un pacto de no competencia postcontractual, para cuya prueba la empresa aporta un perfil registrado en LinkedIn. La resolución judicial subraya que el pacto de no competencia después de extinguido el contrato de trabajo requiere para su validez, además de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos: que se justifique un interés comercial o industrial para la parte empresarial y que se establezca una compensación económica para el trabajador. Para la concurrencia de tales requisitos, entiende el TSJ que no resulta necesario que la empresa demuestre pormenorizadamente las funciones o responsabilidades concretas desarrolladas por el trabajador en la nueva entidad, ni que se demuestre la existencia de un perjuicio sufrido por la empresa, así como tampoco que se acredite la culpabilidad del trabajador en la atracción de clientes a la nueva entidad para la que presta servicios. Se aprecia, en definitiva, una vulneración del pacto de no competencia detectada esencialmente a través del perfil de LinkedIn del extrabajador, pues el mismo evidenciaba que había pasado a ejercer funciones semejantes en otra compañía que compite directamente con la anterior empleadora.

STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2022 (Rº48/2022): comunicar a una compañera de trabajo la intención dejar la empresa mediante WhatsApp no constituye una dimisión voluntaria en el trabajo.

El supuesto de hecho analizado se refiere a una comunicación por WhatsApp de una trabajadora a otra compañera anunciando su intención de abandonar la empre-

sa. Conocida tal circunstancia por la empresa, la misma procede comunicando la extinción voluntaria de la relación laboral. Considerado tal proceder de la empresa como constitutivo de un despido improcedente por parte del Juzgado de lo Social de instancia, el TSJ lo confirma y desestima el recurso de suplicación de la empresa. A tal efecto, razona que la dimisión del trabajador requiere una voluntad incontestable en tal sentido, la cual puede manifestarse hacia el empresario de manera expresa o tácita; pero, en todo caso, requiere de hechos concluyentes que no dejen margen alguna para la duda razonable sobre su intención y alcance. Se confirma, por ello, que la baja comunicada por la empresa constituye un despido improcedente.

STSJ Islas Baleares de 24 de enero de 2023 (R^o 407/2022): nulidad de la resolución contractual respecto a un trabajador en situación de incapacidad temporal durante el periodo de prueba por vulnerar el derecho fundamental a la integridad física y ser discriminatorio.

Esta sentencia se refiere la extinción de la relación laboral de un trabajador durante el periodo de prueba, encontrándose el mismo en situación de incapacidad temporal. Según el convenio colectivo aplicable, la situación de incapacidad temporal debía interrumpir el periodo de prueba. Sin embargo, tres días después de iniciar la incapacidad, la empresa comunicó la extinción contractual por no superación del periodo de prueba. La Sala da por sentado que la decisión empresarial obedeció a la situación de incapacidad temporal del trabajador y se valora si tal cese comportó la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y pudo suponer una discriminación. El TSJ concluye entiendo que el cese, incumpliendo la previsión convencional, implicó una actuación contraria a derechos tales como a la salud y al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (arts. 41 y 43 CE), además de lesiva del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Y, asimismo, confirma la nulidad de la extinción trayendo a colación la reciente Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, considerando que la misma refuerza tal conclusión en tanto que prevé como causa de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud.



Sobre la revista

Trabajo y Empresa, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tirant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

Trabajo y Empresa, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial*: se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.

Equipo editorial

El primer compromiso de **Trabajo y Empresa** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Secretario de redacción:

Ángel Jurado Segovia.
Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

Comité de redacción

María Amparo García Rubio
Profesora Titular. Universidad de Valencia.

Juan Gil Plana.
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Mónica Llano Sánchez
Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompарт Bennàssar
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Enrique Nores Torres
Profesor Titular. Universidad de Valencia.

Margarita Tarabini-Castellani Aznar.
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Javier Thibault Aranda
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Comité científico

Raquel Aguilera Izquierdo
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Icíar Alzaga Ruiz
Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Stefano Bellomo
Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.

Alberto Cámara Botía
Catedrático. Universidad de Murcia.

Maria Teresa Carinci
Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.

María Antonia Castro Argüelles
Catedrática. Universidad de Oviedo.

Francisco Javier Gárate Castro
Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

Salvador del Rey Guanter
Catedrático. Esade Law School.

Juan García Blasco
Catedrático. Universidad de Zaragoza.

Joaquín García Murcia
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio García-Perrote Escartín
*Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Magistrado del Tribunal Supremo.*

José María Goerlich Peset
Catedrático. Universidad de Valencia.

Jesús Lahera Forteza
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

María Lourdes López Cumbre
Catedrática. Universidad de Cantabria.

Manuel Luque Parra
Catedrático. Universidad Pompeu Fabra.

Jesús Martínez Girón
Catedrático. Universidad de A Coruña.

Jesús Mercader Uguina
Catedrático. Universidad Carlos III de Madrid.

José Luis Monereo Pérez
Catedrático. Universidad de Granada.

Erik Monreal Bringsvaerd
Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Ana Orellana Cano
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Rosario Palma Ramalho
Catedrática. Universidad de Lisboa.

Antonio Preteroti. Ordinario
Università degli studi di Perugia.

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática. Universidad de La Laguna.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático. Universidad de Sevilla.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática. Universidad de Valencia.

Carmen Sáez Lara
Catedrática. Universidad de Córdoba.

Carolina San Martín Mazzucconi
Catedrática. Universidad Rey Juan Carlos.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Wilfredo Sanguineti Raymond
Catedrático. Universidad de Salamanca.

Concepción Rosario Ureste García
Magistrada del Tribunal Supremo.

Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales



Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

Criterios generales para la presentación y remisión de originales

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los

autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado "Sistema de numeración decimal de capítulos" y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): "Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación", en Ramos Ramos, María (coord.): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): "The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context", *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daouidi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

trabajoempresa.revista@gmail.com

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

