

Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*.

A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Las «leyes de excepción» para afrontar las crisis derivadas de la pandemia de COVID-19 llevan meses retrasando lo inevitable: las crisis de insolvencia de muchas empresas. Pero, en marzo de 2021, finaliza la moratoria y debe entrar en vigor el «nuevo derecho de insolvencia». En este sentido, antes de trasponer al derecho interno la Directiva comunitaria sobre reestructuración e insolvencia de 2019 (el plazo finaliza el mes de julio de 2021), el Gobierno español prefirió realizar una refundición, aclaración y armonización de la Ley concursal precedente (2003), a fin de disponer de una regulación más precisa, para después tratar de establecer un derecho de las crisis de empresas más eficaz y coherente con el objetivo de la conservación de las empresas y del empleo.

Sin embargo, la nueva Ley concursal española no se ha limitado a «aclarar» las dudas interpretativas, sino que ha ido más allá, por lo que se plantean significativos problemas de extralimitación (vicio *ultra vires*). Algunos aspectos laborales del concurso de empresas (por ejemplo, la venta de unidades productivas) han sufrido cambios significativos. En este estudio se hace un balance completo de las principales novedades laborales y de seguridad social de la nueva Ley concursal, tratando de depurar aquellas que incurren en un vicio *ultra vires*.

Palabras clave: Ley concursal; insolvencia; créditos laborales; interés del concurso de acreedores; sucesión de empresa; empresas en crisis.

Fecha de entrada: 18-01-2021 / Fecha de aceptación: 18-01-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una «codificación» *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 167-209.



From the (sweet) dream of the ERTE to the (abrupt) awakening of the bankruptcy: labor impact of an *ultra vires* «codification».

With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The «exception laws» to face the economic crisis derived from the COVID-19 pandemic has wanted to delay the inevitable: the insolvency crises of many companies. But, in March 2021, the moratorium ends and the «new insolvency law» must come into force. In this sense, before transposing the 2019 Community Directive on restructuring and insolvency into domestic law (the deadline ends in July 2020), the Spanish Government preferred to carry out a recast, clarification and harmonization of the preceding Bankruptcy Law (2003). The objective sought is to have a clear regulation, to establish, later, a more efficient and coherent Business Crisis Law with the objective of rescuing companies and employment.

However, the new Spanish Bankruptcy Law has not limited itself to «clarifying» interpretative doubts, it has gone further. Therefore, this legislative option creates relevant problems due to its excess (*ultra vires* vice). Some labor aspects of the business competition (example: the transfer of production units) have undergone significant changes. This study makes a complete balance of the main labor and social security novelties of the new Bankruptcy Law, trying to purge those that have incurred an *ultra vires* vice.

Keywords: Bankruptcy Law; insolvency; labor loans; interest in the bankruptcy; business succession; companies in crisis.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). From the (sweet) dream of the ERTE to the (abrupt) awakening of the bankruptcy: labor impact of an *ultra vires* «codification». With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 167-209.



Sumario

1. Introducción: sucesivos aplazamientos de lo inevitable
2. Ganar tiempo, agilizar procesos: pero la (temida) realidad siempre llama a la puerta, incluso antes de lo previsto
3. La realidad somete a una dura y aluvional prueba las «nuevas normas» concursales: una refundición al límite de la delegación legislativa
4. Dimensión ocupacional del TRLC: principales novedades y puntos críticos del procedimiento de regulación concursal de empleo
 - 4.1. Los procedimientos de regulación de empleo concursal: claridad, sencillez, armonía y... algunos sobresaltos
 - 4.1.1. Visión general: la necesaria coordinación entre las medidas de gestión del empleo en crisis extraconcursal y en crisis concursal
 - 4.1.2. Algunas novedades de una regulación de mejora técnica, si bien con algún aspecto muy criticable: por exceso y –sobre todo– por defecto
 - 4.1.3. Efectos sobre los contratos del personal de alta dirección: sin novedad aparente e intentos de clarificación técnica –la figura de la dirección general–
 - 4.1.4. La novación concursal de convenios colectivos: una crítica por exceso y por defecto
 - 4.2. Algunas cuestiones competenciales: el favor por la jurisdicción mercantil para evitar los «usos estratégicos»
 - 4.2.1. Prevención de usos oportunistas de las acciones judiciales: dimisiones provocadas (art. 50 ET) y despidos tácitos
 - 4.2.2. Usos estratégicos del concurso y empresas de grupo: ¿un giro copernicano en pro de la rectificación de la jurisprudencia social?
5. La dimensión crediticia sociolaboral del TRLC: innovaciones en materia de créditos concursales y contra la masa
 - 5.1. La clasificación de los créditos laborales concursales y contra la masa: entre reglas de precisión (correctas) y reglas de corrección (viciada) jurisprudencial
 - 5.2. Del devengo a la cuestión del pago de los créditos contra la masa por salarios: el orden de prelación del concurso de acreedores dentro del concurso
 - 5.2.1. Otra crítica por exceso (*¿ultra vires?*): ¿se amplía la preferencia de cobro de los créditos por salarios del último mes a todos los créditos contra la masa?
 - 5.2.2. Crítica por defecto: el TRLC no clarifica los límites para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos
 - 5.3. La posición del Fogasa: reordenación sistemática y mejora de redacción normativa

6. Algunas cuestiones procesales: más restricciones al podado privilegio de ejecución laboral separada
7. Efectos en los créditos laborales y de seguridad social de la venta de la unidad productiva: reabriendo incertidumbres
 - 7.1. La realidad conflictiva: uso intensivo de la venta («sucesión») de unidades productivas («empresas») en las soluciones concursales
 - 7.2. De la conflictiva práctica a la pacificación jurisprudencial del derecho legislado previo a la refundición: la competencia es social y la venta sucesión ex artículo 44 del ET
 - 7.3. El favor por la jurisdicción mercantil en interés del concurso y de la seguridad jurídica de quien compra: ¿vuelta a la conflictividad de la «casilla de salida»?
8. Interés a la recaudación pública y segunda oportunidad (emprendedora): ¿sin perdón para los créditos de seguridad social?
9. Aspectos procesales de impacto sociolaboral: participación de personas trabajadoras en el concurso, incidente y recursos en el orden social
 - 9.1. La participación en los procesos concursales de las personas trabajadoras y de sus representaciones sindicales
 - 9.2. El incidente concursal en materia laboral
 - 9.3. Recursos judiciales en materia concursal laboral: reordenación sistemática, sin gran novedad sustantiva, pero no exenta de problemas
10. Una breve referencia a la legislación excepcional: los ERTE por COVID en las empresas concursadas
11. Observación final sobre una «reforma concursal silenciosa», mientras tanto llega la reforma visible y ¿definitiva?

Referencias bibliográficas

Ved cómo los hombres nos culpan a los dioses de lo que no es sino el fruto de su propia locura [...].

Homero (*La Odisea*)

1. Introducción: sucesivos aplazamientos de lo inevitable

El 1 de septiembre de 2020 entraba formalmente en vigor el novedoso, y polémico, [Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (TRLG). Su pretensión es netamente «codificadora» de tan compleja y relevante –tanto como fallida– materia, creando, en algún aspecto, «derecho nuevo», pese a lo atípico que tal finalidad resulta en una técnica propia de la refundición de múltiples leyes precedentes a recopilar, compilación del «derecho viejo» (en vigor). Sin embargo, de inmediato su fulgor fue adormecido, cómo no, por sucesivas «leyes de emergencia pandémica» (Real Decreto-Ley –RDL– [16/2020, de 28 de abril](#), luego derogado por la [Ley 3/2020, de 18 de septiembre](#), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en la Administración de Justicia, modificada, a su vez, por el [RDL 34/2020, de 17 de noviembre](#), de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria). En ellas se prorrogaba la moratoria en el deber de pedir el concurso (voluntario) por las empresas, o de tramitar la solicitud de concurso (necesario) hasta el 14 de marzo próximo ([art. 6.1 y 2 Ley 3/2020](#)), un año del (primer) estado de alarma, para seguir aplazando lo inevitable: el *boom* de concursos ante lo irreversible de la crisis económica derivada de la tragedia pandémica que ya evidencia la realidad.

En la misma lógica de seguir alargando el brusco despertar, se amplió el alcance temporal de las medidas de inadmisión a trámite de una declaración de incumplimiento de acuerdos de refinanciación, de convenios o de acuerdos extrajudiciales de pagos, siempre condicionadas a la renegociación (de nuevo acuerdo o convenio). Vigente para las solicitudes de incumplimiento presentadas hasta el 31 de octubre de 2020 siguió aplicándose en sus términos, con la posibilidad ([RDL 34/2020](#)) de extenderlo a las solicitudes de declaración de incumplimiento entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021 (nueva redacción del [apdo. 2 art. 5 Ley 3/2020](#)). En suma, también este ámbito, pese al intento legislativo (al menos en varios aspectos relevantes jurídico-laborales, el intento se ha quedado solo en eso) de dotar a las empresas con problemas de insolvencia (y a las personas acreedoras, entre ellas las personas trabajadoras) de un régimen jurídico más sencillo y transparente, para facilitar su saneamiento (también la continuidad del empleo posible –aunque no sea el deseable–), nos encontraremos con problemas notables tanto de complejidad, por la

convivencia de regímenes de diverso tipo («ordinario» y «excepcional»), cuanto de provisionalidad, incluso más allá del 14 de marzo de 2021, a raíz de la llegada, el 17 de julio de 2021, del plazo máximo para trasponer la [Directiva 2019/1023/UE, de 20 de junio](#), sobre reestructuración e insolvencia¹.

Justamente, la citada [Directiva 2019/1023](#) pretende, en esencia, corregir un defecto que ha venido lastrando el derecho de la insolvencia en España desde siempre, y que el nuevo TRLC parecía querer resolver, otra vez: la solución concursal siempre llega tarde (8/9 de cada 10 empresas que entran en concurso salen liquidadas) y, además, cuando llega, los costes de gestión (créditos contra la masa) prácticamente abocan a los créditos concursales al cajón de lo imposible de cobrar (para los créditos laborales significará que el Fondo de Garantía Salarial –Fogasa– no recuperará prácticamente nada de lo asumido ex [art. 33 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)). Si en el derecho concursal precedente los marcos legales de reestructuración preventiva quedaban extramuros («derecho preconcursal» o «extraconcursal»), la directiva pretende ponerlos en el centro, implicando incluso a las personas trabajadoras en la detección temprana de las dificultades financieras (art. 3, apdos. 3 y 4). Asimismo, la directiva afronta, si bien de forma flexible (se abre a varios modelos nacionales), la garantía del derecho a la segunda oportunidad (*fresh start*).

Oportunamente o no (Alameda Castillo, 2020), correctamente o no, lo cierto es que al TRLC no se le puede regatear su afán sea por exhibir, cuando menos, una análoga voluntad –al menos formal– de integración estructural y funcional de los instrumentos de reestructuración lo más anticipada posible frente al riesgo (peligro) de insolvencia empresarial², sea por dar nuevo –enésimo– aliento al manido cambio de paradigma del «derecho de las crisis de empresa» del que se lleva hablando décadas: el desplazamiento de su razón de ser, del interés (superior –por colectivo–) del concurso, desde el fin de la satisfacción del interés de las personas acreedoras al de la conservación de la empresa, facilitando la gestión anticipada de la insolvencia mediante procesos de negociación-refinanciación con las personas acreedoras y entidades financieras. No disímil –salvo en materia de segunda oportunidad– al considerando 22 de la directiva (anticipar la crisis facilita su conservación; constatar su irreversibilidad, hace más eficiente liquidarla): «El derecho concursal se reivindica como [...] herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la [...] directiva [...]» (apdo. II, *in fine*).

¹ Su título oficial es más rimbombante y evidencia su complejidad: Directiva 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.

² De ahí que haya más que triplicado su número de preceptos (ahora tiene 752), integrando un «Código» con tres libros: del concurso de acreedores, del derecho preconcursal (arts. 583 a 720) y derecho internacional privado (721 a 752). Tal es del desfase cuantitativo, también de estructura, que se ha elaborado una [tabla de equivalencias](#).

Asumida la coherencia de lógicas (conservativas y de detección precoz del riesgo de crisis de insolvencia), la ley con (decimonónica) ambición codificadora es también consciente de su valor provisional. No quiere cometer el mismo error que le imputa a la precedente ([Ley 22/2003, de 9 de julio](#) –LC–): «aspiraba» a un derecho «estable», pero lo convirtió en «un derecho en perpetua refacción» (preámbulo, apdo. I). Por eso prima la necesidad de aclarar lo que habría devenido confuso sobre la oportunidad de una reforma más profunda, acorde con el derecho nuevo de la Unión Europea. No se puede construir un edificio nuevo sólido sobre pilares agrietados. De ahí que ponga de relieve su orgullo por haber puesto una «base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa [...] transposición», tarea que la ley sabe inexcusable, pero también que, «por sí misma, reviste extraordinaria dificultad». En tanto hay capacidad y tranquilidad, ahora procedía «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos». Eso sí, incluyendo una doble alteración, tanto de la sistemática como de la literalidad de las leyes refundidas. ¿Para qué?

La ley tiene clara la respuesta (cobijada bajo el aval de la doctrina del Consejo de Estado, así como del Consejo General del Poder Judicial –CGPJ–, aunque sus votos particulares expresen dudas sobre su legitimidad). A fin de:

[...] depurarlas en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear. En primer lugar, la alteración de la sistemática facilita la [...] seguridad jurídica en que la reordenación consiste [...]. En segundo lugar, la alteración de la literalidad de un buen número de textos es la manifestación más significativa del mandato de claridad. Un elevado número de artículos se han redactado de nuevo, para precisar, sin alterar el contenido, cuál es la interpretación de la norma [...] evitando el mayor número de incertidumbres posibles; y las fórmulas legislativas más complejas se exponen con la mayor simplicidad posible.

Comprobamos, pues, como la «ley refundidora» (no anda lejos del lema de la Real Academia Española: «limpia, fija y da esplendor») ha querido llevar al límite su encomienda legislativa, mostrando la satisfacción con su logro. Ahora bien, ¿cabe valorar tan complacientemente la técnica refundidora seguida en lo que concierne, por lo que nos interesa, a los aspectos más propiamente sociolaborales (gestión de empleo, medie o no transmisión de empresa; protección de los créditos laborales; posición de los créditos de seguridad social como créditos públicos, así como del Fogasa), de modo que habría apurado al límite su potestad, pero sin sobrepasarla o, por el contrario, algunas novedades que ofrece el TRLC en este ámbito constituyen manifestaciones típicas de un ejercicio refundidor *ultra vires*? A tan inquietante interrogante (que, anticipo, ofrecerá soluciones dispares –no comparto la satisfacción general mostrada por el juicio del Consejo de Estado y del CGPJ, tampoco del sector doctrinal que lo asume, por sus pretendidas bondades de fondo–) se trata de dar breve, pero ilustrativa, respuesta en este estudio.

2. Ganar tiempo, agilizar procesos: pero la (temida) realidad siempre llama a la puerta, incluso antes de lo previsto

Ganar tiempo (para reestructurar deuda y lograr el milagro de la liquidez), agilizar procesos (para facilitar la mayor conservación posible de derechos y bienes útiles para la continuidad de la actividad empresarial), ha sido el máximo afán de la «legislación de excepción», que no cesa. Esta ha venido añadiendo norma sobre norma para aplazar el temido día: la tramitación de un procedimiento colectivo de reestructuración-liquidación de las empresas con crisis de solvencia, no solo de liquidez, y, por lo tanto, el riesgo de pérdida de empleo subsiguiente.

Pero la realidad tiende a rebelarse frente al «corsé normativo» y a actuar con más tozudez que perseverante es la norma, amén de que algún día llega el día después del acontecimiento dilatado. El alargamiento de la situación –normativa y real– de excepción, con la pertinaz crisis económico-laboral derivada, hace añicos los pronósticos de recuperación económica, pese a que se ha recurrido prácticamente a todas las letras del abecedario, expresando la elegida cada vez un escenario más pesimista («V», «U», «W», «L»), hasta ir desembocando en el peor de todos: «recuperación económica en K». En otros casos se propone en «F». En todo caso, y a nuestros efectos, lo que esto significa es que ni la recuperación económica será rápida, como pronosticaban los –sobrepasados e imprevisores– Gobiernos y en función de los cuales han ido previendo instrumentos para dormir la economía (las ayudas, las salvaguardas frente a las regulaciones extintivas de empleo), ni muchas empresas y personas se recuperarán nunca ya.

En este –sin duda catastrófico– escenario, hace meses que las empresas y sus asesorías vienen insistiendo en otro tipo de soluciones de tránsito, más traumáticas. De un lado, la permisividad de la transición desde la figura de los procedimientos de regulación temporal de empleo (ERTE) –cada vez más agotada, pese a sus sucesivas prórrogas, en línea con lo que pronostica ese «pájaro de mal agüero» en que parece convertido el [Banco de España](#)– a la muy temida de los procedimientos de regulación de empleo (ERE). De ahí la nueva actualidad de los despidos colectivos, sobre la que el ilustre profesor Sala Franco, con su depurada y muy virtuosa pluma, como es habitual en él, nos ha hecho una útil [síntesis crítica](#).

Pero, de otro, sigue sin ser suficiente para muchas empresas y personas autónomas, que ya están al borde de sus posibilidades de supervivencia empresarial, porque su crisis ya no es la de la liquidez, sostenible con ayudas, sino incluso la de su solvencia económica misma. No es casual que la cláusula de salvaguarda del empleo de la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo](#), contenga como excepción la constatación de un «riesgo de concurso de acreedores» (tampoco esta norma cuida el lenguaje inclusivo de género). Aunque se trata de un típico concepto jurídico indeterminado, la norma trata de darle concreción remitiendo al [artículo 5.2 de la LC](#) (también [art. 5.2 TRLC](#)), coincidiendo en sustancia con el precurso.

Por eso llevamos tiempo leyendo noticias relativas a la presentación, en estos sectores, de concursos («[Pullmantur presenta concurso para todas sus filiales y ultima un ERE](#)»). Ni que decir tiene que con ello se abren notables conflictos sociolaborales (UGT, 2020). El problema empieza a extenderse. Y afecta a todo tipo de entidades, algunas conocidas y de concursos pintorescos, como podría ser, en España, el [Barcelona \(Fútbol Club\)](#). O el mítico [Circo del Sol](#), que ha podido salir de su crisis a través de su venta a las personas acreedoras, reactivándose. Si bien mermado, tras transitar desde un ERTE (para 4.680 personas) a un ERE (95 % de la plantilla: 3.480 personas empleadas). Pero, se decía, las crisis comienzan a difundirse («brotes negros concursales»), [avivándose preconcurso y concursos](#) (voluntarios y necesarios).

La realidad judicial también ofrece cada vez más muestras de estos tránsitos desde la relativa (aún tensa) «calma o paz del ERTE» a la «tormenta del ERE», sea en situación de crisis económica ordinaria (extraconcurzal), sea en crisis de insolvencia (concurzal). Así, por ejemplo, de interés resulta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Andalucía/Sevilla 3301/2020, de 29 de octubre](#)). Aunque declara la nulidad del despido colectivo para el caso, se muestra posibilista para al tránsito. Para ello trae a colación los términos del derecho de precedentes jurisprudenciales relativo a la derivación desde un ERTE a un ERE³, sea porque es posible que la crisis económica ya venga arrastrada de antes del estado de alarma, agravándose con las restricciones derivadas de él, sea porque también es posible que su prolongación y el «difícil futuro para el sector» derivado de ella se convierta en una crisis mucho más profunda:

Entendemos que este criterio jurisprudencial debe servir para descartar la imposibilidad de iniciar un despido colectivo por causas económicas durante el periodo de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada de las medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19.

Más inflexible parece la [STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre](#), que declara igualmente la nulidad del despido colectivo realizado por una empresa (cómo no, un restaurante) que, pese a estar en un ERTE-FM-COVID-19, abrió un ERE, concluido sin acuerdo. La nulidad judicial, una vez descartado que pertenezca a un grupo laboral («patológico» por fraudulento, abusivo o perjudicial para el interés laboral; [STS 798/2019, de 21 de noviembre](#)), tendrá varias razones, de forma (la insuficiencia de la documentación, que impedía conocer la situación económica) y de fondo (la prohibición de la causa).

Decimos que es más inflexible que la andaluza. Primero, porque predica de forma radical la nulidad del despido con identidad de causa que la utilizada para un ERTE-FM-COVID-19 (todo sea dicho, sin ningún razonamiento específico que lo avale, siendo pura afirmación judicial, sin motivación mínima, orillando que la jurisprudencia que cita declara estos casos

³ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de [17 de julio de 2014 \(rec. 32/2014\)](#), [31 de marzo de 2016 \(rec. 272/2015\)](#), [28 de abril de 2017 \(rec. 124/2016\)](#), etc.

«no ajustados a derecho»⁴). Segundo, porque, sobre una misma jurisprudencia social que aquella, concluye que tampoco cabe esgrimir que el despido trae causa de razones anteriores al ERTE por COVID-19: «Esos datos [...] no son nuevos [...] porque datan de antes del 14 de marzo de 2020, lo que [...] impide que sean causa del despido colectivo».

Sea como fuere, de poco –o por poco tiempo– servirá la protección de nulidad si, en un contexto de crisis de solvencia, se termina cerrando la empresa, por lo que solo procederá una indemnización (por ejemplo, [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#), sobre la que volveremos después), o no se adoptan las medidas, económico-financieras, empresariales y laborales adecuadas, hasta el punto de permanecer en ERTE tras ERTE (asociado o no a la COVID-19) cuando la crisis requiere de medidas más profundas. Así lo ha evidenciado la interesante [STS 746/2020, de 9 de septiembre](#). Confirma la nulidad del nuevo ERTE para 151 personas empleadas cuando la empresa presenta una crisis grave, intensificada por procedimientos de embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en un escenario de procedimientos concursales. Por su múltiple interés, también insistiremos sobre ella *ut infra*.

3. La realidad somete a una dura y aluvional prueba las «nuevas normas» concursales: una refundición al límite de la delegación legislativa

La realidad se impone, pues; los diques del embalse concursal abren sus compuertas y, por tanto, es el tiempo del TRLC y de comprobar la capacidad de sus novedades para abordar una nueva crisis de tamaño magnitud. En principio, podrían sorprender estas expectativas de actualidad, por cuanto no sería más que un «texto refundido». En consecuencia, la refundición pondría orden en lo que está algo desordenado o descoordinado, pero sin innovar las soluciones, solo aclararlas. Y así debería suceder en todos sus ámbitos, sustantivos y procesales, también en la dimensión sociolaboral, lo que cada vez gusta en llamar más, a fin de recuperar un protagonismo perdido con la [LC de 2003](#) frente a la dimensión mercantil: o «derecho concursal laboral» (sería la rama del derecho concursal con más significación en las relaciones laborales y de créditos de seguridad social, primando la lógica concursal sobre la típica laboral), o, la más ensoñadora, «derecho laboral concursal» (pretende construir una rama de derecho laboral –y su lógica– en el derecho concursal –y la suya–, primando aquella sobre esta, o, al menos, exigiendo un mayor reequilibrio; Cano Marco, 2020; Montoya Melgar, 2015). El TRLC avalaría más la primera denominación que la segunda, por lo que se comentará.

⁴ La citada [STS de 17 de julio de 2014](#) valoró una agravación de la crisis de empresa que sirvió de base al ERTE, pero consideró que tal deterioro ni fue excesivo ni imprevisible. Acepta que median «razones de estricta justicia material», incluso buena fe, pero es no conforme a derecho si no respeta el criterio legal, según lo interpreta la jurisprudencia.

Sin embargo, ya anticipamos que el TRLC no es solo un texto de refundición, sin más. O al menos resulta extremadamente atípico, porque ha llevado hasta el límite, y seguro más de una vez ha traspasado –indebidamente, pese al técnicamente incomprensible juicio de favor del Consejo de Estado y del CGPJ– las fronteras de la delegación legislativa. Su incidencia va más allá de la avanzada –siempre incómoda– alteración de la sistemática de la LC, cambiando los numerales que aprendimos, cambia también su redactado, sus textos.

El TRLC hace profusión de la técnica de la integración de preceptos legales mediante el diálogo (también el conflicto), con la doctrina jurisprudencial, en beneficio del «interés del concurso». ¿Para mejorar su comprensión, resolviendo dudas interpretativas, corrigiendo los vicios de oscuridad, así como los de incoherencia reguladora, como nos cuenta su preámbulo y, en consecuencia, merecedor de aplauso? Un somero recorrido por la doctrina jurisprudencial civil, respecto de la problemática de la prelación de créditos privilegiados (también laborales), así como por la social, correctora de la práctica mercantil de exonerar, en las ventas dentro del concurso («transmisiones») de unidades productivas, de las obligaciones laborales y de seguridad social, evidencia la exigencia de clarificación. ¿Es esta labor de conversión en palabra de ley clara la palabra jurisprudencial, corrigiendo las palabras confusas de la LC antes de la refundición, la afrontada con éxito por el TRLC?

El TRLC lleva al extremo el ejercicio de la potestad refundidora (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 166/2007, de 4 de julio). Pese al referido aval del Consejo de Estado (Dictamen 1127/2019, de 26 de marzo), así como del CGPJ (uno de sus dos votos particulares evidencia negro sobre blanco, pese a ser globalmente concurrente, el exceso cometido en materia de sucesión de empresa⁵; el otro, discrepante, evidencia que sin tiempo no era posible tomarse en serio el dictamen), se crea una «norma consolidada» (atípica en nuestro sistema) que en parte recibe la doctrina jurisprudencial, pero, en otra parte, la desautoriza. La mejora de redacción (sencilla y clara) y sistematicidad (valor de coherencia) tiene un precio: el alto riesgo de vicio formal de *ultra vires* (extralimitación).

En efecto, la mayoría de las reformulaciones legislativas obedecen a una encomiable refundición clarificadora (gana en seguridad jurídica). Pero, en otras, las menos, aun relevantes, se está ante una nueva regulación. Una creación legislativa bien –parcialmente– correctora del derecho de precedentes jurisprudenciales (por ejemplo, los efectos laborales de la venta de la unidad productiva), bien innovadora respecto del derecho legislado sustantivo (por ejemplo, relativas al pago de los créditos contra la masa por salarios; requisitos para la consideración de una modificación sustancial como colectiva) o procesal (por ejemplo, atribución de más competencia exclusiva y excluyente a la jurisdicción del concurso en detrimento de la social).

Algunas de estas reformulaciones obedecen a líneas generales del TRLC. Es el caso de la revigorización de la competencia del juzgado del concurso (mercantiliza la jurisdicción concursal laboral) o de la venta de empresas con aligeramiento de cargas laborales,

⁵ Se trata del –muy acertado– [formulado por el vocal Juan Martínez Moya](#).

favoreciendo las soluciones de conservación. Pero en otras no, como la eventual proyección de esa política liberadora de cargas en la transmisión de empresa a los créditos de la seguridad social. Así, en sentido opuesto, para la segunda oportunidad actúa excluyéndolos del beneficio de exoneración parcial.

De este modo, no se puede dudar de la mejora en claridad del funcionamiento concursal en general, y laboral en particular, corrigiendo desarmonías importantes, facilitando una gestión más eficiente de las empresas por la Administración concursal (por ejemplo, le reconoce más facultades, incluso novatorias, condicionadas a mayores responsabilidades), promoviendo, por enésima vez, el valor de la solución convencional (carácter vinculante frente a terceros), para procurar una alternativa a la liquidación (la solución más frecuente al concurso, quebrando el espíritu de la LC). Tampoco son dudosas muchas novedades en materia procesal (identidad de partes, posibilidad de –cada vez más recurrente– mediación, acumulación de impugnaciones, legitimación para formular recurso de apelación, etc.). Ahora bien, para esas necesarias nuevas alforjas no se necesitaba saltarse los límites de la legislación delegada, en aspectos específicos, sí, pero más (en número) y más relevantes (trascendencia) de los que cabría esperar, sustantivos y procesales. Como veremos de inmediato, en estos casos (por ejemplo, tratamiento de la transmisión de la empresa en los procesos concursales), el resultado es reavivar una intensa polémica que fue ya pacificada jurisprudencialmente, con lo que ello tiene de inseguridad jurídica y, por lo tanto, de nuevo obstáculo a la eficacia de la solución concursal. En suma, parte de lo ganado (claridad y sencillez de los textos legales), de un lado, se pierde (reabre incertidumbres), por otro.

4. Dimensión ocupacional del TRLC: principales novedades y puntos críticos del procedimiento de regulación concursal de empleo

4.1. Los procedimientos de regulación de empleo concursal: claridad, sencillez, armonía y... algunos sobresaltos

4.1.1. Visión general: la necesaria coordinación entre las medidas de gestión del empleo en crisis extraconcursal y en crisis concursal

Como es conocido, tanto los ERTE como los ERE tenían su homólogo, para las crisis de insolvencia (concursoales), en el [artículo 64 de la LC](#). Pese a su larguísimo, y deslavazado, tenor, presentaba (tras el TRLC mantendrá algunos desajustes relevantes) una notable descoordinación, desarmonía, con la regulación estatutaria ([art. 51 ET](#)). Ahora, veremos que un artículo ha mutado en una extensa secuencia (17 preceptos integran la [subsección 1.ª](#) de la sección 4.ª del capítulo IV del título III del libro primero: «De los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos», arts. 169 a 185; la [subsección 2.ª](#) desarrolla

el contenido del [art. 65 LC](#), para los contratos de alta dirección, arts. 186 a 188; y la [subsección 3.ª](#), el [art. 66 LC](#), relativa a los efectos en los convenios, art. 189). Como en la mejor técnica de la codificación civil decimonónica, cada aspecto del procedimiento de regulación de empleo concursal tiene su artículo y su título propios, para que no haya dudas.

En principio, la relación entre el ordenamiento concursal y el ordenamiento laboral relativos a las crisis económicas de las empresas permanece básicamente inalterada, mejorando en gran medida la coordinación entre ellas. La realidad nos muestra continuamente las difusas fronteras, cuando no lisa y llanamente las concurrencias, entre ambos, sea en situaciones normalizadas o fraudulentas⁶. ¿Se trata, pues, de una reforma de «estética legislativa» y de «mejora técnica», sin añadir nada nuevo sustancial? Una valoración general podría llevar a concluir así para este aspecto, si bien conviene hacer algunas anotaciones críticas, que ofrecen una imagen algo más incierta y problemática (De la Puebla Pinilla y Mercader Uguina, 2020).

4.1.2. Algunas novedades de una regulación de mejora técnica, si bien con algún aspecto muy criticable: por exceso y –sobre todo– por defecto

En primer lugar, desaparece del [artículo 53 del TRLC](#) la previsión del –ciertamente mal redactado– [artículo 8.2.º de la LC](#) relativa a la pauta interpretativa: debían «tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral». ¿Qué significa la eliminación de este criterio hermenéutico que buscaba la laboralización de las decisiones del juzgado de lo mercantil? Para algunos autores (como Falguera Baró y Serna Calvo, 2020), algo positivo: clarifica la complementariedad –la lógica laboral impregna todo el funcionamiento– y no la subsidiariedad –que podría desprenderse de aquel: la lógica laboral solo juega en defecto de norma concursal–. El [artículo 182.2 del TRLC](#) (en caso de desacuerdo «el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral»), en relación con el [artículo 57 del ET](#) (remite a un régimen de especialidades en el concurso). A mi juicio, no obstante, la desaparición de esa referencia genérica parecería buscar una autonomía mayor que la que se deriva de los –ciertamente escasos– preceptos en que se separa expresamente de la ley laboral, de ahí la alteración de ciertas reglas competenciales, aunque no necesariamente sustantivas (por ejemplo, el [art. 221.2](#) atribuye la competencia para declarar la sucesión de empresa al órgano judicial de lo mercantil, pero el apdo. 1 presupone la normativa laboral –que es comunitaria, claro–).

⁶ De gran utilidad para comprender estas complejas interacciones son, para fechas recientes, las SSTs [746/2020, de 9 de septiembre](#), y [1113/2020, de 11 de diciembre](#) –ambas respecto del Grupo MGO y sus vicisitudes empresariales, incluyendo transmisiones y concurso de acreedores–, y la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#) –relativa al despido colectivo de la plantilla de una escuela de aviación de Huesca, integrada en un grupo internacional, en un escenario de transición de ERTE a ERE, de concurso voluntario de acreedores y transmisión de activos a otras unidades del grupo, sin constituir, discutiblemente, transmisión de empresa–.

No es la única supresión finalista. En el plano causal, el [artículo 173 del TRLC](#), a diferencia del [artículo 64.4 de la LC](#), prescinde de explicitar que la medida debe «asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y el empleo». ¿Tiene algún impacto real este cambio que desconecta la medida con la finalidad conservadora?

En otros términos, ¿basta con presumir inherente al interés del concurso favorecer la conservación de la empresa o se trata de un vicio de extralimitación? A diferencia de otros, no creo que esta omisión tenga mayor efecto práctico ni tampoco puede defenderse ser *ultra vires*.

Precisamente, que la lógica conservadora es la que anima la regulación se deriva de uno de los escasos aspectos novedosos de la misma. La citación del letrado de la Administración de Justicia, dentro de los 3 días tras comunicar al juzgado concursal el inicio de la medida a la fecha de la declaración del concurso ([art. 170.1 TRLC](#)), se condiciona a que «aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, dentro de los 3 días siguientes al de la comunicación». Este plazo ampliado incentiva (presiona) a las partes para que alcancen un acuerdo «ordinario», según la lógica global de favorecer convenios (aquí, al tiempo, alivia la actividad del juzgado de lo mercantil, lo que en el aluvión que se espera resultará útil)⁷.

En segundo lugar, el [artículo 53 del TRLC](#) (jurisdicción del juez/a del concurso en materia laboral) establece que la suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de personas trabajadoras fijado en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo ex [artículo 41 del ET](#). El [artículo 8 de la LC](#) entendía, en cambio, por suspensión colectiva la prevista en el [artículo 47 del ET](#) que, como bien se sabe, prescinde de un número determinado de personas trabajadoras afectadas.

Sorprende que una ley refundidora tan –pretendidamente– cuidadosa con la claridad haya «olvidado» que no hay procedimiento alternativo para la suspensión del contrato o la reducción de jornada sin mediar un umbral mínimo. Una interpretación literal dejaría fuera del procedimiento de gestión de empleo concursal la flexibilidad interna que no superase los umbrales del [artículo 41 del ET](#). De este modo, se abriría una fractura profunda entre ambos procedimientos de regulación de ERTE (suspensivo o de reducción de jornada), según estén o no extramuros del concurso. Paradójicamente, una norma dirigida a aclarar y unificar crearía una ruptura entre el criterio concursal y el laboral común, acotando una vía concursal propia, irreal e incoherente también con su finalidad de reforzar la competencia mercantil frente a la social: ¿novedades colectivas del [artículo 41 del ET](#) para la jurisdicción

⁷ Más deficiente parece la técnica de integración de los criterios de la doctrina jurisprudencial social (por ejemplo, SSTS de [26 de enero de 2015, rec. 173/2014](#), y [20 de octubre de 2015, rec. 181/2014](#)) en materia de competencia sobre las acciones posteriores al auto concursal respecto de las medidas novatorias o extintivas que realiza el [artículo 170.3 del TRLC](#) (Falguera Baró y Serna Calvo, 2020).

concurstal ex [artículos 169 y siguientes del TRLC](#), novaciones individuales y plurales del [artículo 47 del ET](#) para la social? Un dislate, a mi juicio, aunque haya otras lecturas.

Consecuentemente, se trate de un vicio de error de técnica legislativa o un vicio de *ultra vires*, el resultado debe ser el mismo: mantener la regulación precedente a la refundición vi-ciada, por vía interpretativa, sin esperar a la corrección legal o jurisprudencial (la suspensión y la reducción de jornada, cualquiera que sea el número de personas que se vean afectadas, deberán tramitarse por el canal de los [arts. 169 a 183 TRLC](#)).

En tercer lugar, respecto del régimen de gestión de los despidos colectivos en el seno de los concursos, si bien no hay novedad relevante, precisamente se echa bastante de menos (crítica por defecto) un mayor uso de la facultad interpretativa-integradora de lagunas legales (de la que tanto uso y abuso ha hecho en otros aspectos: crítica por exceso). Las muchas lagunas que sigue manteniendo en la relación entre el TRLC y el [artículo 51 del ET](#) y su desarrollo reglamentario llama a la técnica de la supletoriedad general de la ley laboral ([art. 169.2 TRLC](#)). La nueva regulación era una magnífica oportunidad para tal tarea integradora, sin crecer desmesuradamente, entre otras cosas porque se trata de procedimientos de regulación de empleo que han devenido ahora de naturaleza diferente. En efecto, en la regulación concursal originaria era administrativo, pero devino empresarial, sin perjuicio, como prueba el caso Alcoa ([STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2020, rec. 48/2020](#)), del importante papel de la Administración, por su impacto territorial (para un estudio jurisprudencial actualizado remitimos al [análisis](#) realizado por el profesor Sala Franco), mientras que el concursal mantiene una manifiesta vis autorizadora –si bien judicial–.

Entre los muchos aspectos relevantes a tal fin, quizás merezca la pena una breve referencia a la –muy olvidada– gestión documental, al permanecer huérfana de regulación al respecto y, en consecuencia, suscita la duda de si rige un principio de libertad documental o, por el contrario, debe asumirse la función supletoria de la legislación laboral. En este ámbito operará la técnica de la supletoriedad, aplicándose la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia. Especial atención hubiera merecido atender el concepto legal de una «unidad de empresa concursal» ([art. 175 TRLC](#)), que tiende a identificarse con el «grupo laboral» de empresas (una revisión de la doctrina jurisprudencial sobre ambas cuestiones –documental y grupal–, aun en el marco del [art. 51 ET](#), la realiza la [STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre](#)⁸).

⁸ En realidad, la relevancia de la participación de las empresas concursadas en estructuras complejas, de grupo empresarial, se pone de manifiesto en la gran mayoría de las experiencias, como prueban los repertorios de jurisprudencia (por ejemplo, caso Grupo Alcoa Inespal, caso Grupo MGO, etc.). Recuérdese que, a los efectos concursales, el grupo de sociedades (que aparece a lo largo y ancho del TRLC: por ejemplo, obligación de acumulación de concursos de todas las sociedades que integren un mismo grupo, si bien solo podrán ser «consolidados en sus masas acreedoras» cuando haya confusión patrimonial, lo que, a nuestros efectos, significa que solo será posible su gestión integrada cuando se trate de un grupo de sociedades a efectos laborales; competencia judicial en caso de concursos conexos; créditos subordinados –[STS, Sala 1.ª, 610/2020, de 13 de noviembre](#)–; etc.) se

Finalmente, por no dilatar este repaso, tampoco se resuelve una duda interpretativa que plantea la resolución del procedimiento de regulación de empleo: ¿qué sucede si no hay auto del juez/a del concurso pasados los 5 días legalmente establecidos para emitir la resolución prevista en el [artículo 180 del TRLC](#)? En esta situación, en cambio, no parece adecuado acudir a la integración de la laguna con la norma supletoria.

En efecto, ello implicaría la caducidad del procedimiento. Ahora bien, en la previsión legal laboral, este efecto deriva de tratarse de una decisión de naturaleza empresarial, sin necesidad de autorización alguna pública (de ahí, el cambio en sus efectos, *ex art. 183 TRLC*). Pero, como se recordó, el procedimiento de regulación de empleo concursal sigue siendo público, en manos de una decisión de autoridad judicial. Tampoco procederían, pese a proponerse por algún autor, las reglas del silencio administrativo positivo (si hay acuerdo, claro), pues una resolución judicial no tiene naturaleza administrativa, por lo que, en consecuencia, no parece que haya más remedio que esperar a que se produzca esta decisión (aunque deba ser aprobatoria si hay acuerdo, salvo que estime dolo, fraude o abuso), pues tiene efecto constitutivo. En suma, sin él no hay ni novación ni extinción.

4.1.3. Efectos sobre los contratos del personal de alta dirección: sin novedad aparente e intentos de clarificación técnica –la figura de la dirección general–

Poco puede comentarse, por lo que dice, de la [subsección 2.ª](#), artículos 186 a 188, del TRLC, relativa a los efectos de la declaración del concurso en los contratos de alta dirección, porque su redactado es idéntico al del [artículo 65 de la LC](#). Solo se altera su sistemática: de sus cuatro apartados, ahora tres artículos. La Administración concursal puede solicitar extinguir o suspender los contratos de la concursada con el personal de alta dirección, pudiendo la autoridad judicial del concurso moderar la indemnización extintiva, o aplazar su pago. Aparentemente no hay novedad. Sin embargo, una lectura sistemática evidencia novedades en un buen número de aspectos de su régimen (calificación, medidas cautelares –[art. 133 TRLC](#)–, deber de colaboración) relativos a una figura del organigrama de la empresa que, claramente incluida en el ámbito aplicativo del estatuto laboral especial de alta dirección, como sería la de la dirección general, antes no aparecía. A mi juicio, no hay exceso de delegación legislativa aquí, sino clarificación de una figura de gran significación en la gestión empresarial asociada a la alta dirección⁹.

define conforme al [artículo 42 del Código de Comercio \(CCom.\)](#), por tanto, se identifica con el grupo mercantil por subordinación (*vid. STS, Sala 1.ª, 437/2018, de 11 de julio*).

⁹ Le concede un nuevo y marcado protagonismo a la figura de la dirección general de una sociedad mercantil, que aparece en más de veinte ocasiones en los distintos artículos de la nueva regulación. El tratamiento es bastante ambivalente: más protagonismo de gestión concursal, sí ([art. 135 TRLC](#)), pero también más deberes y responsabilidades ([art. 132 TRLC](#)).

Sí, hubiese sido un claro exceso de delegación resolver el debate en torno a la cuestión de la regla de automaticidad legal de la subordinación de los créditos laborales del alto directivo ([art. 283 TRLC](#)). Este precepto no introduce condición alguna al respecto en función de la concreta participación de la persona que ejerce la alta dirección en sentido jurídico-laboral en la situación de insolvencia, de modo que se presume por la propia inherencia a esta figura del ejercicio de poderes de dirección. La solución de justicia material hubiera estado viciada de extralimitación. Un vicio *ultra vires* que también se hubiera producido de integrar la laguna respecto al efecto de un ejercicio extemporáneo, estando en suspensión de contrato, de la facultad extintiva una vez pasados los 30 días reconocidos (el resto de las personas trabajadoras no tienen esa facultad en caso de una novación, al quedar suspendida la prevista en el [art. 41.3 ET](#)), en el seno del procedimiento concursal, y con un límite de 1 año desde la medida. ¿Se aplica el [artículo 10.Dos](#) del Real Decreto (RD) 1382/1985 sobre el incumplimiento del periodo de preaviso –salario equivalente al exceso–?

4.1.4. La novación concursal de convenios colectivos: una crítica por exceso y por defecto

Polémico es el nuevo [artículo 189 del TRLC](#), relativo a la modificación de las condiciones establecidas en convenios colectivos. Aquí, una primera y superficial lectura puede llevarnos a engaño. A primera vista parece que no tiene novedad. Una mirada más comprensiva exige mayores cautelas y matizaciones. Así, el [artículo 66 de la LC](#) únicamente se refería a las eventuales novaciones de los convenios estatutarios, porque remitía al [título III del ET](#). Ahora, se integran de forma expresa las novaciones «en los convenios colectivos que sean aplicables», por tanto, en principio también los extraestatutarios.

La diferencia es notable, como se sabe, pues la técnica de modificación de unos y otros es muy diferente. Para los del ET se exige necesariamente la vía del [artículo 82.3 del ET](#) (de no lograrse un acuerdo con la representación laboral, en cualquiera de los niveles previstos, se precisará una decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o análogo órgano autonómico), mientras que para los extraestatutarios bastará la vía del [artículo 41 del ET](#) (consultas). Sin embargo, el TRLC, aunque remite formalmente a la legislación laboral para las materias que pueden verse afectadas por la novación en el proceso concursal, establece como procedimiento la misma exigencia para todos ellos: «en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores». Recuérdese que, conforme a la doctrina judicial en materia, esta exigencia de acuerdo no es, en modo alguno, sustituible por una autorización judicial, tampoco del juzgado de lo mercantil ([STSJ de Asturias 437/2014, de 28 de febrero](#)), sin que el [artículo 53 del TRLC](#), que contiene una redacción distinta –y más confusa, como se comentó– que el [artículo 8.2.º de la LC](#), pueda dar a entender otra cosa.

La (nueva) disonancia reguladora entre ambos cuerpos normativos causa perplejidad. De un lado, un juicio benévolo con tan inexplicable previsión refundidora puede llevar a considerarlo un vicio de deficiencia técnica, no de extralimitación, de modo que nada cambia

realmente, pues hoy, como ayer, la novación de convenios extraestatutarios seguiría la vía de la regulación concursal de empleo ex [artículos 169 y siguientes](#), prevista para las modificaciones de este tipo ex [artículo 41 del ET \(Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 13 de enero de 2014, rec. 372/2013\)](#). Pero, incluso si así fuese, es evidente que no cumple el fin de la ley refundidora, de aclarar, sino que ensombrece, al crear dudas en algo antes clarificado tras varias reformas legislativas y su doctrina judicial y jurisprudencial.

De otro, si ha querido decir algo diferente, estaríamos ante un manifiesto vicio de delegación legislativa. Y ello porque, al margen de que pueda considerarse más adecuada (o no) la nueva solución, al resultar más garantista (prevé un deber de acordar para la novación de convenios colectivos, también extraestatutarios, cuando en la comprensión laboral se limita a un deber de negociar de buena fe la novación, pero la decisión última es empresarial ex [art. 41 ET](#)), lo innegable es que no lo puede hacer una ley de refundición (que no tiene un mandato de articular un texto único sobre una ley de bases). En consecuencia, amerita tanto una crítica por exceso (parece querer integrar más de lo que puede –atravesando la cancela de lo permisible–), como por defecto (ha omitido todo intento de precisión, clarificación y coherencia).

Cierto, si se hiciese una lectura literal del nuevo [artículo 189 del TRLC](#), perdería sentido práctico un problema que puede plantearse y que acaba de ser atendido por el TS en situaciones ordinarias. Concretamente, ¿qué sucede si, durante el periodo de consultas para la regulación concursal de empleo, se produce la pérdida de ultraactividad del convenio estatutario, en cuyo caso sí cabrá la novación sin necesidad de un acuerdo, al menos según la legislación laboral ordinaria, a la que se remite la norma concursal? Para la [STS 887/2020, de 8 de octubre](#), se requiere un nuevo procedimiento de consultas, por más que haya perdido vigencia la norma colectiva y quede abierta a la modificación unilateral, pero tras el procedimiento adecuado.

4.2. Algunas cuestiones competenciales: el favor por la jurisdicción mercantil para evitar los «usos estratégicos»

4.2.1. Prevención de usos oportunistas de las acciones judiciales: dimisiones provocadas (art. 50 ET) y despidos tácitos

Una cuestión –procesal– siempre conflictiva es el reparto entre la jurisdicción mercantil –favorita, ayer y hoy, para la ley– y la social –resistente a perder el protagonismo del pasado–. Una valoración general podría evidenciar una mejora de la redacción normativa. Sin embargo, si aplicamos la lupa analítica individualizada, la cuestión cambia, y hallamos más de un problema interpretativo. De nuevo, en unos casos, la crítica es por defecto, al no clarificar suficientemente una cuestión que se ha venido revelando conflictiva, y, en otros, por exceso, presentando un diverso grado de intensidad y, por lo tanto, de riesgo de vicio *ultra vires*, hasta adquirir el sentido de reacción-rectificación jurisprudencial.

El [artículo 64.10 de la LC](#), relativo a las acciones judiciales individuales por dimisión provocada ex [artículo 50 del ET](#) (extinción causal), es el [artículo 185 del TRLC](#). En principio, la regla básica no cambia: mantiene la regla de suspensión de los procesos seguidos en el orden social con dicha finalidad de afrontar la situación de crisis y con el objetivo de evitar usos estratégicos. Los cambios de redactado (cuatro) no provocarán la menor alteración de la experiencia precedente, pero sí pueden generar algunas dudas. La ley de refundición promete claridad, pero a menudo lo incumple. Por ejemplo, cuando, para hacer más expeditivo el efecto de cosa juzgada del auto mercantil sobre los procesos individuales sociales, exige un archivo «sin más trámites», ¿significa que es todo proceso pendiente?

Parece claro que no. Interpretada de forma razonable y sistemática, se trataría de un exceso literal al expresar su voluntad de que la decisión (autoridad) mercantil sea automática, no admita discusión en otro orden jurisdiccional, sobre su objeto, por lo que no debe generar más trámite judicial fuera del procedimiento concursal, a fin de agilizarlo. Una vez más, el derecho de precedentes jurisprudenciales debe servirnos (el juez/a social no puede resolver una relación laboral previamente finalizada por auto mercantil). Otra lectura evidenciaría extralimitaciones claramente viciadas *ultra vires*. Así sucedería si se identificase un mandato directo e imperativo de una norma mercantil en el proceso social: el de suspender cualesquiera acciones vinculadas a las acciones individuales extintivas.

Ahora bien, sabido es que en esta tipología de acciones individuales puede permitir acumular otras peticiones, no directamente vinculadas a la situación de insolvencia (por ejemplo, otros incumplimientos a los del impago ex [artículo 50 ET](#), o acciones acumuladas en aspectos como la cesión ilegal de personas trabajadoras o relativas a la sucesión de empresas, etc.). La voluntad expeditiva y de aceleración de trámites de la ley refundida no puede llevarse tan lejos como para devenir una interpretación tan incoherente como lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Tampoco ha quedado inmune este precepto refundido a la crítica por defecto. Así, no se ha atendido a la jurisprudencia social que identificó una laguna en el [artículo 64.10 de la LC](#), y que sigue en el [artículo 185 del TRLC](#), relativa a las acciones individuales, no propiamente resolutorias, como de los despidos tácitos (singulares o plurales) que, anteriores al concurso, conviven con las posteriores y por una misma situación económica.

El riesgo de usos oportunistas –poder elegir tipo de acción con probables resultados diferentes y más ventajosos para situaciones de análoga índole y una misma empresa concursada– llevó a la jurisprudencia social unificadora (no todas las salas de lo social tenían la misma visión) a reconocer la competencia a la jurisdicción mercantil, por analogía con el [artículo 64.10 de la LC](#) (por ejemplo, [STS 285/2016, de 13 de abril](#)¹⁰). Otra vez una ley de

¹⁰ Los usos estratégicos u oportunistas y el riesgo de disparidad de resultados derivan de la elección de acciones ([art. 50 ET](#) o despido tácito). En el mismo sentido, si bien para extinciones por falta de ocupación

refundición que se vanagloria de su rigor en clarificar e integrar lagunas decepciona, lo que resulta poco justificado teniendo en cuenta que son aspectos con más dimensión técnica y de coherencia con la finalidad del proceso concursal que de política jurídica innovadora, por lo tanto, típico de una refundición.

4.2.2. Usos estratégicos del concurso y empresas de grupo: ¿un giro copernicano en pro de la rectificación de la jurisprudencia social?

Más atrás advertimos de una persistente paradoja: el protagonismo de los grupos también en los procesos concursales ha hecho que el TRLC les conceda una extraordinaria presencia en su texto, sin embargo, no resuelve una parte significativa de los muchos problemas que genera en la práctica. El TRLC sigue distinguiendo entre declaración conjunta de concurso para varias o todas las sociedades pertenecientes al mismo grupo ([art. 38 TRLC](#)), que no permite comunicar las «masas concursales», y «concurso consolidado de grupo», solo cuando hay confusión de patrimonio ([art. 39 TRLC](#)), así como la acumulación de varios concursos ([art. 41 TRLC](#)). El TRLC no es ajeno, eso sí, a las prevenciones o cautelas frente a usos estratégicos u oportunistas de estas estructuras, de ahí ciertos tratamientos (por ejemplo, créditos subordinados) o cautelas, como la referida en el [artículo 174.2 del TRLC](#), que prevé traer a la «unidad compleja de empresa concursada». Aunque no se define expresamente en el TRLC, este concepto no se identifica con el grupo mercantil a efectos concursales (delimitado por el [art. 42 CCom.](#)), sino con el grupo laboral.

A las cuestiones típicamente sustantivas del procedimiento colectivo concursal, numerosas y crecientes, se sumó el conflicto competencial –uno más– entre el orden mercantil y el orden social para conocer de las medidas de gestión de empleo y de condiciones de trabajo en su seno, en especial cuando se trata de situaciones mixtas, unas empresas del grupo concursadas, otras no. La competencia se inclinó a favor del orden social¹¹. La doctrina ha sido reiterada.

efectiva (aunque vinculada a la ausencia de salario, no a otros supuestos, que hubiera legitimado la competencia social), pero también valoradas como análogas, la [STS 572/2017, de 29 de junio](#).

¹¹ *Vid.* el Auto del TS ([ATS](#)), [Sala Especial de Conflictos de Competencia, 1/2016, de 9 de marzo](#) (precisa que el grupo de sociedades no se identifica con «unidad de empresa», considerando que no puede ser declarado en concurso porque carece de subjetividad jurídica unitaria, por lo que no puede ser un sujeto deudor unitario) y la [STS 659/2019, de 25 de septiembre](#) (reconoce la dificultad), que reitera doctrina (entre otras, [STS 264/2018, de 8 de marzo](#)): si se acciona frente al despido colectivo, la vía no es la del [artículo 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), sino el recurso de suplicación contra el auto mercantil, que debe decidir sobre el fenómeno grupal; en cambio, la competencia exclusiva del juzgado de lo mercantil desaparecería cuando se trata de una reclamación laboral derivada del despido colectivo (retributivas, indemnizatorias, etc.) frente a quienes no son sujetos concursados, aunque integren un mismo grupo.

¿Respetará el TRLC este cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada o, de nuevo, en su afán clarificador lo rectificará? ¿Qué argumentos podrían hacer sospechar que en el TRLC se promueve un cambio de preferencia competencial en estos casos (debate sobre la integración de empresas concursadas pertenecientes a un grupo empresarial)? Primero puede esgrimirse un criterio de interpretación sistemática: la conjunción del [artículo 46.3 del TRLC](#) (la gestión concursal conjunta o acumulada, así como la tramitación coordinada, corresponden al juzgado de lo mercantil) con su [artículo 551.2](#) (la legitimación impugnatoria de medidas reguladoras de empleo corresponderá, «en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, a aquellas entidades que lo integren») parece evidenciar la voluntad legal de otorgar al juez/a de lo mercantil el conocimiento no solo de los concursos conexos, sino también la determinación de si existe un «grupo laboral de empresas» (Falguera Baró y Serna Calvo, 2020). Segundo, un criterio finalista: es una política jurídica general del TRLC reforzar el juzgado de lo mercantil (excepcional para el orden social), en línea con lo que, como veremos, habría acaecido –aquí sí claramente, aunque sea con vicio *ultra vires*– respecto de la sucesión de empresa.

La cuestión emerge inmediata: ¿estamos ante una interpretación equívoca, que requiere de una interpretación restrictiva y ajustada al derecho de precedentes, o, al contrario, ante una decisión legislativa rectificadora de una doctrina jurisprudencial, por lo tanto, *ultra vires*? Una cosa sí es cierta: no queda nada claro, lo que es criticable, en sí mismo, en una ley de refundición (más en esta, que tanto se enorgullece de su labor a tal fin –«dime de lo que presumes...»–).

En todo caso, también se hace una crítica por defecto: el criterio expansivo de la regulación concursal parece refrenarse respecto a avanzar y clarificar la enorme problemática que se deriva de estas situaciones de concursos de estructuras complejas, en especial si no todas entran en el proceso concursal (por ejemplo, efectos de la declaración de grupo patológico de empresas conforme a la doctrina laboral, consecuencias en el caso de que el juez/a mercantil califique el grupo patológico en torno a la extensión de la responsabilidad a efectos del despido colectivo a todas las empresas, pero sin que el concurso afecte al resto de no concursadas, o el régimen de responsabilidades del cumplimiento de las obligaciones que imponga el auto resolutorio, que, en cualquier caso, no excluirá eventuales acciones en la rama social en torno a diversas responsabilidades)¹².

¹² Vid. la [STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2011 \(rec. 5167/2011\)](#):

[...] el juez del concurso es competente para resolver en el auto que pone fin al ERE si la empresa pertenece a un grupo «patológico de empresas», pero no para extender la responsabilidad a otras empresas del grupo sobre lo que no tiene competencia al no haber formado parte en el proceso.

Interesante también la [STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2012 \(rec. 21/2012\)](#).

5. La dimensión crediticia sociolaboral del TRLC: innovaciones en materia de créditos concursales y contra la masa

5.1. La clasificación de los créditos laborales concursales y contra la masa: entre reglas de precisión (correctas) y reglas de corrección (viciada) jurisprudencial

Junto a la protección-gestión de las condiciones de empleo (y en parte de trabajo) en el seno de los procedimientos concursales, apenas comentados, el segundo gran bloque de cuestiones relevantes sociolaboralmente de esta compleja institución jurídico-económica es el relativo a las garantías de protección-cobro efectivo de los créditos laborales, esto es, de los de titularidad de las personas trabajadoras. En principio, también aquí, en una primera y global lectura, se puede entender que la cuestión del reconocimiento y clasificación de los créditos concursales (privilegiados, ordinarios y subordinados, [art. 169.1 TRLC](#)) carece de novedades reseñables.

Así, de un lado, sin alteración del redactado, se siguen reconociendo con un privilegio especial los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados ([art. 270.3.º TRLC](#)). De otro, se mantiene –lógicamente– el privilegio general a ciertos créditos por salarios e indemnizaciones con los límites previstos, por accidentes de trabajo, capitales coste y recargo de prestaciones devengados con anterioridad a la declaración de concurso ([art. 280.1 TRLC](#)). Asimismo, los créditos subordinados laborales se ajustan a las mismas reglas que todos los créditos de este tipo y que tienen una peor consideración en el conjunto de esta tipología, por entender que distorsionan la equidad en el tratamiento del conjunto de las personas acreedoras.

Al respecto, si acaso, merece la pena destacar la introducción en el [artículo 281.1.1.º del TRLC](#) de la doctrina de la [STS, Sala 1.ª, 316/2011, de 13 de mayo](#). Esta doctrina reconoce el carácter subordinado de los créditos que se comunican por primera vez en la demanda incidental de impugnación del informe, antes extramuros del concurso. Cabe valorarlo como un ejercicio correcto de la potestad de refundición clarificadora.

En cambio, alguna novedad mayor –incluso discutible– presenta el reconocimiento de los créditos contra la masa ([art. 288 TRLC](#)). Así, destaca el reconocido a las personas trabajadoras consistente en el superprivilegio de los créditos por salarios correspondientes a los últimos 30 días de trabajo efectivo que se regula ahora en el [artículo 242.1.º del TRLC](#). Su redacción contiene un inciso novedoso, pero cuyo valor es de pura regla de precisión (aquí sí ha actuado correctamente la ley refundidora): explicita que estos créditos no son necesariamente los de los 30 días anteriores a la declaración de concurso, sino los de los 30 días anteriores de trabajo efectivo. Por tanto, en caso de las personas trabajadoras fijas discontinuas, cabe el reconocimiento de unos créditos distintos a los del mero mes anterior a la declaración de concurso.

Más problemática puede resultar, en la práctica, la novedad contenida en el [artículo 242.8.º del TRLC](#) para el reconocimiento de créditos contra la masa de las personas trabajadoras, conforme a la cual se incluyen, dentro de los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo «que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso». ¿Dónde reside el eventual problema? En que el tenor literal pudiera hacer pensar que se rectifica la doctrina jurisprudencial civil (SSTS, Sala 1.ª, [400/2014, de 24 de julio](#), y [473/2016, de 13 de julio](#)) sobre las indemnizaciones por despido o por extinción causal del contrato, según las cuales, para determinar si el crédito indemnizatorio es concursal o contra la masa, habrá que estar a la fecha de la resolución judicial que la fije, independientemente de la fecha del despido o de la fecha en que se produce el incumplimiento de la empresa que da lugar a la extinción.

La inclusión de la expresión «que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso» no puede resultar más turbadora. Aunque no es probable, sí es plausible entender que la ley quiere ahora precisar que solo serán créditos contra la masa los que tengan su origen en indemnizaciones por despido en los que el despido, es decir, la comunicación a la persona trabajadora, fuera posterior a la declaración de concurso (menos problema ofrece el [art. 50 ET](#), que siempre requiere decisión extrajudicial, por su carácter constitutivo conforme a una muy inveterada jurisprudencia social).

Esta interpretación sería conforme a una de las posiciones de doctrina, científica y judicial, precedentes a la unificación jurisprudencial y podría darse pábulo a la misma como una norma de favor hacia los intereses del concurso, pues supone aligerar sus cargas, una de las razones fundamentales de la reforma refundidora. El problema práctico no es baladí. No es infrecuente que la necesidad de abonar de forma preferente estas indemnizaciones agote toda la masa concursal, abocando a la liquidación, y, en consecuencia, erosiona la base fundamental de la regulación concursal: la máxima satisfacción del mayor número posible de personas acreedoras.

Ciertamente, la ley precedente no precisaba la interpretación, sino que es una regla de cuño jurisprudencial, resultado, a su vez, de una asunción por la Sala Civil del TS del principio tuitivo laboral internacional –protección frente a la insolvencia– y de la convergencia con la jurisprudencia social sobre cuándo se produce el crédito indemnizatorio (últimamente, [STS 179/2020, de 27 de febrero](#), FJ 4.º, punto 4). La Sala Civil del TS, pues, asume que el interés del concurso no puede ser absoluto en la interpretación de toda norma rectora del concurso (como sostiene también, según luego se verá respecto de la sucesión de empresa, la Sala Social del TS).

¿Puede entenderse que la ley refundidora corrige la autoridad de la jurisprudencia, cambiando la de esta por la suya? A mi juicio, y sin poder dar más desarrollo a tan importante cuestión, estamos ante un vicio formal *ultra vires*, un exceso de delegación legislativa, y, en consecuencia, el régimen aplicable debe seguir siendo el precedente a la refundición,

aplicándose la interpretación jurisprudencial (derecho de precedentes, no el derecho legislador refundido, pero viciado).

5.2. Del devengo a la cuestión del pago de los créditos contra la masa por salarios: el orden de prelación del concurso de acreedores dentro del concurso

5.2.1. Otra crítica por exceso (*¿ultra vires?*): ¿se amplía la preferencia de cobro de los créditos por salarios del último mes a todos los créditos contra la masa?

Los créditos salariales, en situación extramuros del concurso, deben abonarse de manera puntual, una vez devengados, por su naturaleza existencial (garantía de puntualidad –y relativa inmediatez– en el cobro). Pues bien, a su modo, el [artículo 84.3 de la LC](#) establecía que los créditos contra la masa que se debían abonar de forma inmediata eran los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso. En cambio, el [artículo 245.1 del TRLC](#) establece que los créditos que tengan la calificación de créditos contra la masa se pagarán de forma inmediata. Por lo tanto, todos, no solo el superprivilegio.

¿Estamos ante un simple vicio de error en la técnica legislativa, fácilmente subsanable con una interpretación sistemática, o, una vez más, realmente es un vicio de exceso de delegación y, por tanto, requiere una declaración jurisprudencial de *ultra vires*?

No hallamos pauta interpretativa alguna de carácter «auténtico» en la norma, pues no se da explicación de ningún tipo en el [preámbulo del TRLC](#). Es evidente que, una vez más, estará en juego el interés del concurso y, por lo tanto, la propia garantía de efectividad del fin crucial de la regulación. En este sentido, tanto si estamos ante situaciones de relativa liquidez, cuanto, desde luego, si no la hay, pero se reciben ingresos con alguna periodicidad, se abre la cuestión de si la norma legal ha querido reconocer una preferencia de cobro (garantía de inmediatez) a los salarios calificados como créditos contra la masa, en aras de ese principio protector al que tanto apela en esta materia la propia Sala Civil del TS. De seguirse, de nuevo, el tenor literal de la ley de refundición en clave tuitiva siempre que se plantee la necesidad de optar, por parte de la Administración concursal, entre unos créditos contra la masa respecto de otros, debería inclinar la decisión a favor de todos los salarios posteriores a la declaración del concurso vencidos, no ya solo a los de los últimos 30 días de trabajo efectivo.

Ahora bien, ¿es razonable esta comprensión de la nueva redacción normativa o ha de entenderse que ha incurrido en *ultra vires* y, por tanto, debe aplicarse la regulación precedente? La solución no es unívoca. Pero parece más correcta esta última valoración, pues, en otro caso, no estaríamos ante una aclaración de algo dudoso, sino ante un cambio legislativo importante, lo que tiene vedado esta técnica legislativa.

5.2.2. Crítica por defecto: el TRLC no clarifica los límites para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos

No por exceso, sino por defecto de clarificación legislativa, que sí es esperable y exigible de esta técnica, ha de criticarse el silencio que perpetúa el [artículo 250 del TRLC](#)¹³. En él se establece el orden de prelación para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de activos. No hay novedad en la redacción, pero precisamente ahí estaría la crítica. Al limitarse a reproducir el texto del derogado [artículo 176 bis de la LC](#) mantiene vivo el vicio jurídico de incoherencia preexistente en el número 2.º: permanece la limitación prevista para el abono de salarios, pero sigue eludiendo de igual modo el límite para las indemnizaciones (cuantía mínima legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional).

Una vez más los defectos legislativos deben corregirse con la doctrina jurisprudencial, que también ha consolidado una posición hermenéutica en la que se aplica, recurriendo al criterio sistemático, el límite previsto en el [artículo 91.1 de la LC](#) (hoy [art. 280.1 TRLC](#)), para créditos con privilegio general (SSTS, Sala 1.ª, [219/2019, de 9 de abril](#), y [345/2014, de 2 de julio](#)). Partiendo de su carácter confuso excluye la interpretación *ad pedem litterae*, según la cual se valoraría el límite máximo como si fuese común para los créditos por salarios e indemnizaciones, pero no es así. Teniendo distinto origen y finalidad, diferentes han de ser los límites aplicables, en línea con lo previsto para los créditos con privilegio general. Por lo tanto, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado ([STS 219/2019, de 9 de abril](#), FJ 2.º, punto 4).

5.3. La posición del Fogasa: reordenación sistemática y mejora de redacción normativa

En un ámbito relativo a las garantías de cobro de los créditos laborales es evidente que, de inmediato, emerge la figura del Fogasa. Su régimen principal sigue en el [artículo 33.3 del ET](#), sin que haya sido desplazado por el TRLC, lo que no deja de plantear ciertos problemas de coordinación. Además, tampoco goza de un estatuto unitario en el TRLC, manteniendo una regulación fragmentaria y dispersa, ahora con sistematicidad alterada.

Esta reubicación sistemática ha supuesto ciertas mejoras de redacción en algunos preceptos, no en todos, pero, en cualquier caso, sus novedades sustantivas son mínimas. En lo que concierne a la citada reordenación sistemática:

¹³ «Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un "concurso de acreedores de créditos contra la masa" dentro del propio concurso» ([STS, Sala 1.ª, 311/2015, de 11 de junio](#)).

- La prohibición de rescisión de las garantías constituidas a su favor ([art. 230.3.º TRLC](#)).
- Condición de parte necesaria cuando se abonan salarios e indemnizaciones ([art. 514 TRLC](#)).
- Su subrogación no altera el carácter y clasificación del crédito laboral ([art. 243 TRLC](#)).
- Posibilidad de que la persona que adquiriera la unidad productiva no se subroge en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que deba abonar o haya abonado el Fogasa ([art. 224.1.3.º TRLC](#)).

En lo relativo a las mejoras de redacción, las novedades tienen que ver más con sencillas precisiones normativas que con la integración de las soluciones jurisprudenciales dadas en estos años a las dudas interpretativas emergidas. Aquí amerita, una vez más, crítica por defecto. Así, por ejemplo, no incorpora la doctrina sobre imputación de pagos del Fogasa en el concurso. Como es sabido, la doctrina jurisprudencial excluye las reglas generales de imputación de pagos del Código Civil (CC) ([arts. 1.172 y ss.](#)) en favor de las reglas especiales de preferencia de pagos dentro del concurso, evidenciando su halo de «norma suprema» rectora, con desplazamientos de las leyes aplicables en situaciones extramuros del concurso (por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 4/2020, de 8 de enero](#)).

El [artículo 33.3 del ET](#) (que delimita la cuantía de la responsabilidad y exige de esta si no resulta citado en debida forma ni se establece el reconocimiento de créditos en la lista de créditos de índole concursal o de créditos contra la masa; sin que se le pueda imponer responsabilidad más allá de los supuestos tasados –[STS 449/2018, de 25 de abril](#)–) no contiene propiamente una regla de imputación de pagos, más allá de la especificación de las cuantías. De hecho, la jurisprudencia social venía aplicando las reglas civiles de imputación de pagos ([STS de 29 de junio de 2015, rec. 2082/2014](#) –aplica el [art. 33.3 ET](#) a un despido colectivo–), que la regla civil considera no acordes con los principios concursales y de la ratio que alienta sus reglas de preferencia¹⁴. Valora que los pagos al Fogasa no extinguen las deudas de la empresa concursada a la que se impute su pago, sino que continúan, pero con la subrogación pública (por ejemplo, hace inservible la regla legal de la imputación prioritaria a la deuda más onerosa del [art. 1.174 CC](#); [STS, Sala 1.ª, 4/2020, de 8 de enero](#) –que estima el recurso contra la sentencia de apelación, sin costas, por ser caso dudoso–).

¹⁴ El [artículo 245.3 del TRLC](#) establece que:

La Administración concursal podrá alterar por interés del concurso la regla del pago al vencimiento si la masa activa fuera suficiente [si no lo es, las reglas de prelación de pago están en el [art. 250 TRLC](#)] para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. La postergación del pago de los créditos contra la masa no podrá afectar a los créditos por alimentos, a los créditos laborales, a los créditos tributarios ni a los de la seguridad social.

Se abre, así, un nuevo espacio de tensión entre la visión laboralista y la civilista. En el primer ámbito, como ilustra la [STS 909/2020, de 14 de octubre](#), que extiende la regla [ex artículo 33.3 del ET](#) no solo a los títulos de crédito concursales, sino también extraconcursoles, por la vía de la analogía, dentro de un procedimiento concursal, se considera adecuado mantener el modelo de regulación separada, atendida la condición institucional laboral del Fogasa y la regla constante, sin alterar pese a sus sucesivas –y reiteradas– modificaciones¹⁵.

Pero la visión civilista es distinta y claman por una integración de la regulación laboral en la concursal, de modo que el TRLC desplace el ET. A razones de coherencia legal se añadirían razones de índole pedagógico, porque haría más visible su existencia en el concurso, a veces desconocida. En consecuencia, reprochan que una ley de refundición expansiva sea timorata al no trasladar el [artículo 33.3 del ET](#) al TRLC (no sería derecho nuevo, sino derecho compilatorio reubicado).

6. Algunas cuestiones procesales: más restricciones al podado privilegio de ejecución laboral separada

El [artículo 55 de la LC](#) puso fin al llamado privilegio de ejecución laboral separada de los créditos contra la masa activa¹⁶, por lo que el auto de declaración del concurso también suspende las ejecuciones anteriores y el [artículo 143.1 del TRLC](#) lo mantiene, claro está. Pero incluye una previsión novedosa: la nulidad *ex lege* de las actuaciones que se realicen desde la declaración del concurso. Se quiere resolver el problema de aquellas situaciones en las que el juzgado social hubiera acordado embargo con posterioridad a dicho momento, sin conocimiento del auto de lo mercantil. Esta integración es correcta y refuerza el dominio de la gobernanza mercantil, pero, otra vez, hallamos una crítica por defecto, ya que no explicita qué órgano jurisdiccional debe declarar dicha nulidad, si el de lo mercantil o el de lo social. Precisión que sí hace, atribuyéndola –cómo no, al juzgado de lo mercantil– respecto del régimen de levantamiento y cancelación de los embargos trabados con anterioridad al concurso (en ejecuciones suspendidas), salvo los administrativos, cuando su mantenimiento dificulte «gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado» ([art. 143.2 TRLC](#)).

¹⁵ Un problema recurrente fue la delimitación de la normativa aplicable tras la reforma en 2012, restrictiva de su responsabilidad. Para una doctrina consolidada, *vid.* [STS 714/2020, de 23 de julio](#):

[...] no es hasta que se dicta el auto de extinción de los contratos de trabajo [...] que puede exigirse la responsabilidad del Fogasa y, por ello, será la norma vigente en ese momento la que determine el alcance de dicha responsabilidad.

¹⁶ Conforme a la [STS 407/2018, de 17 de abril](#), el orden social es competente para la ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio.

El [artículo 144 del TRLC](#) reproduce el [artículo 55 de la LC](#). Pero se hace un uso intensivo de la delegación legislativa, a fin de introducir reglas complementarias clarificadoras de oscuridades pasadas. La valoración ameritada es de corrección en las tres novedades de redacción que contiene:

- a) La ejecución laboral exige incluir en las actuaciones testimonio de la resolución del juez/a del concurso que declare que el bien o derecho objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la persona deudora.

Esta suerte de autorización del juez/a mercantil (realmente es el criterio ya fijado por la Sala Civil y por la Sala Especial de Conflictos –por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 90/2019, de 13 de febrero](#)–) invierte la dinámica precedente (busca un cambio de hecho), en tanto que la continuidad del embargo laboral ahora se condiciona a la resolución del juez/a del concurso. No obstante, parece más bien un aviso a navegantes (otra vuelta de tuerca a la posibilidad, cada vez más excepcional, de ejecución laboral separada) que una regla nueva, como ya apuntó la [STS 1075/2018, de 18 de diciembre](#).

- b) La ejecución separada quedará sin efecto si a la fecha de la aprobación del plan de liquidación, sea o no firme, no se hubiera producido la enajenación de los bienes o derechos o no se hubieran publicado los anuncios de subasta.

También integra doctrina jurisprudencial (por ejemplo, [STS, Sala 1.ª, 319/2018, de 30 de mayo](#)). Asimismo, como efecto procesal novedoso, y en aras del principio de celeridad de la gestión, desaparece el límite del [artículo 55.1 de la LC](#) de finalización de la ejecución laboral separada con la aprobación del plan de liquidación y la consiguiente inclusión de los bienes embargados en la masa activa.

- c) El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a ella y el sobrante se integrará en la masa activa. Pero si la tercería de mejor derecho ejercida por la Administración concursal identifica la existencia de créditos concursales con preferencia, el importe se pondrá a disposición del concurso.

Este otro efecto procesal novedoso ([art. 144.3 TRLC](#)) incide en restringir la autonomía de ejecuciones respecto al concurso sobre bienes previamente embargados en sede social, que se reconducen al carril de las reglas ordinarias típicas de primacía del crédito y en clara defensa del interés (superior) del concurso. La aclaración legislativa responde a la integración como palabra de ley de la palabra jurisprudencial ([STS, Sala 1.ª, 90/2019, de 13 de febrero](#)).

En el ámbito de las críticas por defecto, quizás hubiera sido oportuno aprovechar esta reforma legislativa de sistematización y clarificación para zanjar definitivamente la cuestión sobre el ámbito competencial en relación con la ejecución de sentencias firmes de

despido. Si bien es cierto que existe doctrina de unificación que integra esta cuestión dentro de la competencia del orden social, como parece lo más coherente.

Finalmente, es de interés mencionar que se hace un desarrollo más detenido sobre los límites de los procesos ejecutivos en los supuestos de situaciones preconcursales (introducido *ex novo* por la [Ley 14/2013](#)). Se regula con mejor sistemática la interdicción por 3 meses (2 meses en el caso de personas naturales) para formular ejecuciones desde la comunicación de apertura de negociaciones y la suspensión de las que estuvieran en vigor con anterioridad a dicho momento a partir de la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o desde la fecha de presentación de la comunicación de la apertura de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o para alcanzar un acuerdo de refinanciación ([art. 588 TRLC](#)), así como la suspensión de las ejecuciones en tramitación ([art. 589 TRLC](#)). Sí se permite el inicio o la continuidad de estas ejecuciones en relación con los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad, si así se acuerda por el juez/a mercantil ([STSJ del País Vasco 1108/2018, de 24 de mayo](#)).

No obstante, el TRLC si bien mantiene (abriendo el [libro segundo](#), «Derecho preconcursal») en el [artículo 583.3](#) que la persona deudora (en situación de insolvencia actual o inminente, pero no declarado en concurso) deberá señalar en la comunicación del precurso que ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor y cuáles recaen sobre los bienes o derechos que considera necesarios para su continuidad, el [artículo 589](#) (suspensión de las ejecuciones en tramitación) prevé la suspensión de la ejecución ya iniciada por parte del juez/a que conozca de la misma si «recaen sobre los bienes o derechos a que se refiere el artículo anterior». Este artículo al que se remite, el [artículo 588](#) (prohibición de iniciación de ejecuciones), en función de la fórmula elegida por la persona deudora para abrir negociaciones, contiene dos referencias muy distintas:

- tanto a «los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor» (apdo. 1),
- como a «los bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional» (apdo. 2).

De este modo, una interpretación literal llevaría a reconocer que la opción de la persona deudora por el acuerdo extrajudicial de pagos amplía los supuestos de suspensión de las ejecuciones previstas en el [artículo 5 bis de la LC](#). Pero, al margen de la valoración, desde el punto de vista de la justicia material, que esta previsión amerite, lo cierto es que supone derecho nuevo, no refundir derecho viejo y «oscuro». Consecuentemente, para evitar esta lectura en términos de inequívoco vicio *ultra vires*, sería posible –y conveniente– una interpretación más sistemática y correctora, para reducir el exceso de remisión que se deriva del [artículo 589 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC). En cualquier caso, aquí, en vez de aclarar, la norma de refundición –otra vez– nos confunde.

7. Efectos en los créditos laborales y de seguridad social de la venta de la unidad productiva: reabriendo incertidumbres

7.1. La realidad conflictiva: uso intensivo de la venta («sucesión») de unidades productivas («empresas») en las soluciones concursales

Pero si algo confunde de verdad y deja absolutamente perplejas a las personas que practicamos el oficio de jurista del trabajo (y llena de «orgullo y satisfacción» a las que practican el de jurista mercantil –profesional, científico y judicial–, no por casualidad la sella la Sección de Derecho Mercantil en la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, alabada por su «cuidada técnica» por el –muy poco cuidado– Dictamen del Consejo de Estado), por el giro copernicano que, aquí sí, crea el TRLC, es el nuevo tratamiento legal que da al régimen de la transmisión (sucesión) de empresa en el seno del concurso. Y ello en el doble plano sustantivo (posibilidad de limitar el régimen de efectos derivados de la venta de unidades productivas autónomas como sucesión de empresa) y competencial (atribuye al juzgado de lo mercantil la calificación de si existe o no transmisión de empresa). Pero antes de explicar, aun de forma somera, las novedades –*ultra vires*– del TRLC, acerquémonos al conflicto subyacente.

La trascendencia de la venta de las empresas como unidades productivas en el seno de los concursos, como una vía para promover soluciones conservadoras, frente a las de liquidación desordenada, no solo viene asumiéndose desde antiguo como una opción favorita de saneamiento viable de las empresas, sino que está a la orden del día, también su extensa y compleja conflictividad. Y ello medie o no una situación actual de concurso de empresas (voluntario o necesario). En el primer caso, el ejemplo más señero de nuestros días es el relativo al Grupo Alcoa Inespal¹⁷.

De un lado, respecto de su decisión de cierre de la planta de producción de aluminio ubicada en la localidad lucense de San Cibrao, con el consiguiente despido colectivo. Decisión que la autoridad laboral había valorado como, lisa y llanamente, fraudulenta, porque su fin sería eludir el régimen del [artículo 44 del ET \(STS de 18 de febrero de 2014, rec. 108/2013\)](#). Así se ha terminado ratificando (la presión de las autoridades, incluido el [Parlamento](#), ha sido intensa) en la [STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2020 \(rec. 48/2020\)](#). De otro, también se evidencia ahora en lo penal, el [Auto del Juzgado Central de Instrucción número 3 de la Audiencia de Madrid de 22 de diciembre de 2020 \(rec. 57/2020\)](#), que admite a trámite una

¹⁷ Por enésima vez, se trata de un grupo mercantil (multinacional y con matriz estadounidense), al que se imputa la decisión de fondo, pero que no puede quedar integrada en la gestión jurídico-laboral como tal, al no existir, o no probarse, un abuso de derecho o fraude de ley ([art. 4, apdos. 3 y 5, RD 1483/2012; STS 866/2017, de 8 de noviembre](#)).

querrela por hechos constitutivos, entre otros, de delitos de insolvencia punible (arts. 257 y ss. Código Penal –CP–) y contra la seguridad de las personas trabajadoras (art. 311.1 CP).

Los sucesivos procesos de venta de unidades productivas para ofrecer una segunda oportunidad competitiva, ante la existencia de crisis de empresa, están en el centro del objeto de la querrela. Esta denuncia, tanto en el centro de A Coruña como en el de Avilés del grupo, ha impulsado un proceso de ingeniería jurídico-contractual y económico-financiera para facilitar la transmisión lucrativa a terceros (se suele excluir la venta a competidoras en el mercado económico, prefiriendo los fondos de inversión y a los grupos de inversión de riesgo). En suma, serían más usos estratégicos para facilitar las reestructuraciones rentables que instrumentos de conservación del mayor empleo posible (sostenible).

Mientras transcurre la vida judicial, la vida real de las empresas sigue su curso, y permanece el conflicto. Pero la venta-transmisión de empresa sigue en el centro de la solución ansiada. Ahora a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), matriz del grupo empresarial público estatal. La representación sindical presiona para ello, [la dirección de la empresa –determinada por su matriz norteamericana– recela](#).

Como también se advirtió *ut supra*, el asunto es muy relevante, pero no novedoso. Y nada mejor para evidenciarlo que volver a traer a colación la [STS 746/2020, de 9 de septiembre](#). En ella se reafirmó la nulidad –ya fijada en la instancia– del ERTE de una empresa que, también en el seno de un grupo empresarial y, ahora sí, en situación de concurso voluntario, viene tomando continuas medidas de sacrificio laboral para salvaguardar el mayor volumen de empleo posible, aun a costa de reducir notablemente sus condiciones de trabajo. Para el TS, el ERTE, adoptado por la empresa y avalado por la Administración concursal, solo busca reducir el coste del despido colectivo inexorable desplazando costes al Servicio Público Estatal de Empleo.

Dos aspectos a nuestros efectos. Primero, el que también recurriese en casación, junto a la empresa, el SITCA (Sindicato de Trabajadores Independientes de Canarias). Y ello por dos razones, a su vez. De un lado, porque consideraba viable la empresa, en contra del juicio judicial, en virtud de la sucesión en la unidad productiva previa (Grupo MGO) por la nueva (Westfield Sanidad, SLU) y su garantía de continuidad¹⁸. De otro, considera que, clarificado judicialmente, a favor de la empresa, tanto el panorama de deudas con la TGSS (cuyos embargos habían dificultado la gestión), cuanto el relativo a la sucesión de empresas, ningún obstáculo quedaría para el saneamiento acordado. Sindicato recurrente y empresa convergen.

¹⁸ La venta fue establecida por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid e implicó la subrogación en sus 617 personas empleadas. La transmisión se acompañó de un plan de viabilidad (la asunción del pasivo laboral y del pasivo concursal iba seguida de un compromiso de inyección de efectivo, si bien notablemente insuficiente para cubrir este).

El TS no es insensible a tales razones, pero entiende que no son suficientes para superar el juicio de razonabilidad (que distingue del de oportunidad –exclusivo de la empresa o de la Administración concursal–):

No se trata solo de las deudas con la seguridad social [...] sino también [...] de ausencia de un plan conjunto (centrándose las decisiones anticrisis solo en minoración de masa salarial), de la [...] pérdida de clientes (lo que imposibilita el pago de los créditos [...]) y de la negociación sobre unas bases alejadas de la realidad (FJ 6.º, punto 4).

Ventas de unidades productivas y créditos públicos protagonizan la gestión de las crisis concursales, pues. Las personas profesionales (consultorías, asesorías, abogacía) claman por la reducción de estos privilegios y, en consecuencia, de su influencia determinante en el proceso concursal. Posición que distorsionaría, en la etapa de precurso (acuerdos de refinanciación) y en la de concurso (acuerdos de personas acreedoras), la suerte del concurso. También –lo veremos con la incidencia determinante del TRLC– para los concursos de las personas físicas y su derecho a la segunda oportunidad (económica).

La práctica mayoritaria de los juzgados de lo mercantil participa de esta crítica, hasta el punto de promover las ventas (transmisiones-sucesiones) de unidades productivas (empresas) lo más posible, con el reclamo de la promesa de aquellos de la liberación-exoneración de deudas laborales y de créditos de la seguridad social. Y es aquí donde encontramos la conexión con el segundo punto de interés de la comentada sentencia, máxime si la ponemos en relación con la, también citada, [STS 1113/2020, de 11 de diciembre](#) (MGO By Westfield, SL) y que conoce de un asunto de calificación como sucesión de empresa de la venta realizada en el procedimiento concurso del Grupo MGO y cuya respuesta, reiterando numerosas decisiones precedentes en este sentido, sería utilizada por la empresa que lo adquirió como un argumento para legitimar el ERTE (anulado por el TS en el asunto apenas analizado). En esta sentencia se reitera la competencia del orden social para la calificación de la venta como sucesión de empresa, aun dentro del proceso concursal declarado, y sin posibilidad de exoneración de las deudas laborales (tampoco de los créditos de seguridad social). Volveremos sobre este asunto en breve.

Antes, también merece la pena una mínima reseña de la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#). Declaró la nulidad del despido colectivo de las 18 personas trabajadoras de una escuela de vuelo (integrada en un grupo internacional, pura ingeniería jurídico-financiera mundial¹⁹). En este asunto, el cierre de empresa impedirá la readmisión ([art. 110.1 b](#))

¹⁹ La demandada es propiedad de una empresa holandesa (Airwais Aviation Group BV), la cual es propiedad de la luxemburguesa Airwais Aviation SARL, que a su vez es propiedad de United Management DWCLLC, de Emiratos Árabes Unidos (EAU). Esta última es propiedad de Riana Group Holdings Limited, domiciliada también en EAU, la cual es propiedad de Riana Investments Ltd., domiciliada en Islas Vírgenes Británicas

[LRJS](#); [STS 133/2020, de 12 de febrero](#)). La empresa fue declarada en concurso voluntario de acreedores (apertura de la liquidación y nombramiento de Administración concursal, que se adherirá al recurso).

La nulidad obedecería a la ausencia de un periodo de consultas de buena fe, no por inamovilidad de posiciones, pues no fue contumaz (por ejemplo, [STS de 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015](#)), sino por la falta de información adecuada sobre el grupo mercantil (SSTS [643/2017, de 19 de julio](#), [861/2018, de 25 de septiembre](#), y [807/2020, de 29 de septiembre](#)). Pero también –y esto es lo más relevante aquí– por la decisión de trasladar los elementos básicos para la actividad (aviones y simulador de vuelos; así como al encargado de mecánicos –personal instructor–) a otro centro (otra de las bases del grupo, presentada como la única recolocación que podía hacer). Sin embargo, ni el juzgado de lo mercantil ni la sala de suplicación social se plantearon si estaban o no ante una auténtica transmisión de empresa (transnacional europea) ex [artículo 44 del ET](#), pese a que, siendo una actividad materializada, se habían transmitido los elementos esenciales de la misma, junto al personal más relevante (FJ 7.º). A mi juicio, es aplicable la [doctrina Colino Sigüenza](#).

7.2. De la conflictiva práctica a la pacificación jurisprudencial del derecho legislado previo a la refundición: la competencia es social y la venta sucesión ex artículo 44 del ET

Ante tan compleja, recurrente y conflictiva realidad fueron sucesivas las reformas legales de la institución concursal que intentaron darle una solución razonablemente pacífica. Frente a la práctica de los juzgados de lo mercantil de alentar las ventas de unidades productivas libres de cargas, en especial de créditos de la seguridad social, con una notable oposición de la práctica la Administración recaudadora pública (TGSS), el [artículo 149.4 de la LC](#) pareció zanjar el conflicto a favor del interés recaudatorio público y en detrimento –se dice– del interés (superior) del concurso al mantenimiento de la unidad productiva, aun con sacrificio de intereses laborales y públicos, en la medida en que favorecería el empleo. Para la Sala Social del TS, reivindicando su competencia, incluso si adquirió firmeza el auto mercantil liberador, pues no hay efecto de cosa juzgada ex [artículo 222.4 de la LEC](#), la adjudicación por auto concursal de una unidad autónoma tras su venta implica sucesión de empresa y no es admisible la exoneración de deudas (laborales y de seguridad social), pues:

- ni el interés del concurso puede ser norma rectora de forma absoluta, porque hay otras imperativas (como el [art. 44 ET](#)),

(paraíso fiscal), que, finalmente, es propiedad de un ciudadano australiano. No se entregó información sobre el grupo, pese a la solicitud de la comisión negociadora.

- ni el artículo 5 de la [Directiva 2001/23/CE](#), que permite exoneraciones en la ley nacional (por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de 9 de septiembre de 2020, asuntos acumulados [C-674/18](#) y [C-675/18](#) –régimenes de previsión profesional–), puede aplicarse sin norma específica, debiéndose conciliar con su artículo 8 (norma más favorable)²⁰.

Una doctrina interpretativa y de política jurisprudencial del «derecho laboral concursal» que está muy arraigada, como evidencia la referida [STS 1113/2020, de 11 de diciembre](#). Frente a la adjudicación de la unidad con expresa indicación en el auto mercantil de que no conlleva sucesión de empresa, el TS recuerda que la venta de una unidad autónoma se califica como sucesión empresarial y genera responsabilidad por las deudas de la empleadora, «aun cuando la relación laboral ya estuviera extinguida en el momento de la adquisición». Este criterio ofrece seguridad jurídica bilateral (para las personas trabajadoras sobre sus derechos –y para las entidades gestoras de créditos públicos–, y para el conjunto de empresas, que saben, de antemano, a qué atenerse en estos casos) y garantiza la igualdad de trato de las empresas competidoras (si el valor de una empresa es su activo menos su pasivo, contradice la lógica de mercado e incentiva usos estratégicos, adjudicaciones por debajo de su valor).

7.3. El favor por la jurisdicción mercantil en interés del concurso y de la seguridad jurídica de quien compra: ¿vuelta a la conflictividad de la «casilla de salida»?

No lo ha entendido así la ley de refundición. Seguridad jurídica sí, pero para quien compra, en la doble confianza de que no hay más jurisdicción (exclusiva y excluyente –aunque no puede ser tampoco absoluta, menos absolutista–) que la mercantil para la calificación de la venta como sucesión de empresa o no ([art. 221.2 TRLC](#)) y de que, además, la responsabilidad se acotará solo a «los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores [el lenguaje inclusivo siempre se posterga en la ley] de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente» ([art. 224 TRLC](#)). Deja fuera los existentes con personas trabajadoras no subrogadas. De este modo, restringiendo el efecto imperativo de la norma laboral común ([art. 44 ET](#)), que promueve un efecto subrogatorio más universal, ampliaría la regla general concursal ex [artículo 223 del TRLC](#) (exoneración del cesionario de las deudas pendientes de la entidad concursada²¹), lo que es lo mismo, restringiría notablemente la excepción que la norma laboral común implica.

²⁰ Vid. SSTS [623/2020, de 8 de julio](#) (además, rechaza que haya prescripción al no transcurrir los 3 años del [art. 44.3 ET](#)), [731/2020, de 30 de julio](#), y [940/2020, de 27 de octubre](#), entre otras muchas.

²¹ Vid., para créditos civiles, en la venta de unidades productivas, la [STS, Sala 1.ª, 694/2020, de 29 de diciembre](#).

De este modo, aunque el [artículo 223 del TRLC](#) prohíbe –*a sensu contrario*– a quien compra excluir la subrogación en los contratos laborales de la unidad productiva, el inciso del [artículo 224.1.3.º del TRLC](#) va contra la línea de flotación de la doctrina jurisprudencial social²². Sin embargo, a mi juicio, su eventual cobertura –de fondo– en el artículo 3.1 (y 5) de la directiva no justificaría (tampoco el «liberal», pero oracular, [Auto del TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688/13](#), dictado, precisamente, a instancia de la jurisdicción mercantil que buscaba en el TJUE el aval para legitimar su práctica liberadora, en especial de los créditos de seguridad social) prescindir de los límites propios del ejercicio de la delegación legislativa, *ultra vires*. Al respecto, todos los argumentos que esgrimen el Consejo de Estado y el voto mayoritario del CGPJ para legitimar tan extremo uso de la delegación legislativa, sea para la atribución a la jurisdicción mercantil (sobre el [art. 86 ter Ley orgánica del Poder Judicial](#); evitación del pésimo peregrinar de jurisdicciones), sea para la liberación parcial de créditos, laborales y de seguridad social (más «seguridad jurídica»; mayor conformidad a la [STJUE de 16 de mayo de 2019, asunto C-509](#) –si bien en el caso se pronunció en contra de la conformidad comunitaria de la norma nacional cuestionada–; la indisoluble capacidad «innovadora» de la delegación legislativa, para que no pierda su efecto útil –[STC 166/2007](#)–), concurren en una sola razón: la mayor utilidad de estas soluciones a la función conservadora de la empresa. Pero el fin no justifica el medio –[voto particular del vocal Martínez Moya](#)–.

En suma, el interés del concurso (valorado por el TRLC como superior –lo que tiende a negar la Sala Social del TS, e incluso su Sala Civil, que, al menos, hace gala de visiones más matizadas–) al mantenimiento de la unidad íntegra se impondría a la propia de la lógica de la competencia leal de mercado y, desde luego, a la seguridad de las personas trabajadoras (la doble confianza de quien compra prima). La (pretendida o real) garantía de salvación del mayor volumen posible de empleo actuaría como altar al que sacrificar otros derechos e intereses (laborales). Pero, al margen de esta valoración de fondo (ponderación de razones e intereses), lo importante es que, al corregir la doctrina jurisprudencial (social y de la Sala de Conflictos), equivocada o no, está creando derecho nuevo. Como recuerda la [STC 72/2015, de 14 de abril](#) (que se remite a la vieja [STC 95/1993, de 22 de marzo](#)), y asume la jurisprudencia social (por ejemplo, [STS 271/2017, de 30 de marzo](#)), la norma no tiene más sentido práctico que el que, en cada tiempo, le haga decir la jurisprudencia, por lo que no tiene más contenido que el proclamado por esta (de ahí que no se vea afectada por la prohibición de retroactividad). En consecuencia, cuando una ley refundidora rectifica de una forma tan frontal la doctrina fijada por la jurisprudencia consolidada, está cambiando la ley misma, y eso lo tiene prohibido la ley de refundición.

Quizás de menor entidad, pero también criticable, tanto técnica como desde su razón de ser general del pretendido régimen alternativo promovido por el TRLC, es el desajuste existente entre el [artículo 200.2 del TRLC](#), que define la unidad productiva de un modo muy laxo

²² Distinto es el caso resuelto por la [STS 744/2020, de 9 de septiembre](#), que excluye de las cláusulas convencionales subrogatorias los centros de trabajo no incluidos en la adjudicación.

(considera unidad productiva «el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria»), y su [artículo 221.1](#). Este, al prever que toda «enajenación de una unidad productiva» se tenga, «a efectos laborales y de seguridad social», como «sucesión de empresa», parece presumir el concepto del [artículo 44 del ET](#) que, como se sabe, es más preciso, al exigir también el mantenimiento de la identidad. Concluir que el TRLC ha querido crear un concepto jurídico-concursal propio y autónomo de sucesión de empresa, más amplio y laxo, incluso, que el laboral, sería un auténtico sinsentido, pues reduciría las oportunidades de compra, cuando lo que quiere es intensificarlas. Otra deficiencia de técnica jurídica refundidora más para quien tanto alardea de un buen uso de la delegación legislativa.

En definitiva, y sin poder ahondar en este momento más en tan importante cuestión, la conclusión de este importante ámbito regulador del TRLC no puede ser más crítica. Sea cual sea la intención legislativa e incluso al margen de la valoración en términos de protección efectiva del interés del concurso y su identificación con una mejor garantía de empleo que merezca este «nuevo derecho concursal laboral» relativo a la transmisión de empresa –incluso desde la razón que le asiste desde el art. 5.2 [Directiva 2001/23/CE](#)–, lo cierto es que aquí la ley de refundición se ha extralimitado, en el plano sustantivo y procesal, y, por lo tanto, presenta vicios de extralimitación insubsanables (*ultra vires*). El TRLC aporta una solución transaccional entre lo que pretendía la jurisdicción mercantil (tener un margen amplio de libertad para transmisiones de empresa exoneradas de deudas, laborales y públicas), obligándola a aplicar la norma laboral en la materia (derecho comunitario, además), y lo que defiende la social (mantener la competencia e imponer la lógica de garantías laborales), privándola de la competencia para la calificación y abriendo algunos márgenes adicionales de restricción de deudas –laborales y de seguridad social–. Sin embargo, se insiste, al margen de su valoración de derecho nuevo, parece claro que no puede venir de la mano del derecho refundido (Palomo Balda, 2020).

Cierto, cuenta con el aval, por puro pragmatismo (lógica de los costes-beneficios en interés del concurso y el empleo –se dice–), no por razones jurídicas coherentes, tanto del CGPJ ([27 de septiembre de 2019](#)), como del Consejo de Estado ([26 de marzo de 2020](#)). Pero «la verdad (jurídica) es la verdad, lo diga Agamenón o su porquero» –diría Antonio Machado en boca de Juan de Mairena–. Si la ley quiere cambiar el estado de cosas, porque no le parece el más adecuado para el «interés superior del concurso», tiene instrumentos suficientes para hacerlo, pero no por la «puerta de atrás» de la ley de refundición.

8. Interés a la recaudación pública y segunda oportunidad (emprendedora): ¿sin perdón para los créditos de seguridad social?

Una todavía más férrea defensa del crédito público (incluye los créditos tributarios, así como los de seguridad social), pero igualmente con manifiesta extralimitación, *ultra vires*,

al rectificar directamente la doctrina jurisprudencial civil que considera contraria al interés recaudatorio del Estado, aunque fuese favorable al interés-derecho a la segunda oportunidad (por ejemplo, de emprender o índole profesional), hallamos en el [artículo 497.1.1.º del TRLC](#). La [STS, Sala 1.ª, 381/2019, de 2 de julio](#), reforzó el derecho a la segunda oportunidad ampliando la capacidad de los juzgados de lo mercantil para aliviar (exonerar por más del 50 % y aplazar en cómodos plazos el otro 50 % en 5 años) sobre las deudas contraídas con la Agencia Tributaria y la TGSS. Para ello interpretó el confuso y antinómico [artículo 178 bis de la LC](#) (introducido en 2015) de forma expansiva, conforme a la razón de ser de este derecho (criterio finalista), así como anticipando los principios (contexto normativo y axiológico superior) inspiradores de la [Directiva 2019/1023, de 20 de junio](#) (sobre reestructuración preventiva e insolvencia). En cambio, el [artículo 497.1.º del TRLC](#), de forma expresa, excluye del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho los créditos de derecho público y por alimentos.

De nuevo, el *marketing* vende humo. Frente al mantra «nadie quedará atrás», en un horizonte de futuro inmediato en el que centenares de miles de personas (emprendedoras, profesionales) necesitarán una segunda oportunidad real, el sueño del perdón de las deudas con el Estado se retrasa. Habrá que esperar a la trasposición de la directiva –que lo contempla– o a la declaración *ultra vires*, lo que parece más que probable –también aquí–.

9. Aspectos procesales de impacto sociolaboral: participación de personas trabajadoras en el concurso, incidente y recursos en el orden social

9.1. La participación en los procesos concursales de las personas trabajadoras y de sus representaciones sindicales

También en espera de la trasposición de la directiva, que da un papel mucho más relevante a la participación de las personas trabajadoras y sus representaciones en la gestión concursal (gobernanza colectiva social del concurso), el TRLC no contiene novedad alguna en esta materia. Fuera de la nueva sistemática, poco que reseñar. El [artículo 513 del TRLC](#) reproduce lo dispuesto en el [184.6 de la LC](#), remitiendo a la LRJS el régimen de representación y defensa de las personas trabajadoras en el concurso, incluidas las facultades atribuidas a profesionales graduados sociales y a los sindicatos. Sigue siendo, pues, el [artículo 118 de la LRJS](#) el que regule el derecho de las personas trabajadoras a comparecer en el concurso por sí mismas o mediante su representación conferida a profesionales jurídicos colegiados (o no: cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles), mientras que es el [artículo 20.1 de la LRJS](#) el que regula, como conocido, la participación a través de los sindicatos.

9.2. El incidente concursal en materia laboral

En el plano normativo no parece tampoco que haya novedad apreciable en tan relevante cuestión, aunque desde ciertas lecturas se ha evidenciado un intento –no culminado– de mejora de la redacción. Solo que el [artículo 195 de la LC](#) es ahora el [artículo 541 del TRLC](#). Incluye el ámbito de aplicación y el plazo para la interposición, antes previstos de una forma asistemática en el [artículo 64.8 de la LC](#). Lo más destacado, quizás, la previsión del plazo para la presentación de la demanda por el Fogasa: 1 mes –al igual que para las personas trabajadoras, si bien en estos casos desde que conocieron o pudieron conocer la resolución judicial, introducido en 2011²³– desde que se le notifique el auto que resuelva el procedimiento concursal de regulación de empleo (sea de novación o de extinción colectivas; extinción contratos alta dirección). Asimismo, desaparece el límite anterior relativo a que solo podía ser recurrido el auto mercantil por las personas indicadas, no por las personas afectadas, sin que esa cuestión pudiera plantearse en el incidente concursal que quedaba limitado a la afectación estrictamente individual²⁴.

En nada varían los [trámites](#):

- demanda en los términos previstos en la LEC,
- intento de conciliación o avenencia,
- tramitación oral del incidente mediante la oportuna vista, y
- conclusiones orales tras la práctica de la prueba.

El [artículo 542.2 del TRLC](#) remite en materia de costas a la legislación procesal laboral, no a la LEC (como sí sucede para el resto de los incidentes concursales).

También aquí podemos realizar una crítica por defecto en el ejercicio de la potestad dada por la delegación legislativa, pues se ha dejado pasar la oportunidad para clarificar algunos de los temas dudosos en su aplicación. Entre ellos, por ejemplo, el relativo a si las solicitudes de la Administración concursal para moderar o aplazar la indemnización del alto directivo conforme a los [artículos 186.2 y 188 del TRLC](#) se tramitan a través de este incidente, puesto que

²³ Al respecto, *vid.* [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de octubre de 2017 \(rec. 145/2017\)](#) (no considera que haya prescrito la acción de demanda incidental concursal laboral, si bien sí excluye su competencia para enjuiciar la legitimidad del despido colectivo acordado en el auto del juzgado de lo mercantil por la sola invocación de que la empresa concursada pertenece a un grupo empresarial en el que hay empresas no concursadas y sin que se procediera a su llamada al procedimiento regulador de empleo, conforme prevé la LC).

²⁴ Aquí parece que es el TRLC el que se imbuye de la lógica laboral *ex artículo 124 de la LRJS*, no viceversa. Por tanto, derivando las reclamaciones individuales al incidente concursal y las colectivas al recurso de suplicación directo.

su tramitación carece de regulación concursal. La LC solo prevé la condición de demandado de esta respecto de las presentadas por el personal directivo, pero sin contemplar la posición actora. Queda claro que la ley refundidora tenía habilitación suficiente para ello, por cuanto se trata de una duda legal preexistente a resolver con una regla complementaria que la integre.

En el plano de la crítica por defecto, causa cierta perplejidad –más ante la atípica técnica de refundición– que se omita la regulación de uno de los aspectos más conflictivos en la práctica en relación con el recurso de suplicación: la consignación o aseguramiento de las cantidades a las que la empresa concursada haya sido condenada en el primer grado jurisdiccional cuando se interpone ese medio de impugnación. Ante el silencio de la ley, las empresas incursas en un proceso concursal deben cumplir con las obligaciones ex [artículo 230 de la LRJS \(STS de 25 de noviembre de 2014, rec. 857/2014\)](#), incluso con certificado de la Administración concursal de inclusión de las cantidades en el listado de créditos contra la masa. Esta doctrina jurisprudencial ha sido avalada por la constitucional (SSTC [166/2016, de 6 de octubre](#), y [173/2016, de 17 de octubre](#)).

9.3. Recursos judiciales en materia concursal laboral: reordenación sistemática, sin gran novedad sustantiva, pero no exenta de problemas

La continuidad preside también la regulación de los recursos concursales. El cambio mayor es, pues, de reordenación de los preceptos. La precedente dispersión se sustituye por unidad (el [art. 551 TRLC](#) integra las previsiones de los derogados arts. [197.8](#) y [64.8 LC](#)).

Se mantiene, pues, el recurso de suplicación social y los demás previstos en la LRJS, sin efecto suspensivo. Quizás pueda llamar la atención que se utilice una fórmula genérica para atribuir el conocimiento de los incidentes concursales: incidentes concursales sobre «acciones sociales». Tampoco aquí la ley de refundición ha cumplido con su facultad clarificadora, bien con reglas propias concretas, bien integrando otras o la propia doctrina jurisprudencial, pues mantiene el genérico concepto «acciones sociales», que puede inducir a error, dando a entender una vis expansiva que, realmente, no tiene. Así, la genérica expresión «acciones sociales» ex [artículo 551 del TRLC](#) requiere concretarse con el [artículo 53 del TRLC](#), que establece que el juez/a del concurso es competente para conocer de las «acciones sociales» con determinados objetos procesales. A saber:

- la modificación sustancial de las condiciones de trabajo,
- el traslado,
- el despido,
- la suspensión de contratos y la reducción de jornada,
- la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

En suma, queda claro que no cualquier cuestión en materia laboral derivada de estas resoluciones mercantiles con incidencia en las esferas de intereses de las personas trabajadoras como tales es susceptible de recurso de suplicación (por ejemplo, la impugnación de un crédito laboral; [ATS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 9/2013, de 19 de abril](#)). Ciertamente hubiera sido más preciso eliminar la cláusula genérica por una técnica de listado exhaustivo, pero hoy ya queda clara esta cuestión, al menos en sus aspectos más relevantes.

La legitimación para recurrir el auto concursal tampoco experimenta cambio²⁵. Así:

- la Administración concursal,
- concursado,
- personas trabajadoras a través de sus representantes,
- Fogasa,
- así como, en caso de declaración de la existencia de grupo laboral de empresas, aquellas entidades que lo integren.

10. Una breve referencia a la legislación excepcional: los ERTE por COVID en las empresas concursadas

La «legislación excepcional» no solo se ha preocupado de levantar diques de contención para frenar la esperada ola de concursos en el actual escenario de tragedias asociadas a la pandemia, también ha incluido algunas previsiones especiales para la gestión de los ERTE

²⁵ Por tanto –y tras la anterior lectura del [art. 541 TRLC](#)– es posible entender que las personas afectadas por la medida extintiva o novatoria tienen plena legitimación activa a través de incidente concursal laboral para negar la existencia de causa o las insuficiencias y carencias del periodo de negociación previo. Debe recordarse que en el debate judicial los límites de la acción individual del [artículo 124.13 de la LRJS](#) no tienen actualmente conclusiones cerradas. Concurren pronunciamientos en los que se declara la falta de acción (o de legitimación activa) de las personas asalariadas afectadas para debatir en sede judicial no tanto las pretendidas irregularidades cometidas en la esfera individual-contractual, sino las insertas en el terreno colectivo y, por tanto, en el periodo de consultas (procedimiento, documentación, buena fe, representación, etc.), en especial cuando este ha finalizado con acuerdo (SSTSJ de la [Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2014, rec. 1614/2014](#), y de [Madrid de 4 de noviembre de 2014, rec. 327/2014](#)); lo que es negado por otro sector de la doctrina de suplicación (SSTSJ de [Cataluña de 22 de septiembre de 2014, rec. 33/2014](#), con voto particular, y del [País Vasco de 18 de diciembre de 2012, rec. 2800/2012](#)). No hay unificación, pero la [STS 699/2018, de 2 de julio](#), con voto particular, sí ha incidido tangencialmente en el mismo al negar la legitimación de las personas individuales para debatir la existencia de justificación de las causas aducidas por la empresa en aquellos casos en los que estas han sido aceptadas por sus representantes. ¿Esos criterios judiciales –aun no unívocos– son también trasladables al ámbito concursal?

(por fuerza mayor y por causas empresariales) en situaciones de concurso de acreedores a efectos laborales. Así, atendiendo a la [disposición adicional décima del RDL 8/2020](#), la normativa aplicable no será ni el [artículo 64 de la LC](#) ni los artículos [170](#) y siguientes del TRLC, sino el ET con las especialidades previstas en los [artículos 22 a 28 del RDL 8/2020](#), así como en su [disposición adicional sexta \(disp. adic. décima.2\)](#). Conforme a la [disposición adicional décima](#) se fija un listado de especialidades para la tramitación y resolución de dichos procedimientos y que, en definitiva, buscan una mayor implicación de la Administración concursal, así como del órgano judicial de lo mercantil que conoce del procedimiento concursal.

11. Observación final sobre una «reforma concursal silenciosa», mientras tanto llega la reforma visible y ¿definitiva?

El inicio de esta primavera (que la pandemia y nuestra indolencia volverá a robarnos) pondrá fin a la «moratoria concursal» decretada (impuesta) por el Gobierno. El dique de contención cederá al alud (aunque la borrasca Filomena parezca entonces tan solo una pesadilla de infausto recuerdo) de concursos de empresas (y personas físicas –sobre todo en régimen autónomo–). El TRLC podrá mostrar, con el permiso de la nueva saturación judicial, si, en efecto, la elección gubernamental, de aclarar y sistematizar el derecho concursal preexistente antes de renovarlo –por imperativo comunitario–, ha sido la más adecuada o, quizás, la persistente crisis económica, que va en aumento, termina por neutralizarlo antes incluso de aplicarse de manera normalizada. ¿Si, como afirma, con más solemnidad que realidad, el preámbulo del TRLC, «la historia de la Ley concursal es la historia de sus reformas legales», no es también la confirmación de su estrepitoso y continuo fracaso? En el fondo, esta idea-temor subyace en el TRLC. De ahí que, pasada la moratoria y mientras tanto llega su nueva reforma, anunciada en el preámbulo, obligada por la trasposición (este verano) de la directiva comunitaria, intente aportar una nueva solución concursal para las crisis de empresa, provisional, pero con ánimo de innovación. Una voluntad ya, en sí misma, atípica, porque lleva al límite la delegación legislativa.

En el plano normativo amerita una doble crítica. Por exceso (al apurar las fronteras propias de técnica de la refundición las ha traspasado en más de una ocasión, queriendo hacer nuevo derecho sobre «reformas legales silenciosas») y por defecto (sin embargo, algunos aspectos que sí hubieran merecido integración no se han llevado a cabo). Es necesario insistir en que la técnica de la delegación legislativa del [artículo 82.5 de la Constitución española](#) no otorga al poder ejecutivo la facultad de «innovar libremente el ordenamiento» ([STC 13/1992, de 6 de febrero](#)), pero el TRLC lo ha ignorado en más de una ocasión, como se ha ilustrado en las páginas precedentes.

La mejora en sencillez y sistematicidad es evidente. La norma concursal tiende a destinar un artículo por cada materia, intitulándolo para dar transparencia y precisión a su objeto. Ahora bien, tampoco debe ignorarse que el coste de clarificación, y de la relativa mayor

sencillez de la redacción, ha sido la extensión absolutamente desmedida, difícil de justificar en una ley, que pretende ordenar una materia, no un «manual concursal» para formar al alumnado de las varias profesiones afectadas por este complejo e interdisciplinar ámbito jurídico-económico: donde antes había 252 artículos, ahora hay 752 (nada menos que 500 más, casi el triple). Desde luego, esta ley no tiene apego alguno por la máxima graciana («lo bueno, si breve, dos veces bueno»). De ahí que un solo artículo precedente mute en secciones y subsecciones.

Tan consciente es la ley de que la nueva sistemática, pese a la voluntad clarificadora, loable, tiene un cierto coste cognitivo y aplicativo que ha ordenado ([disp. adic. tercera TRLC](#)), a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y de Transformación Digital, como se dijo, elaborar una «tabla de correspondencias normativas» (típica técnica legislativa en las directivas de refundición, por ejemplo). Se trataría de una suerte de «hoja de búsqueda e identificación» del precepto ahora aplicable, para que la pretensión legislativa no terminara en un completo fiasco. Y ello por la dificultad derivada de localización de los «nuevos» preceptos que contienen el «viejo (antiguo)» derecho. Por supuesto, de forma «interina», en tanto se produce la trasposición del (verdaderamente) nuevo derecho de la Unión Europea.

Pero lo realmente criticable es lo numeroso de los excesos (*vicio ultra vires*) en los que habría incurrido y que no reiteramos aquí, pues han sido detenidamente explicados precedentemente, sea en el ámbito sustantivo (por ejemplo, equiparación de las novaciones de convenios extraestatutarios a los estatutarios), como, sobre todo, procesal concursal laboral (por ejemplo, competencia de lo mercantil para toda medida laboral colectiva, aunque de efecto individual, como las previstas en el [art. 47 ET](#), así como en materia de sucesión de empresa). En suma, no creo que su mayor deficiencia sea la provisionalidad o transitoriedad (o «inoportunidad»), sino las numerosas ocasiones en que ha incumplido su doble promesa de clarificar la norma sin extralimitarse creando derecho nuevo.

Es probable que más de una de sus novedades (ahora silenciosas) terminen cuestionadas en y por los tribunales, de modo que se abre una etapa de inseguridad jurídica adicional, cuando el fin de la refundición era, justamente, el contrario. No es inesperado, sino buscado. La mejora de la «mano redactora» de las cuestiones laborales, que parece conocer mejor que las redacciones precedentes, convive con un nuevo intento de sometimiento a la lógica mercantil del concurso, cuyo interés se refuerza como criterio hermenéutico superior y con vocación absolutista. En suma, distinta letra (a veces rectificadora de la jurisprudencia social –incluso de la civil–), semejante fin o espíritu de dar preferencia a la lógica concursal sobre la laboral para la gestión de las relaciones de trabajo en estructuras empresariales en situación de insolvencia, e incluso de riesgo cierto de incurrir en ella. Habrá que esperar, una vez más, a ocasión más feliz, para poder contar con un derecho concursal en general, y un derecho concursal laboral en particular, tomado en serio. La directiva así lo pretende. Ya se verá.

Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, María Teresa. (2020). Y también en medio de la tempestad... reforma concursal de 2020 (proyecciones laborales). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 153, 63-100.
- Cano Marco, Francisco. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal* (3.ª ed.). La Ley.
- Falguera Baró, Miguel Ángel y Serna Calvo, Mar. (2020). [El nuevo texto refundido de la Ley concursal: los cambios que afectan al derecho del trabajo y de la Seguridad Social](#). *Ciudad del Trabajo*, 34, 43-79.
- Montoya Melgar, Alfredo. (2015). *Derecho laboral concursal* (2.ª ed.). Civitas.
- Palomo Balda, Emilio. (2020). *Trabajadores y empresas en concurso. Soluciones en las jurisdicciones civil (mercantil) y social*. Lefebvre.
- Puebla Pinilla, Ana de la y Mercader Uguina, Jesús R. (11 de diciembre de 2020). La nueva Ley concursal a debate: ¿vuelve la polémica sobre la sucesión de empresas en el concurso? *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/12/la-nueva-ley-concursal-debate-vuelve-la.html>.
- UGT. (2020). *El concurso y el ámbito laboral. Guía práctica concursal* (partes I, II, III). <https://servicioestudiosugt.com/archivo-analisis/>.

