

EL CONCURSO DE ACREEDORES Y LA SUCESIÓN DE EMPRESA: UN ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR DEL «DERECHO DE LA INSOLVENCIA»

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA nueva regulación del concurso de acreedores ha reorientado nuestro Derecho de la insolvencia, en el sentido de que, manteniéndose incólume la satisfacción de los acreedores como finalidad principal del concurso, sin embargo la liquidación del patrimonio del deudor común ya no constituye en el modo de lograrla, por el contrario se impone para conseguir aquel objetivo la continuidad de la actividad empresarial. Semejante cambio de «filosofía concursal» determina, por una parte, que la «empresa» en sí misma considerada, esto es, como estructura organizada o como actividad de empresa, adquiera trascendencia y se independice relativamente del empresario declarado en concurso, y, por otra parte, que el mantenimiento en vigor de los contratos de trabajo adquiera un singular relieve, tanto por lo que hace al mantenimiento de la «empresa en funcionamiento» como a la continuidad de su «valor (razonable) de mercado». Consecuentemente, cuando para satisfacer a los acreedores concursales se haga preciso disponer de la «empresa» o de un «centro de trabajo», o de parte de una empresa o centro de trabajo, tanto por razones económicas estrictas como por motivos sociales (la procura de la estabilidad en el empleo) la vigencia y operatividad de la institución sucesoria laboral («sucesión de empresa») parece su natural consecuencia.

Palabras clave: concurso de acreedores, insolvencia, fase de convenio, fase de liquidación, sucesión de empresa, enajenación, traspaso, transmisión de empresa, contratos de trabajo, extinción, despido colectivo, expediente de regulación de empleo y estabilidad en el empleo.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Perspectiva multidisciplinar de la insolvencia del empresario y su declaración en concurso de acreedores.
- III. Mantenimiento de la actividad de empresa durante el concurso.
- IV. La transmisión de la «empresa», de «centros de actividad» o de «parte de la empresa», durante el concurso de acreedores.
- V. Los efectos sucesorios laborales en la transmisión de la empresa, centros de actividad o parte de la empresa durante el concurso de acreedores.
- VI. La eventual contradicción entre el «interés del concurso» y el interés de la «sucesión de empresa».
- VII. La interferencia del concurso en la noción y régimen jurídico del «traspaso» o «sucesión» de empresa.
- VIII. Mantenimiento, en la situación de concurso, del carácter imperativo de la normativa sobre «sucesión de empresa».
- IX. Entre la necesaria subsistencia de las empresas para la pervivencia del sistema de (economía de) mercado y la imprescindible «estabilidad en el empleo».

I. INTRODUCCIÓN

Referirse al «concurso de acreedores» y la «sucesión de empresa», en cuanto que instituciones jurídicas ajenas, no es razonable. Ciertamente, cada una de aquellas instituciones se ubica en un ámbito disciplinar distinto, según la docente y decimonónica división del Derecho. La primera, en la del «derecho mercantil» y, la segunda, en el correspondiente al «derecho laboral».

Aquella obsoleta y ya periclitada división del Derecho, por más que se mantenga vigente en planes de estudios y, en ocasiones, haya trascendido al ámbito normativo (incluso constitucional ¹), no puede desbancar al discurso racional. Desde luego, por más que se insista en semejante división disciplinar, ajustada a otros momentos históricos, la misma no determina que aquellos concretos conjuntos normativos sean disjuntos y no complementarios. Efectivamente, en ambos existe un elemento común, «la empresa», que los vincula con singular intensidad.

Las consideraciones que anteceden no impiden que puedan y deban referirse, por una parte, los aspectos mercantiles de la concreta normativa concursal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por otra parte, la normativa social atinente a ese fenómeno conocido como la «sucesión de empresa», y, finalmente, como elemento ordenador y vertebrado del discurso, las disposiciones de la legislación concursal que, revelando su carácter «transversal» al ordenamiento jurídico, tiende el puente o vínculo de conexión entre la regulación concursal y la social.

En relación con los referentes mercantiles de la normativa concursal concreta vigente en nuestro ordenamiento, la primera observación que cabe realizar ha de referirse a que mediante la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), se ha llevado a cabo una importante reforma de nuestra legislación concursal. «Aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español». A la regulación anterior de las situaciones concursales, se le imputaba, con acierto, «arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones».

¹ Así en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución Española (CE), se alude a la «legislación mercantil», y en la regla 7.ª del mismo precepto constitucional a «legislación laboral».

Aquellos acusados defectos de la normativa vigente hasta la entrada en vigor de la nueva legislación concursal derivaban básicamente de las concepciones imperantes en «la codificación española del siglo XIX», que se estructuraba sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, si bien únicamente la clásica institución de la quiebra y la suspensión de pagos (esta última especialmente desde su regulación por la Ley de 26 de julio de 1922), relativas al tratamiento de la insolvencia de comerciantes, tuvieron efectiva y real aplicación. La razón de semejante preponderancia, por no decir exclusividad, radicaba en la importancia del objeto de los procedimientos concursales mercantiles, «la empresa». Característica que, consecuenta con la hegemonía universal y mandato constitucional del sistema de (economía de) mercado, proyecta la nueva legislación concursal, atrayendo lo civil a lo mercantil. Al extremo de poderse afirmar que «la regulación establecida (en la legislación concursal) será aplicable en la inmensa mayoría de los casos solamente a los empresarios y operadores económicos de ciertas dimensiones, solo excepcionalmente se aplicará a las personas físicas y a los pequeños empresarios»².

La importancia de «la empresa» es tal para el sistema de (economía de) mercado que la reforma introducida por la legislación concursal se orienta hacia su salvamento, antes que a su liquidación haciendo almoneda, conforme a las pautas universalmente seguidas³. Pero es que también es importante su mantenimiento para la mejor satisfacción de la finalidad esencial del concurso (la satisfacción de los acreedores) y atención a otros intereses que también se consideran en el concurso.

La legislación concursal, encauzándose de esa manera, supuso una profunda modificación de nuestra tradición del derecho de la insolvencia, ajustándose a la demanda social y acogiendo la filosofía concursal imperante en legislación comparada, así como en los instrumentos internacionales y supranacionales elaborados para la unificación y la armonización del derecho en esta materia. Efectivamente, punto cardinal de la reforma propiciada por la legislación concursal es que «la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad (...) empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este», sin que sea preciso la amenaza de un «daño irreparable» a la masa activa del concurso en otro caso⁴.

Al extremo, que «la finalidad de conservación de la actividad (...) empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución».

La finalidad salvadora de la empresa permanece incólume en fase de liquidación, y aún no aprobado por el juez del concurso el plan de liquidación, pues aplicando supletoriamente las reglas de liquidación sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, «la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa,

² BERCOVITZ, A., «Aspectos mercantiles de la Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. I, pág. 80.

³ OLIVENCIA RUIZ, M., «La terminología jurídica de la reforma concursal», *RALJ*, Madrid 2005, págs. 93-124.

⁴ Como se previene en el artículo 90 del Real Decreto italiano núm. 264 de 16 de marzo de 1942.

mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa».

Por su parte, la normativa social referente a la «sucesión de empresa» tanto comunitaria como nacional, buscan, al menos en parte, el mismo objetivo de la permanencia de la empresa, como agente económico en el mercado. El «derecho social europeo» se define por dos características fundamentales que hace difícil apreciar cabalmente aquella finalidad compartida con la legislación concursal (mercantil) núcleo de la normativa concursal (transversal, mercantil y laboral). La primera viene constituida por su estructura fragmentada, y su composición por ciertas reglas para resolver problemas específicos que emergen en el transcurso de la relación laboral. La segunda por el carácter abierto y ambiguo de sus disposiciones, derivado de la complejidad inherente a la regulación de los mercados laborales nacionales, y que ha contribuido a que esta normativa únicamente se haya adoptado, en cada caso, tras amplios consensos.

Este sector social del ordenamiento jurídico comunitario ha sido tildado, metafóricamente hablando, de «archipelágico», cuyos islotes no aparecen siempre unidos entre sí por puentes. Se trata de la parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el que prima con más intensidad la dispersión, bien que esté más cohesionada de lo que en principio pudiera parecer ⁵, constituyendo una de sus notas definitorias el que «otorgue una tutela de mínimos a los trabajadores ⁶», que no impide que los Estados miembros lo incrementen. De tal manera que, con el correr de los tiempos y los cambios habidos en la filosofía social, se ha venido demandando, cada vez con mayor intensidad de los Estados miembros, el ejercicio de aquella facultad superadora del «mínimo comunitario», los cuales han acabado adoptando tanto disposiciones legales, reglamentarias o administrativas como promoviendo y permitiendo la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables para los trabajadores.

⁵ Conclusiones 2 y 3 de las presentadas por el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, el 4 de septiembre de 2008, en el asunto C-396/07, *Mirja Juuri contra Fazer Amica Oy*, que cita RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Transmisión de empresas y derecho europeo», en *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci Editore, Bari, 1999, pág. 1, el cual, considera aquel Abogado General, «defiende que, a pesar de su importancia, el derecho social comunitario acomete una intervención ciertamente limitada, en la medida en que solo trata aspectos de esta regulación, dejando el resto sin armonización alguna. Esto produce lo que se denomina una "estructura insular" o "archipelágica" del derecho comunitario del trabajo, en el que solo se presta atención a ciertos extremos de la legislación nacional; en contraste con el derecho del trabajo interno, más "continental" y omnicompreensivo de todas las facetas de la relación de trabajo».

⁶ La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad legiferante comunitaria, es determinante a la postre, de que las normas jurídicas que componen el «derecho social comunitario» sean decisivas tanto en términos macro como microeconómicos. Esto es, que las normas que lo componen y que afectan y disciplinan la relación laboral, así como aquellas que regulan los sistemas de protección social, influyan de forma determinante en la posición económica relativa de cada Estado, en un sistema de (economía de) mercado globalizado, al afectar directa e inmediatamente a costes de producción, con muy escasa flexibilidad, en tanto que costes fijos, o incluso graven el presupuesto público de manera extraordinariamente relevante, determinando que la intervención y protagonismo regulatorio de los Estados miembros sea muy acusada, al extremo de que, en determinadas materias, como son las referidas a la protección social, el «derecho social comunitario» únicamente garantice y se ocupe de la coordinación de las legislaciones nacionales pertinentes, como sucede en materia de «seguridad social» [STJCE de 19 de junio de 2003, *Sante Pasquini e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, asunto C-34/02], de tal manera que, en principio, sigue siendo competencia de los Estados miembros regular sus sistemas de seguridad social tanto desde un punto de vista material como desde un punto de vista procesal, consistiendo la función del Derecho comunitario en definir principios para los casos en que confluyen distintos sistemas nacionales [STJCE de 19 de junio de 2003, *Sante Pasquini e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, asunto C-34/02].

En materia de «sucesión de empresa», la dualidad normativa característica, comunitaria y nacional, antes aludida, obliga a referirse, por una parte, a la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad ⁷, y, por otra parte, al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuya reforma, precisamente para adaptar nuestro ordenamiento al derecho comunitario ha sido de tal magnitud que puede considerarse constitutiva de una nueva regulación jurídica al respecto.

La normativa que «tiende el puente o vínculo de conexión entre la insolvencia y la estabilidad en el empleo, viene constituida por la propia legislación concursal, en su característica "transversalidad", pues se ocupa de la continuidad de los puestos de trabajo y de los derechos de los trabajadores, preocupación consecuente con su mandato de mantenimiento de la "actividad de empresa" y de la "empresa". Efectivamente, en la legislación concursal "cuestión tratada con especial cuidado es la relativa a los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado", atribuyéndose "al juez del concurso jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Pero conciliando todo ello con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral"».

También la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario ⁸ ha de tomarse en consideración, pues forma parte de aquella legislación «transversal» o puente (mercantil-laboral), bien que se ocupe preponderantemente en la obligación de los Estados miembros de crear una institución que garantice a los trabajadores asalariados afectados el pago de sus créditos impagados, en caso de insolvencia del empresario, y aunque su definición del estado de insolvencia alusiva a «los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación» sea, aparentemente y en una primera impresión, limitada.

II. PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR DE LA INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO Y SU DECLARACIÓN EN CONCURSO DE ACREEDORES

Tres son los aspectos que inicialmente han de tomarse en consideración para tratar del tema objeto de enunciado:

⁷ Que constituye la versión codificada de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, tras las modificaciones sufridas por esta última norma comunitaria a la luz de las repercusiones del mercado interior, de las tendencias legislativas de los Estados miembros en lo que se refiere al rescate de las empresas en dificultades económicas, de la jurisprudencia del TJCE, y de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁸ Que es la versión codificada de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que fue modificada en diversas ocasiones, la más importante, mediante Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002.

- En primer lugar, «que el fenómeno económico de la insolvencia es tan antiguo como el de obligación y responsabilidad, el de la imposibilidad de cumplir y el de responder. Conocida en todo tiempo y en todo lugar, la insolvencia es un fenómeno multiforme "poliédrico" difícil de captar en toda su entidad»⁹.
- En segundo lugar, que «el tratamiento jurídico de la insolvencia es tan antiguo como esta, pero muy diverso, variado a lo largo de la historia y diferente de ordenamiento a ordenamiento»¹⁰.
- En tercer lugar, que la complejidad de la cuestión semántica de la pluralidad de términos que se han utilizado para describir el fenómeno de la insolvencia es fuente de inseguridad jurídica e incertidumbre. «La complejidad consiste en la múltiple variedad de los términos empleados, a lo largo de la evolución histórica y a lo ancho de los ordenamientos jurídicos»¹¹, para aludir a un mismo fenómeno social y económico (fallidos, quebrados y alzados, entre otros¹²).

Esa problemática no solo es propia del «concurso de acreedores», sino que se manifiesta en el campo laboral, en el que se plantea en toda su plenitud, tanto en el ámbito propio de la «sucesión de empresa» como en el de la protección de los trabajadores contra la insolvencia del empresario.

La finalidad del concurso, «que es tanto como decir la finalidad del Derecho concursal¹³», en la legislación concursal se corresponde con el «modelo normativo híbrido y flexible (que) se enmarca dentro de las tendencias de política legislativa que actualmente se siguen en el Derecho comparado en lo atinente a las funciones y objetivos que deben ser delineados por la normativa concursal¹⁴». En ese modelo al que responde nuestra actual legislación concursal, se considera, entre otras cosas, que «toda ley reguladora de la insolvencia debe de conseguir la protección tanto de la totalidad de los intereses presentes –de los acreedores, del deudor y de otros implicados– como del patrimonio del deudor, con vistas a facilitar en todo lo posible la reorganización de las empresas para proteger el capital invertido y proteger el empleo¹⁵».

Intereses que, no obstante, no pueden considerarse separadamente, estancos y autónomos unos de otros, ni que no exista un interés principal, coincidente con la finalidad esencial del concurso, al que se subordinan y en relación con el cual han de coordinarse todos los demás intereses relevantes

⁹ OLIVENCIA RUIZ, M, *op. cit.* («La terminología jurídica de la reforma concursal»), pág. 42.

¹⁰ *Vid.* nota anterior.

¹¹ *Vid.* nota 9.

¹² *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M, *op. cit.* («La terminología jurídica de la reforma concursal»), págs. 43 a 72.

¹³ FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M.^a, y VELA TORRES, P., «Derecho concursal y Constitución Económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del cierre judicial de la empresa y de otras cuestiones concursales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. I, pág. 195.

¹⁴ FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M.^a, y VELA TORRES, P., «Derecho concursal y Constitución Económica. Sobre la constitucionalidad y régimen del cierre judicial de la empresa y de otras cuestiones concursales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. I, pág. 202.

¹⁵ *Vid.* nota anterior.

concurrentes en el concurso de acreedores. Efectivamente, «la satisfacción de los acreedores, (constituye) finalidad esencial del concurso»¹⁶ y a ella y a los intereses que representa se subordinan, a la postre todos los demás intereses que se manifiestan como dignos de protección durante el concurso. De ahí la necesaria consideración multidisciplinar de la institución del concurso.

1. La vigencia de la institución sucesoria laboral en el concurso de acreedores.

Nuestra legislación concursal¹⁷, haciendo uso de la salvedad establecida en la normativa comunitaria, se separa de las previsiones contenidas en la misma, pues esta excluye, en principio, de los efectos subrogatorios a las «sucesiones» o «transmisiones» de empresas o centros de actividad o parte de aquellos, acaecidos en sede de procedimientos concursales, «salvo disposición nacional en contrario», bien entendido que la jurisprudencia comunitaria ha establecido sutiles diferencias entre los diversos procedimientos concursales, según persigan una finalidad liquidativa de la empresa, o su continuidad, tras el reajuste de costes que supone el propio procedimiento concursal, negando la operatividad de la «sucesión» de empresa en los primeros supuestos y afirmándola en los segundos¹⁸.

La normativa comunitaria atinente al «traspaso» de empresa («sucesión de empresa»), constituida actualmente por la Directiva 2001/23, establece que «salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, no serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso (art. 3), y que el traspaso de una empresa, de un

¹⁶ Exposición de motivos, epígrafe II, apartado cuarto, LC.

¹⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., *Transmisión de empresas en crisis y Derecho concursal*, Grabada 1999, especialmente págs. 121 y ss.

¹⁸ La STJCE de 12 de marzo de 1998 (asunto C-319/94, Jules Dethier Equipement) establece con caracteres de generalidad, que «la Directiva no se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de quiebra», sin embargo, en la misma sentencia afirma que aquella Directiva sí resultaba aplicable a un procedimiento como el de la *surséance van betaling* (suspensión de pagos), a pesar de sus características comunes con el procedimiento de quiebra. En efecto, el Tribunal estimó que las razones que justificaban la inaplicabilidad de la Directiva en el caso de los procedimientos de quiebra no eran válidas cuando el procedimiento en cuestión implicaba un control, por parte del Juez, de alcance más restringido que en caso de quiebra y cuando su finalidad era, en primer lugar la salvaguardia de la masa y, en su caso, la continuación de la actividad de la empresa por medio de una suspensión de pagos colectiva, a efectos de encontrar una solución que permitiera asegurar la actividad de la empresa en el futuro, afirmando que «para apreciar si la Directiva se aplica a la transmisión de una empresa que es objeto de un procedimiento administrativo o judicial, el criterio determinante que debe tenerse en cuenta es el del objetivo que persiga el procedimiento de que se trate (...), hay que tener en cuenta las características del respectivo procedimiento, especialmente en la medida en que impliquen que la actividad de la empresa continúe o cese, así como las finalidades de la Directiva». Asimismo, en la sentencia de 25 de julio de 1991 (asunto C-362/87, D'Urso y otros) el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva no era aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de concurso de acreedores del tipo del previsto en la legislación italiana sobre liquidación forzosa administrativa, cuyos efectos eran equiparables a los de la quiebra. En cambio, la consideró aplicable cuando, en el marco de una legislación como la relativa a la administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, se haya decidido que la empresa continúe sus actividades mientras que esta última decisión permanezca en vigor, porque en tal supuesto el objeto del procedimiento de administración extraordinaria es, en primer lugar, proporcionar a la empresa un equilibrio que haga posible garantizar su actividad en el futuro (también la STJCE de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93, Spano y otros).

centro de actividad o de una parte de estos puede constituir, en sí mismo, un motivo de despido para el cedente o para el cesionario, pudiéndose recurrir a despidos por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo (art. 4)», «cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y estos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente».

El procedimiento concursal según la regulación establecida en nuestro ordenamiento jurídico coincide, bien que no plenamente sí parcialmente, con el supuesto descrito en la norma comunitaria, por lo que se suscita la duda de la aplicabilidad de la institución sucesoria laboral («sucesión de empresa») en el concurso cualquiera que fuese la fase en que ese procedimiento se encontrase, o, al menos, podría cuestionarse su vigencia cuando el concurso se encontrase en fase de liquidación. La respuesta a ambos interrogantes se encuentra: a) Por una parte, en la salvedad establecida en la norma comunitaria, facultando a los Estados miembros para establecer la pertinencia del fenómeno sucesorio laboral en los procedimientos concursales; b) Por otra parte, en la regulación contenida en la propia legislación concursal.

Si se entendiese que la norma comunitaria establece la inaplicabilidad de la «sucesión de empresa» a todas las transmisiones de empresas, centros de actividad o partes de empresas acaecidas en sede de concurso de acreedores, «salvo disposición en contrario por los Estados miembros», entonces ha de repararse en que la LC previene la continuación de la vigencia de los contratos de trabajo durante el concurso («cuestión tratada con especial cuidado es la relativa a los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado», precisa su exposición de motivos), como se deduce de múltiples preceptos (arts. 64, 65 y 84.2.5.º LC, entre otros). Asimismo, se previene en la legislación concursal la continuidad de la actividad de empresa (art. 44 LC), estableciéndose la posibilidad de introducir en las propuestas de convenio «proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada» (art. 100.2, segundo párrafo LC), si a ello se le une que de manera expresa y para la fase de liquidación se alude al fenómeno sucesorio laboral, parece que el legislador español ha hecho uso largamente de la excepción permitida por la normativa comunitaria.

En otra perspectiva cabe cuestionarse si la inaplicabilidad de la institución sucesoria laboral afecta, según la norma comunitaria, a los procedimientos concursales que conlleven la liquidación de la empresa (haciendo o no almoneda de la misma). Considerando al propio tiempo que el establecimiento de fases tan diferenciadas como las de convenio y de liquidación en nuestro sistema concursal, viene a ser tanto como establecer dos procedimientos distintos, uno no liquidatorio (constituido por la «fase de convenio») y otro liquidatorio (constituido por la «fase de liquidación»), sin que la afirmación de la vigencia de la institución sucesoria laboral para la fase de «convenio» suponga que aquella opere también en la fase de «liquidación». La respuesta a la última cuestión planteada no puede sino ser negativa, gozando tal afirmación de un importante apoyo normativo.

En primer lugar, la legislación concursal establece que en dicha fase el plan de liquidación, «deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y

cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos» (art. 149.1 LC), y que «en el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley (expediente de regulación de empleo concursal)».

En segundo lugar, y para el supuesto de tenerse que aplicar las reglas supletorias establecidas para esa fase de liquidación, la legislación concursal establece: a) Por una parte, que «el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o solo de algunos de ellos» (art. 149.1.1.ª LC); b) Por otra parte, que «cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla (del apartado anterior), una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa» (art. 149.2 LC). Extremo en el que aquel precepto concursal ha de interpretarse ajustado a la última jurisprudencia comunitaria, que ya no exige el mantenimiento de aquella «identidad» cuando de la transmisión parcial de una empresa o de un centro de trabajo se trate ¹⁹.

La conclusión no puede ser otra que afirmar la vigencia y aplicabilidad de la institución sucesoria laboral en el concurso de acreedores. Cuestión diferente es determinar su «ajuste» a la insolvencia empresarial, según la regulación contenida en la legislación concursal, la delimitación y configuración de aquella institución de manera singular, y si se separa sustancial o solo accidentalmente de la regulación típica laboral (*ex art. 44 ET*). La normativa comunitaria admite, para cuando un Estado miembro decide que el «traspaso» o «sucesión» de empresa opere en las situaciones concursales, que establezca excepciones sustanciales al régimen general que la propia norma comunitaria establece para la institución sucesoria laboral. Consecuentemente, habrá de estarse a la regulación contenida en la legislación concursal, para solventar cuales sean, de existir, aquellas excepciones o singularidades de la institución sucesoria laboral en el concurso de acreedores.

2. La insolvencia del empresario determinante de su declaración en concurso de acreedores.

Tratar de definir qué se entiende por un «empresario insolvente», no es fácil. La legislación concursal la concibe como el estado patrimonial del «deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Concepto que aun unitario, es también flexible, operando de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario.

Serán los legitimados para solicitar el concurso del deudor (los acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) quienes han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley (desde la ejecución

¹⁹ *Vid.* STJCE, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg y Ferrotron Technologies GMBH.

singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados), y a los que además incumbe su prueba.

Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no solo podrá ser actual, sino futuro, previsto como inminente (tiene el deudor el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a este). El sistema previsto en la legislación concursal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

Según la Directiva 2008/94/CE (art. 2), y a sus exclusivos efectos, «un empresario será considerado insolvente cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de este y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones: a) haya decidido la apertura del procedimiento, o b) haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento».

Semejante delimitación de la insolvencia empresarial supone un razonamiento circular que demanda una petición de principio, pues no puede considerarse satisfactorio afirmar que es insolvente un empresario, cuando respecto del mismo se «haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en su insolvencia», limitándose a describir ciertas características adjetivas de ese procedimiento o de su improcedencia por falta de activo patrimonial disponible.

No contribuyendo a solucionar decisivamente aquella cuestión, la previsión contenida en la misma norma comunitaria de que semejante delimitación no impedirá a los Estados miembros extender la protección de los trabajadores asalariados a otras situaciones de insolvencia, como la «suspensión de pagos de hecho» y con carácter permanente, establecidas mediante otros procedimientos (art. 3.4), ni que los Estados miembros deban notificar «a la Comisión y a los demás Estados miembros los tipos de procedimientos nacionales de insolvencia que entren en (su) ámbito de aplicación».

Efectivamente, no puede considerarse satisfactorio pues nada resuelve decir que «es insolvente el empresario contra el que se ha iniciado un procedimiento basado en su insolvencia» o que «el empresario contra el que se ha iniciado un procedimiento basado en su insolvencia». La única manera de resolver semejante razonamiento circular consiste en efectuar una explicación, plausible y razonable, de qué deba entenderse por un estado de insolvencia tal que pueda dar lugar a un procedimiento concursal. Al respecto puede acogerse la siguiente descripción de aquel fenómeno socioeconómico:

«La insolvencia es lesión de los intereses del acreedor, o amenaza de lesión (en la inminente); pero mientras el impago de una obligación singular es lesión del crédito no satisfecho, la insolvencia es un fenómeno generalizado, que afecta al patrimonio en su conjunto, como *universitas* (a la insuficiencia de

activo y a la insatisfacción del pasivo). Así, las manifestaciones del estado de insolvencia son, también, generalizadas en cuanto tienden a revelar un estado del patrimonio: la falta de bienes libres bastantes; el sobreseimiento general; el incumplimiento generalizado de determinadas obligaciones sectoriales; y hasta el alzamiento o liquidación de sus bienes por el deudor, son síntomas de la insolvencia, de la incapacidad patrimonial para satisfacer deudas. El incumplimiento aislado de una obligación, por importante que sea, no basta para fundar una declaración de concurso; es necesario que vaya unido a una ejecución singular en la que manifiesta la falta de bienes libres o los embargos generalizados²⁰».

3. Empresario insolvente e insolvencia. La declaración del deudor común-empresario insolvente en concurso de acreedores. ¿Deviene, *de facto*, en concurso la empresa?

En una perspectiva histórica, tan útil siempre para la comprensión de las actuales instituciones jurídicas²¹, ha de destacarse que si bien «el Derecho de la insolvencia cuenta con largas etapas de estabilidad, (...) a partir de la segunda mitad del siglo XX el ritmo de cambio se acelera, hasta llegar a estos últimos años en que la liquidación o conservación de la empresa como fin del procedimiento tiende a equilibrarse y las denominaciones, incluso las que se mantienen (...)»²² pierden en buena medida su sentido original»²³.

Desde esa consideración historicista puede afirmarse que en nuestro Derecho se ha venido observando una dilatada y agitada evolución, semántica, sustantiva y procesal del «Derecho de la insolvencia», cuyo punto de partida puede situarse en las Partidas (la rúbrica del Título XIV de la Quinta Partida, es expresiva), destacando en su evolución la regulación contenida en la Nueva recopilación (Libro V, Título XIX), en la Novísima Recopilación (Título XXXII, el Libro XI), en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 [cuyo Capítulo XVII lleva por título «de los atrasos, fallidos, quebrados o alzados; sus clases y modo de proceder en su quiebras». A partir de esas Ordenanzas «la quiebra parece la denominación comprensiva de las diversas situaciones (de insolvencia)»²⁴, y en los Códigos decimonónicos, esto es, en los Códigos de Comercio (C. de c.) de 1829²⁵ y de 1885, y en el Código Civil de 1889, hasta llegar finalmente a la normativa contenida en la actual Ley 22/2003 (LC)²⁶.

Ciertamente el nombre elegido, en nuestra última legislación, para denominar el procedimiento único ha sido precisamente el de «concurso expresión clásica que, desde los tratadistas españoles

²⁰ OLIVENCIA RUIZ, M, *op. cit.* («La terminología jurídica de la reforma concursal»), págs. 175-176.

²¹ VILLORO, L., *El concepto de ideología*, Fondo de Cultura Económica, México 2007, pág. 137, dice o sugiere: «La historia responde al interés de conocer nuestra situación presente. Porque, aunque no se lo proponga, la historia cumple una función: la de comprender el presente».

²² Por ejemplo en aquellos ordenamientos en los que se mantiene la denominación de «quiebra».

²³ MENÉNDEZ, A., en la Contestación al discurso de ingreso como Académico Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de M. OLIVENCIA RUIZ, con su discurso «La terminología jurídica de la reforma concursal», *RALJ*, Madrid 2005, pág. 205.

²⁴ *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M, *op. cit.* («La terminología jurídica de la reforma concursal»), pág. 65.

²⁵ Además de en las leyes procesales siguientes, Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

²⁶ Además de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

del siglo XVII, fundamentalmente de AMADOR RODRÍGUEZ (*Tractatus de concursu*, 1616) y de Francisco SALGADO DE SOMOZA (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común ²⁷».

Es al empresario al que se le declara en concurso (art. 1.1 LC), pero sin duda la empresa, como entidad orgánica, entra *de facto* en situación concursal, resultando evidente esa consecuencia cuando, suspendidas las facultades patrimoniales del deudor, la «empresa» sigue en funcionamiento, por imperativo legal. Asimismo, se manifiesta esa consecuencia, nítidamente, en el concurso de las personas jurídicas (los empresarios son fundamentalmente personas jurídicas, señaladamente sociedades mercantiles capitalistas, al menos desde la admisión irrestricta de la sociedades anónimas y limitadas unipersonales) cuyo sustrato, o lo que se «personifica», es la organización y/o el patrimonio en funcionamiento, *pari passu* «la empresa».

4. Los efectos, sobre el empresario y la empresa, de la declaración del concurso de acreedores.

Los efectos del concurso sobre el empresario insolvente declarado en concurso se explican en la nueva legislación concursal, de la siguiente manera ²⁸: «Se atenúan los establecidos en la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia ²⁹».

La «inhabilitación» se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario, pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas.

Ni aquella intervención ni la suspensión de las facultades de administración y disposición del empresario declarado en concurso de acreedores resultan parangonables al «cambio de estado jurídico ³⁰» que producía el derogado «concurso de acreedores civil» en el deudor, ni a la inhabilitación del quebrado, de la extinta «quiebra» (bien que esta no supusiese ni una «quasi incapacidad» ni una incapacidad parcial ³¹). La intervención y la suspensión establecidas en la LC no tienen carácter san-

²⁷ Epígrafe II, apartado quinto, de la exposición de motivos de la LC.

²⁸ Epígrafe III, apartado primero, de la exposición de motivos de la LC.

²⁹ *Vid.* RUANO MOCHALES, T., «Insolvencias punibles: reflexiones sobre el alcance de una reforma frustrada», BCA de Madrid, núm. 30, enero 2005, págs. 157 y ss.

³⁰ Como señala GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, T. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1977, pág. 312, «con respecto al deudor se produce un cambio en su estado jurídico, mal llamado de capacidad, pues es, en realidad de legitimación, pero, en todo caso, de alcance trascendente al mundo del derecho material y no contraído estrictamente a los problemas procesales».

³¹ GARCÍA VILLAVARDE, R., «Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial», AAMN. T. XXXVII (separata) Madrid 1999, pág. 166, que, en pág. 177, indicaba que «de ser un supuesto de incapacidad, deberá serlo de una especie sui géneris», efectuando en pág. 180 la siguiente interpretación de nuestro ordenamiento anterior a la vigencia de la LC, «en definitiva, nuestro Derecho puede tener, con una exégesis adecuada de lo que implica la inhabilitación, unas

cionador, como sí tiene la inhabilitación³², que es mantenida bien que excepcionalmente y solo para el concurso calificado como culpable³³.

Esto es, las diferencias entre la nueva institución concursal con las tradicionales instituciones concursales son sustanciales, pudiendo resumirse, respecto de la quiebra³⁴ en que en esta última el término «inhabilitación³⁵» suponía tanto como «separación o inhibición³⁶», llevando a una suerte de «situación que se asemeja a la incapacidad³⁷» y a la «desposesión³⁸» del quebrado de los bienes

soluciones similares a las del Derecho alemán, que podrían resumirse así: 1.ª Con la declaración de la quiebra, el quebrado queda desposeído de aquellos bienes o derechos que se afectan al pago de los acreedores y pierde la posibilidad de administrarlos; 2.ª El quebrado no es un incapaz y puede vincular a terceros mediante actos y contratos; 3.ª Aquellos actos o contratos que afecten a la masa de la quiebra son ineficaces frente a ella, salvo que los síndicos los convaliden; 4.ª En caso de no convalidación, estas deudas del quebrado no podrán satisfacerse con bienes de la masa, salvo interrupción por la causa que fuere del proceso liquidatorio. Habrá que esperar al cierre de la liquidación si sobran bienes o a un momento futuro en que haya posibilidades para pagar».

³² Artículo 172.2.2.º de la LC. Además en la exposición de motivos de la LC epígrafe III, apartado primero, se dice «la "inhabilitación" (...) se impone como sanción"; Se negaba el carácter sancionador de la inhabilitación del quebrado por MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La Inhabilitación del quebrado*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 9 y 21 que, indicaba, le atribuía la finalidad exclusiva de «asegurar el resultado del procedimiento, cuyo objeto básico es el reparto del producto de los bienes entre los acreedores»; En el mismo sentido se pronunciaba la misma autora en *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid 2001; Indicaba GARCÍA VILLAVARDE, R., *op. cit.* («Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial»), pág. 173 que «la ocupación de los bienes del quebrado y la administración de los mismos por terceros, que se da históricamente, es algo que permanecerá hasta nuestros días, sencillamente porque son medidas imprescindibles para que pueda agruparse y repartirse entre los acreedores el conjunto de bienes y de derechos que forman la masa de la quiebra».

³³ «La "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas», Exposición de motivos, epígrafe III, apartado primero, LC. Se impone «a las personas afectadas por la calificación» y se trata de «inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período».

³⁴ En el concurso de acreedores (art. 1.175 de la anterior LEC) se desarrollaba, «con leves variantes, el sistema genérico del embargo de bienes» (GUASP, J., *op. cit.*, *Derecho Procesal Civil*, T. II, pág. 280), produciéndose «una ampliación del apoderamiento de los bienes del concursado desde el momento que se (extendía) a elementos que no (tenían) índole patrimonial sino mas bien índole personal» GUASP, J., *op. cit.*, *Derecho Procesal Civil*, T. II, pág. 280). «El deudor (era) desposeído de sus bienes y la ocupación de estos se (transmitía) para su conservación y administración a los órganos del concurso» (GUASP, J., *op. cit.*, *Derecho Procesal Civil*, T. II, pág. 312).

³⁵ Establecía el artículo 878 del C. de c. «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes».

³⁶ Indicaba el artículo 1.035 del C. de c. (1829) «el quebrado queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra».

³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil* Volumen II, vigésima quinta edición, MacGraw-Hill, Madrid 2003, págs. 457-458, señalaba que la «inhabilitación es una situación que se asemeja a la incapacidad de obrar aunque no se confunde con ella»; En la misma obra y tomo, editada conjuntamente con Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008, pág. 607 señalan que la LC «dedica los artículos 163 a 174 a la "calificación" del concurso arrastrando, bien que de forma relativamente más benévola, la tradición punitiva que han tenido los procesos concursales, especialmente cuando eran calificados como culpables o fraudulentos»; GARCÍA VILLAVARDE, R., *op. cit.* («Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial»), pág. 175, indicaba que «en la interpretación del precepto hay coincidencia en la idea de que la separación e inhibición a que se refiere el Código no plantea un problema de incapacidad del quebrado»; En otro sentido se pronunciaba RAMÍREZ, J. *La Quiebra-Derecho concursal español*, T. II, 2.ª edición, Bosch, Barcelona 1998, que en pág. 823, indicaba: «No cabe pues duda: lo mismo da que a través del artículo 878 del vigente Código mercantil, que a través del 1.035 del anterior de SAINZ DE ANDINO, la declaración de quiebra produce la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, o sea, su incapacitación para tal administración».

³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II), pág. 458, señalaba que «la declaración de quiebra produce con la inhabilitación una desposesión (o desapoderamiento) del quebrado de sus bienes, que han de constituir la masa activa de la quiebra, es decir, el conjunto de elementos patrimoniales que han de servir para satisfacer

que componían la masa activa ³⁹, con independencia de que se efectuase o no material ocupación de los bienes ⁴⁰ y la posesión de esta masa patrimonial se transmitía a los órganos de la quiebra que eran los encargados de su administración (los síndicos y, hasta que eran nombrados, el depositario ⁴¹).

Por el contrario en la LC el «empresario insolvente-deudor común» no pierde la propiedad ni la posesión de sus bienes, ni la titularidad, ni la posesión incluso, de derechos ⁴², en cuanto que integran la masa activa, ni para el caso de intervención ni para el supuesto de sustitución, con la única excepción de que el juez del concurso pueda acordar determinadas medidas cautelares, como el embargo con depósito en otra persona, en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.4.º LC) o con posterioridad a instancias de los administradores (art. 43.1, *in fine*, LC), ni se establecen medidas equiparables al «embargo de créditos», ni se constituye un «patrimonio de afectación ⁴³» separado del propio del concursado.

Pudiendo afirmarse que cuando la LC establece que «en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante autorización o conformidad» (art. 40.1 LC), está confirmado el dominio, la titularidad y la posesión del

a los acreedores. La desposesión del deudor, como consecuencia de su inhabilitación, trae consigo una especie de separación de la persona del quebrado de su patrimonio, que queda afectado al cumplimiento de las obligaciones que ha contraído con los acreedores. La posesión de esta masa patrimonial se transmite a los órganos de la quiebra que van a estar encargados de su administración»; GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.* («Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial»), pág. 178 indicaba que «puede apuntarse una explicación lógica al hecho de que se identifiquen los términos "desposesión" y "desapoderamiento", porque la técnica que se lleva a esta fase de la quiebra es sencillamente muy similar a la de los poderes mercantiles. El quebrado no tiene poder para administrar y disponer de los bienes que integran la masa. Esto no significa que no pueda pactar su venta. Como capaz que es puede negociar, pero lo que no puede es disponer de los bienes, porque el poder para administrar y disponer ha pasado ya a otros, salvo que estos subsanen su defecto de poder mediante la confirmación de actos».

³⁹ Los no embargables, los personalísimos, los que carecen de contenido económico y los afectos a determinadas obligaciones no son objeto en ningún caso de ocupación y consiguiente desapoderamiento, sobre el tema *Vid.* SOTO VÁZQUEZ, R., *Aspectos concursales del patrimonio insolvente*, 2.ª edición, E. Comares, Granada 1998, págs. 4-5; También SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II), págs. 458-459, que, en pág. 458, indicaba: «Precisamente como medida cautelar, el depositario ha de ocupar los bienes del quebrado (...). Aunque este punto haya sido muy debatido, parece que es necesaria la posesión material de los bienes por parte del depositario para que estos queden afectos por completo en beneficio de sus acreedores, si bien se admite en determinados supuestos, puedan quedar en depósito de los propios poseedores, si fueran personas de notoria responsabilidad»; En la misma obra y tomo, editada conjuntamente con Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008, pág. 582, indican que establecida la norma general sobre la constitución de la masa activa, sobre el principio de universalidad, «se fijan dos excepciones en el sentido de que se han de reducir de la masa activa. En primer lugar, se dice que no forman de la masa los bienes y los derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables».

⁴⁰ Aludía SOTO VÁZQUEZ, R., *op. cit.* (*Aspectos concursales del patrimonio insolvente*), pág. 5, para cuando no había ocupación material, a una posible *traditio ficta* mediante el auto de declaración de quiebra y la ocupación de los bienes.

⁴¹ SÁNCHEZ CALERO F., *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II), pág. 458 que se refería a «una especie de separación de la persona del quebrado de su patrimonio, que queda afectado al cumplimiento de las obligaciones que ha contraído con sus acreedores»; En relación con la quiebra, SOTO VÁZQUEZ, R., *op. cit.* (*Aspectos concursales del patrimonio insolvente*), pág. 5 señalaba que la ocupación no privaba al quebrado de la propiedad de los bienes secuestrados.

⁴² Ha de precisarse que «no cabe hablar de la posesión de un derecho por su titular», pero que al haber la defensa interdictal cabe la posesión de un derecho, indica CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, I., *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, J. B. BOSCH Editor, S.A., Barcelona 1992, págs. 26 y 102.

⁴³ SÁNCHEZ CALERO F. *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II), pág. 458, para la quiebra.

concurrido sobre los bienes y derechos que componen la masa activa, produciéndose por mandato legal «una intervención autoritaria en la esfera jurídica de actuación del concursado ⁴⁴», no viéndose afectada su capacidad de obrar ⁴⁵.

Asimismo, puede también concluirse que, cuando la LC indica que «en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.2 LC), únicamente lo está separando temporalmente, imperativamente o por mandato legal ⁴⁶, del ejercicio de aquellas facultades sobre determinados derechos («bienes y derechos» que componen la masa activa), teniéndose que acudir, necesariamente, al mecanismo de la representación legal (en sentido amplio ⁴⁷), sin que concurra incapacidad del concursado ⁴⁸.

III. MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA DURANTE EL CONCURSO

Si en la extinta «quiebra» y en el derogado «concurso civil de acreedores» la masa debía ser liquidada, o convertida en numerario líquido ⁴⁹, no sucede lo mismo en el sistema de la LC, porque en ella es esencial tanto su conservación, como su eficiente gestión, con la obligada realización de actos de administración y disposición sobre la masa activa, con una finalidad conservativa-activa, de mantenimiento del valor, y no meramente conservativa-pasiva ⁵⁰. Pero es que además se establece en aquella legislación concursal una regulación específica para cuando la masa activa esté compuesta por una empresa, unidad productiva o parte de una empresa, o la empresa o unidad productiva se halle integrada en la masa activa.

Efectivamente, la LC (art. 44) establece el deber de gestión empresarial del concursado y de la administración concursal, en su caso, por cuanto expresamente indica que la declaración del con-

⁴⁴ LARENZ, K. *Derecho Civil (Parte general)*, Edersa, Madrid 1978, pág. 762.

⁴⁵ Pudiendo establecerse un paralelismo evidente con la suspensión de pagos, respecto de la cual indicaba SÁNCHEZ-CALERO, F., *op. cit. (Instituciones de Derecho Mercantil, Vol. II)*, pág. 489, «el deudor no pierde la administración de sus bienes –a diferencia de lo que sucede en la quiebra–, sino que queda al frente de su empresa»; La Circular 1/1995, de 6 de abril, de la Fiscalía General del Estado (BINF del Ministerio de Justicia núm. 1767 de 1 de febrero de 1996) en su conclusión duodécima, sorprendentemente indicaba que «en el auto declarativo de la situación de suspensión, el Juez fijará los límites de la capacidad de obrar de aquel (el suspenso) o de su actuación gestora (...), modificando o no la situación anterior».

⁴⁶ La cesión temporal de las facultades para su ejercicio, «incluso la facultad de disposición sobre su derecho de propiedad», se admite sin reparos por LARENZ K., *op. cit. (Derecho Civil)*, pág. 259.

⁴⁷ Indica LARENZ K., *op. cit. (Derecho Civil)*, pág. 762 que «en los casos de administración de un patrimonio ajeno no se trata a diferencia de la representación legal en sentido estricto, de una sustitución de la capacidad de que carece el representado»; Señala Díez-PICAZO L. *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid 1979, págs. 288-289, que «la característica más importante de la representación legal es lo que puede llamarse heteronomía (...). La persona queda sustituida por el representante legal y las decisiones de este le son impuestas su esfera jurídica y a su patrimonio, con todas sus consecuencias (...) la persona no actúa y actúa por ella, sustituyéndola completamente su representación legal».

⁴⁸ Como indica LARENZ K., *op. cit. (Derecho Civil)*, pág. 760, no es la incapacidad una consecuencia de la representación legal.

⁴⁹ URÍA, R., *La quiebra de la Barcelona Traction* Barcelona 1953, pág. 207.

⁵⁰ La Sentencia de casación italiana de 25 de marzo de 1961 ya consideraba el ejercicio provisional o temporal de la actividad de empresa, como una especie del género conservativo y adecuado a la finalidad del concurso.

curso «no interrumpirá la continuación» de la actividad empresarial que viniera desarrollando el deudor. Mandato legal cuya importancia no puede minimizarse, pero tampoco rigorizarse al extremo de impedir al juez del concurso ordenar, excepcionalmente dice la ley, su suspensión o paralización. No puede interpretarse como un mero beneficio para el empresario insolvente⁵¹, o solo favorable al «interés del concurso» («la satisfacción de los acreedores, la finalidad esencial del concurso⁵²»), por más que este sea predominante, sino como una exigencia del sistema mismo de (economía de) mercado, por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, por razón del interés general, porque la presencia en el mercado de los principales agentes económicos, las empresas, es objetivamente deseable y necesario en un sistema de (economía de) mercado.
- b) En segundo lugar, por la necesaria atención a otros intereses particulares dignos de consideración y tutela por el Derecho, radicados en la empresa y en que esta funcione. Son los intereses de los trabajadores, singularmente relevantes en lo que hace al mantenimiento del «empleo» y al percibo del salario, para poder seguir atendiendo a su subsistencia y la de sus familias.

Que la empresa continúe en funcionamiento durante el concurso, justifica objetivamente que la legislación concursal (arts. 45 y 46 LC⁵³) imponga, al empresario insolvente declarado en concurso, el deber de «comunicar» la contabilidad a los administradores concursales, ordenándosele la formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso⁵⁴. No puede olvidarse que

⁵¹ *Libertatis* frente a la brutalidad medieval de la quiebra.

⁵² Epígrafe II, apartado cuarto, de la exposición de motivos de la LC; Indica GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los "Intereses concurrentes" y del "Interés del concurso", en la nueva Ley concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcia Pons, Madrid 2004, T. I, pág. 295 que «cada fase concursal responde a una finalidad. Una primera fase de observación y otra segunda alternativa de convenio o liquidación. Todas las disposiciones de cada fase se orientan a la satisfacción de los intereses concurrentes, cumpliendo el objetivo de dicha fase», en la primera fase de observación considera, pág. 295, que «el interés del concurso pasa por mantener la "foto" inicial de la empresa en crisis. Se desea que la empresa llegue entera cuando se inicie la fase siguiente». Para la fase de convenio, pág. 299, considera que «el interés del concurso pasa por tutelar el interés del deudor promoviendo un cauce que permita llegar a una junta de acreedores en la que se pueda aprobar un convenio de continuación», y en pág. 302, afirma que «el interés del concurso en la fase de liquidación persigue definir mejor la forma de liquidación de la empresa en concurso, a través de la enajenación en bloque de las unidades empresariales, siempre que ello sea factible». En la identificación de los intereses concurrentes en el concurso refiere, págs. 305-308: a) Interés de los acreedores en su conjunto; b) Interés en la composición de la empresa; c) Interés del deudor; d) Interés de otros implicados», entre estos últimos incluye la «tutela del empleo», la «tutela del interés de mercado» y la «tutela del interés público».

⁵³ Artículo 45. Libros y documentos del deudor. «1. El deudor pondrá a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. 2. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de lo dispuesto en el apartado anterior»; Artículo 46. Cuentas anuales del deudor. «1. Declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales. No obstante, se exime a la sociedad concursada de realizar la auditoría de las primeras cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal, excepto que esta sociedad tenga sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios de valores o esté sometida a supervisión pública por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2. La formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión».

⁵⁴ Me remito a mi trabajo «Comentario al artículo 46. Cuentas anuales del deudor», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, (SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 865-925.

«los estados financieros constituyen una representación estructurada de la situación financiera y del rendimiento financiero de una entidad», que «el objetivo de los estados financieros es suministrar información acerca de la situación financiera, el rendimiento financiero y de los flujos de efectivo de una entidad», y que los «estados financieros también muestran los resultados de la gestión realizada por los administradores con los recursos que les han sido confiados».

Efectivamente, y a los efectos de poder «cumplir» los objetivos indicados en el apartado anterior «los estados financieros suministrarán la siguiente información acerca de una entidad: (a) activos; (b) pasivos; (c) patrimonio neto; (d) ingresos y gastos, en los que se incluyen las ganancias y pérdidas; (e) aportaciones de los propietarios y las distribuciones a los mismos en su condición de tales; y (f) flujos de efectivo». Aquella información, «junto con la contenida en las notas, ayudará a los usuarios a predecir los flujos de efectivo futuros de la entidad y, en particular, su distribución temporal y el grado de certidumbre⁵⁵». Conjunto de deberes contables, de cumplimiento inexcusable, que solo tienen sentido si la empresa sigue en funcionamiento y se sigue gestionando⁵⁶.

⁵⁵ Según establece la NIC 1, apartado 9, en la redacción contenida en el Reglamento (CE) núm. 1274/2008 de la Comisión de 17 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo. Al tenor de la misma norma comunitaria, «10. Un conjunto completo de estados financieros comprende: (a) un estado de situación financiera al final del ejercicio; (b) un estado del resultado global del ejercicio; (c) un estado de cambios en el patrimonio neto del ejercicio; (d) un estado de flujos de efectivo del ejercicio; (e) notas, que incluyen un resumen de las políticas contables más significativas y otra información explicativa; y (f) un estado de situación financiera al principio del ejercicio comparativo más antiguo en el que una entidad aplica una política contable retroactivamente o realiza una reexpresión retroactiva de partidas incluidas en sus estados financieros, o cuando reclasifica partidas de dichos estados financieros. Una entidad puede utilizar, para referirse a los anteriores estados, denominaciones distintas a las utilizadas en esta Norma; 11. Una entidad presentará con el mismo nivel de importancia todos los estados financieros que formen un conjunto completo de estados financieros»; Para nuestro Derecho interno y respecto de aquellos supuestos en que no son de aplicación directa las NIC-NIIF, ha de estarse especialmente al contenido del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, del que cabe especialmente destacar los apartados II y III de su Introducción, y sus Primera y Tercera Partes. Según esta última norma «tercera parte, Cuentas anuales, apartado I. Normas de elaboración de las cuentas anuales», punto 1, «las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria».

⁵⁶ Cuestión diferentes es si aquellos estados financieros han de elaborarse de acuerdo con la hipótesis o el principio de empresa en funcionamiento en todos los casos, extremo en que me remito a mi trabajo, *op cit.* (Comentario al artículo 46. Cuentas anuales del deudor), especialmente págs. 905-919; Según establece el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, Primera Parte, «Marco conceptual de la contabilidad», punto 2.1: La contabilidad de la empresa y, en especial, el registro y la valoración de los elementos de las cuentas anuales, se desarrollarán aplicando obligatoriamente los principios contables (...) «Empresa en funcionamiento. Se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible, por lo que la aplicación de los principios y criterios contables no tiene el propósito de determinar el valor del patrimonio neto a efectos de su transmisión global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación. En aquellos casos en que no resulte de aplicación este principio, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo de este Plan General de Contabilidad, la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados»; Al tenor de la NIC 1, en la redacción dada por el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, «Hipótesis de empresa en funcionamiento. 25. Al elaborar los estados financieros, la dirección evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Una entidad preparará estados financieros bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, a menos que la dirección pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la dirección, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relacionadas con sucesos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para seguir en funcionamiento, revelará esas incertidumbres. Cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis

Que la «empresa siga en funcionamiento» también se previene en la ley (art. 100.5 LC), cuando establece la posibilidad de atender al cumplimiento del convenio «con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial», para lo cual ha de acompañarse por un «plan de viabilidad» especificando recursos y medios disponibles así como las condiciones de su obtención así como, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Plan de «viabilidad» o explotación que presupone establecer un proyecto de gestión eficaz de la empresa.

1. La vigencia de los contratos de trabajo durante la tramitación del concurso. Determinación y consecuencias específicas.

Se afirma que «una vez declarado el concurso el contrato de trabajo se mantiene en plena vigencia y sometido a sus originarias fuentes reguladoras, con la salvedad de que las facultades de gestión ordinaria del empleador serán ejercidas directamente por el empresario deudor con los límites específicos que el auto judicial haya impuesto, o, si se trata de concurso necesario, serán desempeñadas normalmente por la administración concursal ⁵⁷».

Son circunstancias que evidencian la continuidad de la vigencia de los contratos de trabajo, en íntima vinculación con el desarrollo de la actividad empresarial, durante el concurso, y que se añaden, a las hasta ahora indicadas, las siguientes:

- a) La consideración de créditos contra la masa ⁵⁸, y serán satisfechos con preferencia respecto de los créditos concursales ⁵⁹: i) De «los generados por el ejercicio de la actividad (...) empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo»; ii) De «los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral ⁶⁰», devengadas con posterioridad a la declaración

de empresa en funcionamiento, revelará este hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados, así como las razones por las que la entidad no se considera como una empresa en funcionamiento. 26. Al evaluar si la hipótesis de empresa en funcionamiento resulta apropiada, la dirección tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del ejercicio sobre el que se informa pero no limitarse a este. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentables, así como facilidades de acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que utilizar la hipótesis de empresa en funcionamiento es lo apropiado, sin realizar un análisis en profundidad. En otros casos, la dirección, antes de convencerse a sí misma de que la hipótesis de continuidad resulta apropiada, habrá de ponderar una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente».

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La Ley concursal y los trabajadores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcia Pons, Madrid 2004, T. III, pág. 3.126.

⁵⁸ «La lista de acreedores comprenderá una relación de los reconocidos y otra de los excluidos, así como una adicional, separada, de los que conforme a la ley tienen la consideración de créditos contra la masa», (exposición de motivos de la LC, apartado I, párrafo decimocuarto).

⁵⁹ «Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta». Créditos contra la masa que «habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos (cualquiera que sea el estado del concurso)» (art. 154.1 y 2 LC).

⁶⁰ En este punto cabe recordar, en términos de la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 18 de marzo de 2008, que «el empresario tiene contraída con sus trabajadores una deuda de seguridad por el único hecho de que estos presten

de concurso, lo que evidencia la necesidad de seguir cumpliendo las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, lo cual a su vez, únicamente es concebible si existe continuidad de actividad productiva con prestación material de trabajo por los empleados. Todo ello hasta que el juez del concurso eventualmente pueda acordar el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso (art. 84.2.5.º LC).

- b) Que «durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de este con el personal de alta dirección», cuya mera presencia supone que se están tomando decisiones económicas atinentes al funcionamiento de la empresa ⁶¹. Con las consecuencias siguientes: i) Que «en

servicios bajo su ámbito organizativo, al tener que dispensarles una protección eficaz en la materia a fin de que hagan efectivo el derecho que, al respecto, les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, derivado del que tienen a conservar su integridad física, reconocido en los artículos 4.º 2 d y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Obligación que le exige, específicamente, cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 14.3 LPRL) y, con carácter más general, adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14.2 LPRL), previendo a tal fin las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 15.4 LPRL). Estos, por su parte, no están exentos de deberes en esta materia, pues han de observar las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET). De ahí que también la normativa sobre prevención de riesgos laborales les imponga determinadas obligaciones. No obstante, su trasgresión no exonera al empresario de cumplir con su deber en esta materia (art. 14.4 LPRL) Medidas que forman parte del conjunto de las previstas por nuestro legislador para dar cumplimiento al deber que nuestra Constitución le impone en orden a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2). Deuda de seguridad a cargo del empresario, para cuya efectividad, en el marco de esas medidas, nuestro ordenamiento jurídico configura diversos medios, uno de los cuales es el previsto en el artículo 123.1 de la LGSS, por el que se establece un recargo en todas las prestaciones económicas de seguridad social derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuya producción, o en la de sus efectos dañosos, haya sido elemento decisivo, único o compartidamente con otras causas, el incumplimiento de una medida de seguridad exigible al empresario. Prestación a cargo directo de este, en cuantía comprendida entre un 30% y un 50% de incremento, del que no le exonera la trasgresión por el trabajador de su respectivo deber al efecto, siempre y cuando la conducta de este no traiga consigo la ruptura del nexo causal entre incumplimiento empresarial y accidente o daño sufrido. Dicho de otra forma (...), lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en dicho precepto no radica en analizar si el trabajador lesionado por razón del trabajo, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y esta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si este hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es solo entonces cuando deja de darse el siempre imprescindible –a estos efectos– nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador lesionado, determinando la ausencia de la responsabilidad empresarial tipificada en el artículo 123.1 de la LGSS. De ahí que puedan resumirse en tres los requisitos precisos para que proceda la responsabilidad empresarial que analizamos: a) que un trabajador sufra lesiones en un accidente de trabajo o por enfermedad profesional; b) que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad; c) que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión. Hay, no obstante, alguna excepción: si el accidente se lo causa el trabajador a propósito o resulta decisiva una conducta suya constitutiva de imprudencia temeraria, ya que en ambos casos no hay responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad, incluso aunque hubiese incumplimiento preventivo suyo causal, radicando la razón de la salvedad en que en estos casos no hay, legalmente, accidente de trabajo [art. 115.4 b) LGSS]; igualmente, y por igual razón, cuando medie culpa civil o criminal del empresario, de un compañero del accidentado o de un tercero, siempre que la conducta de estas no guarde relación alguna con el trabajo [art. 115.5 b) LGSS]. Adviértase bien el sentido de esa regulación querida por nuestro legislador: no impone el recargo al empresario normalmente incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad, cuando resulta que una lesión concreta no se debe a uno de esos incumplimientos que a diario realiza; por el contrario, quien puede ser modélico cumpliendo esas obligaciones pero tiene un puntual fallo del que deriva lesión, ha de responder con el recargo».

⁶¹ Sobre la vigencia de los contratos de alta dirección me remito a mi trabajo «Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, (SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. II, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1.207-1.321.

- caso de suspensión del contrato, este podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización»; ii) Que «en caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo»; iii) Que «la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación» (art. 65 LC).
- c) El mantenimiento de la plena vigencia de los convenios colectivos que regulen las relaciones de trabajo durante la tramitación del concurso, norma laboral típica y que por antonomasia regula la prestación del trabajo y sus incidencias, lo cual presupone una estructura y organización laboral (empresa) activa. Al extremo que «la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores solo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores».
- d) La posibilidad de modificar sustancialmente, suspender o extinguir colectivamente, durante el concurso, las relaciones de trabajo existentes en la empresa, mediando el «expediente de regulación de empleo concursal» (art. 64 LC). Aplicándose en todo lo no previsto *ad hoc* en la propia noma concursal «la legislación laboral», y manteniendo «los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma». Los «créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento» (art. 84.2.5.º, segundo párrafo, LC).

Los créditos laborales (incluidos los del personal de alta dirección) generados a consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial por el empresario deudor común, tras la declaración del concurso, las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo una vez declarado en concurso el empresario o empleador, así como los recargos de las prestaciones de seguridad social, antes aludidos, no se integran en la masa pasiva, que viene constituida, en una delimitación negativa, por los créditos contra el empresario-deudor común-declarado en concurso, que conforme a la LC «no tengan la consideración de créditos contra la masa» (art. 84.1 LC).

No obstante ha de observarse, al tenor de un análisis pormenorizado de los «créditos contra la masa», que no es el elemento temporal (si antes o si después de la declaración de concurso), el único elemento definidor de semejante categoría crediticia concursal («créditos contra la masa»), por más que sea preponderante, sino que junto al mismo operan otros criterios. Entre los cuales es relevante el de la continuidad en ejercicio de la actividad de empresa por el deudor declarado en concurso, con las consecuencias asociadas necesaria e inevitablemente a semejante «actividad de empresa», consistentes en la pervivencia de la organización-empresa con la prestación material de trabajo por los empleados.

Laboriosidad de los trabajadores que no solamente coadyuva al salvamento de la empresa (que patrimonialmente no les pertenece, pues es de otro, del empresario deudor), sino que también atiende al mantenimiento de su valor para la satisfacción de los créditos concursales y de otros créditos

contra la masa distintos de los suyos, y contribuye al funcionamiento del sistema de (economía de) mercado, materia de indudable interés general y no solo de los trabajadores.

Ciertamente, también ostentan la condición de créditos contra la masa, entre otros, los «créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional», aunque no presupongan, necesariamente, desenvolvimiento de actividad empresarial en un momento inmediatamente anterior a la declaración de concurso. En este caso no es el criterio de la pervivencia de la actividad de empresa y de la empresa-organización, el determinante del «buen trato concursal» deparado a los trabajadores, sino otro, el de «humanidad», pues a semejantes créditos ha de reconocérseles su carácter «alimentario», de subsistencia para los trabajadores y sus familias.

Pari passu y cambiando lo que debe ser cambiado, estos últimos créditos salariales son equiparables a «los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso». También a los créditos por «alimentos a cargo del concursado acordados por el Juez de Primera Instancia» en los correspondientes procesos, a los que también la legislación concursal les da el carácter de créditos contra la «masa», conforme a una secular tradición de nuestro Derecho de la insolvencia.

Parecidas consideraciones han de efectuarse acerca del «buen trato concursal» conferido a «los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, (a) las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional ⁶², y (a) los recar-

⁶² Cuya naturaleza es discutida. Al respecto indica la STS, Sala Primera, de 24 de julio de 2008, que su jurisprudencia «ha facilitado variadas respuestas respecto al carácter complementario de ambas indemnizaciones (indemnización por daños y perjuicios y recargo de prestaciones de Seguridad Social). Las sentencias mayoritarias han optado por la absoluta independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo, y han fijado la del trabajador sin considerar las sumas pecuniarias recibidas con cargo a la Seguridad Social, ni como recargo de las prestaciones, en virtud del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (entre otras, SSTS 27 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001). Los razonamientos de estas sentencias son fundamentalmente los siguientes: 1.º. La existencia de dos causas de pedir, la derivada del contrato laboral, que se rige por las prestaciones de la Seguridad Social, y la proveniente de la culpa extracontractual del empresario, con cobertura en el artículo 1.902 del Código Civil o en el artículo 109 del Código Penal, cuando se trata de delito; así, se ha proclamado reiteradamente que constituye doctrina jurisprudencial consolidada la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo del empresario; 2.º. La segunda razón, que se determina de forma autónoma, o unida a otros argumentos, es la denominada «unidad de la culpa civil» (aparte de otras, SSTS de 27 de octubre de 2005, 25 de enero, 30 de marzo y 29 de noviembre de 1996); 3.º. Otro argumento utilizado, que supone complemento del primero, se refiere a que las responsabilidades de índole contractual nacen de una fuente de las obligaciones distinta de las relativas a la Seguridad Social (STS de 29 de abril de 2004). Por otra parte, otras SSTS se posicionan con una cierta revisión de la doctrina jurisprudencial indicada (STS de 21 de julio de 2000 y en el mismo sentido, SSTS de 8 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2003). La STS de 21 de julio de 2000 señala que para fijar la cuantía de la indemnización en el proceso civil considera correcto computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados; según esta resolución, se trata de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente, pues compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño; y para ello

gos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso», que aunque se incluyen en la masa pasiva del concurso se les atribuye el carácter de «créditos con privilegio general» (art. 91.1.º LC), con la ventajosas consecuencias que ello lleva asociado.

A consideraciones en parte ajenas a consideraciones humanitarias y poco o nada relacionadas con la continuidad de la actividad empresarial, más bien vinculadas tanto con el respeto al instituto de la «propiedad» como derivadas de un arrastre histórico de privilegios vinculados a las garantías reales, («privilegios, especiales o generales, por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de estos⁶³»), ha de atribuirse al reconocimiento como «créditos con privilegio especial» a «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, (...) de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (art. 90.1.3.º LC).

Afirmada la continuación de la actividad de empresa y de los contratos de trabajo «arraigados en la empresa», el régimen de las consiguientes relaciones laborales será común o especial, según se trate en cada caso de contratos y relaciones laborales ordinarias o especiales. En todo caso, se mantendrán durante el concurso las posiciones relativas de empresario o empleador y de trabajador, con sus respectivos deberes, obligaciones y derechos, de todo orden, bien que su régimen sufrirá modi-

conviene analizar en el ámbito civil la responsabilidad del empresario fundada en el artículo 1.902 del Código Civil mediante una muy especial atención; de un lado, al elemento de la culpa o negligencia, único modo de evitar la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad Social y, de otro, a lo ya percibido por el perjudicado como prestaciones de la Seguridad Social y por recargo de las prestaciones a costa del empresario en virtud de su propia culpa, cuando es tenida en cuenta por la misma normativa de la Seguridad Social para imponerle su recargo cuyo pago no puede ser legalmente objeto de seguro. Asimismo, la STS de 31 diciembre 2003 repite la misma interpretación, de acuerdo con el «desiderátum» de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada, que no tiene ninguna base normativa, a un sistema coherente. Algunas SSTs posteriores persisten en el criterio de la absoluta independencia de indemnizaciones (SSTs de 29 de abril de 2004 y 9 de noviembre de 2005) (...). La regla general es la de que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño, son independientes y, por consiguiente, no se computarán en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño ocasionado. Sin embargo, esta regla, que es una consecuencia del principio que veta el enriquecimiento injusto, no es aplicable cuando se trata de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que, por seguros sociales, ya ha percibido o han de facilitarse al trabajador víctima del accidente, pues, en definitiva, provienen de la misma fuente; distinto es que el perjudicado pueda ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación de los daños que ha sufrido (acumulación de acciones), a que las compensaciones que obtenga por este ejercicio de acciones aumente su patrimonio más allá del daño sufrido; esta última indicación no es la finalidad de las indemnizaciones, que tienen como función «reparar» y no «enriquecer», con la duda provocada por el artículo 123 de la Ley General de Seguridad Social. Para clarificar esta problemática, esta Sala ha llegado a las siguientes conclusiones: 1.ª Pueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo; la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño causado; 2.ª No obstante, no debe existir una independencia absoluta de lo percibido en concepto de indemnizaciones por las contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria; estas últimas deben completar lo ya percibido, para evitar la «sobreindependencia», esto es, el enriquecimiento injusto; de ahí que corresponda sentar que las distintas indemnizaciones son interdependientes debido a que, además, cuando el accidentado se dirige al empresario por la compensación de lo no resarcido, el daño ya se ha limitado, dado que una parte del mismo fue indemnizada; 3.ª En definitiva, se trata de indemnizar un daño distinto o de completar las indemnizaciones ya percibidas a cargo de la Seguridad Social hasta satisfacer el daño realmente sufrido; 4.ª Esta respuesta deriva de la combinación del principio de resarcimiento completo del daño (art. 1.902 del Código Civil), con el principio de la prohibición del enriquecimiento injusto; (...); 6.ª En relación al recargo de prestaciones, la ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado, sino sancionar a quien lo ha ocasionado».

⁶³ Exposición de motivos, epígrafe V, apartado segundo, LC.

ficaciones derivadas de la situación concursal de la «empresa», pero que no por ello dejan de constituir explícitas, ejemplares y contundentes manifestaciones de la continuidad de la actividad de la empresa, y de la continuidad y vigencia de las relaciones laborales en la «empresa»⁶⁴.

La LC «confirma así la regla laboral de que la declaración del concurso no es causa directa de la extinción del contrato de trabajo, ni afecta a su vigencia ni continuidad. Las prestaciones recíprocas del trabajador y del empresario continuarán, si bien las que está obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa»⁶⁵. De la regulación contenida en el Capítulo III del Título II de la LC, «cabe deducir que no será aplicable a los contratos de trabajo el segundo párrafo del artículo 61.2 de la LC, que permite solicitar la resolución del contrato "en interés del concurso", ni tampoco el régimen específico de ejercicio de la acción resolutoria del artículo 62 de la LC, dado que en el contrato de trabajo operan otros mecanismos extintivos (...). Será posible, si se dan los requisitos legales, la dimisión y el despido, tanto disciplinario como la llamada extinción «individual» por causas objetivas del artículo 52 del ET»⁶⁶. Esa «normalidad» laboral durante el concurso se pone singularmente de manifiesto con el posible ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador, cuando se produzcan incumplimientos del empresario, de suficiente gravedad.

Esto es, si la actuación del «empresario-insolvente-deudor declarado en concurso», fuera tal que incidiese en incumplimientos contractuales que facultasen a los trabajadores, individualmente considerados, para poder ejercitar la acción resolutoria prevista en la legislación laboral (art. 50 ET), podrán naturalmente ejercitarla, ante el juez del concurso⁶⁷. Según aquella legislación cabe recordar que son

⁶⁴ Como resume la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2007:1) El trabajador no puede rescindir unilateralmente el contrato; la concurrencia de alguna de las causas mencionadas le faculta para solicitar de la Jurisdicción social la resolución del contrato con la fijación de la indemnización correspondiente. Salvo casos excepcionales que pongan de manifiesto que la convivencia resulta imposible, el trabajador no puede abandonar su puesto de trabajo hasta que la sentencia de instancia adquiera firmeza (TS de 24 de mayo de 2000; 8 de noviembre de 2000); Excepción a este principio de permanencia en el puesto de trabajo es, por ejemplo, el caso de cierre del centro de trabajo (TSJ Madrid de 16 de febrero de 1998); así como la situación de pluriempleo (TSJ Castilla-La Mancha de 23 de enero de 1998); la existencia de malos tratos de palabra u obra por parte del empresario (TSJ Sevilla de 15 de febrero de 1999); el perjuicio de su formación profesional, o menoscabo de su dignidad, etc. (TSJ Galicia de 25 de marzo de 2002); o el acoso moral (TSJ Cataluña de 10 de febrero de 2003). Se llega, incluso, a admitir la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización, por cambio de la línea ideológica editorial del periódico en que prestaba servicios (TC 225/2002);2) La relación laboral subsiste –y en consecuencia se debe continuar prestando servicios y abonándose la remuneración– cuando a pesar de haberse estimado la rescisión del contrato por voluntad del trabajador en la sentencia de instancia, esta es recurrida por el empresario y, por tanto, no es firme (TSJ País Vasco de 6 de junio de 1990); ya que la sentencia no es declarativa, sino constitutiva, de modo que la relación laboral debe permanecer vigente hasta la firmeza de la sentencia, de manera que si el trabajador abandona su trabajo antes de la firmeza, se considera como baja voluntaria (TS de 11 de marzo de 1998), y si el empresario es quien no proporciona trabajo ni abona salarios, se considera como un despido (TS de 23 de abril de 1996). En estas circunstancias, la decisión empresarial dando de baja en la Seguridad Social a los trabajadores y extinguiendo la relación laboral es calificada como despido;3) La vigencia de la relación laboral hasta la firmeza de la sentencia determina que el cómputo de la indemnización se realice hasta la fecha de esta (TS de 25 de enero de 1999). Y se calcula sobre la última nómina abonada, a la que ha de añadirse el prorrateo de las pagas extraordinarias (TSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002).

⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La Ley concursal y los trabajadores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. III, pág. 3.125.

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La Ley concursal y los trabajadores», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. III, pág. 3.125-3.126; En el mismo sentido se pronuncia, en relación con el ordenamiento jurídico italiano, CAIFA, A., «Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro», *Il Diritto Fallimentari e Delle Società Commerciali*, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, pág. 844.

⁶⁷ Según establece el Auto de 115/2007, de 30 de noviembre de 2007, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, con fundamento de la atribución competencial en los artículos 8.º 2.º y 64 de la LC: A) El artículo 8.º 2.º

«causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad; b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario»⁶⁸.

No obstante, si se ejercitasen esas acciones resolutorias, por un número de trabajadores que superase, desde la declaración del concurso, determinados límites⁶⁹, aquellas acciones sufren una especie de acumulación *ex legis*, que determina su consideración como si de una extinción de contratos de trabajo de carácter colectivo se tratase, a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso mediante el que se puede, fundadamente, denominar, «expediente de regulación de empleo concursal»⁷⁰.

de la LC considera que es jurisdicción «exclusiva y excluyente» del juez del concurso, entre otras materias, «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado»; el artículo 64.10 de la misma ley dispone que «las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300 trabajadores, el diez por ciento de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores». Por su parte, el número 1 del mismo artículo 64. «Contratos de trabajo», establece que: «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante este por las reglas establecidas en el presente artículo»; B) Al tenor literal de los preceptos señalados, convendrá adicionar, que la Ley 22/2003, Concursal ha venido a alterar, y de forma sin duda importante, la distribución de competencias para el conocimiento de las controversias laborales cuando la empresa es declarada en concurso, atribuyendo al Juez de lo Mercantil competencias también sobre acciones laborales de extinción del contrato de trabajo, en principio de carácter individual pero que en determinadas circunstancias se configuran como colectivas. Esta atribución se explica en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III) por razón de la «especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado». Ahora bien, incluso en los supuestos de competencia del Juzgado de lo Mercantil, el legislador trata de conciliar la atribución «con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral» (E. de M.) o con «los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral» (art. 8.º 2.º II LC)». Concluyendo aquella resolución de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (tras remitirse a los Autos de la misma Sala de 30 de marzo de 2006 y 10 de julio de 2006) lo siguiente: «La atribución de competencia se efectúa sin perder de vista la especificidad de la regulación laboral, en base a la trascendencia para la situación patrimonial del concursado y, sobre todo, distinguiendo entre acciones colectivas y acciones individuales»; Por el contrario, se mantiene la competencia del Juez de lo Social, si aun existiendo «crisis económica» de la empresa no se ha producido la declaración de concurso, siendo la doctrina unificada contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala cuarta, de fecha 25 de enero de 1999, la cual dispone que la situación de crisis empresarial, de justificarse el impago o retraso, grave y reiterado de salarios (o prestación de Seguridad Social), no es causa que impida la extinción o indemnización del contrato de trabajo, en virtud del artículo 50 del ET.

⁶⁸ «Salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados», apostilla el artículo 50.1 c) del ET.

⁶⁹ Que son los siguientes: a) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa; b) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el 10% de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el 25% de los trabajadores.

⁷⁰ Sobre este procedimiento GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Artículo 64. Contratos de trabajo», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, (SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. II, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1.181-1.205.

También reflejan la continuidad de la actividad de empresa la regulación relativa a las vicisitudes a que pueden ser sometidos los contratos de alta dirección como consecuencia de la declaración del concurso del «empresario-deudor común-declarado en concurso», pues durante la tramitación del procedimiento concursal, la «administración concursal», por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de este con el personal de alta dirección (art. 65.1 LC ⁷¹).

2. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo. El «expediente de regulación de empleo concursal».

Una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, si se considera que la supervivencia de la empresa y la continuidad de la actividad empresarial, taxativamente impuesta por la LC, requiere de un necesario ajuste de los costes laborales ⁷², entonces la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso ⁷³ la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la suspensión/extinción colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado (art. 64.1 LC ⁷⁴).

Esa solicitud habrá de formularse, previa la emisión por la administración concursal del oportuno informe. No obstante lo cual, si se estimase que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas «puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa o del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse aquella petición de modificación de las condiciones de trabajo, o de suspensión/extinción de los contratos de trabajo, al juez del concurso, en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso» (art. 64.3 LC ⁷⁵).

La solicitud de modificación de las condiciones de trabajo, o de suspensión/extinción de los contratos de trabajo:

«Deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación» (art. 64.4 LC).

⁷¹ Acerca del «maltrato» al personal de alta dirección en la LC, me remito a mi trabajo, *op. cit.* (art. 65. Contratos del personal de alta dirección), especialmente págs. 1.282-1.321; La peculiar situación del personal directivo es destacada por CAIFA, A., *op. cit.* («Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro»), pág. 850.

⁷² Indica CAIFA, A., *op. cit.* («Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro»), págs. 845, 846, 849.

⁷³ *Vid.* STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2007.

⁷⁴ Según la redacción dada al apartado 1 del artículo 64 de la LC por el artículo 12 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica».

⁷⁵ Según la redacción dada al apartado 3 del artículo 64 de la LC por el artículo 12 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, «de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica».

Se trata de asegurar, mediante el recurso a semejantes medidas, la pervivencia y viabilidad de la empresa, «aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de las empresas ⁷⁶», centros de trabajo o unidades productivas. La adopción de tan drásticas medidas se encamina a la atención de la multiplicidad de intereses convergentes en el concurso («la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso ⁷⁷», la pervivencia de la empresa por razones de interés general, y el mantenimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores).

El «expediente de regulación de empleo concursal» se tramitará ante el juez del concurso y por las específicas reglas contenidas en la LC (art. 64), no por las establecidas en la legislación laboral (art. 51 ET). No obstante solventarse por reglas especiales contenidas en una norma que formalmente no se incluye el bloque del derecho social o laboral, no cabe duda de que se trata de un auténtico «procedimiento de regulación de empleo ⁷⁸», que por sus peculiaridades ha de adjetivarse de «concursal», el cual naturalmente presupone la existencia de una actividad de empresa o una empresa en funcionamiento.

Afirmado que el «expediente de regulación de empleo concursal» se previene para el caso de continuidad en el desarrollo de la actividad empresarial, puede lícitamente cuestionarse si la realización del mismo es necesaria para cuando el juez del concurso decide el cese de la actividad de empresa, pues, excepcionalmente, «el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta» (art. 44.4 LC) ⁷⁹.

⁷⁶ Epígrafe VI, apartado octavo de la LC; Indica el artículo 51.1 del ET, apartado segundo, que «se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

⁷⁷ Exposición de motivos, epígrafe II, apartado cuarto de la LC.

⁷⁸ Indica la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005, que «artículo 64.7 de la Ley Concursal que "...El Auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo..."» y por su parte el artículo 44.4 de la propia norma legal indica que «Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores el juez a solicitud de la Administración Concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de esta. Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 8.º y en el artículo 64». De la lectura de estos preceptos se deduce la posibilidad que la LC contempla de que el juez de lo mercantil acuerde en el Auto que dicte la extinción colectiva de contratos de trabajo si así se le solicita. Es cierto que el artículo 64.11 dice que la legislación laboral se aplicará en lo que no prevé el propio artículo 64 de la LC, pero en este caso no se produce ninguna laguna u omisión que obligue a acudir al artículo 51 del ET, al hallarse establecido en los preceptos citados anteriormente que, tratándose de una empresa en situación de concurso, cabe la posibilidad de que el juez de lo mercantil dicte auto de extinción colectiva de los contratos de trabajo; Precisa la STS de 11 de junio de 2008, que «salvo supuestos especiales y de características peculiares, basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la amortización de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica. Y no corresponde a la empresa la carga de probar que la medida adoptada era suficiente para superar la crisis, ni que se adoptaban otras medidas que garantizaban la superación de la crisis».

⁷⁹ Indica la STSJ de Navarra de 28 de septiembre de 2001 (en el mismo sentido se puede citar la STSJ de Cataluña en su Sentencia de 8 de mayo de 2001), que «el TS en Sentencias, como la de 8 marzo de 1999, en la que se analiza el trata-

Semejante facultad jurisdiccional de acordar el cese, total o parcial, de la actividad de empresa requiere de la previa audiencia de los representantes de los trabajadores, pero la legislación concursal no exige para ese cierre, cese o suspensión de la actividad, acordada por el juez del concurso (mediante auto y a petición de la administración concursal), la tramitación de «expediente de regulación de empleo concursal» alguno. No se trata de la «suspensión» o «extinción» de los contratos de trabajo» con continuidad de la actividad empresarial (supuesto que se prevé en el art. 64 LC), sino de «suspensión» o «cese» de la actividad empresarial. De ahí que la remisión que se efectúa a la legislación laboral común, en sede de aquel «expediente» («en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma», indica el art. 64.11 LC), no deba de abarcar este supuesto de suspensión o cese de actividad, ni siquiera en el supuesto de cese total ⁸⁰.

Aquellas peculiaridades del «expediente de regulación de empleo concursal», que presupone la continuidad de la actividad de empresa del «empresario-insolvente-deudor declarado en concurso», unida a la circunstancia de encontrarse *de facto* la «empresa» en situación concursal, determinan el establecimiento de reglas específicas también para el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo (diferentes de las previstas en el art. 41 ET) ⁸¹.

miento específico que deberá darse a aquellos supuestos de despido con afectación de la totalidad de la plantilla mas sin la consideración de despido colectivo, a la luz de los mínimos establecidos en el artículo 51 del ET que no incluyen las empresas con cinco o menos trabajadores. Ya en la Sentencia del TS de 14 junio de 1996 se señalaba que "El segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en los artículos 51.1 y 52 c) del ET es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen 'la plantilla de la empresa'; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la 'totalidad' de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio". Y en cuanto a la conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación declara igualmente esa sentencia que tal conexión "entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de esta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores con las indemnizaciones correspondientes". En la mentada Sentencia del TS de 8 de marzo de 1999 se dice que "es esta la solución que impone, no solo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica. Esta extinción por causas objetivas, sea plural o sea colectiva, es el único medio viable en la legislación para dar fin a una explotación que se estima ruinoso y cuya permanencia en el mercado no es posible. El legislador, de esta forma, soluciona el problema del fin de estas empresas no viables, de manera todo lo satisfactoriamente que es posible para ambas partes en el contrato. Debe destacarse que no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico ningún otro precepto que provea solución a esta necesidad".

⁸⁰ Según establece el artículo 51.1 del ET, apartado tercero: «Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción)».

⁸¹ Se establece en el artículo 64.9 de la LC: «En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. La suspensión (...) anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de este, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 % de la duración de la jornada diaria de trabajo. Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación».

Los efectos de la solicitud y la formación del «expediente de regulación de empleo» por el juez del concurso siguen la pauta del expediente de regulación de empleo ordinario, cuya oportunidad puede cuestionarse habida cuenta de que los intereses de los trabajadores, ya se encuentran bajo tutela judicial, del juez del concurso actuando competencias propias de un juez de lo social, lo que no ocurre en sede del expediente de regulación de empleo administrativo ordinario.

Por ello, a semejante insistencia de la legislación concursal, en que el procedimiento de regulación de empleo concursal siga el mismo esquema que el expediente de regulación de empleo ordinario, ha de buscársele alguna explicación plausible, la cual se encuentra precisamente en que aquella legislación concursal está presuponiendo la continuación o realización de una «actividad empresarial» por la «empresa», titularidad del «empresario-deudor común-declarado en concurso»⁸².

⁸² La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 14 de junio de 1996, paradigmática en esta materia, expresaba, entre otras cosas: «Tres son los elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos descrito en el artículo 51.1 del ET (...). El primero de ellos es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa ("situación económica negativa") o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de "una más adecuada organización de los recursos"). El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) La esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción ("causas técnicas"); 2) La esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal ("causas organizativas"); 3) La esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado ("causas productivas"); 4) La esfera o ámbito de los resultados de explotación ("causas económicas", en sentido restringido). Es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etcétera. (...) El segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en (el art. 51.1 ET) es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen "la plantilla de la empresa"; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la "totalidad" de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio. En los casos en que la amortización de puestos de trabajo no conduzca al cierre de la explotación, la medida de reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la "situación negativa" o procurando "una más adecuada organización de los recursos". En estos mismos casos de no previsión de desaparición de la empresa, la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido (...) El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del ET hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Conviene examinar esta conexión funcional o de instrumentalidad en los dos supuestos señalados de cierre de la explotación y de reducción de plantilla en el marco de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa. En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de esta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes. En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda solo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de estos para conseguir la superación de aquella, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empre-

Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales, o a 15, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores. Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia favorable de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud correspondiente y de los documentos que, en su caso, se acompañen.

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos.

Al finalizar el plazo antes señalado (los 30 ó 15 días de consultas) o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán

sa. Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es, por tanto, en este punto, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas». La misma Sala de lo Social del TS, más recientemente, en Sentencia de 30 de septiembre de 2002, expresaba, entre otras cosas, lo siguiente: «Como ya razonó esta Sala en su sentencia de 24-4-96 (...): "La Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa; las exigencias que la Ley impone en este sentido son de menos intensidad y rigor. (...) según (el artículo 51 ET) se ha de entender que concurren causas económicas, 'cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya... a superar una situación económica negativa de la empresa'. La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión 'contribuya' es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a 'ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin'. No es preciso, por ende, que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual 'contribuya' a la mejoría de la empresa, es decir que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota (...). No basta con probar la existencia de pérdidas que acrediten la situación económica negativa, sino que además el juzgador debe realizar un juicio de razonabilidad sobre 'la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados (...) y la adecuación o proporcionalidad de estos para conseguir la superación de aquella', en expresión de la sentencia de 14 de junio de 1996, o como señaló la Sentencia de 24 de abril de 1996 para comprobar si la contribución de la medida es 'directa y adecuada al objetivo que se persigue (...) y no meramente ocasional, tangencial o remota' (...). La casuística tan diversa que envuelve a las situaciones de crisis requiere, a la hora de formar el obligado juicio de razonabilidad sobre la medida, una ponderación individualizada de las circunstancias concurrentes; y ello se inserta en el ámbito de la prueba y de las facultades que para su valoración corresponden al juzgador de cada caso concreto, lo que impide generalizar soluciones. Amen de que el rigor de exigencia en orden a la demostración de la referida conexión debe guardar una adecuada proporción con la dimensión de la empresa y su capacidad para aportar pruebas, que solo puede ponderarse en cada caso concreto"» (Según recuerda la STSJ de La Rioja de 3 de febrero de 2005).

al juez del concurso el resultado del período de consultas. Recibida dicha comunicación el juez del concurso recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de 15 días, pudiendo esta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.

A la intervención de la autoridad laboral no se le atribuye por la legislación concursal una finalidad clara, pues no se le confieren facultades mediadoras, sino que aparece más bien como asesor técnico de la autoridad judicial, lo cual no obsta a que pueda denunciar en aquel informe «la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo». Recibido el informe precitado por el juez del concurso o transcurrido su plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

Cumplidos los trámites antes indicados, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

Especial relevancia tiene la previsión establecida en el artículo 64.7, segundo párrafo, LC, de que «el auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo⁸³». Efectivamente, mediante semejante previsión normativa se acredita, en definitiva, la continuidad de las relaciones laborales en la empresa «concurrada», con el consiguiente devengo de los salarios y obligación de cumplimiento por quien desarrolle las facultades inherentes a la posición de empresario (el deudor común o el/los administradores concursales) de los demás deberes, de todo orden (materiales y formales), inherentes a la pervivencia de las relaciones laborales (en materia de prevención de riesgos laborales, de afiliación, altas y bajas y de cotización a la Seguridad Social, etc.).

⁸³ Al efecto, y sin más precaución que sustituir las referencias a la autoridad laboral por el juez del concurso y las referencias las resoluciones administrativas por el auto judicial, debe considerarse aplicable y válida, como recuerda la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 14 de febrero de 2004, la siguiente consideración: «El artículo 208 de la LGSS, no atribuye a la autoridad laboral la declaración de la situación legal de desempleo sino que establece la existencia de la misma cuando se extingue la relación en virtud de expediente de regulación de empleo, de forma que la situación se acredita por la resolución de la autoridad laboral competente dictada en expediente de regulación de empleo, desapareciendo la previsión de la anterior normativa, que fijaba que la resolución de la autoridad laboral supone la situación legal de desempleo. Es la autoridad laboral incompetente para declarar dicha situación de desempleo, porque esa situación no surge de la autorización administrativa sino de la comunicación empresarial de cese, la cual puede no acontecer, o retrasarse en el tiempo. La resolución administrativa que autorice el expediente de regulación de empleo autoriza la extinción o suspensión del contrato, pero no tiene virtualidad en orden a la naturaleza laboral del vínculo que ligaba a las personas relacionadas en el expediente, y por ello es el elemento subjetivo, entidad gestora, la que se desvincula de la autoridad laboral, en orden a esa afectación que puede producir otra entidad pública. No es parte la entidad gestora del procedimiento, y solamente es encuadrable dentro del concepto de interesado, de manera que la virtualidad del artículo 18.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP y PAC) no opera respecto a la autoridad laboral y la entidad gestionante del desempleo, en orden a la existencia de una relación o declaración de una situación legal de desempleo, al no existir competencia para efectuar esas declaraciones si no es por la entidad gestora».

Contra el auto del juez del concurso, antes aludido sancionatorio, en su caso, del acuerdo alcanzado entre el empresario declarado en concurso y los representantes legales de los trabajadores (o elegidos *ad hoc*, o los propios trabajadores, si no existieran tales representantes), cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como «del resto de recursos previstos en la LPL», que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales. Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

IV. LA TRANSMISIÓN DE LA «EMPRESA», DE «CENTROS DE ACTIVIDAD» O DE «PARTE DE LA EMPRESA», DURANTE EL CONCURSO DE ACREEDORES

Para el tratamiento de la relación existente entre «concurso» y «transmisión de empresa», o dicho en otros términos, para referirse a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa titularidad de un «empresario-deudor común-declarado en concurso de acreedores», durante la tramitación de un procedimiento concursal, ha de partirse de una doble consideración:

- a) La primera es que el empresario usualmente es una persona jurídica, por lo que «la empresa», generalmente constituye toda la masa activa del concurso.
- b) La segunda es la referente a la relativa asimetría existente entre la masa activa, dominada por el principio de universalidad, y la masa pasiva en la que no tiene vigencia aquel principio.

Según indica el artículo 43 de la LC en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa (que se conforma por la empresa, o en la que aquella, centros de actividad o parte de la empresa, se integran), se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso ⁸⁴ (que se identifican con «la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso ⁸⁵»), de modo que se está imponiendo una «causación final» a cualquier actuación sobre la masa activa tal, que se puede enunciar en los siguientes términos:

«En todos los actos de gestión sobre la masa activa se atenderá a su conservación del modo más conveniente a los intereses del concurso».

La ley, para referir la actuación del concursado o de los administradores (uno solo eventualmente) concursales sobre esa «empresa», que constituye toda la masa activa del concurso (o en la

⁸⁴ Sobre los actos de administración y disposición sobre la «masa activa» me remito a mis trabajos, «Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, (SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. I, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 757-835, y «La Gestión de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid 2004, T. IV, págs. 4.406-4.470.

⁸⁵ Exposición de motivos, epígrafe II, apartado cuarto *in fine* de la LC.

que se integra), no la desmembra, sino que la considera unitaria y unificadamente. Por ello, no diferencia la legislación concursal entre actos de administración, disposición y conservación sobre esa masa activa (empresa), sino que atendiendo a semejante consideración relevante y unitaria de la «empresa» impone a quienes ejerciten las «facultades de administración y disposición» sobre la masa activa (empresa) un doble deber:

- En primer lugar, que han de «atender a su conservación».
- En segundo lugar, han de actuar semejante deber conservativo «del modo más conveniente para los fines del concurso».

Establece por tanto la ley una auténtica «causación final» en la actuación de las facultades de administración y disposición del «empresario-deudor común-declarado en concurso», y del/los administrador(es) concursal(es) (tanto cumulativamente, esto es, cuando aquellas facultades del deudor común estén sometidas a autorización o conformidad de los administradores concursales, concurso voluntario, como cuando el/los administrador(es) concursal(es) sustituyan al empresario deudor común, declarado en concurso, en el ejercicio de semejantes facultades, concurso necesario).

Por aquellos actuantes e interventores ha de cumplimentarse un deber general de «conservación», diferente a una finalidad de conservación meramente pasiva consustancial a la histórica quiebra⁸⁶. Semejante «causación final» impone que la «atención a la conservación» no pueda consistir en el simple depósito o custodia⁸⁷ de la empresa, centro(s) de actividad o parte de una empresa, que constituya o esté integrada en la masa activa. Esto es, al admitirse en la ley la realización de actos de disposición sobre la «masa activa-empresa», se está aludiendo a una actividad propiamente de gestión empresarial sin perjuicio de la integridad patrimonial, en sentido económico, de esa masa activa, y con independencia de la hipotética individualización de los elementos, bienes y derechos que la compongan⁸⁸.

Esa gestión de la empresa, que constituye o está integrada en la masa activa del concurso, que se impone a todo acto de administración o disposición, supone e implica el deber de conservar con la finalidad propia del concurso⁸⁹. Gestión y conservación que no constituyen actitudes antitéticas, muy al contrario ambas se complementan deben ser consideradas⁹⁰ «esenciales». Lo impone la vigencia del sistema de (economía de) mercado. Establecido constitucionalmente mediante el reco-

⁸⁶ Indica AGUILERA LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Editorial Montecorvo, Madrid 1973, pág. 291, «toda la institución de la quiebra responde a una finalidad de conservación. Se trata de conseguir que ninguno de los bienes que constituyen legalmente la masa de la quiebra salga de ella. Pues todos sirven de garantía a los acreedores para la satisfacción de sus créditos. Tal finalidad explica la eliminación de los actos de disposición».

⁸⁷ LOJACONO V. *Atti di amministrazione* en voz «Amministrazione», Enciclopedia del Diritto, T. II, Giuffrè Editore, Milan 1958, pág. 161.

⁸⁸ *Vid.* LOJACONO V., *op. cit.* (*Atti di amministrazione*), pág. 160.

⁸⁹ Sobre los fines del concurso es ilustrativa la perspectiva histórica que aporta SANTINI G., «Soluciones jurídicas al estado de crisis de empresa en los sistemas de economía de mercado», en «Reforma del Derecho de Quiebra-Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español», Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid 1982, págs. 35 y ss.

⁹⁰ Exposición de motivos, epígrafe II, apartado cuarto.

nocimiento explícito de «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado» (art. 38 CE), y que tiene, además, concretas manifestaciones en la legislación concursal:

- a) En cuanto que «la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este ⁹¹».
- b) Porque se establece imperativamente la permanencia o continuación de la empresa, no solo en su dimensión de actividad, sino en sus dimensiones jurídico-objetiva y organizativa, en cuanto que imprescindibles y sustentadoras de la «actividad de empresa o de la empresa como actividad».
- c) En la medida en que se hace relevante «no solo el interés de los acreedores, sino el del propio concursado, de los trabajadores y (...) otros intereses ⁹²».

La legislación concursal institucionaliza la «empresa», al imponer su permanencia o continuación, o, mejor dicho, la continuidad de la actividad de empresa que debe considerarse sin exigencias identitarias («identidad») otrora exigidas, ni para la organización productiva (misma estructura organizativa empresarial) ni para la actividad (continuidad en el desarrollo de la misma actividad de empresa). «Activándose», además de los intereses de los acreedores concursales (únicos que eran tenidos en cuenta en la consideración estática y medieval de la economía), otros intereses, entre ellos y como especialmente relevantes los correspondientes a los trabajadores ⁹³.

No se impone personalmente al «empresario-deudor común-declarado en concurso» la obligación de continuar en el ejercicio de la actividad empresarial, pues ello violentaría el derecho al trabajo y la libertad pública de comercio e industria (arts. 35 CE y 38 CE). Pero si aquel no quiere continuar, entonces se impone que se prosiga la actividad de empresa por la administración concursal, exigiéndose naturalmente y, en todo caso, la permanencia de la empresa como «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio ⁹⁴».

El mantenimiento de los órganos administrativos de la persona jurídica (art. 48 LC) durante la tramitación del concurso, tiene un importante significado, habida cuenta de la característica ambivalencia de la estructura orgánica directiva como parte tanto de la «empresa» como del «empresario social». Máxime si se tiene en cuenta la omnipresencia del empresario persona jurídica (espe-

⁹¹ Exposición de motivos, epígrafe III, apartado cuarto, epígrafe VI, apartado octavo, epígrafe VII, apartado quinto, y artículo 44 de la LC; Por el contrario, «la finalidad procesal del concurso y de la quiebra es la liquidación del patrimonio del deudor común y la entrega del producto a los acreedores», HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1979, pág. 306.

⁹² Exposición de motivos epígrafe VI, apartado octavo de la LC.

⁹³ *Vid.* nota anterior.

⁹⁴ Podría utilizarse una noción al uso en la disciplina mercantil (*Vid.* GONDRA, J.M. *Derecho Mercantil I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, 1992, págs. 126-141). No obstante, dada la importancia que la LC da al mantenimiento de los puestos de trabajo parece procedente acudir a la noción de empresa que se maneja en el ámbito laboral referible a las «trasmisiones de empresas» (*Vid.* SSTJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sützen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Carlito Ablar y otros).

cialmente desde la admisión sin reparos de las sociedades mercantiles capitalistas, anónimas y de responsabilidad limitada, unipersonales originarias). Semejante continuidad «orgánica» supone que se mantiene el objeto social, constituido por la «empresa (como actividad)» o la «actividad de empresa».

La permanencia incólume (al menos en sus elementos esenciales identificadores) de la «empresa (en su dimensión jurídico-objetiva)», que compone la «masa activa o se integra en la misma, durante el concurso se afirma especialmente cuando de su transmisibilidad, en sede del procedimiento concursal, se trata. Constituyendo manifestaciones significativas las siguientes:

- Que si bien durante la tramitación del concurso no existe una prohibición de enajenar la masa activa-empresa, los actos de enajenación relativos a la misma no podrán llevarse a efecto, hasta la aprobación judicial del concurso o la apertura de la liquidación, «sin autorización del Juez» (art. 43.2 LC⁹⁵), y en todo caso respetando la unidad esencial de la empresa por mor del principio conservativo de la masa activa.
- La posibilidad de inclusión, en la propuesta del convenio, de la enajenación de la «empresa», como unidad patrimonial, o si se prefiere, del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a la actividad empresarial unificadamente. Que tiene una clara preferencia frente a cualquier propuesta de realización desperdigada o en almoneda de dicho conjunto organizado, según se puede inducir de la regulación contenida en la legislación concursal («podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial», indica el art. 100.2 LC).
- Que, abierta la fase de liquidación, el «plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso», que han de presentar al juez los administradores concursales, «siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos» (art. 148.1 LC).
- Que, de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a la siguiente regla: «El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o solo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si esta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa» (art. 149.1.1.^a LC).

⁹⁵ Indica que los actos de disposición implican aparentemente un mayor riesgo que los de administración LOJACONO V., *op. cit.* (*Atti di amministrazione*), pág. 160.

- Que, en fase de liquidación y en aplicación de las reglas supletorias para cuando no se hubiera aprobado un plan de liquidación o en lo que no hubiere previsto el aprobado, «en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores» (art. 149.1.3.^a LC).

La exigencia de permanencia de la (actividad de) empresa, que no de su «identidad» (ni estructural u organizativa, ni la misma actividad), no se contradice porque «la finalidad del concurso no sea el saneamiento esto es, el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas, sino la conservación de empresas como medio para satisfacer los intereses de los créditos afectados por la crisis ⁹⁶». Ese deber conservativo-activo de la empresa ⁹⁷, en sentido extenso o amplio, es tan consecuente con el sistema de (economía de) mercado, que no constituye una peculiaridad del concurso de acreedores, sino que se manifiesta con generalidad en nuestro ordenamiento jurídico cuando de medidas de ejecución patrimonial se trata (p. ej. art. 592.3 LECiv ⁹⁸).

V. LOS EFECTOS SUCESORIOS LABORALES EN LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA, CENTROS DE ACTIVIDAD O PARTE DE LA EMPRESA DURANTE EL CONCURSO DE ACREEDORES

Se considera por la legislación concursal que existe «sucesión de empresa» cuando se produce la transmisión de una empresa, de centros de actividad o parte de una empresa durante el concurso, tanto antes de la aprobación del convenio, como si aquella transmisión se produce como consecuencia de la aplicación del convenio, o se lleva a cabo en fase de liquidación ⁹⁹.

La amplitud y extensión del fenómeno sucesorio laboral, cuando la transmisión se produce en sede concursal, ha de referirse a los términos generales recogidos en nuestro ordenamiento jurídico laboral, con los matices, que, sin embargo, se deducen de la legislación concursal. En principio, pues,

⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., «Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso ¿cambio de sentido de la reforma?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 58 de 22 de mayo de 2003, pág. 4; Epígrafe VI, apartado octavo de la exposición de motivos de la LC.

⁹⁷ Alude la exposición de motivos, epígrafe III, apartado quinto de la LC, a la «gran importancia, como corresponde a estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico».

⁹⁸ Que establece lo siguiente: «También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales».

⁹⁹ La imposibilidad de que las Administraciones y entidades públicas sean declaradas en concurso («no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho públicos», establece el art. 1.3 LC) elimina de raíz la rica polémica en torno a si interviniendo en la enajenación una Administración o entidad pública que desarrolle una actividad empresarial insolvente y declarada en concurso se produce el fenómeno sucesorio laboral.

el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, de parte de una empresa o de una unidad productiva autónoma, aun acontecido en un procedimiento concursal, «no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente» (art. 44.1 ET ¹⁰⁰).

Semejante afirmación es conforme con la jurisprudencia comunitaria que ha distinguido entre procedimientos concursales destinados a la liquidación de los bienes y los que prevén la continuación de la actividad empresarial: en este último caso, la Directiva sigue siendo aplicable ¹⁰¹. Al contrario de lo que sucedía en los primeros supuestos en los que aquella jurisprudencia entendió que no existía transmisión de empresa porque no se mantenía la «existencia y función», ni consecuentemente entidad transmitida, cuya actividad, u otra análoga, no era «continuada o retomada por el cesionario».

Debe llamarse la atención sobre los supuestos de la conclusión y resolución de contratos de arrendamiento de local de negocio y de industria, en los que la circunstancia de encontrarse el empresario en concurso no produce efectos sustanciales respecto de la doctrina general de la existencia/inexistencia del fenómeno sucesorio laboral ¹⁰², por más que haya de estarse a lo dispuesto en los artículos 61, 62, 63 y 70 de la LC.

¹⁰⁰ La responsabilidad, en los supuestos de sucesión de empresa, aparece en el artículo 44 del ET que en la redacción anterior a la introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, establecía que «el cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior: Cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*, el cedente y, en su defecto, el cesionario, está obligado... respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas». En la modificación introducida por la citada Ley 12/2001 se mantiene la redacción originaria del precepto, si bien se añade, a continuación de «obligaciones laborales» lo siguiente ... y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones en los términos previstos en la normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente, añadiendo el nuevo apartado 3 que «sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos* responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas» (STS de 23 de enero de 2007).

¹⁰¹ Como indica el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 26 de las presentadas el 6 de noviembre de 2009, en el asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg contra Ferrotron Technologies GmbH, Así en las SSTJCE de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, asunto C-362/89, de 7 de diciembre de 1995, Spano y otros, asunto C-472/93, y de 12 de marzo de 1998, Dethier Équipement, asunto C-319/94.

¹⁰² Como es sabido no se producen los efectos propios de la «transmisión» o «sucesión» de empresas en los supuestos de arrendamiento de local, indica a STSJ de Madrid de 4 de julio de 1989, ni en los de transmisión del derecho de «traspaso», precisa la STSJ de Madrid de 15 de enero de 1996, aun mediando adjudicación judicial, según la STSJ de Andalucía de 2 de junio de 1992, o siendo los propios arrendadores los adjudicatarios, añade la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 1992. Sin embargo no hay duda en que se producen los efectos sucesorios laborales cuando se trata de arrendamiento de industria (STS de 30 de octubre de 1986), pues «la continuidad de los contratos de trabajo se garantiza (...) en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través de la cual se opera esta, incluido el denominado arrendamiento de industria o negocio». La razón se encuentra en la esencia misma de la idea de sucesión, «pues lo fundamental (...) a los fines del precepto (art. 44 ET) es la sustitución en la posición jurídica del empresario, para lo que no resulta decisiva la propiedad de los medios materiales fundamentales que constituyen la empresa, sino la capacidad de dirección y gestión (...), por lo que es apreciable la indicada sucesión de empresa en los arrendamientos de industria, figura que (...) no cabe negar cuando no se halla expresa o claramente excluida y el arriendo va referido a lo que ya por definición legal constituye un centro de trabajo». En los supuestos de reversión del arrendamiento la posición de nuestra

Cuando de la realización de operaciones en torno a acciones se trata, la exclusión de la operatividad del fenómeno sucesorio laboral no se altera porque el transmitente se halle en situación concursal, esto es, que la «empresa» conforme o forme parte de una masa activa de un concurso de acreedores. Ni siquiera el cambio total de accionariado o del accionista o grupo dominante, produce efectos sucesorios laborales, porque en esos supuestos, desde el punto de vista jurídico se dice, no se produce una «transmisión» de empresa, por más que sí pueda acaecer desde un punto de vista estrictamente económico, al constituir una forma de «adquisición de empresas»¹⁰³.

En los supuestos de realización de operaciones de «reestructuración de empresas» declaradas en concurso y en la medida en que ello sea posible (atendiendo a lo dispuesto en los artículos 260.2 LSA y 104.2 LSRL, 157, 221. 3.ª y 227 C. de c.), para poderse determinar si produce el fenómeno sucesorio laboral ha de atenderse a los criterios generales sucesorios laborales y a los establecidos en la legislación concursal, en los términos explicitados.

No obstante la generalidad con la que se afirma la pertinencia del fenómeno sucesorio laboral durante el concurso de acreedores, no cabe confundirlo ni deducir de la legislación laboral, ni concursal, una hipotética imposición de limitaciones de disposición al empresario declarado en concurso sobre la masa activa, al margen y además de las establecidas en la LC, derivadas únicamente de la obligación impuesta al empresario declarado en concurso de mantener la vigencia de los contratos de trabajo. Lo mismo podría afirmarse respecto de la hipotética imposición al empresario declarado en concurso de llevar a cabo actos de disposición sobre la masa activa solamente con el propósito de que se actualice el fenómeno sucesorio laboral. El solo interés de los trabajadores, referido a su esta-

jurisprudencia (STS de 11 de diciembre de 1986) llegó a afirmar que «el caso más claro de reversión del arrendamiento de empresa se da cuando esta última venía explotándose por el arrendador con personal a su servicio, pues en este supuesto es cuando el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores despliega toda su eficacia». No obstante, el fenómeno de la reversión es complejo y por lo tanto la operatividad del fenómeno sucesorio laboral no puede ser automática, así lo aprecia la STSJ de Baleares de 25 de marzo de 1991, según la cual «el mero acto de ejercicio de la facultad de resolver el contrato no causa, por su sola virtud, el cambio en la titularidad de la empresa al que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores anuda la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales preexistentes. Toda ineficacia del vínculo contractual, sea por causa de nulidad (art. 1.303 del C.C.), sea por causa de rescisión (art. 1.295 del C.C.), sea por resolución (SSTS de 5 de mayo y 5 de julio de 1980, 31 de mayo y 28 de noviembre de 1985, 17 de junio de 1986, etc.), obliga a las partes contratantes a restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen hecho en contemplación del contrato; y es en el instante en que la restitución de la empresa se consuma, cuando se produce el efectivo cambio de titular empresarial y, por tanto, cuando la subrogación en las relaciones de trabajo opera». Por ello, afirma la sentencia que se acaba de citar y la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 1991, que «si consta (...) que el arrendador se negó a reconocer la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento instado por la sociedad arrendataria; si esta tampoco ha promovido pleito alguno tendente a obtener la actividad de esa resolución o de la nulidad del contrato, (...); si el arrendador no ha recuperado la posesión material de la industria, que permanece siendo poseída por la arrendataria, no se produce sucesión alguna».

¹⁰³ Indica la STSJ del País Vasco, de 26 de marzo de 2002, que «la adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una sociedad no implica sucesión empresarial, puesto que el precepto estatutario exige que, bajo cualquier título, se produzca la transmisión de la empresa, de una unidad productiva de la misma o de elementos patrimoniales suficientes para continuar, por sí solos o mediante un aporte adicional de medios, la actividad empresarial. Tal transmisión no se produce mediante la adquisición de acciones, puesto que la sociedad adquirida continúa poseyendo su personalidad jurídica y persiste (al menos teóricamente) su condición de parte empleadora en sus relaciones contractuales con sus trabajadores. Por consiguiente, la adquisición de acciones solo afecta a la titularidad de la sociedad empleadora, no pasando a ostentar la adquirente vínculo laboral alguno con los trabajadores, puesto que tal adquisición es igual o equivalente a cualquier cambio en la titularidad o cotitularidad de las personas físicas en el capital de la sociedad empleadora, sin que tales cambios impliquen sucesión empresarial a efectos laborales».

bilidad en el empleo mediando la institución sucesoria laboral, no puede considerarse autónomo y actuante al margen de la «satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso ¹⁰⁴».

Efectivamente, puede afirmarse que la normativa sobre sucesión de empresa, en trámite de concurso de acreedores, «no exige, en caso de transmisión de empresa, el mantenimiento del contrato (p. ej., de arrendamiento de un local de negocio) celebrado por el cedente de la empresa (empresario declarado en concurso) con un tercero», de tal manera que aun en circunstancias tales que las relaciones laborales pudieran verse amenazadas, de no transmitirse automáticamente un contrato (p. ej., de arrendamiento), existiendo en efecto un riesgo de que el cesionario de la empresa (adquirente de la empresa enajenada por el empresario declarado en concurso) tenga que abandonar los locales, cesar sus actividades y, consiguientemente, resolver los contratos laborales de los trabajadores afectados, no puede pretenderse que se pueda imponer al concursado el deber de «mantenimiento del contrato (p. ej., de arrendamiento de un local de negocio) celebrado por el cedente de la empresa (empresario declarado en concurso) con un tercero, aun cuando la resolución de dicho contrato (por los arrendadores respecto del cesionario) pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario ¹⁰⁵».

¹⁰⁴ Exposición de motivos, epígrafe II. apartado cuarto de la LC.

¹⁰⁵ STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/07, Kirtruna, S.L., Elisa Viganó y Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio y Miguel Oliván Bascones, en calidad de administradores concursales de «Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Electro Calvet, S.A.»; El supuesto de hecho y las cuestiones prejudiciales planteadas, según se especifica en la sentencia aludida, fueron los siguientes: «Red Elite de Electrodomésticos es una empresa cuya actividad principal consiste en la venta de electrodomésticos. Antes de iniciarse el procedimiento principal, contaba con más de 40 tiendas y daba empleo a más de 400 trabajadores. En 2005, Red Elite de Electrodomésticos presentó una solicitud de declaración de concurso ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona. Aunque se barajaron diversos planes de viabilidad y se propusieron convenios a los acreedores, estos los rechazaron. Así, mediante resolución de 12 de junio de 2006, se abrió la fase de liquidación. Simultáneamente a la apertura de la fase de liquidación, se acordó, mediante auto de 12 de junio de 2006, la adjudicación directa de una parte de los centros y establecimientos de Red Elite de Electrodomésticos a Electro Calvet, que se subrogó en los contratos de 127 trabajadores y 27 establecimientos, comprometiéndose a mantener esos contratos laborales. El auto especificaba, entre otros extremos, que la adjudicación consistía únicamente en la cesión de los activos de la sociedad liquidada, mientras que esta seguía asumiendo sus pasivos de todo tipo, y que las únicas obligaciones legalmente imputables a Electro Calvet eran las derivadas de la cesión de los contratos laborales prevista en el artículo 149 de la Ley Concursal. Por último, según dicho auto, la adjudicación de la unidad productiva en funcionamiento quedaba supeditada al respeto de los derechos que pudieran corresponder a los arrendadores de los locales correspondientes, en conjunción con los derechos que dicha resolución reconocía a Electro Calvet y a terceros respecto del negocio. Kirtruna y la Sra. Viganó son propietarios de los locales comerciales sitos en Sitges, cerca de Barcelona, y arrendados a Red Elite de Electrodomésticos, que los utilizaba como sede de una de sus tiendas. Esta tienda formaba parte de la unidad productiva cedida a Electro Calvet en virtud del referido auto de 12 de junio de 2006, por lo que dicha sociedad retomó los locales de la tienda. A raíz de dicho auto, Kirtruna y la Sra. Viganó interpusieron ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda de desahucio por traspaso inconstituido contra Red Elite de Electrodomésticos, los administradores concursales de esta y Electro Calvet. (Alegaron) que, en virtud del contrato de arrendamiento, deben prestar su consentimiento para la cesión del arrendamiento y que ninguna disposición legal les obliga a aceptar su traspaso a Electro Calvet. Según ellas, el artículo 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de 1994, de Arrendamientos Urbanos (...), establece ciertamente como regla general que el arrendatario puede ceder el contrato de arrendamiento de local de negocio sin necesidad del consentimiento del arrendador. Sin embargo, (sostuvieron) que la aplicación de dicha disposición (estaba) expresamente excluida en los contratos de arrendamiento controvertidos, que (estipulaban) que toda cesión del contrato (habría) de ser consentida por el arrendador y que, en caso contrario, este (tendría) la facultad de instar su resolución. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, si se estimaba dicha demanda de desahucio, Electro Calvet debería abandonar los locales y, consiguientemente, cesar sus actividades, lo que podría traer como consecuencia la extinción de los contratos laborales en perjuicio de los trabajadores del centro afectado. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se (preguntaba) acerca de la repercusión de la Directiva 2001/23/CE sobre la transmisión de activos entre Red Elite de Electrodomésticos y Electro Calvet». En tales circunstancias, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal

1. Efectos sucesorios laborales asociados a la enajenación de la empresa, centro de actividad o parte de la empresa durante la tramitación del concurso y hasta la fecha de aprobación del convenio.

La transmisión de la empresa, centro(s) de actividad o parte de la empresa, titularidad del empresario concursado, que se produzca durante la tramitación del concurso, antes de la aprobación del convenio y/o la fase de liquidación, necesariamente ha de contar con la autorización del juez del concurso («hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez», dice el art. 43.2 LC).

De aquella única circunstancia no se puede pretender deducir la operatividad del fenómeno sucesorio laboral. No obstante, y sin perjuicio de esa «neutralidad» sucesoria laboral de aquella autorización judicial, puede afirmarse la vigencia y actualización de la «sucesión de empresa» en semejantes enajenaciones a la vista de lo dispuesto en los artículos 64 y 65 de la LC. Singular relieve a semejantes efectos pueden pretenderse deducir, bien que indirectamente, de la previsión contenida en el apartado undécimo del primero de aquellos preceptos, a cuyo tenor en todo lo no previsto en el mismo «se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma».

Debiendo advertirse que, precisamente por haberse producido el efecto sustitutivo empresarial o de empleador pertinente, producida la transmisión (enajenación u otro acto de disposición), los créditos laborales de todo orden (salariales, cotizaciones sociales, etc.) que se sigan generando ya no se devengarán contra la masa del concurso, sino que por haber salido la empresa o centro de activi-

de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «(1) La garantía de que el cesionario que adquiere una empresa en concurso o una unidad productiva de la empresa no asume las deudas derivadas de los contratos o de las relaciones laborales cuando en el procedimiento de insolvencia se dé lugar a esa protección como mínimo equivalente a la prevista en las directivas comunitarias (¿) debe considerarse única y exclusivamente respecto de las obligaciones directamente vinculadas a los contratos o relaciones laborales, o, en el contexto de una protección integral de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento de empleo esa misma garantía debería extenderse a otros contratos que no siendo estrictamente laborales, sin embargo afectan a los locales en los que se desarrolla la actividad del empresario o a determinados medios o instrumentos de producción imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial?; (2) En ese mismo contexto de garantía a los derechos de los trabajadores (¿) el adquirente de la unidad productiva puede recibir la garantía del Juez que tramita el concurso y acuerda la adjudicación no solo respecto de los derechos derivados de los contratos de trabajo sino de otros contratos u obligaciones del insolvente imprescindibles para garantizar la continuidad de la actividad?; (3) Quien adquiere una empresa en concurso o una unidad productiva con el compromiso de mantener todos o una parte de los contratos laborales, subrogándose en los mismos, (¿) recibe la garantía de que no se le podrán reclamar o se le transferirán otras obligaciones del cedente vinculadas a los contratos o relaciones en las que se subroga, especialmente contingencias fiscales o de deudas de la seguridad social, o derechos que pudieran ejercer los titulares de derechos y obligaciones de contratos suscritos por el insolvente y transferidos al adquirente en globo o como una unidad productiva (?); (4) En definitiva, (¿) se puede dar a la Directiva 2001/23/CE en cuanto a la transferencia de unidades productivas o empresas declaradas judicial o administrativamente insolventes y en liquidación, una interpretación que permita no solo la protección de los contratos laborales, sino también de otros contratos que afecten de modo directo e inmediato el mantenimiento de los contratos (??); (5) Finalmente se pregunta si la redacción dada al artículo 149.2 de la Ley Concursal Española en cuanto habla de sucesión de empresa no supone una contradicción con el artículo 5.2 a) de la Directiva 2001/23/CE mencionada en la media [léase, medida] en la que la subrogación transfiere al cesionario las obligaciones laborales y vinculadas del concursado o insolvente, fundamentalmente las deudas de la Seguridad Social que pudiera tener pendientes la concursada».

dad de la masa activa constituirán créditos contra el nuevo empresario (adquirente de la empresa, centro de actividad o parte de la empresa).

2. La «sucesión de empresa» consecuente con las enajenaciones previstas en el convenio aprobado por el juez del concurso ¹⁰⁶, de la empresa, centros de actividad o partes de la empresa.

Se deduce de la regulación contenida en la legislación concursal que se produce el efecto sucesorio laboral cuando aprobado el convenio por el juez del concurso, en este se prevenga la enajenación de la empresa, centro(s) de actividad o partes de la empresa, que compongan o estén integradas en la masa activa, a los efectos de obtener los recursos y liquidez convenientes para el pago a los acreedores concursales (finalidad preeminente del concurso), y aquella efectivamente se realice. A estos efectos ha de tenerse en cuenta:

- a) Que, por una parte establece la legislación concursal que «podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial (...) o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada».
- b) Que, por otra parte, se vincula a semejantes proposiciones el compromiso sucesorio laboral. Esto es, aquellas «proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores».

Ciertamente, la legislación concursal y para las indicadas enajenaciones efectuadas a resultas de la aprobación del instrumento convencional, no alude *expressis verbis* a la sucesión de empresa, pero la continuidad de la actividad que impone, pues «necesariamente» ha de incluirse tal compromiso en las proposiciones de enajenación y, consecuentemente, asumirse el adquirente, indefectiblemente producen el efecto sucesorio laboral.

Además, si aquella continuidad en la actividad de empresa se pone en relación con la continuidad de los contratos de trabajo, que se deduce, a su vez, de los artículos 64 y 65 de la LC, y ade-

¹⁰⁶ Artículo 133, «Comienzo y alcance de la eficacia del convenio. 1. El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida esta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez (...); 2. Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece (la legislación concursal, *ex* el art. 42 LC). Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento y de lo previsto (sobre la calificación del concurso). Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su actuación ante el juez del concurso, dentro del plazo que este señale; 3. La eficacia parcial del convenio podrá acordarse provisionalmente por el juez (...), pero en tal caso no será de aplicación el anterior apartado».

más se tiene en cuenta que la situación concursal no conlleva al establecimiento de un espacio estanco de legislación laboral común (art. 64.11 LC), la afirmación del fenómeno laboral de la sucesión de empresa (*ex art. 44 ET*), parece incuestionable.

3. La operatividad del fenómeno sucesorio laboral respecto de la enajenación, en fase de liquidación, de la empresa, centros de actividad o parte de la empresa ¹⁰⁷.

Cuando el empresario declarado en concurso tenga naturaleza societaria mercantil; lo cual es normal y habitual, según ya se indicó, la apertura de la fase de liquidación tiene efectos relevantes. Así, cuando se trate de una sociedad mercantil capitalista, si bien «la declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución», sin embargo «si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta, llevándose a cabo la liquidación conforme a lo establecido en la legislación concursal» (arts. 260.2 LSA y 104.2 LSRL). Consecuencias semejantes han de referirse si de sociedades no capitalistas se tratase (arts. 157, 221. 3.^a y 227 C. de c.).

Pero aun en esa situación respecto de los empresarios de naturaleza societaria mercantil, y desde luego respecto de los empresarios personas físicas, la enajenación de la empresa, centros de actividad o partes de la empresa no excluye la operatividad del fenómeno sucesorio laboral. Efectivamente, cuando como consecuencia de la enajenación (...) una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria se considerará, precisa explícitamente la legislación concursal, «a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa» (art. 149. 2 LC) ¹⁰⁸. Requiriéndose para ello:

- Que se produzca la «enajenación como un todo» del «conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor, mediante subasta y si esta quedase desierta, mediante enajenación directa». Que en correcta hermenéutica jurídica no excluye la transmisión «parcial» de la empresa o centro de trabajo.

¹⁰⁷ Vid. STJCE de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/07, Kirtruna, S.L., Elisa Viganó y Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio y Miguel Oliván Bascones, en calidad de administradores concursales de «Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Electro Calvet, S.A.».

¹⁰⁸ Puede considerarse un importante precedente la virtualidad sucesoria reconocida a un acto administrativo o disposición reglamentaria (así la STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1992). También el supuesto de venta judicial, estando previsto el fenómeno sucesorio en el artículo 51.11 del ET (SSTS de 28 de mayo de 1986 y 12 de julio de 1990), «no cabe la menor duda de que el mecanismo de la subrogación es aplicable a las adquisiciones que hayan tenido lugar a través de venta judicial» (precisa la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1992), de tal manera que aquel precepto «disipa cualquier posible duda acerca de la procedencia del efecto subrogatorio cuando se trata de "venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes", dado que entonces se estará a lo dispuesto en el artículo 44 (...) siempre que, en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa» (STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992). Indica la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 1993, que «si bien la jurisprudencia hubo de separar nítidamente este fenómeno de venta judicial del de cesión, traspaso o venta, al no existir en la subasta tracto directo del anterior empresario con el entrante ni, normalmente, la entrega completa y efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria, (...), sin embargo sí entrará en la órbita de aplicación del artículo 44 del ET cuando el conjunto de bienes y derechos transmitidos permite continuar total o parcialmente la actividad de la empresa».

- Que lo «enajenado como un todo» constituya una «entidad económica (que) mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria». Mantenimiento de la identidad que habrá de referirse al instante o momento de la transmisión, pero no posteriormente.

Sin que al efecto sucesorio laboral se oponga que el juez acuerde «que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación» y que esta «sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 ET» (art. 149.2 LC).

Puede considerarse un importante precedente de aquella previsión de la legislación concursal el supuesto de venta judicial, que previene el fenómeno sucesorio en el artículo 51.11 del ET¹⁰⁹, pues «no cabe la menor duda de que el mecanismo de la subrogación es aplicable a las adquisiciones que hayan tenido lugar a través de venta judicial¹¹⁰». Aquel precepto estatutario dispuso «cualquier posible duda acerca de la procedencia del efecto subrogatorio cuando se (tratase) de "venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes", y entonces se (estaría) a lo dispuesto en el artículo 44¹¹¹».

Ha de tenerse en cuenta que «la jurisprudencia hubo de separar nítidamente este fenómeno de venta judicial de la cesión, traspaso o venta, al no existir en la subasta tracto directo del anterior empresario con el entrante ni, normalmente, la entrega completa y efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria»¹¹², dificultades que se salvan en el concurso al estar establecido expresamente el efecto sucesorio laboral. Aquella posición jurisprudencial, preciso es recordarlo, se matizó por reiterada doctrina legal, según la cual la venta judicial sí entraba «en la órbita de aplicación del artículo 44 del ET cuando el conjunto de bienes y derechos transmitidos (permitiesen) continuar total o parcialmente la actividad de la empresa¹¹³», que ha de interpretarse sin exigencias «identitarias».

4. La cuestión de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario en las enajenaciones de empresas, centros de actividad o partes de empresas efectuadas durante el concurso.

Admitida sin paliativos, la vigencia de la institución laboral de la sucesión de empresa en el concurso de acreedores, se plantea, no obstante, una singular problemática relativa a la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario prevista en el artículo 44.3 del ET, según el cual, «el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas».

¹⁰⁹ SSTs de 28 de mayo de 1986 y 12 de julio de 1990.

¹¹⁰ Precisa la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1992.

¹¹¹ STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992.

¹¹² STSJ de Galicia de 5 de febrero de 1993.

¹¹³ Véase nota anterior.

Son varios e importantes los argumentos que pueden aducirse en contra de la operatividad y vigencia de aquella responsabilidad solidaria, respecto de las «sucesiones de empresa concursales». El primero es que la solidaridad pasiva «constituye un caso de extensión de la responsabilidad (que) cumple, de esta manera, esencialmente un función de garantía ¹¹⁴», y poco refuerzo de la posición del acreedor se logra añadiendo un responsable insolvente, y declarado en concurso.

Pero es que al margen de ese argumento general, existen otros de indudable trascendencia. Para ello ha de comenzarse por reparar en que los créditos laborales contra el concursado, bien conforman parte de la masa pasiva o bien constituyen créditos contra la masa ¹¹⁵, sin que quepa la existencia de una tercera clase de créditos laborales contra el empresario declarado en concurso de acreedores.

Los primeros son los relacionados en la «lista de acreedores» que la administración concursal ha de acompañar al informe a emitir en los dos meses siguientes a partir de la aceptación del cargo (art. 75.2.2.º LC), con esa calificación son incluidos finalmente en la «lista de acreedores» (art. 94 LC), tras los trámites de comunicación y reconocimiento de créditos (arts. 85 y 86 LC). Los segundos aparecerán en relación separada como créditos contra la masa. Esto es, «la lista de acreedores comprenderá una relación de los reconocidos (en la que se incluirán, en su caso, determinados créditos laborales) y otra de los excluidos, así como una adicional, separada de los que conforme a la ley tienen la consideración de créditos contra la masa» (en la que se incluirán determinados créditos laborales ¹¹⁶).

Aquella lista no es susceptible de ampliación con posterioridad a su definitiva aprobación. No obstante en la medida en que la garantía por responsabilidad solidaria se actualizase, aparecerían nuevos créditos laborales contra el empresario declarado en concurso que no estarían incluidos en la masa pasiva, ni tendrían la condición de créditos contra la masa (apropiada a créditos laborales «generados por el ejercicio de la actividad empresarial del deudor tras la declaración de concurso»), circunstancias que abogan por la no existencia en estos supuestos de la garantía antes referida. En términos financieros puede afirmarse que no procedería su reconocimiento como una provisión al

¹¹⁴ Díez PICADO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., Tecnos, Madrid 1979, pág. 420.

¹¹⁵ Artículo 84 de la LC, «Créditos concursales y créditos contra la masa. 1. Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. (...). 2. Tienen la consideración de créditos contra la masa, (...): 1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. (...). 5. Los generados por el ejercicio de la actividad (...) empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento. (...). 9. Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de esta, por el concursado sometido a intervención. 10. Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso. 11. Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración».

¹¹⁶ Epígrafe IV, apartado decimocuarto de la exposición de motivos de la LC.

carecer de las características necesarias para ello, constituyendo un pasivo contingente que no puede reconocerse en los estados financieros ¹¹⁷.

VI. LA EVENTUAL CONTRADICCIÓN ENTRE EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y EL INTERÉS DE LA «SUCESIÓN DE EMPRESA»

Tanto la legislación comunitaria relativa al «traspaso», como la nacional referente a la «sucesión» de empresa, se mantienen en línea con la idea moderna de la «propiedad empresarial», que subyace a la transmisión de la empresa, centro(s) de actividad o parte de la empresa a otro empresario, como resultado de cualquier acontecimiento, operación o negocio, siendo en todo caso la finalidad de aquella institución laboral, también durante el concurso de acreedores, la siguiente:

«Proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos ¹¹⁸».

Semejante finalidad podría chocar con la principal del concurso, que no es otra que satisfacer los créditos de los acreedores, al ser el propósito confesado de la normativa referente al «traspaso» o «sucesión» de empresa, el de «garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente». En el caso de que eventualmente se produjera contradicción entre ambos intereses, la legislación concursal se pronuncia a favor del principal del concurso, consistente en «la satisfacción de los acreedores». En tal hipotético supuesto:

- a) «El juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de

¹¹⁷ Según la NIC 37, las provisiones pueden distinguirse de otros pasivos, (un pasivo, según el apartado 10 de la misma NIC, es una obligación presente de la entidad, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos), tales como los acreedores comerciales y otras obligaciones devengadas que son objeto de estimación, por la existencia de incertidumbre acerca del momento del vencimiento o de la cuantía de los desembolsos futuros necesarios para proceder a su cancelación (apartado 11); Al tenor del apartado 10 de la NIC 37, pasivo contingente es una obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada solo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la entidad, o b) una obligación presente, surgida a raíz de sucesos pasados, que no se ha reconocido contablemente porque: i) no es probable que la entidad tenga que satisfacerla, desprendiéndose de recursos que incorporen beneficios económicos, o, ii) el importe de la obligación no puede ser valorado con la suficiente fiabilidad (apartado 10); Según el apartado 14 de la NIC 37, debe reconocerse una provisión cuando se den las siguientes condiciones: a) la entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado; b) es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación, y c) puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación. De no cumplirse las tres condiciones indicadas, la entidad no debe reconocer la provisión (apartado 14), y, según su apartado 27, la entidad no debe proceder al reconocimiento de ningún pasivo contingente, con independencia, precisa en su apartado 28, de no hacer constar el pasivo contingente en el balance ni reflejar su aparición en la cuenta de resultados, la empresa informará en notas, acerca de su existencia.

¹¹⁸ Considerando 3 de la Directiva 2001/23/CE.

la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta» (art. 44.4 LC).

- b) Cuando en fase de liquidación el juez lo estime «conveniente para los intereses del concurso» el «conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor» no se «enajenará como un todo», sino que «previa división» se procederá a «la realización aislada de todos los elementos componentes o solo de algunos de ellos» (art. 149.1.1.^a LC).

Lo afirmado en los apartados anteriores, no impide concluir que aquella eventual contradicción de intereses, utilizando un simil antropológico, resulta *contra natura*. Efectivamente, siendo cierto que la normativa sucesoria laboral se establece, ordena y aplica para «garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión ¹¹⁹», no es menos cierto que aquella misma institución laboral considera intereses muy diversos, con un único elemento aglutinador, «la permanencia de la empresa, como agente económico en el mercado, en todo su valor».

Además de los intereses propios de los trabajadores, (individual y colectivamente considerados) en la normativa sucesoria laboral también se toman en consideración y son jurídicamente relevantes los intereses de los empresarios implicados en el «traspaso», así como los correspondientes al mantenimiento del sistema mismo de (economía de) mercado, pudiéndose añadir (en cuanto se pueden diferenciar de los atinentes al correcto funcionamiento de la competencia y del sistema de mercado) los difusos intereses de los consumidores y usuarios. Esto es:

Que «aunque no quepa duda que (la Directiva 2001/23/CE) persigue con carácter principal la protección de los trabajadores, tiende igualmente a la realización del mercado interior, como muestra su adopción sobre la base del artículo 94 CE ¹²⁰».

Respecto de los intereses concurrentes en la institución sucesoria laboral, racionalmente se plantea «la jerarquía existente entre ellos, si hay alguna ¹²¹, debiéndose indagar, para llegar a una cabal ordenación de todos ellos, en la interferencia o influencia de los intereses característicos o principales del concurso de acreedores en los aspectos subjetivos (en cuanto que referidos a los sujetos que intervienen y son afectados a consecuencia de la "transmisión" o "sucesión de empresa"), en los aspectos objetivos (referidos al objeto mismo de la "transmisión") y en el elemento causal, o finalista típico, de la institución laboral, y, en definitiva, sobre la noción misma de "sucesión de empresa" cuando esta se opera en sede de procedimiento concursal.

¹¹⁹ SSTJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D'Urso y otros, de 12 de noviembre de 1998, asunto C-399/96, Europeïces y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

¹²⁰ Según precisa el Abogado General, Sr. Poirares Maduro, en la conclusión 30 de las presentadas el 16 de junio de 2005, en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

¹²¹ GONZÁLEZ BIEZMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid 1989, pág. 38.

VII. LA INTERFERENCIA DEL CONCURSO EN LA NOCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL «TRASPASO» O «SUCESIÓN» DE EMPRESA

La legislación comunitaria ha venido utilizando históricamente el término «traspaso» para referirse a la sucesión de empresa. Término que induce a confusión en nuestro sistema jurídico ¹²², lo cual no impide que el significado de aquel término, en cuanto alude a «cesión a favor de otro del dominio de una cosa ¹²³», sea de extraordinaria utilidad para definir y delimitar la institución jurídica del «traspaso» o «sucesión» de empresa.

La perspectiva semántica del término «traspaso» hace hincapié en la transmisión del dominio, evoca la transmisión o circulación de una «empresa», de «centro(s) de actividad» o de «parte de la empresa». Lo cual obliga, a su vez, a tener en cuenta la regulación de la evolución producida en torno a los derechos patrimoniales y muy especialmente en relación con el instituto del dominio o propiedad, que ahora únicamente refiere un relativo poder de disposición o sometimiento de un bien a la voluntad de una persona. Al extremo que se alejan las alusiones al fenómeno de la «sucesión de empresa» de la «propiedad empresarial», habiéndose la doctrina cuidado de señalar ¹²⁴ que «en realidad, más que de sucesión de empresa», semejante institución laboral «trata de sucesión de dos titulares, anterior y posterior, de la misma empresa ¹²⁵».

Ha de repararse en que la idea misma de la propiedad ha sufrido una notable evolución con «la implantación del Estado social (que) supuso encauzar el derecho de propiedad por nuevos derroteros que alteraron su estructura, objeto, titularidad y contenido, hasta el punto de fundar una nueva libertad, en la que (...), el elemento "social" relegaba los componentes "individualistas" del derecho de propiedad ¹²⁶». Las «nuevas ideologías que sucedieron al liberalismo tendieron, por tanto, a diversificar la titularidad del derecho de propiedad. Más que una titularidad abstracta del individuo existirían titularidades concretas de colectivos, grupos y personas jurídicas ¹²⁷», entre los primeros sobresalieron los trabajadores. Lo cual condujo además a la «descomposición» de la noción, otrora unitaria, del derecho de propiedad en una pluralidad de diferentes derechos con regímenes jurídicos diferentes en atención a su función social ¹²⁸.

¹²² En nuestro derecho interno cabe indicar que el término traspaso se utilizaba en la anterior LAU (señaladamente art. 32) manteniéndose en la disposición transitoria tercera, punto 3, apartados cuarto, quinto, sexto y séptimo, de la actual Ley 29/1994 de 24 de noviembre, que sin embargo, con más propiedad se limita, en su artículo 32 a referirse a la cesión del contrato de arrendamiento del local en el que se ejerza una actividad empresarial o profesional. Aquel término «traspaso» de la Directiva no se corresponde con el que históricamente venía utilizándose en la legislación arrendaticia urbana.

¹²³ Otros significados son los de «traslado de una cosa de un lugar a otro», «paso adelante, hacia otra parte u otro lado», «pasar a la otra parte o a la otra cara».

¹²⁴ Bien que con referencia a la, equivalente, «sucesión de empresa» del artículo 44 del ET.

¹²⁵ J. M. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y otros, *Curso de Derecho del Trabajo* (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, dir.), Valencia 1997, pág. 307.

¹²⁶ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El derecho de propiedad en la historia constitucional española, en *Propiedad e Historia del Derecho*, Madrid 2005, pág. 99; Sobre la propiedad Vid. ATTALI J., *Historia de la propiedad*, Barcelona 1989, y a PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid 2002.

¹²⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *op cit.* (*El derecho de propiedad en la historia constitucional española*), pág. 99.

¹²⁸ En el plano constitucional, las «liberales del siglo XIX y la (...) republicana de 1931 marcaron los puntos de inflexión de su idea de propiedad: las primeras lo concibieron como un derecho absoluto (...), la segunda relativizó ese derecho hasta convertirlo en una garantía institucional, necesitada de desarrollo normativo y limitada en extremo». La Constitución de

Se alude «a la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae ¹²⁹», así la intangibilidad de la «propiedad empresarial», y «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha(n) reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole».

El concurso afecta a la tradicional configuración de las «titularidades empresariales», especialmente en lo que concierne al dominio o propiedad de los bienes que configuran la empresa (dimensión jurídico-objetiva), pues «declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas».

Asimismo «es inevitable», dice la ley ¹³⁰, que en algunos supuestos los efectos del concurso «alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional». Entonces ya tenemos una alteración radical del estatuto del empresario que consecuentemente se proyecta sobre la empresa. Afectando sustancialmente la declaración del empresario en concurso de acreedores al ejercicio de sus facultades patrimoniales y derechos fundamentales (en cuanto referidos a esas facultades), naturalmente no pueden dejar de afectar a la institución de la «sucesión de empresa», interfiriendo en su misma conceptualización.

1. Incidencia de la situación concursal del empresario sobre los elementos subjetivo, objetivo y causal de la institución sucesoria laboral.

Conviene precisar que la regulación del fenómeno sucesorio laboral goza en nuestro Derecho de una larga trayectoria legislativa, y que se contrae en los momentos actuales, fundamentalmente, al contenido del artículo 44 del ET, el cual establece el principio de que el cambio de titularidad no

1978 no acoge ni una ni otra de aquellas concepciones situándose una vía que más que intermedia puede considerarse novedosa y singular, especialmente respecto de la «propiedad empresarial» en relación con la cual reconoce concretos derechos a los trabajadores. El Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, efectúa una reflexión general, digna de ser tenida en cuenta, sobre el sentido de la propiedad a la altura del siglo XXI y, específicamente, del alcance de las facultades del empresario y de los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción, indicando que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no solo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

¹²⁹ Interpretación irreprochable efectuada por la STC 281/2005, que a su vez es consecuente con el tratamiento de la institución de la propiedad en nuestra historia constitucional, según la cual la «progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos».

¹³⁰ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, exposición de motivos apartado I, párrafo segundo *in fine*.

extingue «por sí mismo» la relación laboral. Lo que significa que el mero hecho de producirse la transmisión no implica de forma alguna la extinción de las relaciones laborales existentes ¹³¹, sino, por el contrario, su mantenimiento por imposición legal ¹³²»

La definición, ampliamente descriptiva, de aquel fenómeno en la nueva redacción del artículo 44 del ET ¹³³ (por Ley 12/2001), supuso «una evidente innovación respecto a la noción anterior ¹³⁴». A partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del texto legal (o, *pari passu*, del nuevo texto legal) la noción de sucesión de empresa en nuestro derecho interno, se identificó con la comunitaria, adquiriendo por ello singular relieve la jurisprudencia ¹³⁵ del TJCE relativa al fenómeno sucesorio laboral (denominado «traspaso de empresa», en terminología comunitaria) en la medida en que ha pasado a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma nacional o interna ¹³⁶.

- ¹³¹ Según aquella norma: a) «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente»; b) «Se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005, la cual precisa además que «entre los cambios introducidos en el artículo 44 del ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa»).
- ¹³² AA.VV. *Manual de Derecho del Trabajo* (R. QUESADA SEGURA, Dir.), Madrid 1998, pág. 322, en donde precisa «sin embargo, sí parece posible que se produzca su extinción por "razones económicas, técnicas u organizativas" como consecuencia de la transmisión, si bien para ello sería necesaria la autorización administrativa previo expediente de regulación de empleo siguiendo el procedimiento previsto en el art. 51 ET».
- ¹³³ Para una visión casuística AA.VV. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, C., dir. y coord.), Navarra 2002, págs. 1.130-1.147; AA.VV. *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., dir.), Madrid 2002, págs. 307-308 indica, «mientras no plantean problemas jurídicos los supuestos de venta de la totalidad de la empresa, los de fusión o los de adquisición en pública subasta de empresas en funcionamiento, no puede decirse lo mismo de otros supuestos en que tiene lugar un cambio de la titularidad de todo o parte de la infraestructura o patrimonio empresarial o bien una simple sucesión en la explotación o actividad productiva».
- ¹³⁴ «Al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1, del art. 44 ET), sino en los concretos términos del apartado 2 (del art. 44 ET), dadas las taxativas palabras con que este se inicia (...). Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa (se identifica con el), mantenido en la Directiva 2001/23/CE, artículo 1.º 1-b)» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005).
- ¹³⁵ En sentido amplio, jurisprudencia equivale a «ciencia del Derecho» (*Divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*, precisaba ULPIANO, D. 1.1.10.2). «En un sentido distinto y más restringido, la expresión "Jurisprudencia" se utiliza para designar el conjunto de criterios de interpretación y de decisión establecidos por los Tribunales de justicia, con doctrinas reiteradamente mantenidas en los fallos de los mismos», indica LÓPEZ VILAS, R., *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, pág. 33, que se detiene, págs. 82-83, en torno a la dualidad "doctrina legal" y "doctrina jurisprudencial", concluyendo, pág. 142 que «son numerosísimas e interminables las sentencias del Tribunal Supremo, que han abundado e insistido en la identificación entre el viejo término "doctrina legal" y "jurisprudencia"».
- ¹³⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005. Sobre la necesidad de tener en cuenta la Directiva 2001/23 y la jurisprudencia comunitaria para una cabal interpretación del artículo 44 del ET, *Vid.* AA.VV. *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, MOLERO MANGLANO, C., dir.), pág. 308, dándose, en págs. 308-309, una definición ajustada a aquella normativa y jurisprudencia indicándose que «a la luz del artículo 44 del ET, y a efectos de aplicación de las garantías previstas en él, debería entenderse por sucesión de empresa la transmisión que afecta a una entidad económica organizada de forma estable (esto es, a un conjunto organizado de elementos productivos o patrimoniales de la empresa y/o de trabajadores dotado de autonomía funcional) que permita al receptor explotar de forma autónoma, inmediata y duradera la totalidad o una parte de la actividad empresarial que viniese desarrollando».

Precisa la legislación comunitaria (segundo considerando de la Directiva 2001/23/CE) que aquella normativa comunitaria busca proteger a los trabajadores «en caso de cambio de empresario», definiendo los conceptos de «cedente» y «cesionario» por referencia, respectivamente, a la pérdida y a la adquisición de «la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad».

Cedente es el empresario-deudor común declarado en concurso, que dispone (o se está disponiendo, en su representación *ex legis*, por la administración concursal), de su patrimonio. Pero esa disposición o enajenación puede venir impuesta por el convenio de acreedores o por el plan de liquidación propuesto por la administración concursal, cuya aprobación y realización en absoluto tiene que contar con la aquiescencia del concursado, que incluso podría oponerse a semejantes disposiciones o enajenaciones sobre «su» patrimonio. Se constata así una primera modalización conceptual importante en la «sucesión de empresa» que se da en el marco de un concurso de acreedores, respecto de cuando la institución sucesoria opera al margen de un procedimiento concursal.

Ciertamente, la normativa sucesoria se aplica «siempre que haya cambio de la persona física o jurídica, responsable de la explotación de la empresa, sin que sea pertinente saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida»¹³⁷. Imprecisión normativa que no ha impedido a la jurisprudencia comunitaria afirmar que la institución sucesoria laboral se aplicará en todos aquellos supuestos en que se produzca «el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa»¹³⁸. No obstante, parece que la toma de decisión sobre la transmisión de la empresa o unidad productiva ha de radicar en el cedente, lo que en absoluto sucede en el concurso, de ahí la peculiaridad y singularidad de «la sucesión de empresa» que suceda durante un procedimiento concursal, peculiaridad que, junto a las demás alteraciones que se producen en los demás elementos de la institución sucesoria laboral, permiten adjetivar a la «sucesión de empresa» de «concursal», o hablar de una «sucesión de empresa concursal», bien como institución diferente a la sucesión de empresa ordinaria o común, bien como una especialidad relevante de la institución sucesoria laboral.

En la medida en que la entidad empresarial continúe su actividad, precisa la jurisprudencia comunitaria, basta con que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación para que se aplique la normativa sucesoria laboral (Directiva 2001/23/CE, antes Directiva 77/187/CEE¹³⁹), beneficiándose de la continuidad empresarial «los trabajadores adscritos a la empresa transmitida cuyo contrato o relación laboral está en vigor en la "fecha de (la transmisión)", a diferencia de los que ya no trabajaban para el cedente en dicha fecha (del cambio sucesorio¹⁴⁰)», y los que hubieran «sido contratados por el cesionario después de dicha fecha».

Esto es, «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como con-

¹³⁷ STJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall, 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers y 26 de mayo de 2005, asunto C-487/93, Celtec.

¹³⁸ STJCE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard.

¹³⁹ STJCE de 10 de febrero de 1987, asunto 324/86, Daddy Dance Hall.

¹⁴⁰ STJCE de 7 de febrero de 1985, asunto 19/83 Wendelboe y otros.

secuencia de tal traspaso», careciendo, consiguientemente, de operatividad frente a aquellos sujetos las relaciones con quienes «aun prestando materialmente trabajo, no tenían la cualidad de trabajadores del cedente ¹⁴¹», abarcando «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes (...), es decir, los que en ese momento (de la transmisión) el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales o futuras ¹⁴²». Extremos que en absoluto se alteran porque la sucesión se lleve a efecto en sede de concurso de acreedores ¹⁴³.

Los trabajadores afectados por el «traspaso» o «sucesión» de empresa, deben poder determinarse en el momento preciso de la operación de transmisión y no en relación con el período de tiempo más o menos largo que esta dure, «cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa en la fecha de la transmisión ¹⁴⁴». El concurso trastoca y altera esta exigencia vigente y que inexcusablemente ha de cumplirse en una «sucesión de empresa» ordinaria o común.

Efectivamente, el concurso es un procedimiento y, como tal, dura en el tiempo. La permanencia durante ese período de tiempo de la actividad empresarial es deseable, al extremo de haberse constituido en un «principio» de la legislación concursal, que naturalmente admite excepciones en casos extremos de conflicto de intereses. Durante la tramitación del concurso se mantiene, en principio la vigencia de los contratos de trabajo, por lo que aun cerrada la empresa o el centro de trabajo o la parte de la empresa en la que estuviesen prestando sus servicios los trabajadores, estos se beneficiarán de la «sucesión de empresa».

No obstante, ha de plantearse si de los artículos 43.2, 100.2, apartado segundo, y 149.1.1.^a y 2 de la LC se deduce que, inmediatamente antes del acto de suposición o enajenación sobre la empresa o unidades productivas, estas se mantenían o debían mantenerse en funcionamiento, para la operatividad de la institución sucesoria laboral, de tal modo que los trabajadores afectados por la «sucesión de empresa» estuviesen en ese momento inmediatamente anterior a la disposición o enajenación de aquella empresa o centro de actividad prestando servicios en la misma y para el empresario-deudor común declarado en concurso. Esto es, que la transmisión de la entidad productiva en

¹⁴¹ Así respecto del administrador único de la empresa cedente, STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2005.

¹⁴² SAN de 9 de enero de 2001.

¹⁴³ Como tampoco se altera por razón del concurso, en términos de la SAN de 9 de enero de 2001: a) Que la sucesión no sea «incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad, y este artículo no obliga por sí solo a mantener las expectativas que los trabajadores gozaban en las antiguas empresas, cuando estas expectativas son modificadas y sustituidas por otras que si en unos aspectos pueden considerarse que les perjudiquen en otros les favorecen, pues salvo el nivel retributivo alcanzado en la empresa anterior, el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que rijan la relación con el nuevo empleador, siempre que se vaya manteniendo o mejorando ese nivel, y sin que pueda invocarse la normativa precedente y menos acogerse parcialmente a ella y a la posterior»; b) Que el «principio de continuidad de la relación de trabajo en la sucesión de empresa no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores»; c) Que «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador».

¹⁴⁴ STJCE de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

la que estuviesen prestando sus servicios los trabajadores se llevase a cabo sin solución de continuidad o «mediando un discreto intervalo» de tiempo.

Si la respuesta a dicho interrogante fuere negativa, y no puede considerarse que la legislación concursal demande específicamente la inexistencia de intervalo alguno en el desenvolvimiento de la actividad de empresa, tampoco podría exigirse que los trabajadores estuviesen «afectados» en el momento de la transmisión a esa empresa o unidad productiva ni que sus contratos de trabajo estuviesen vigentes, sino que bastaría con que «hubieran estado afectados o adscritos» a la entidad productiva que se transmite en el momento en que por decisión del juez del concurso se «cerró» la entidad productiva, se decretó el cese de la actividad empresarial y los contratos vigentes en ese momento.

Esto es, en ese supuesto la «sucesión de empresa» abarcaría a los trabajadores que habiendo estado afectados a una determinada empresa o unidad productiva, y que a consecuencia de la paralización de la actividad de la misma por razón del concurso mismo hubieran vistos extinguidos, expresa o tácitamente, sus contratos de trabajo, mediante despido declarado o reconocido improcedente, despido objetivo, expediente de regulación de empleo concursal, o cualquier otra causa extintiva de la relación laboral, de modo que esos trabajadores mantendrían una expectativa, surgiendo en el momento de la transmisión de la entidad productiva para ellos un derecho de reincorporación por mor de la enajenación y adquisición por un tercero del activo (empresa, centro de trabajo o parte de la empresa) concursal.

En relación con el objeto de la «transmisión», la normativa, tanto comunitaria como nacional, mostraba una relativa parquedad limitándose a significar que cuando se consideraba que existía «traspaso» o «sucesión» de empresa, cuanto la transmisión se refiriese a una entidad económica que mantuviese su identidad (entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria ¹⁴⁵).

Aquella doctrina tradicional, ha sufrido un importante cambio. Efectivamente, según la jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, «el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión» a efectos sucesorios laborales consistía «en determinar si la entidad de que se trata (mantenía) su identidad, lo que se (desprendía), en particular de la circunstancia de que [continuase] efectivamente su explotación o de que esta se (reanudase ¹⁴⁶)», o al menos tales posibilidades, incluso se afirmaba que el mantenimiento de la «identidad económica», exigía no solo el elemento organizativo de la entidad transmitida, sino también la continuidad de su actividad económica, que eran considerados conjuntamente.

Semejante posición no se puede ya seguir manteniendo, porque es contraria a la realidad económica, de ahí el importante cambio habido en la jurisprudencia comunitaria cuando de una trans-

¹⁴⁵ Como destaca la STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/04, Nurten Güney-Görres y Gul Demir, siguiendo la doctrina sentada en las SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros.

¹⁴⁶ Siendo el «criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión si la entidad de que se trata mantiene su identidad, semejante circunstancia resultará, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude». SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, y de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen.

misión parcial, de empresa o de centro de trabajo, se trata, supuesto en que ya no se exige el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos elementos de producción objeto de transmisión, sino que basta el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los factores transmitidos. Esto es ¹⁴⁷:

- Que, «el mantenimiento de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permit(a) al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente»
- Que el fenómeno sucesorio laboral «también se aplica a una situación en la que la parte de empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmiti-

¹⁴⁷ SSTJCE de 12 de febrero de 2009, Dietmar Klarenberg y Ferrotron Technologies GmbH, asunto C-466/07, y de 14 de abril de 1994, Schmidt, C-392/92; Indica la primera de aquellas resoluciones del Alto Tribunal comunitario lo siguiente: «De las disposiciones del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, en relación con las del mismo apartado 1, letra b), se desprende que, si la unidad económica transmitida no conserva su identidad, la aplicación de las disposiciones del mencionado artículo 1, apartado 1, letra b), relegan la disposición principal establecida en dicho apartado 1, letra a). De ello se deriva que el artículo 1, apartado 1, letra b), puede reducir el alcance de dicho apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23/CE y, por ende, el alcance de la protección concedida por la Directiva. Por consiguiente, esa disposición debe interpretarse restrictivamente. La demandada en el litigio principal alega que la "entidad económica", definida en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23/CE, solo conserva su identidad si se mantiene el vínculo organizativo que une al conjunto de las personas o elementos. Por el contrario, afirma que la unidad económica cedida no conserva su identidad cuando, a raíz de la cesión, pierda su autonomía organizativa, de modo que el cesionario integre los recursos adquiridos en una estructura completamente nueva. Sin embargo, habida cuenta, especialmente, de que el objetivo perseguido por la Directiva 2001/23/CE es, (...), garantizar una protección efectiva de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión, no cabe aceptar la mencionada concepción de la identidad de la entidad económica, esgrimida por la demandada en el litigio principal, basada únicamente en el factor relativo a la autonomía organizativa. En efecto, dicha concepción implicaría que no se aplicara la Directiva 2001/23/CE a la parte de empresa o del centro de actividad por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver dicha parte de la empresa o del centro de actividad adquirido e integrarlo en su propia estructura, privando de ese modo a los trabajadores afectados de la protección concedida por esa Directiva. En lo que respecta precisamente al factor relativo a la organización, si bien el Tribunal de Justicia declaró con anterioridad que este contribuye a definir la identidad de una entidad económica (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, de 2 de diciembre de 1999, Allen y otros, C-234/98, de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175/99, y de 25 de enero de 2001, Liikenne, C-172/99), también ha estimado que una modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, Mayeur, antes citada, apartado 54, y de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, C-458/05). Por otra parte, el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23/CE define por sí mismo la identidad económica refiriéndose a un "conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria", poniendo de relieve no solo el elemento organizativo de la entidad transmitida, sino también la continuidad de su actividad económica. A la vista de cuanto se ha expuesto, el requisito relativo al mantenimiento de la identidad de una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23/CE ha de interpretarse teniendo en cuenta los dos elementos previstos en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23/CE, que, considerados conjuntamente, constituyen esa identidad, y el objetivo de protección de los trabajadores perseguido por la mencionada Directiva. Con arreglo a esas consideraciones y, para no privar a la Directiva 2001/23/CE de una parte de su eficacia, no procede interpretar el mencionado requisito en el sentido de que exige el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino, (...), en el sentido de que supone el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores. En efecto, el mantenimiento de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 1994, Schmidt, C-392/92)».

dos y que este permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga ¹⁴⁸».

Semejante jurisprudencia tiene una innegable virtualidad expansiva y ha de tomarse en consideración no solamente respecto de la transmisión parcial de una empresa o centro de trabajo, sino también cuando lo que se transmite es la totalidad de la empresa o el centro de trabajo en su integridad.

En otro aspecto ha de considerarse que la opción entre la continuación efectiva de la explotación y su reanudación, requiere que el intervalo entre el cese y la reanudación no sea tal que haya propiciado la inviabilidad de la empresa o unidad productiva. Esto es, la «sucesión de empresa» no parece pensada para una «adquisición para desguace», valga la expresión ¹⁴⁹ pero no excluye necesariamente el fenómeno sucesorio. Ha de repararse no solo en el acto de transmisión sino también en la relativa permanencia de la actividad, que no de la «entidad», o, al menos, en que la transmisión se produzca sin un detrimento tal de que la actividad desaparezca ¹⁵⁰ o no se integre en otra actividad empresarial. Esto es, ya no es exigible que haya de efectuarse la transmisión «sin pérdida de identidad ¹⁵¹», *ex post*,

¹⁴⁸ Como precisa el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en las conclusiones 42, 43 y 44 de las presentadas el 6 de noviembre de 2008, en el asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg contra Ferrotron Technologies GmbH, según el cual «en virtud del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23/CE, se considera transmisión a efectos de la misma la de una entidad económica entendida como "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesorio", la cual conserve, a pesar de la transmisión, su propia identidad. Tal disposición contiene, en efecto, una referencia al factor organizativo como elemento calificador del concepto de "entidad económica" y característico de su identidad. Tal remisión debe entenderse, (...), como referida no tanto a la específica organización impuesta por el empresario a los diversos factores de producción como al nexo de interdependencia y de complementariedad que existe entre estos últimos y hace que estos contribuyan conjuntamente al ejercicio de una determinada actividad económica. Pues bien, a diferencia de cuanto parece afirmar la demandada, este nexo no desaparece necesariamente con la integración de la entidad cedida en la estructura del cesionario, por principio distinta, en cuanto a las dimensiones y/o las modalidades organizativas, de la del cedente. En otras palabras, la conservación de la identidad cedida no exige que se mantenga su "autonomía organizativa", entendida en el sentido querido por la demandada como autonomía estructural, sino el mantenimiento del nexo funcional y teleológico existente entre los diversos factores transferidos, que permitan a un empresario utilizar estos últimos, si bien integrados en una estructura organizativa distinta, al objeto de desarrollar una actividad económica específica».

¹⁴⁹ Indica la STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir, «la transmisión debe referirse a una "entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", o "conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"». En ese mismo sentido ya se había pronunciado al Alto Tribunal comunitario en sus sentencias de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros, y de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana, con lo que la cuestión, en definitiva, se traslada a la noción de «entidad» y a su «permanencia» o no desmembramiento, disolución o dilución como consecuencia de la transmisión.

¹⁵⁰ STJCE de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana.

¹⁵¹ Como la realidad empresarial es compleja resulta entonces, que para determinar la existencia de una «transmisión» de una «entidad económica organizada de forma estable» (empresa), sin pérdida de su identidad, son dos las consideraciones que deben efectuarse: En primer lugar, han de «tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figura, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades», (STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir); En segundo lugar, «la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa, centro

cualesquiera que fueran los parámetros utilizables para afirmarla ¹⁵². Como la exigencia de que lo transmitido constituya una empresa, centro de trabajo o parte identificable de una empresa o centro de trabajo, se mantiene para el momento anterior al acto o negocio transmitido, sin que sea relevante posteriormente el mantenimiento de la «identidad», aun cuando el propósito de la transmisión sea su desmembramiento no por eso dejan de producirse los efectos sucesorios laborales.

El anterior discurso «identitario» de la entidad objeto de transmisión aparece tímidamente asomarse en el artículo 100.2, párrafo segundo de la LC, que parece obediente a la interpretación jurisprudencial a la sazón vigente. Pero en absoluto en los artículos 43 y 149 de la LC, es más, este segundo precepto legal indica en su apartado 1 regla 3.^a, segundo párrafo, que «en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores». Por semejante «continuidad de la empresa» ha de entenderse de «actividad de empresa» (la misma que se venía desarrollando u otra diferente). Razonando *a sensu contrario* parece que puede darse el caso de que ninguna de las ofertas presentadas garantice la continuidad de la misma empresa o centro de trabajo o de la misma actividad de empresa, o que de las presentadas, precisamente, la que no garantice la continuidad sea la que mejor satisfaga los créditos de los acreedores, interés preferente del concurso.

Además, ha de matizarse en sede concursal la regulación común o general, comunitaria y nacional, de la institución sucesoria laboral que exige que la salida en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o parte de la empresa del empresario declarado en concurso (cedente) y la entrada en la misma del nuevo empresario deben haberse producido sin que se hubiere operado una previa extinción o cesación en la actividad empresarial. Bien que semejante exigencia de que la transmisión se efectúe sin solución de continuidad, parece que no deba plantear problemas en el concurso dado que el mismo no paraliza el ejercicio de la actividad de empresa, muy al contrario «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad (...) empresarial que viniera ejerciendo el deudor» (art. 44.1 LC).

de actividad o partes de empresas o de centros de actividad (en el sentido de la Directiva 2001/23) varía en función de un gran número de parámetros» (STJCE de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana).

¹⁵² La jurisprudencia comunitaria reiteradamente ha mantenido la importancia de esa pluralidad de parámetros, que han de ajustarse a cada caso, en función de la actividad desarrollada por la empresa (SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, Redmond Stichting, de 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros). De tal manera, que aquellas circunstancias o elementos que «son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente» (Precisa la STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir). No obstante, si se analiza atentamente esa doctrina jurisprudencial comunitaria, se observa que uno de entre los elementos o circunstancias, referidos a la postre se prima o destaca sobre todos los demás por el Tribunal de Justicia comunitario. Efectivamente, (STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir. Reiterando lo ya indicado en sus sentencias de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Hidalgo y otros, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros): a) «Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate»; b) «La importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que caracterizan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía necesariamente en función de la actividad ejercida o, incluso, de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate».

No obstante, el juez puede decidir «excepcionalmente (...) el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta». Esta última circunstancia no tiene por qué excluir que, en interés del concurso, se lleven a cabo diferentes negocios traslativos del ejercicio de las facultades directivas empresariales o incluso la «enajenación» de la empresa, centros de trabajo, unidades productivas o de parte de la empresa. Pero en ese caso y aunque se diesen los demás requisitos, la interrupción temporal o falta de continuidad en la explotación, al menos si fuera de duración estimable podría considerarse que excluiría la operatividad de la «sucesión de empresa».

Ha de repararse en que de la legislación concursal puede deducirse que no se exige la presencia de aquel requisito de continuidad temporal en todo caso. Incluso, dados los procedimientos arbitrados en el artículo 149 de la LC para que se efectúen las enajenaciones en fase de liquidación, son posibles largas interrupciones en el desenvolvimiento de la actividad empresarial durante el concurso. Por otra parte, debe interpretarse el artículo 149 de la LC, en su apartado 2, cuando indica que la «entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria», en el sentido antes expuesto, sin efectuar exclusión alguna por falta de una mayor o menor inmediatez o continuidad en la explotación del negocio. Semejante consideración debe extrapolarse a todas las enajenaciones y demás negocios mediante los que se transmita la titularidad de la actividad empresarial durante el concurso de acreedores.

En conclusión, cabe afirmar que en sede de concurso de acreedores, para que opere la institución sucesoria laboral no es exigible que la empresa o centro de trabajo se encuentre en funcionamiento en el momento en que se produce el «traspaso», o haya dejado recientemente de hacerlo y se reinicie la actividad tras «un discreto intervalo». No se exige por la legislación concursal que la transmisión opere sin solución de continuidad, lo único que parece imponer es que la entidad productiva sea identificable (objetivamente) como un centro productivo de tal modo que el adquirente pueda continuar o desarrollar una actividad productiva (no meramente proceder a su desmembramiento o desguace). Serán trabajadores protegidos por el fenómeno sucesorio laboral, aquellos que estén o hubieran estado «afectados» o «adscritos» a esa entidad productiva, incluso aunque aquella hubiera dejado de funcionar.

Cuestión diferente es la relativa a la exigida vigencia de los contratos, en el momento en que se produzca la transmisión, por el derecho común de la «sucesión de empresa». De las reflexiones anteriores en relación con la transmisión de empresa operada en sede de concurso de acreedores se colige inequívocamente que los contratos de trabajo, y las relaciones laborales consecuentes, no tienen por qué estar vigentes en el momento de la transmisión, sino que bastaría que hubieran estado vigentes en el momento en que la entidad productiva hubiera dejado de actuar como tal en el mercado. Pero semejante interpretación choca con la propia legislación concursal, que ordenando el mantenimiento de la vigencia de los contratos admite que los mismos puedan ser extinguidos durante el concurso.

Además, no puede desconocerse que no siempre sería compatible con la finalidad principal del concurso, imponer al adquirente la asunción de un conjunto de costes desmedidos, en términos económicos, cuando en el propio concurso se llevó a cabo la pertinente exclusión de los mismos (mediante despidos disciplinarios, objetivos, «expediente de regulación de empleo concursal de

extinción de contratos de trabajo», extinciones de mutuo acuerdo o «bajas voluntarias de los trabajadores»), precisamente para poder llevar a cabo la enajenación del activo.

En conclusión, parece que los trabajadores para que puedan beneficiarse de los efectos de la institución sucesoria laboral durante el procedimiento concursal, han de mantener sus contratos de trabajo y relaciones laborales vigentes, que no quiere decir en situación de activo o de prestación de servicios, sino que pueden estar en cualquiera de las situaciones legales o pactadas de suspensión del contrato y relación laboral.

2. Los «derechos ambulatorios» laborales como afirmación y referencia definitoria de la «sucesión de empresa» durante el concurso.

La jurisprudencia menor ¹⁵³ ofrece una noción ajustada a la realidad concursal de la «sucesión de empresa», acorde además con la de «traspaso» que se utiliza en la norma comunitaria ¹⁵⁴, median-do una locución, de tal plasticidad, que sugiere con intensidad el núcleo de la institución aludida, al referir los derechos y obligaciones en que se sucede como:

«Derechos ambulatorios».

En su discurso la meritada jurisprudencia menor parte de que la idea de «sucesión» en sentido estricto no se adecua a la realidad sociolaboral de la empresa, en cuanto que «sucesión» en su sentido jurídico típico, expresa «el resultado de un mecanismo sucesorio consistente en la sustitución de una persona por otra que, a título derivativo ocupa la misma posición jurídica que el causante», tratándose pues «de una operación hermenéutica tradicional que, sin complejidad especial, combina ciertos elementos –el sistemático y el contextual– de interpretación ¹⁵⁵».

Precisa la misma jurisprudencia que «el cambio de titularidad prevenía el efecto de una sucesión cuyo concepto –generalizado e indistinto– se busca en el contexto extravagante de la norma laboral específica, como era el ámbito del Derecho común integrador. Ahora, al contrario, la idea de sucesión se atempera al dinamismo de las relaciones de trabajo y a sus requerimientos de justicia, deduciéndose a partir de un concepto –el de cambio de titularidad– que, esta vez, no pertenece a un contexto distante, sino situado en el interior del cuerpo normativo previsto en el artículo 35.2 de la Constitución ¹⁵⁶».

Por ello, afirma aquella jurisprudencia, «una exigencia razonable y progresiva de justicia material –obediente al designio de no erosionar más allá de lo aconsejable el ya muy devaluado contenido esen-

¹⁵³ STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1991, reiterada en las SSTSJ de Canarias de 18 de marzo de 1993, y de La Rioja de 23 de marzo de 1992, y recogida por la STS de 16 de mayo de 1990.

¹⁵⁴ Según la STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1991 la noción de sucesión se identificaba con la más genérica de «transmisión» de empresa, término más que frecuente en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para referirse a la normativa comunitaria, como sucede en el fallo de la STJCE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke.

¹⁵⁵ STSJ de País Vasco de 28 de febrero de 1991.

¹⁵⁶ Véase nota anterior.

cial del derecho al trabajo (arts. 1.1, y 35.1 del texto constitucional)— sugiere otra opción interpretativa en virtud de la cual la sucesión de empresa (...) no se atendería al signo clásico de su definición ni se vería rigidamente identificada con el fenómeno caracterizado por la entrada —sin ruptura de continuidad— del causahabiente en el espacio delimitado por el derecho del causante de dicha transmisión ¹⁵⁷».

En el concurso de acreedores la «empresa» adquiere una relativa autonomía y el empresario declarado en concurso resulta despojado, en buena medida, de sus derechos y facultades patrimoniales. Para no desposeer también de sus derechos patrimoniales a quienes forman parte de la «empresa» (los trabajadores) y que ninguna culpa tienen en la «insolvencia» del empresario (y que ni siquiera podría serle atribuida si la «insolvencia» fuera predicable de la empresa, al carecer de las facultades directivas), la legislación concursal, bien explícitamente bien implícitamente, en sintonía con la jurisprudencia a la que se acaba de aludir, acude, por estrictos motivos de justicia social y eficacia económica, al mecanismo e institución sucesoria laboral.

Al hacerse pivotar esa institución sucesoria laboral sobre derechos que son «ambulantes», en cuanto que se les asigna la rara facultad de «deambular», la inserción en el concurso de acreedores de la institución sucesoria laboral se produce sin esfuerzo, permitiendo que los trabajadores pueden salir de una crisis económica, que no han provocado pero sí han padecido, juntamente con la empresa en la que se integran y de la que forman parte, sin mácula para otros derechos e intereses dignos de tutela al ser la empresa sustituida por su valor en la masa activa del concurso. Lo cual empero, no obsta para que deba destacarse las modulaciones que la situación concursal produce en el «deambular» de unos derechos que, precisamente por razón del concurso se muestran «naturalmente ambulatorios» (describiéndose así el núcleo del fenómeno sucesorio laboral en el concurso).

En la legislación concursal aparece como elemento causal de la «sucesión de empresa» un solo negocio jurídico, «la enajenación», lo cual aparentemente constituye una perturbación notable en la configuración de la institución sucesoria laboral, por cuanto, tanto la normativa comunitaria como nacional, contemplan la operatividad de aquella institución sucesoria laboral en cualquier supuesto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*. Pero esa impropia restricción normativa no constituye una novedad en la regulación laboral de la institución sucesoria.

Así cabe recordar que la normativa comunitaria atribuye, *expressis verbis*, a la «transmisión de empresas» efectos sucesorios cuando se produzca «como resultado de una cesión contractual o de una fusión ¹⁵⁸», restricción jurídico positiva que la jurisprudencia comunitaria ha superado en un esfuerzo imaginativo encomiable ¹⁵⁹, apoyándose para ello en que la finalidad de la norma comuni-

¹⁵⁷ STSJ de País Vasco de 28 de febrero de 1991.

¹⁵⁸ Según el artículo 1 a) de la Directiva 2001/23/CE, esta «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

¹⁵⁹ La amplitud con la que la jurisprudencia comunitaria ha venido interpretando aquella norma, en sus sucesivas versiones (Directivas 77/187/CE y 2001/23/CE), le ha llevado finalmente a considerar como «traspaso» las transmisiones de empresas efectuadas como consecuencia de un contrato, de otros negocios jurídicos no calificables estrictamente de contratos, de acuerdos de Derecho público, de normas y actos legislativos, de normas y actos administrativos o por virtud de una decisión judicial, añadiendo que para su aplicación «no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador» (STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sützen).

taria es lo relevante y no su tenor literal ¹⁶⁰ (teoría del efecto útil del Derecho comunitario). Actitud interpretativa que puede servir de criterio y guía para la regulación contenida en la legislación concursal de la «sucesión de empresa».

Considera la jurisprudencia comunitaria que, como la norma pertinente tiende a garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente ¹⁶¹ entonces debe considerarse «aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, consiguientemente el adquirente o cesionario contrae las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de la empresa ¹⁶²».

Cuando la «transmisión» de una empresa, centro de trabajo o parte de una empresa que se produzca en un procedimiento concursal, ha de operarse con el mismo criterio, teniendo inestimable valor la afirmación de que la norma comunitaria «tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario (por ello) la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario (...) no puede revestir una importancia decisiva (...), a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva ¹⁶³», resultado así irrelevante que en la transmisión efectuada en sede concursal poca o ninguna intervención tenga el empresario declarado en concurso y titular de la empresa.

Nuestra doctrina ¹⁶⁴ y nuestra jurisprudencia contemplan el fenómeno sucesorio laboral con análoga amplitud que la jurisprudencia comunitaria ¹⁶⁵, afirmando que el artículo 44 del ET se aplica «en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través del cual ope-

¹⁶⁰ STJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers; Jurisprudencia comunitaria que proclama su coherencia con el espíritu y finalidad de la norma comunitaria, pues precisa, «como resulta de su exposición de motivos y en especial de su primer considerando, el objetivo de la Directiva (2001/23) es proteger a los trabajadores contra las consecuencias desfavorables resultantes de modificaciones en la estructura de las empresas inherentes a la evolución económica en el ámbito nacional y comunitario y que se efectúan, entre otras vías, mediante transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otros empresarios derivadas de cesiones o de fusiones» (STJCE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke).

¹⁶¹ STJCE de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers.

¹⁶² STJCE de 14 de abril de 1994, asunto C-392/92, Christel Schmidt.

¹⁶³ STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sützen; *vid.* también SSTJCE de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busscher, y de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Molle, de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, Redmond y de 14 de abril de 1994, asunto C-392/92, Christel Schmidt.

¹⁶⁴ Por todos G. DIÉGUEZ CUERVO, «Comentario al artículo 44 del ET- sucesión de empresa», en Comentarios a las Leyes Laborales, T. VIII, 1988, págs. 357 a 405.

¹⁶⁵ Indican AA.VV. *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, R. QUESADA SEGURA, Dir.), pág. 322 que «el cambio de titularidad puede realizarse por cualquier tipo de negocio jurídico que implique continuidad de la empresa por el nuevo titular: venta, permuta, adquisición en subasta pública, arrendamiento del negocio, de la industria, por fusiones y absorciones de sociedades... La transmisión generalmente tendrá carácter definitivo, pero puede ser temporal –por ejemplo, el arrendamiento de empresa–; en tal caso se producirá una doble transmisión una vez terminado el contrato de arrendamiento. Igualmente opera la subrogación en las transmisiones entre entes públicos que tengan trabajadores a su servicio, o entre un ente privado y uno público. Normalmente ambos empresarios lo serán de empresas de la misma o similar actividad, pero la subrogación se produce aunque este no sea el caso».

ra esta ¹⁶⁶». Ha de resaltarse que aquel precepto estatutario, desde su inicial redacción, facilitó semejante extensa interpretación, «abarcando con su amplia expresión "cambio de titularidad" cualquier tipo de transmisión (ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, venta, cesión, traspaso, transformación y fusión de sociedades, etc.) incluida la venta judicial ¹⁶⁷». Habiéndose puesto de manifiesto que «la expresión legal no es requirente de un negocio jurídico directo entre el antiguo y el nuevo empresario, ya que es mucho más genérica que la utilizada en el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo ¹⁶⁸».

Incluso la simple continuidad de hecho en la explotación del negocio, ha parecido suficiente a nuestra jurisprudencia para entender que se había producido la transmisión de la empresa con los efectos sucesorios laborales pertinentes ¹⁶⁹, lo cual no es afirmación baladí en sede concursal. Esto es, «la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa –art. 44 del ET, arts. 49.1 g) y 51.11 de la propia Ley–, y disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria (...) permiten afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por dos requisitos constitutivos ¹⁷⁰», que son los siguientes:

- «El primero, que se haya producido el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 ET);
- El segundo, que aquel cambio de titularidad se hubiera producido en virtud de un acto "inter vivos" de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), (...) de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del artículo 44 del ET, y de la cláusula "sin perjuicio" del artículo 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores ¹⁷¹».

¹⁶⁶ STS de 30 de octubre de 1986.

¹⁶⁷ SSTSJ de Galicia de 10 y 20 de mayo de 1993, 29 de junio de 1995 y de 13 de marzo de 1997; SSTS, Sala 3.ª, de 17 de julio de 1995 y 3 de marzo de 1997; La niega para el caso de «mera sucesión en la actividad» la STSJ de Galicia de 21 de julio de 2008; También para cuando la sucesión es parcial y solo en determinados elementos STSJ de las Islas Baleares de 23 de mayo de 2008; Según nuestro ordenamiento la «sucesión de empresa» siguiente se produce: a) Cambios de carácter negocial; b) Cambios desprovistos de carácter negocial; c) Cambios no transparentes; c) Cambios «mortis causa», precisa SALA FRANCO, T., *op. cit.* (*Derecho del Trabajo*, SALA FRANCO T. dir.), págs. 291-293, 294-295, 295-296 y 296-297; *Vid.* DIÉGUEZ CUERVO, G., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 501.

¹⁶⁸ STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992.

¹⁶⁹ STS de 23 de septiembre de 1997.

¹⁷⁰ STCT de 2 de diciembre de 1983; STS, Sala 3.ª, de 28 de octubre de 1997; STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de febrero de 1992; En contra STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1991.

¹⁷¹ De la amplitud interpretativa del artículo 44 del ET es ejemplo la afirmación jurisprudencial de que, «el cambio de empresario puede tener lugar por actos *inter vivos* conforme al mismo precepto, pero esa mención no excluye por supuesto otras modalidades de sucesión de titulares, y con frecuencia se ha hecho aplicación del precepto a la sucesión de organismos en la titularidad de la relación laboral hacia sus empleados en la modalidad de empleo público. Incluso para modalidades de reversión al Estado de la concesión administrativa, que por sí misma no produce una subrogación empresarial, la opción establecida en la Administración para continuar la labor de cesión del servicio, una vez ejercida, da lugar a la aplicación de las consecuencias establecidas para tal supuesto» (STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1992). Efectuándose, en ocasiones, una delimitación amplia del supuesto de hecho previsto en el artículo 44 del ET, respecto de otros supuestos de transmisión, en los siguientes términos (SSTSJ de La Rioja de 24 de febrero y 23 de marzo de 1992, de Canarias de 18 de marzo de 1993, de Navarra de 27 de enero y 21 de julio de 1997, con dicción prácticamente idéntica en todas ellas)

Con análoga amplitud, respecto del elemento causal de la institución sucesoria laboral, puede actuarse cuando acontezca en sede de concurso de acreedores, que tan impropia la normativa concursal parece querer reducir y limitar a la compraventa (enajenación). Hay otros fundamentos para procurar aquella interpretación extensiva de la norma, además de poderse utilizar el mismo recurso heurístico en su momento empleado por la jurisprudencia comunitaria. De tal modo que, en la medida en que los actos o negocios jurídicos concluidos en el procedimiento concursal conlleven al supuesto fáctico que determina la operatividad de la institución sucesoria laboral, esta entrará en funcionamiento por imperativo de la aplicación conjuntamente de la legislación concursal y estatutaria laboral.

No es intrascendente la afirmación que acaba de efectuarse, pues en sede concursal puede acudir a otros negocios distintos de la compraventa para procurar satisfacer el interés de los acreedores concursales. En ese sentido, el artículo 100.5 de la LC admite el recurso a todo tipo de negocios y actos jurídicos imaginables, al afirmar que «cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros».

Un último apunte debe efectuarse respecto de la operatividad de la institución sucesoria laboral en los supuestos de «sucesión *mortis causa*». La LC establece que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente» (art. 1.2 LC). Semejante afirmación abarca nitidamente dos supuestos, que conviene distinguir pues su tratamiento no es idéntico. El primero es el de la herencia declarada en concurso y el segundo el de la aceptación de la herencia, la aceptación de legado y la sucesión abintestato.

En el primero de aquellos supuestos, si se efectúa la transmisión de la empresa, centro de actividad o parte de la empresa, que conformen la masa activa o estén integrados en la masa activa, habrá de considerarse operativa la institución sucesoria laboral, en los términos hasta ahora vistos y según los términos de la legislación concursal. En el momento en que acepte el heredero o, en su caso, el legatario, en principio, se producirá la «sucesión» hereditaria que, a su vez, conlleva la «sucesión laboral», conforme a la legislación laboral, entrándose entonces ya en el segundo supuesto.

La consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la normativa sobre sucesión de empresa [los arts. 44, 49.1 g) y 51.11 ET, por una parte, y las disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria 2001/23/CE, antes Directiva 77/187/CEE, por otra parte] permiten afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma que se puede haber producido no solo en virtud de un acto *inter vivos* de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), sino que también puede haberse producido por la

indicándose que «La norma (art. 44 ET) solo hace referencia para integrar el supuesto de hecho previsto por ella, al cambio de titularidad de la empresa como hecho, por encima de la causa o forma en que este tenga lugar, de modo que para la aplicación de aquella no es *conditio sine qua non* el que se opere una verdadera transmisión o circulación de empresas en sentido técnico de uno a otro titular protagonista de la sucesión en la titularidad del ejercicio de la empresa».

transmisión *mortis causa* ¹⁷² de la empresa, centro(s) de trabajo o parte de la empresa. «Así se deduce de los términos del artículo 44 ET, y de la cláusula "sin perjuicio" del artículo 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores ¹⁷³». Pero los requisitos para la operatividad de la institución sucesoria laboral en los supuestos de transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, no son idénticos. Una nutrida jurisprudencia laboral, a la que ahora convine efectuar referencia, matiza el evento sucesorio laboral, y la legislación concursal, a su vez, «matiza el matiz».

Ciertamente, «el artículo 49.7 del Estatuto de los Trabajadores expresa, (...), que el contrato de trabajo se extingue por la muerte del empresario, pero inmediatamente se cuida de señalar que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, que regula la sucesión de empresa. Quiere ello decir que el contrato no se extingue si existe un continuador por cualquier título en la actividad empresarial, pues en tal caso subsiste, operándose la subrogación en la persona del nuevo titular ¹⁷⁴». No obstante, la toma en consideración de los artículos 44 y 49.1 g) del ET, determinan una «explicación, tan oscura en el Estatuto, como clara en sus precedentes, (que) es esta: los contratos de trabajo no se extinguen si alguien, normalmente un heredero "continúa la industria o trabajo", como decía el artículo 76. 4.ª de la LCT ¹⁷⁵». Debiéndose entender que «la extinción de la relación laboral por muerte del empresario no se resuelve mediante la aplicación del derecho hereditario ¹⁷⁶» y que con el artículo 44 del ET «se está sancionando la libertad del sucesor a título de herencia, legado etc., para continuar la actividad de empresa o, lo que es igual, para devenir empresario ¹⁷⁷».

Por consiguiente, dada la regulación laboral común para que se produzca la sucesión de empresa, además de la aceptación «lo importante es si se ha producido o no verdadera y real continuación de la actividad empresarial, y, en su caso, en la cabeza de quién ¹⁷⁸», sin perjuicio de que se hubiere o no producido la comunicación al juez del concurso y a los trabajadores de la decisión de no continuar la explotación, pues el artículo 44 del ET «atiende a que exista persona continuadora de la explotación, pero no distingue respecto de quién sea esa persona ni el título jurídico en virtud del cual la asume, pudiendo ser un sucesor sin el carácter de heredero ¹⁷⁹», bien entendido que «resulta indiferente que exista aceptación pura de la herencia o a beneficio de inventario, pues no hay posibilidad legal de imponer a los herederos la continuación en el negocio ¹⁸⁰».

Extremo en que no existe una clara sintonía con lo dispuesto en la legislación concursal, pero parece que si no se da una aceptación «pura y simple de la herencia», y se acepta a beneficio de inven-

¹⁷² Indica DIÉGUEZ CUERVO, G., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 501, que el artículo 44 del ET alude «implícitamente» a la transmisión «*mortis causa*», y que la sucesión laboral como la hereditaria es «total y a la vez necesaria».

¹⁷³ Indica la STS de 23 de septiembre de 1997.

¹⁷⁴ STS de 16 de mayo de 1990.

¹⁷⁵ M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, «Derecho del Trabajo», Madrid 1997, pág. 383; Esto es, «acreditada la continuidad real de la actividad empresarial cuya titularidad pasa del empresario fallecido a su cónyuge y de esta a la sociedad constituida por sus hijos, es correcta la solución adoptada de (...) aplicar (...) la norma contenida en el artículo 44 del ET»; *Vid.* STS de 27 de junio de 1988.

¹⁷⁶ STS de 28 de junio de 1984.

¹⁷⁷ DIÉGUEZ CUERVO, G., *op. cit.*, (Lecciones de Derecho del Trabajo), pág. 510.

¹⁷⁸ *Vid.* STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 1991.

¹⁷⁹ STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 1991 y STS de 23 de mayo de 1988.

¹⁸⁰ STS de 18 de diciembre de 1990.

tario, habrá de admitirse la posibilidad de declarar a la herencia en concurso, lo cual en puridad debe impedir la delación de la herencia hasta que se concluya el concurso, y no impedirá, en su caso, que el heredero que hubiese aceptado a beneficio de inventario, en su momento y conforme a los criterios referidos, sea considerado empresario por aplicación directa e inmediata del artículo 44 del ET.

En fin, que la «sucesión de empresa» durante el concurso «debe reputarse existente cuantas veces el ciclo productivo o la generación de servicios públicos se sometan al poder de organización y dirección de un titular que, sin sustituir necesariamente al anterior en la acepción técnica jurídica de la sucesión, le reemplaza para reiniciar o proseguir, aun mediando intervalo de inactividad, la dedicación que el precedente explotador dejó de realizar en su momento ¹⁸¹».

VIII. MANTENIMIENTO, EN LA SITUACIÓN DE CONCURSO, DEL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA NORMATIVA SOBRE «SUCESIÓN DE EMPRESA»

La «continuidad de los contratos opera de forma automática y sin solución de continuidad por ministerio de la ley, es decir, la subrogación del nuevo titular en la posición jurídica del anterior se produce sin necesidad de que exista una manifestación de voluntad en uno u otro sentido ¹⁸²». La legislación concursal establece imperativamente los efectos propios de la «sucesión de empresa» en unos supuestos (así en el art. 149.2 LC), manteniendo silencio al respecto en otros (p. ej. en el art. 100.2, párrafo segundo, LC). Por ello, ha de indagarse sobre si durante la tramitación del concurso mantiene la institución laboral «sucesión de empresa» su carácter necesario.

Al respecto ha de recordarse que la jurisprudencia comunitaria ¹⁸³ ha venido estableciendo que la normativa sobre sucesión de empresa tiene carácter imperativo ¹⁸⁴. En particular, los efectos relativos a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de la transmisión, de tal manera que un trabajador no puede renunciar a los beneficios que aquella le confiere, ni tan siquiera mediante el otorgamiento de beneficios que comparativamente le coloquen en mejor situación.

Añadiendo la misma jurisprudencia que los preceptos pertinentes no son susceptibles de ser alterados por pactos entre los empresarios, cedente y cesionario, desfavorables a los intereses de los trabajadores, aun cuando contasen con el consentimiento favorable de los propios trabajadores ¹⁸⁵ o

¹⁸¹ Siguiendo el contenido de la STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1991, bien que eliminando la referencia al «discreto intervalo»,

¹⁸² AA.VV. *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, M. QUESADA SEGURA, Dir.), pág. 322.

¹⁸³ SSTJCE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddys' Dance Hall, y de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers.

¹⁸⁴ La intensidad de su carácter imperativo se pone especialmente de manifiesto cuando se advierte que incluso en caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de los derechos u obligaciones que por mor de aquella norma se transferirán al cesionario, ello «no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación, y que las obligaciones (de información) serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle».

¹⁸⁵ La cuestión de la admisibilidad del pacto individual, inserto en el propio contrato de trabajo, mediante el que se establezca la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de una transmisión de la empresa, ha sido objeto de polémica. En el ámbi-

de sus representantes sindicales ¹⁸⁶, y que los contratos de trabajo que vinculen al personal de la empresa transmitida dejan de vincular al cedente y continúan con el cesionario, al que son transferidos de pleno derecho por el solo hecho de la transmisión de la empresa, centro de trabajo o parte de la empresa. Concluyendo en los siguientes términos ¹⁸⁷:

- a) Que «los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa»
- b) Que «la transferencia de los contratos de trabajo» se produce «a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones». Esto es, aquella «transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supe- ditada a la voluntad del cedente o del cesionario y, en particular, el cesionario no puede oponerse a la (norma comunitaria pertinente) negándose a cumplir sus obligaciones».

De tal manera, que la «subrogación interviene de pleno derecho por la mera circunstancia del traspaso, tutelando el interés prevalente a la prosecución de la relación laboral en todos sus extremos, para que no se extinga ni se perjudique, habida cuenta de que la prestación básica del patrono –la salarial– carece de carácter personalísimo» ¹⁸⁸. Bien entendido ¹⁸⁹, que no se opone a ese carácter imperativo o de derecho necesario de la normativa sobre sucesión de empresa su carácter de regulación mínima.

En nuestro ordenamiento jurídico se pone en evidencia la imperatividad de la «sucesión de empresa ¹⁹⁰» cuando se afirma que el artículo 44 del ET «impone a aquel empresario que pasa a ser

to de la relación laboral del personal de alta dirección el desistimiento indemnizado constituye un derecho del alto directivo, previsto en la normativa reguladora de su especial régimen laboral. Tal pacto en ese régimen no parece que resultara prohibido dadas sus especiales características que lo convierten en un sistema laboral específico alternativo al del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, extra muros de aquel régimen especial, la licitud de tal cláusula es más que dudosa. Discrepando de esta afirmación alguna doctrina insiste en su validez, salvo que exista abuso de derecho, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del ET, «lo que ocurrirá si el empresario persigue con ello eludir los efectos subrogatorios ordenados» por el artículo 44 T», afirman A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo y J. García Murcia, *op. cit.* (Derecho del Trabajo), pág. 662.

¹⁸⁶ STJCE de 25 de junio de 1991, asunto C-362/98, D'Urso y otros.

¹⁸⁷ SSTJCE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke y Schierke, y de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rtsart, Benoidt y IGC Housing.

¹⁸⁸ SSTJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D'Urso y otros, de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rotsart de Hertaing y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

¹⁸⁹ STJCE de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers.

¹⁹⁰ Pudiendo concluirse: a) Que no son relevantes en la operatividad del artículo 44 del ET «la voluntad del empresario cedente, del empresario cesionario y del trabajador cedido. El pacto entre aquellos se limita a la transmisión de la empresa y la Ley adiciona, sin necesidad de consentimiento alguno de los interesados, la consecuencia de la sucesión (...) e igualmente el consentimiento del trabajador no es necesario para la validez y eficacia de la transmisión de la que solo se deriva su derecho al mantenimiento del contrato de trabajo, sin perjuicio de que pueda impugnarse si la considera inválida por otras razones» (STSJ de Baleares de 25 de abril de 1991); b) Que «en todo caso, parece evidente que el alegado desconocimiento por el empleador recurrido de la contratación anterior (...) tampoco puede desvirtuar la subrogación «ope legis» establecida en el artículo 44 del ET, y, en otro ámbito, por la Directiva» (STS de 30 de septiembre de 1997); c) Que «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (...), impide la eficacia de cualquier pacto –individual o colectivo– que pretendiera una modificación *in peius* de la norma,

titular de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma la obligada subrogación en la posición de empleador en los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestan servicios en dicha empresa, centro o unidad productiva por cuenta de su anterior titular. Y esta subrogación opera *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior ¹⁹¹».

Al extremo de que cuando los convenios colectivos contienen normas sobre el particular, la incondicionada imperatividad del artículo 44 del ET es «prevalente» en todo caso, «sin posible selectividad de condicionamientos obstativos a los derechos dimanantes de la subrogación empresarial garantizados a los trabajadores por el repetido precepto legal de Derecho necesario ¹⁹²». La responsabilidad empresarial derivada del artículo 44 del ET «es obligación de derecho necesario, no disponible por los trabajadores, en conformidad al artículo 3.5 del ET que tiene la extensión de "derechos", no limitada a diferencias salariales ¹⁹³».

La sucesión laboral «es necesaria»¹⁹⁴, y el artículo 44 del ET es norma de carácter imperativo, incondicionadamente ¹⁹⁵, de tal manera que sus efectos se producen «por ministerio de la ley, tanto para los empresarios intervinientes en el traspaso como para sus trabajadores ¹⁹⁶», «puesto que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de lo previsto en la ley a tenor de lo previsto en el artículo 1.089 del Código Civil ¹⁹⁷». Pero también la legislación concursal es acusadamente imperativa, no obstante haber desaparecido el «carácter represivo de la insolvencia mercantil». Por ello, cuando se da un supuesto de colisión o simple concurrencia de aquella normativa con la reguladora de la institución sucesoria laboral, ha de determinarse cuál de las dos es preeminente.

La solución pasa por considerar especialmente el ámbito operativo, de tal manera que cuando la «sucesión de empresa» se produce en sede concursal, ha de aplicarse de manera preeminente la legislación concursal, tanto por atender a la solución de una cantidad más importante y diversa de intereses dignos de tutela como porque afecta al núcleo del funcionamiento del sistema económico de (economía de) mercado. Lo cual no significa que no se aplique la normativa sucesoria laboral, pues en la medida en que la normativa concursal no regule un extremo concreto del fenómeno suce-

conforme a lo previsto en el artículo 9.1 en relación con el artículo 3.1 del mismo Estatuto de los Trabajadores) (STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992).

¹⁹¹ STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004.

¹⁹² STSJ de Madrid de 13 de abril de 1992, y STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 1991.

¹⁹³ STSJ de Murcia de 18 de abril de 1996; Indica la STSJ de Madrid de 19 de abril de 1991, que «la sucesión empresarial tiene como nota caracterizadora el que se practica sin la voluntad de los trabajadores, pues solo hay que notificarla a los representantes de la empresa cedida».

¹⁹⁴ DIÉGUEZ CUERVO, G., *op. cit.* (Lecciones de Derecho del Trabajo), pág. 501.

¹⁹⁵ STSJ de Madrid de 13 de abril de 1992.

¹⁹⁶ STSJ de Madrid de 9 de enero de 1996.

¹⁹⁷ STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992, resolución jurisdiccional que además considera «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución»; En el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 1991.

sorio ni colisione con la norma laboral reguladora (art. 44 ET), esta última habrá de aplicarse dado su carácter de derecho necesario.

Esto es, tanto en el supuesto en que la legislación concursal contenga una regulación específica del fenómeno sucesorio laboral como en los de colisión normativa, prevalecerá aquella legislación. Cuando la legislación concursal, aun remitiéndose a la institución sucesoria laboral, imponga o elimine alguna exigencia, requisito o consecuencia establecida por esta última, habrá de considerarse que la institución laboral ha sido modificada por la legislación concursal, para cuando opere en el concurso.

Ha de cuestionarse si puede aprobarse por el juez del concurso un convenio en el que se acuerde la «enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada», excluyéndose expresamente los efectos característicos de la «sucesión de empresa», aun cuando esté incluida en el mismo, «necesariamente», la «asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio».

En contra de esa posibilidad milita el que del silencio de la norma no puede deducirse semejante posibilidad, por contradecir el carácter imperativo de la institución sucesoria laboral. Abogan sin embargo a favor de la admisibilidad de tal pacto u otros de consecuencias similares, razones poderosas, unas atinentes al interés general y al funcionamiento del (sistema de) mercado, otras referentes a la propia finalidad esencial del concurso que no son otras que satisfacer los créditos de los acreedores concursales, y, en fin, otras alusivas a la propia idiosincrasia de la norma concursal, en la cual se previene que «deben ser oídos los representantes legales de los trabajadores».

Puede pues concluirse afirmando el carácter imperativo de ambos conjuntos normativos (LC y art. 44 ET), si bien por las razones expuestas ha de compatibilizarse ambas imperatividades e incluso establecerse un orden de preeminencia entre ellas. De tal manera, que se aplicará en primer lugar la legislación concursal, en cuanto regule, directa o indirectamente, el efecto sucesorio laboral y, supletoriamente la legislación laboral. Por el contrario, en la medida en que no exista prevención alguna sobre el fenómeno sucesorio laboral en la norma concursal y no pueda deducirse de la misma norma alguna al respecto, en correcta hermenéutica jurídica, se aplicará sin más la legislación laboral (art. 44 ET).

IX. ENTRE LA NECESARIA SUBSISTENCIA DE LAS EMPRESAS PARA LA PERVIVENCIA DEL SISTEMA DE (ECONOMÍA DE) MERCADO Y LA IMPRESCINDIBLE «ESTABILIDAD EN EL EMPLEO»

En nuestro sistema venía considerándose como razón justificativa o fundamento de la «sucesión de empresa» la operatividad del principio de «estabilidad en el empleo» de los trabajadores del empresario cedente. No obstante, la imperatividad de la normativa reguladora de aquella institución laboral, tanto para el empresario como para los trabajadores adscritos a la entidad, centro de trabajo o parte del centro de trabajo transmitido, ha permitido dudar de que aquel fuera el único y exclusivo fundamento de la subrogación impuesta al empresario cesionario. Máxime, cuando efectuada la

transmisión se imponía la «sucesión de empresa», a pesar de que el cedente no hubiera cesado en el ejercicio de su actividad de empresa.

Por ello, se afirma que «en el momento presente, y ya desde hace años, se registra una fuerte tensión que siempre estuvo subyacente, entre dos principios de relevancia jurídica (el de "estabilidad en el empleo", como expresión del principio de protección del trabajador y del empleo, y el de "rendimiento empresarial", como expresión de la tutela de la posición del empresario y de la conservación del sistema económico vigente). Y esa tensión se resuelve con el favorecimiento de las medidas de "flexibilidad laboral" ¹⁹⁸».

Sin perjuicio de aquellas apreciaciones, ha de repararse en que el desarrollo de la economía financiera, más concretamente la entrada en la «era de las finanzas», con la implantación de los mercados de valores, a los que acude en busca del ahorro del público en general ¹⁹⁹, directa e indirectamente (mediante la constitución o participación en fondos de inversión, fondos de pensiones, entidades aseguradoras, etc.) hace que la permanencia de las empresas (para lo cual parece necesario la operatividad de la institución sucesoria laboral) y la realización de su valor para el accionista/inversor, adquieren extraordinario relieve.

El interés en el mantenimiento de la empresa aun al margen e incluso en contra del titular de la empresa, asume un singular y especial relieve, propendiendo a su irreversibilidad y a convertir esa perspectiva de la «sucesión de empresa» en una institución «de interés general/transversal ²⁰⁰», bien que el principio de estabilidad en el empleo siga perviviendo en aquella normativa reguladora de la institución sucesoria laboral ²⁰¹, y no deba minorarse su importancia en la misma, dada la generalización del trabajo por cuenta ajena como medio de subsistencia de la mayoría de la población (que al mismo tiempo, y al menos en buena parte, y sin paradoja, es inversora en los mercados financieros).

¹⁹⁸ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada 2004, pág. 586.

¹⁹⁹ La «era de las finanzas», surgida en las últimas dos décadas del siglo XX, produjo un «profundo cambio», y supuso el paso a esa nueva era desde la era de la economía industrial, generándose una inversión de la posición predominante del sistema productivo sobre el sistema financiero. En la «era de las finanzas», estas «asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores. El beneficio ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, este aparece como resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación), operaciones financieras y especulativas. El dinero, es considerado como un activo financiero y, como tal, se aprecia por su rentabilidad y su liquidez» con la necesaria consecuencia, a la postre esencial para el dinero escriturario, de que «cuando hay dificultades ningún país puede permitir que el sistema financiero se colapse, indica PRIETO PÉREZ, E., *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia De Doctores, Madrid 2002, pág. 13; Afirma RIEGEL, E. C., *El dinero como empresa privada. Nuevo enfoque de la libertad*, Huquallya, Madrid 2008, pág. 47, que «el dinero es un memorando, un instrumento de crédito, un mecanismo contable para efectuar el trueque partido, y es dinero solo en la medida en que obvia la entrega de valor por el transmisor»; Precisa la STC 133/1997, de 16 de julio, que «el concepto de Mercado de Valores no se entiende si no es integrado en el concepto más amplio de «sistema financiero», del que forma parte. Si por sistema financiero se tiene al conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda), el Mercado de Valores no es sino un elemento o parte integrante del sistema financiero. En concreto, aquel que comprende las operaciones de colocación y de financiación a largo plazo así como las instituciones que efectúan principalmente estas operaciones».

²⁰⁰ Desde una perspectiva tradicional de división de disciplinas jurídicas, y sociológica, propia de la economía industrial.

²⁰¹ Indican VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.* pág. 586, añadiendo «aunque claramente debilitado».

No obstante, también es cierto que semejante afirmación debe referirse a una situación de normalidad general económica y probablemente sea incorrecto generalizarla en una época de crisis económica global, como la que nos ha tocado vivir, y en la que la eliminación o minimización de costes productivos adquieren preponderancia. Entonces se pretende que asuma y retome su protagonismo en la institución sucesoria laboral la defensa de la estabilidad en el empleo, lo cual no deja de plantear una grave contradicción.

Nuestra jurisprudencia, tanto en sentido estricto como en sentido laxo o impropio, ha venido manteniendo que la estabilidad en el empleo constituye la finalidad esencial de la institución sucesoria laboral²⁰², precisando que «el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores manifiesta claramente la voluntad legislativa de proteger la estabilidad en el empleo, al expresar que el cambio de la titularidad de la empresa no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior²⁰³».

El «carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», se vincula «a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución²⁰⁴». Fundamento del que alguna jurisprudencia²⁰⁵, encuentra precedentes históricos, pues tanto «el artículo 44 del ET, como sus antecedentes artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, (constituyeron) una firme garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo». Aludiéndose, además, a los «requerimientos de justicia» exigibles en la relación laboral como razón última de aquella regulación normativa²⁰⁶.

Pero en otras ocasiones la jurisprudencia deja entrever que, además de atenderse mediante la institución sucesoria laboral a la estabilidad en el empleo, también se atiende a otros intereses dignos de tutela, particulares unos y generales, referentes al sistema mismo de economía de mercado y a su funcionamiento, otros. Así sucede cuando manifiesta que²⁰⁷ «sobre el artículo 44 se proyectan dos grandes principios que han de ser debidamente respetados»:

- «Por una parte, el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno empleo –arts. 35 y 40 de la CE–».
- «Por otra, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (arts. 33 y 38 CE), y por el que se reconoce el derecho del titular de

²⁰² A la estabilidad en el empleo como estabilidad en la empresa, aluden L. E. DE LA VILLA y C. PALOMEQUE *Introducción a la Economía del Trabajo*, V. I, Madrid 1980, pág. 768.

²⁰³ STS de 30 de septiembre de 1997. Posición reiterada por la STS de 15 de diciembre de 1997, y que recogen la tradicional doctrina jurisprudencial sentada en las SSTS de 7 de julio de 1978, 27 de marzo y 19 de diciembre de 1980, 15 de mayo de 1981, 15 de marzo y 11 de junio de 1983, 18 de julio de 1986, 26 de enero, 3 y 9 de marzo, 9 de julio y 6 de octubre de 1987, 12 de julio de 1988, etc.; En el mismo sentido pueden citarse las SSTSJ de Canarias de 18 de marzo de 1983 y de La Rioja de 24 de febrero de 1992.

²⁰⁴ STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992.

²⁰⁵ SSTSJ de Baleares de 25 de abril de 1991, de La Rioja de 23 de marzo de 1992 y de Canarias de 18 de marzo de 1993.

²⁰⁶ STS de 6 de febrero de 1997.

²⁰⁷ STS de 24 de abril de 1988.

la empresa a disponer en ciertas condiciones de esta titularidad, en todo o en parte, cediéndola a un nuevo titular que queda subrogado en sus obligaciones».

Discurso argumental que sirve, además, para establecer una nítida vinculación entre aquellas finalidades, aun cuando no pueda olvidarse «que tal precepto (art. 44 ET) se halla bajo el título genérico de "garantías por cambio de empresario" de la sección segunda del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores y por tanto, la ratio interna del mismo estriba en asegurar la permanencia de la relación ²⁰⁸».

La independencia de los efectos derivados de la institución establecida en el artículo 44 del ET de la voluntad de cualesquiera de los sujetos afectados, señaladamente de la voluntad de los trabajadores, así como la exigencia del mantenimiento de las condiciones de trabajo y empleo, hace aparecer junto al aspecto beneficioso de la protección de la estabilidad en el empleo, otras utilidades de la institución sucesoria laboral abogando por un fundamento más general que el de la promoción de la estabilidad en el empleo ²⁰⁹.

²⁰⁸ STSJ de Baleares de 15 de abril de 1991. Desde la dogmática jurídica y el conceptualismo más estricto, esto es, desde el rigor de las categorías jurídicas generales, el fenómeno de la sucesión del cesionario en las obligaciones y derechos del cedente, en las transmisiones de empresas, se ha limitado y reconducido a la figura, de por sí polémica, de la novación subjetiva, si bien en alguna resolución jurisdiccional se alude a la novación objetiva (STCT de 2 de febrero de 1979). En línea con ese acontecer novatorio se afirma (STSJ del País Vasco de 29 de abril de 1997. Aluden también a novación subjetiva las SSTSJ del mismo Tribunal de 28 de febrero de 1991, y de Galicia de 5 de febrero y 20 de mayo de 1993. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 26 de enero de 1987, 3 y 16 de febrero de 1987, 7 y 9 de marzo de 1987, 30 de junio de 1988, etc) que «el artículo 44 del ET contempla como presupuesto básico un cambio de titularidad o novación subjetiva de la persona del empresario, apareciendo así una empresa cedente que se extingue, y otra cesionaria que a partir de dicho momento comienza a ser titular del negocio de la actividad que permanece» Esa reducida e insuficiente perspectiva novatoria en absoluto es pacífica. Efectivamente, ya «desde un principio, ha venido manteniéndose discusión sobre si se trata de una novación auténtica, ya que no existe pacto novatorio entre el primer empresario y sus trabajadores sobre la sustitución del empresario», cuestionándose si lo que realmente acontece no es un cesión de créditos o asunción de deuda, lo cual también puede cuestionarse «ya que el alcance del artículo 44 es más amplio pues dicho precepto opera al margen del acuerdo o convenio tripartito característico de la cesión (pacto entre cedente, cesionario y cedido) y son irrelevantes en ella en ciertos aspectos la voluntad del empresario cedente, cesionario y del trabajador cedido» (STSJ de Baleares de 25 de abril de 1981); Afirma A. MONTIYA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2000, pág. 418 que «el principio de conservación del negocio, tan intenso en el Derecho del Trabajo y el de estabilidad en el empleo, abogan por la solución novatoria meramente modificativa (...) pues la institución regulada en el artículo 44 del ET se caracteriza, positivamente, por encajar en la figura de la subrogación legal, al producirse aquella en la entera posición del empresario y no solo de derechos y, negativamente, porque es más amplia que la transmisión de un débito y además porque no requiere el consentimiento liberatorio del trabajador»; Sobre la novación del contrato de trabajo AA.VV. *Introducción al Derecho el Trabajo* (GARCÍA MURCIA, M., dir.), Madrid 1999, págs. 343 ss. y 429.

²⁰⁹ A. MONTIYA, *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid 1997, pág. 23, y que además indica, en pág. 29, que ha de repararse en que, a pesar del fenómeno sucesorio, se mantiene incólume que «la utilidad patrimonial del servicio u obra prometidos y realizados por el trabajador no pertenece a este en ningún momento. El trabajador resulta así siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo» y que «la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo». También en pág. 41, afirma que el «contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de consagración de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciendo a este titular de la utilidad patrimonial y de disposición del trabajo». Admitiendo que «lo característico del contrato del trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina», como precisa M. ALONSO OLEA, «Las raíces del contrato de trabajo», *Arajl* núm. 21, pág. 415, y que «característica de la legislación laboral ha sido la progresiva restricción de la facultad empresarial de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo», *Id.* A. MARTÍNEZ VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 701; Según la STC 192/2003, de 17 de octubre, «desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la «lealtad absoluta» del trabajador».

No es ajena a esta última observación que la jurisprudencia haya pretendido igualar «el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno empleo –arts. 35 y 40 de la CE–, y (...) el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado – arts. 35 y 38 de la CE», pues las relaciones entre trabajo y propiedad privada de la empresa en un sistema de economía de mercado no son contrarias, ni hay identidad entre ellas, pero sí son subalternas. Por ello puede concluirse que la afirmación de que la institución regulada en el artículo 44 del ET beneficia tanto al empresario como al trabajador ²¹⁰.

Interpretado el artículo 44 del ET desde la perspectiva de la normativa comunitaria a la que adapta nuestro ordenamiento jurídico, no puede olvidarse que «la Directiva 2001/23/CE, así como su antecesora, la Directiva 77/187/CEE, han buscado abiertamente un equilibrio entre la salvaguarda de los trabajadores y el fomento de la flexibilidad organizativa de las empresas. Con este afán, las disposiciones europeas han intentado mitigar la rigidez de algunas normativas nacionales, cuya aplicación contribuyó no solo a dificultar la reestructuración en ciertos sectores, sino también a instaurar obstáculos a la libre circulación y a la competencia leal en el mercado interior. El consenso de intereses se pone de manifiesto si se compara la redacción originaria de la Comisión con la que emanó del Consejo. El texto definitivo muestra gran preocupación por conciliar la protección del trabajador con el fomento de las medidas de reorganización empresarial ²¹¹».

Precisamente, la regulación de la «transmisión» de empresas con la imposición de la «sucesión entre empresarios», constituye un exponente de que ya en el sistema económico capitalista industrial y postindustrial, basado en las unidades productivas consistentes en las empresas, y postindustrial, especialmente basado en grandes empresas o corporaciones, grupos de empresas y conglomerados financieros, el mantenimiento de las empresas, y su óptimo rendimiento, venía constituyendo un elemento fundamental ²¹², lo cual presumía el mantenimiento de la efectividad de la fuerza de trabajo y su continuidad con una razonable imposición ²¹³.

²¹⁰ J. A. SAGARDOY, J. M. DEL VALLE y J. L. GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid 1996, pág. 342, los cuales también afirman, en pág. 346, que la amplitud de la fórmula contenida en el artículo 44 del ET no parece compatible con la libertad de empresa, ex artículo 38 de la CE.

²¹¹ Indica el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en la conclusión 50 de las presentadas el 4 de septiembre de 2008, en el asunto C-396/07, *Mirja Juuri contra Fazer Amica Oy*, resultado por STJCE de 27 de noviembre de 2008, que, en su Nota 42, efectúa la siguiente cita: «O'Leary, S., *op. cit.* (Employment Law and the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregón, 20), págs. 242 y 243, «[t]he purpose of the Directive was to ensure that the rights of employees, in the event of a change of employer, were safeguarded. However, the Preamble also made clear that one of the principal reasons for the introduction of a minimum level of employment protection at EC level was the fear that disparities in employment protection legislation between Member States might have a deleterious effect on the transfers and mergers which it was the common market's aim to bring about as a result of greater economic integration. Thus, the Directive reflected the dual economic and social aims that characterised much of the Community's Social Action Programme. Like Article 141 EC (...), Directive 77/187/CEE (hoy Directiva 2001/23/CE) reflected both the Community's attempts to ameliorate «the unacceptable by-products of growth» and its intention to eliminate distortions of competition».

²¹² Como indica M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 93, «La realidad de esta institución a la que denominamos empresa es innegable, innegable en su generalización e innegable (...) el papel esencial que juega en la civilización industrial contemporánea, de cuyo sistema económico y social es fundamento y base».

²¹³ Al decir de J. KENNETH GALBRAITH, *Historia de la Economía*, Ariel, Barcelona 1991, pág. 323, «el socialismo en nuestros días no es un producto de la acción de los socialistas; en realidad el socialismo moderno es el hijo fracasado del capitalismo. Y seguirá siéndolo en los años venideros».

Todo ello, desde luego, sigue constituyendo un elemento fundamental en el sistema del «capitalismo (financiero) global», porque los fenómenos de reestructuración empresarial (fusiones y adquisiciones) requieren de la permanencia de las empresas, lo que naturalmente implica la operatividad de la institución sucesoria laboral ²¹⁴. El mantenimiento de las relaciones laborales «es debido a que, para proveer a la integridad de la empresa como realidad unitaria e impedir su dislocación, la novación por cambio de empresario adhiere los contratos de trabajo al complejo productivo que radica en la misma base física o establecimiento ²¹⁵».

El «traspaso de una empresa rentable» en muchas ocasiones no deja de ser un premio que el mercado ofrece a los empresarios más eficientes o a las grandes unidades que actualmente dominan el sistema económico, constituyendo siempre un modo de organizar el mercado y la competencia ²¹⁶. El «traspaso de empresas en crisis», también puede concebirse de la misma manera, y ha de incluirse entre las múltiples medidas de salvamento de «empresas en crisis económica» adoptadas en las legislaciones actuales en materia concursal. La regulación del fenómeno de la insolvencia que se lleva a cabo en la legislación concursal es significativa al respecto, y acorde con las modernas legislaciones concursales que ya no constituyen un mero «sumatorio» de las funciones liquidatoria y conservativa, sino que sobrepasándolas se incluyen en el ámbito de la «cultura del salvamento o recuperación de las empresas en crisis» (*rescue culture* ²¹⁷).

En esa línea la LC «efectúa una decidida defensa de la empresa como organización productiva y de la actividad empresarial, con el condicionamiento, más o menos explícito, de su viabilidad económica, que así se convierte en su principal línea argumental, por más que confiese levemente otra finalidad acorde con el grave y acaso perverso, por excesivo, peso de la historia en el Derecho» (...). La legislación concursal institucionaliza en buena medida a la empresa, procura la continuidad de la actividad empresarial y establece su «responsabilidad social», sin demérito apreciable para los acreedores (perspectiva que constituye el núcleo de la *rescue culture* ²¹⁸)). Para

²¹⁴ Aquella fundamentación de la normativa comunitaria referente a la transmisión de empresas fue siempre patente habida cuenta de las competencias de la Unión Europea, cuando era Comunidad Económica (tal como sucedía a la altura de 1977), habiendo resultado tal circunstancia explicitada en la STJC de 29 de septiembre de 1987 (asunto 126/86- Gimenez Zaera) y por más que en otras resoluciones como en la sentencia de 7 de febrero de 1985 (Hables) se refiera a la finalidad de «promover y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores» con alusión al artículo 117 del Tratado.

²¹⁵ STSJ de País Vasco de 28 de febrero de 1991.

²¹⁶ En ese sentido *Vid.* J. K. GALBRAITH, *op. cit.* (*Historia de la Economía*), pág. 320.

²¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.* (*Transmisión de empresas en crisis y Derecho concursal*), pág. 123, indica que «aun acordada la continuidad por cualquier título de la empresa por Convenio concursal, y la norma y consiguiente aplicación del sistema de garantías instituido en el artículo 44 ET, ello no sería impeditivo de que puedan producirse extinciones contractuales más allá del mero hecho de la transmisión de la empresa».

²¹⁸ En mi trabajo, *op. cit.* (Comentario al artículo 43), págs. 760-761; También me remito a mis trabajos, *op. cit.* (Comentario al artículo 65), págs. 1.208 ss.; *op. cit.* (La gestión de la masa activa del concurso), págs. 4.416-4.417 principalmente. De la doctrina jurisprudencial, cabe resaltar su afirmación de acerca de que cuando «se trata de un proyecto empresarial asentado sobre las ruinas de otro anterior (declarado en concurso) protagonizado por los trabajadores de la empresa causante que constituyen sociedades propias de economía social (cooperativas, sociedades laborales, etc.), valiéndose de medios de producción que detentaba la sociedad en la que estaban integrados, no hay transmisión, visible o velada, de la empresa, como un todo, ni siquiera de sus activos, para que se continúe con el proyecto empresarial que anteriormente se hacía, son uno nuevo, surgido de los rescoldos de la anterior, negando en estos casos sucesión empresarial por faltar la transmisión de la entidad económica que mantenga su identidad» (STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004). Lo mismo se afirma si se constituyen dos o más empresas por parte de los trabajadores de la anterior declarada en concurso y finalmente extinguida, «empresas que han

ello implementa, con determinadas correcciones necesarias la vigencia en el concurso de la institución sucesoria laboral ²¹⁹.

La necesaria supervivencia de las empresas en crisis y el mantenimiento de la estabilidad en el empleo se ha llevado a cabo en la Unión Europea, mediante la conciliación de libertades económicas (libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y protección de los derechos fundamentales sociales ²²⁰, una de cuyas manifestaciones ejemplares y punto de ajuste se encuentra en la «sucesión de empresa», cuando la institución sucesoria laboral opera en sede concursal. La subsistencia de la libertad de empresa y de las libertades económicas así como la inclusión de los objetivos económicos, la afirmación de los derechos sociales y el establecimiento de objetivos sociales en Europa, se pone ejemplarmente de manifiesto en la institución sucesoria laboral, especialmente cuando esta deviene en sede de concurso de acreedores, y ello no constituye excepcionalidad alguna, sino que ha de verse como la consecuencia natural del modo de ser europeo, porque:

«Con arreglo al artículo 3 de la CE, apartado 1, letras c) y j), la acción de la Comunidad implica no solamente un "mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales", sino también "una política en el ámbito social". El artículo 2 de la CE establece, en efecto, que la Comunidad tiene por misión, en particular, promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social». Por tanto, dado que la Comunidad no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 de la CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social ²²¹».

adquirido los bienes de la anterior mediante cesión de la adjudicación por un precio aportado por aquellos trabajadores que las han constituido, sin que se halla acreditado que lo adquirido por las nuevas empresas creadas constituya una entidad económica que mantenga la identidad de la quebrada» (STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2005).

²¹⁹ En ese sentido se pronuncia CAIFA., A., *op. cit.* (*Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*), pág. 851.

²²⁰ Ello es posible y se ha debido a las siguientes circunstancias: a) Por una parte, a que ni las normas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que se denominará «Tratado de la Unión Europea», a partir de 1 de enero de 2009, fecha prevista para la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, artículo 6.2, «siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último estado signatario que cumpla dicha formalidad»), sobre libertad de empresa y circulación (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) ni las normas comunitarias fundamentales sobre derechos sociales establecen libertades o derechos absolutos; b) Por otra parte, a que nada en aquel Tratado apunta a que los objetivos de la política social deban prevalecer siempre sobre el objetivo de realizar un mercado común que funcione correctamente, ni a la inversa.

²²¹ STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet.