

La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)

Emilio Palomo Balda

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España)

Extracto

La Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ha visto profundamente modificada por la Ley orgánica 7/2022, de 27 de julio, en materia de juzgados de lo mercantil, que da nueva redacción a un importante número de preceptos de aquella. Entre los cambios introducidos, figura el efectuado en el artículo 86 ter con la finalidad de resolver las dudas y los conflictos competenciales surgidos, que habían terminado por desincentivar el recurso a la figura de la enajenación de la unidad productiva en sede concursal, ante la eventualidad de que lo decidido por el juez mercantil en los aspectos laborales y de seguridad social no fuese respetado por los órganos de la jurisdicción social y contencioso-administrativa. Con tal designio, la disposición indicada establece que la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en «la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de seguridad social». Por su parte, la reforma del texto refundido de la Ley concursal, operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ahonda en el camino marcado por la citada ley orgánica, en términos no estrictamente coincidentes, como se desprende de la lectura de los artículos 52 y 221.2, lo que plantea algunos problemas interpretativos de los que se da cuenta en este trabajo, en el que también se abordan las cuestiones de derecho transitorio que se suscitan. No obstante, el objetivo principal que persigue es poner de manifiesto el efecto real de la reforma sobre las acciones que pueden ejercitar los representantes del personal y las personas trabajadoras afectadas en defensa de sus derechos en el contexto de la venta de la unidad productiva y del expediente de regulación de empleo concursal al que por lo común da lugar, así como el alcance del control de los órganos de la jurisdicción social en ese marco.

Palabras clave: sucesión de empresa; concurso de acreedores; unidad productiva; expediente de regulación de empleo concursal; competencia del orden social de la jurisdicción; recurso de suplicación; incidente concursal en materia laboral.

Recibido: 17-10-2022 / Aceptado: 02-11-2022

Cómo citar: Palomo Balda, E. (2022). La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>



Company succession after the latest insolvency reform (competence aspects)

Emilio Palomo Balda

Abstract

Organic Law 6/1985, of 1 July, on the Judiciary, has been profoundly modified by Organic Law 7/2022, of 27 July, on commercial courts, which redrafts a significant number of its precepts. Among the changes introduced is that made to article 86 ter with the aim of resolving the doubts and conflicts of competence that had arisen, which had ended up discouraging recourse to the figure of the disposal of the productive unit in insolvency proceedings, in the event that what was decided by the commercial judge in the labour and social security aspects was not respected by the bodies of the social and contentious-administrative jurisdiction. To this end, the aforementioned provision establishes that the jurisdiction of the insolvency judge will be exclusive and excluding in "the declaration of the existence of company succession for labour and social security purposes in cases of transfer of production units or units and the determination of the limits of this declaration in accordance with the provisions of labour and social security legislation". For its part, the reform of the revised text of the Insolvency Act, brought about by Law 16/2022, of 5 September, follows the path set out in the aforementioned organic law, in terms that do not strictly coincide, as can be seen from the reading of articles 52 and 221.2, which raises some interpretative problems that are dealt with in this paper, which also addresses the transitional law issues that arise. However, the main objective is to highlight the real effect of the reform on the actions that can be brought by staff representatives and affected workers in defence of their rights in the context of the sale of the production unit and the insolvency proceedings to which it usually gives rise, as well as the scope of control by the labour courts in this context.

Keywords: succession of the company; insolvency proceedings; productive unit; insolvency proceedings for the regulation of employment; jurisdiction of the social order of jurisdiction; appeal in appeal; insolvency incident in labour matters.

Citation: Palomo Balda, E. (2022). Company succession after the latest insolvency reform (competence aspects). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 91-130. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7237>



Sumario

1. Un nuevo modelo para una materia conflictiva
2. Diseño competencial en vigor
3. Razones de la reforma
 - 3.1. Razones explícitas
 - 3.2. Razón implícita
4. Puntos clave de la reforma y problemas aplicativos
 - 4.1. Declaración de la sucesión de empresa
 - 4.1.1. Ámbito de la competencia
 - 4.1.2. Relevancia de la atribución de competencia
 - 4.2. Delimitación de la unidad productiva
5. Determinación de la unidad productiva y extinción colectiva de relaciones laborales
 - 5.1. Planteamiento general
 - 5.2. Acciones ejercitables por las personas trabajadoras y sus representantes
 - 5.2.1. Acciones frente al auto de adjudicación de la unidad productiva
 - 5.2.2. Impugnación colectiva o individual del auto extintivo concursal
 - 5.2.2.1. Observaciones preliminares
 - 5.2.2.2. Doctrina jurisprudencial y su vigencia tras la reforma de 2022
 - 5.2.2.3. Control en suplicación de las decisiones adoptadas por el juez mercantil en el ERE y el incidente concursal laboral relacionadas con la sucesión de empresa
6. Pretensiones enjuiciadas por los juzgados de lo social de las que tras la reforma no podrán conocer
 - 6.1. Proceso declarativo
 - 6.1.1. Derivación de responsabilidad al adquirente de la unidad productiva por deudas contraídas por la concursada con las personas trabajadoras no subrogadas
 - 6.1.2. Derivación de responsabilidad a la compradora por despido practicado por el deudor al margen del ERE concursal
 - 6.2. Proceso de ejecución
 - 6.2.1. Extensión a la adquirente de los efectos del fallo de la sentencia dictada en proceso de despido seguido contra la concursada



6.2.2. Despacho o ampliación de la ejecución dineraria del título constituido contra la concursada

7. Pretensiones ejercitables ante la jurisdicción social

Referencias bibliográficas

1. Un nuevo modelo para una materia conflictiva

La determinación del órgano jurisdiccional competente para declarar la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social cuando se transmite una unidad productiva en sede concursal no ha sido hasta la fecha una cuestión pacífica, sino que ha despertado un fuerte debate por parte de los juzgados y tribunales implicados y ha pasado por diferentes fases. La penúltima de ellas se inició el 1 de septiembre de 2020 en razón de lo dispuesto en el artículo 221.2 del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo (RDleg.) 1/2020, de 5 de mayo (TRLR), y concluyó el 17 de agosto de 2022 con la entrada en vigor de la Ley orgánica (LO) 7/2022, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial, en materia de juzgados de lo mercantil, a la que se sumaron las previsiones contenidas en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLR¹. Norma esta que incorpora una serie de reglas que, a pesar de que, al menos alguna de ellas, no son novedosas, aportan matices relevantes y revisten gran trascendencia, pues, de un lado, vienen a despejar de manera previsiblemente definitiva las incógnitas que suscitó el rango normativo de la disposición que las introdujo y, de otro, obligan a afrontar nuevos problemas en el terreno competencial.

Se trata de un tema de enorme importancia práctica no solo por la conflictividad que ha continuado generando en los 2 años transcurridos desde la entrada en vigor del TRLR y que en los próximos meses puede alcanzar incluso mayor significación, sino también porque las normas que lo disciplinan constituyen el presupuesto y el cauce para la adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva que es preciso garantizar en todo caso y de manera especial a las personas trabajadoras inmersas en procesos de transmisión de la empresa en la que prestan servicios o de las unidades productivas a las que están adscritas. A lo anterior se une el nivel de complejidad que deriva, entre otros factores, de la circunstancia de que las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia (TSJ) ostenten la competencia, que les atribuye el artículo 75.2.º de la Ley orgánica 6/1985, de 1

¹ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

de julio, del Poder Judicial (LOPJ), para conocer de los recursos de suplicación contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral y frente a las que resuelven los incidentes concursales que versan sobre ella, lo que introduce aspectos que suscitan serias dudas.

Es ese el ámbito en el que se sitúa el presente estudio, en el que se pone el acento, con un enfoque eminentemente práctico y jurisprudencial, en los interrogantes que plantea la reforma de 2022, dejando fuera del análisis los aspectos sustantivos y procedimentales, que solo se abordan en la medida en que tengan incidencia en el plano competencial y con la profundidad indispensable a tal efecto.

Delimitado así el objeto de estas páginas, y con el propósito de facilitar la comprensión del alcance de los cambios operados por las Leyes 7/2022 y 16/2022 y de las eventuales disfunciones que provocan, se sigue el orden que parece más lógico. En primer lugar, se describen las líneas maestras del nuevo modelo competencial y se ponen de relieve las razones que han conducido a su establecimiento, así como las claves principales que lo caracterizan. En segundo término, se analiza la relación dialéctica que se establece entre la competencia del juez del concurso para delimitar el ámbito personal de la unidad productiva y acordar la extinción colectiva de las relaciones laborales excluidas de ese círculo y el papel de las salas de lo social de los TSJ respecto de las decisiones adoptadas en esas materias. Se exponen a continuación las reclamaciones en materia laboral en las que incide la nueva regulación, haciéndose referencia, por último, brevemente a aquellas cuyo enjuiciamiento sigue residenciado en el orden social.

No obstante, con carácter previo a la exposición de los puntos someramente enunciados, procede traer a colación una consideración que se viene haciendo últimamente para relativizar la opción del legislador de otorgar al juez del concurso la competencia para apreciar la existencia de una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social y delimitar la unidad productiva en lo que respecta a las relaciones laborales que la integran (Rodríguez Achútegui, 2022, pp. 6-8), que puede resumirse esquemáticamente en la afirmación de que «el juez del concurso, en las materias que le reserva la legislación concursal, es el juez del concurso». Esa tesis es el resultado de una reflexión que se vertebra en torno a dos ejes distintos; por una parte, el sustantivo, referido al sometimiento del juez del concurso a la legislación laboral y a los principios que la inspiran; por otra, el procesal, en tanto que, se afirma, las decisiones que adopta son objeto de revisión por parte del orden jurisdiccional social a través del recurso de suplicación del que conoce la sala de lo social del TSJ correspondiente y, en último término, del recurso de casación para la unificación de doctrina. En lo que respecta a la dimensión adjetiva, se esgrime como argumento concluyente el nuevo criterio aplicado por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (TS) mediante Autos de 18 y 21 de octubre de 2021 (conf. 9/2021, 5/2021 y 10/2021).

En lo que concierne a esa doctrina, conviene destacar que, hasta su fijación, dicho órgano asumía, sin mayor razonamiento, que las discrepancias surgidas entre un juez mercantil

y un juez social a la hora de establecer la competencia para conocer de materias laborales constituía un conflicto de jurisdicción que, conforme a lo previsto en los artículos 42 a 50 de la LOPJ, estaba llamado a resolver, como efectivamente venía haciendo. Sin embargo, en los autos referenciados revisó su posición anterior y en su lugar declaró que las divergencias señaladas constituían una cuestión de competencia entre juzgados de un mismo orden jurisdiccional que debían resolverse por el órgano inmediato superior común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la LOPJ. Para fundamentar el cambio de criterio, sostuvo, en esencia, que el encuadramiento formal de los juzgados de lo mercantil en el orden civil no podía llevar a entender que una decisión del juez mercantil, en materia laboral, cuando entra en controversia con otra adoptada por el juez de lo social, deba ser calificada de materia civil, siendo así que las resoluciones que emite el juez mercantil en el ámbito laboral de competencia que ostenta deben estar inspiradas en los principios que sostienen el proceso laboral social y son susceptibles de recurso ante órganos judiciales colegiados del orden jurisdiccional.

Es de notar que, tras la inadmisión del primero de los conflictos reseñados (9/2021), el juzgado de lo mercantil planteó cuestión de competencia ante la Sala de lo Social del TS que lo resolvió mediante Auto de 20 de diciembre de 2021 (cuestión 12/2021) proclamando la competencia del órgano promotor para conocer, a través del incidente concursal en materia laboral, de la pretensión deducida por una trabajadora cuya relación había quedado extinguida en virtud del auto dictado en expediente de regulación de empleo (ERE) concursal con el objeto de que se declarase la improcedencia de su cese al considerar que la indemnización por extinción del contrato reconocida en el marco del concurso era inferior a la que legalmente le correspondía. En los mismos términos se manifestó la Sala 4.^a mediante Auto de 29 de marzo de 2022 al resolver la cuestión de competencia 1/2002, dimanante del conflicto de competencia 10/2021, suscitado con ocasión de una contienda similar a la descrita.

Consignadas las razones en las que se asienta la idea de considerar al juez del concurso como juez laboral, cabe plantearse si en lo que respecta al tema concreto de la sucesión de empresa conservan su validez a la vista de las modificaciones normativas realizadas en 2022, interrogante al que se intentará dar respuesta en este trabajo, identificando las dificultades y lagunas de protección que pueden presentarse y a las que hay que dar solución.

2. Diseño competencial en vigor

Según precisa la exposición de motivos de la LO 7/2022, aplicable desde el 17 de agosto pasado, la coordinación o armonización de su articulado y el del TRLC puede apreciarse en las enumeraciones de las materias en las que el juez del concurso ostenta jurisdicción exclusiva y excluyente. Frente a esa consideración, llama la atención, en lo que aquí interesa, que en el preámbulo se haga mención expresa a la incorporación a la LOPJ de:

[...] la extensión de la jurisdicción del juez del concurso para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en la legislación concursal, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección;

aserto que resulta tan incorrecto como sorprendente, pues en la redacción anterior a la dada por la LO 7/2022 el artículo 86 ter de la LOPJ, en el punto 2.º de su apartado 2.º, ya incluía las acciones sociales enumeradas.

Por el contrario, es igualmente llamativo que en dicho prólogo no se haga referencia a la habilitación del juez del concurso para declarar:

[...] la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración conforme a lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social;

competencia que le confiere, con carácter exclusivo y excluyente, la regla 4.ª del apartado 2 del citado artículo 86 ter de la LOPJ en su actual redacción y que no le atribuía dicho precepto, ni ningún otro de ese texto legal, antes de la reforma efectuada por la LO 7/2022.

En concordancia con la norma de rango orgánico glosada, la Ley 16/2022, en vigor desde el pasado 26 de septiembre, al dar nueva redacción al artículo 52 del TRLC, añade, en su apartado primero la expresada regla 4.ª, si bien sustituye su inciso final por otro del siguiente tenor literal: «así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran». Además, modifica el apartado 2 del artículo 221 del TRLC, de modo que, junto a la previsión procedente de su texto primigenio referida a la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa, incluye la relativa a «la delimitación de los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen».

En lo que a la susodicha apostilla atañe, un dato que no se puede ignorar son los diferentes términos con que aparece configurada, siendo mayor el grado de disparidad si se compara la redacción dada por la LO 7/2022 con la plasmada en los artículos 52.1.4.ª y 221.2 del TRLC, ya que lo que dice el precepto orgánico es que el juez del concurso debe determinar los límites de la declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social con arreglo a lo establecido en la legislación laboral y de Seguridad Social, mientras que la norma concursal encomienda al juez del concurso la delimitación del elemento personal sin limitación alguna. En una primera aproximación, una

exégesis armónica y concordada podría llevar a entender que el juez mercantil, a la hora de delimitar las relaciones laborales que componen la unidad productiva, debe respetar necesariamente las normas laborales y de Seguridad Social en su conjunto².

Sin embargo, dada la literalidad de los preceptos confrontados, cabe otra interpretación alternativa que conduce a entender que regulan cuestiones distintas; uno, los límites de la declaración de la existencia de sucesión de empresa derivada de la venta de una unidad productiva, los otros, la fijación del elemento personal de la unidad transferida. Serían, por tanto, normas compatibles, de forma que el juez, una vez delimitadas las relaciones laborales que componen la unidad de negocio y que, en consecuencia, resultan afectadas por la sucesión de empresa, en el momento de establecer los límites de la declaración de la sucesión de empresa, deberá tener en cuenta el ordenamiento laboral y de Seguridad Social, lo que en cuanto al primero remitiría muy especialmente a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 44 del ET. Esta solución hermenéutica permite salvar además los inconvenientes que a efectos de fijar el parámetro personal de la unidad productiva se derivarían de una remisión a la legislación laboral y de Seguridad Social como la que lleva a cabo el artículo 86 ter.2.4.^a de la LOPJ, caracterizada por un alto grado de abstracción y generalidad en cuanto al contenido al que reenvía.

Cuestión distinta es si la atribución de competencia para configurar el elemento personal de la unidad productiva supone el reconocimiento de una facultad absoluta e incontrolable, o si desde el enfoque que aquí se adopta y aparte de otras consideraciones relacionadas con la imposibilidad de efectuar esa labor con base en parámetros puramente subjetivos desvinculados de la realidad subyacente debe respetar determinadas normas laborales y, en especial, las antidiscriminatorias o las que estatuyen prioridades de permanencia en la empresa.

Otro dato de interés que arroja la nueva ordenación es que la asignación de competencia que efectúa la Ley 16/2022 en el tema que tratamos no se enmarca en el artículo 53 del TRLC, en el que se establece la jurisdicción del concurso en materia laboral, sino en el artículo 52, referido a otras materias. Ese acto de encuadramiento no es baladí, sino que responde a los términos en que el artículo 75.2.º de la LOPJ delimita la competencia de las salas de lo social de los TSJ para conocer de las resoluciones de los juzgados de lo mercantil, circunscrita a las recaídas en materia laboral. Más adelante se contrastará si esta hipótesis coincide con la regulación que en materia de recursos e incidentes contiene el TRLC.

² Por esta tesis parece decantarse Molina Navarrete (2022, p. 112) cuando sostiene que el juez del concurso, al delimitar el perímetro laboral y de Seguridad Social de la sucesión de empresa, está condicionado de forma estricta a lo dispuesto en el derecho del trabajo (art. 44 Estatuto de los Trabajadores -ET-) y en el derecho de la Seguridad Social.

3. Razones de la reforma

3.1. Razones explícitas

Una vez esbozado, en la faceta que nos ocupa, el actual panorama normativo sobre la sucesión de empresa en el concurso y despejadas las dudas sobre la posible divergencia o contradicción entre la norma orgánica y la concursal en el punto que se ha expuesto, resulta conveniente indagar en las razones que han llevado al legislador a reafirmar, mediante ley orgánica, la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para decidir si existe una sucesión de empresa, ya reconocida por el RDleg. 1/2020, y esclarecer, sirviéndose de la Ley 16/2022, que la investidura competencial comprende la delimitación de las relaciones laborales incluidas en la unidad productiva transmitida en el seno del concurso de acreedores.

Pues bien, favorecer el principio de seguridad jurídica en esta materia, evitando pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios como medio para potenciar la enajenación de la empresa o unidades productivas económicamente viables en el marco del procedimiento concursal, es el objetivo principal de la nueva regulación, al que se une el implícito de disipar las dudas que podían subsistir sobre la ilegalidad de la habilitación competencial que confirió al juez del concurso el TRLC, por carecer esta disposición del rango normativo exigible.

La Ley 16/2022, al igual que hizo en su día el RDleg. 1/2000, pretende eliminar las incertidumbres a las que se enfrentaban los interesados en hacerse cargo, en el contexto del concurso, bien de la empresa globalmente considerada, bien de una o varias de las unidades productivas que la conforman, lo que se había convertido en una operación de alto riesgo desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social como consecuencia de la eventual intervención *a posteriori* de los órganos de la jurisdicción social y contencioso-administrativa, los cuales podían declarar la existencia de una sucesión de empresa y establecer sus efectos apartándose de lo acordado por el juez mercantil supuestamente a título prejudicial, de forma que el comprador quedaba expuesto a contingencias laborales y de Seguridad Social muy importantes que, de materializarse, se traducían en la asunción de responsabilidad sobre la totalidad de la deuda laboral y de Seguridad Social que mantenía la entidad concursada al tiempo de la transmisión, con la única excepción, cuya aplicación se dejaba en manos del juez del concurso, de la correspondiente a los salarios e indemnizaciones satisfechos o susceptibles de ser cubiertos por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) conforme a lo previsto en el artículo 33 del ET.

Los factores laborales y de Seguridad Social disruptivos implicados en el proceso de venta judicial de unidades productivas estaban dificultando de manera notable el recurso a una figura que permite alcanzar objetivos tan loables como reflotar entidades económicas viables, evitando su cierre y liquidación definitiva, salvaguardar el tejido productivo, conservar, en todo o en parte, el empleo, así como evitar que el cese de la actividad desarrollada

por la concursada arrastre a otras empresas, todo ello en favor del interés general y del de las personas trabajadoras implicadas en particular. Solución que, además, lo que desde la óptica concursal tiene tanta importancia como la que resulta de las finalidades expuestas, redundará en beneficio del deudor y, en particular, da satisfacción a los acreedores al optimizar el precio de la unidad o unidades transferidas y comportar que los créditos contra la masa en concepto de indemnizaciones de despido no se incrementen más allá de lo necesario, todo lo cual favorece la recuperación de sus créditos.

Con la norma atributiva de competencia al juez del concurso, el legislador pretende poner fin de modo definitivo a una situación distorsionante y de graves consecuencias, en la que las mismas cuestiones –existencia de sucesión de empresa y efectos laborales y de Seguridad Social derivados de la adjudicación de la unidad productiva– podían ser resueltas de manera contradictoria por el juez del concurso que aprobó su venta en unas condiciones predeterminadas y por los juzgados y tribunales laborales y contencioso-administrativos, en claro detrimento de la seguridad jurídica, desincentivando el recurso a esa figura. Y es que, de resultados de la regulación precedente y de la doctrina jurisprudencial social y contencioso-administrativa que la interpretaba, la entidad compradora podía verse obligada a asumir una carga laboral y de Seguridad Social muy superior a la que tuvo en cuenta a la hora de formular su oferta y a la establecida por el juez del concurso en el auto de adjudicación de la unidad productiva, lo que aparte de otras consideraciones podía poner en peligro la propia viabilidad del nuevo proyecto empresarial.

Como resaltó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña en Auto de 8 de julio de 2021 (concurso 516/2019) en referencia al TRLC, pero con argumentos que resultan aplicables a la reforma del 2022:

Conviene destacar ahora que las previsiones que incorpora el texto refundido están encaminadas a poner fin a las incertidumbres que se generaron en los últimos años como consecuencia de las tensiones entre los juzgados de lo mercantil y los órganos de la jurisdicción social; ello redundó en una reducción de los supuestos en los que se articularon, con éxito, transmisiones de unidades productivas en concurso. Si se pretende favorecer el mantenimiento del tejido empresarial, parece una buena solución potenciar las enajenaciones de unidades productivas mediante una delimitación certera de su perímetro.

La valoración que merece la reforma en materia competencial desde la perspectiva del concurso, de la continuidad de la actividad de la empresa, o de alguna de sus unidades de negocio, y de la salvaguarda del empleo, no puede ser en líneas generales sino positiva, sin que la nueva regulación pugne con lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que en sus artículos 2 a) y 3 j) encomienda a los órganos jurisdiccionales de ese orden el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y personas trabajadoras como consecuencia del contrato de trabajo, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley concursal, y excluye de su ámbito las pretensiones cuyo conocimiento

y decisión estén reservados por dicha ley a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso. No hay que olvidar además que, conforme al mandato constitucional del artículo 117.3 de la Constitución española (CE), los jueces y tribunales ejercen su jurisdicción «según las normas de competencia y procedimiento que las mismas [leyes] establezcan».

A juicio de signo opuesto al expresado puede conducir la constatación de las consecuencias negativas para las personas trabajadoras que se vislumbran desde el punto de vista competencial y de la relegación de las salas de lo social de los TSJ y, por ende, del órgano de casación social, con los efectos negativos que ello conlleva, máxime si se tiene en cuenta que, frente a las ventajas que ofrece la venta de la unidad productiva, se alzan no solo los inconvenientes ordinarios y previsibles, sino también los que pueden generar comportamientos oportunistas o fraudulentos en perjuicio de las personas trabajadoras.

3.2. Razón implícita

En lo que respecta a su objetivo implícito, la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no ofrecen base suficiente para despejar las incógnitas que planearon sobre la decisión plasmada en el TRLC de dotar al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para apreciar la existencia de una sucesión de empresa, pero dejan claro que a partir del 17 de agosto de 2022 tal concesión no planteará ya problema alguno en lo que se refiere tanto a ese extremo como en lo que respecta a la delimitación del elemento laboral de la unidad productiva transmitida.

No procede analizar con detenimiento aquí los argumentos que respaldan la conclusión de que la atribución que en orden a la declaración de la existencia de la sucesión realizó el artículo 221.2 del TRLC excedió de la delegación conferida al Gobierno, al estar centrado este comentario en el escenario que se abre a partir de los cambios introducidos en la materia en 2022, pero resulta conveniente dejar constancia de tres extremos que se consideran de interés en la medida en que la cuestión va a seguir formando parte del debate judicial en los próximos meses.

El primer dato que debemos tener en cuenta es la posición favorable a la aplicación de la doctrina del *ultra vires* mantenida por las Salas de lo Social de los TSJ de Cataluña y Madrid en sus Sentencias de 7 de febrero y 30 de marzo de 2022 (recs. 6043/2021 y 165/2022). La primera, en un supuesto en que un trabajador cesado antes de la declaración del concurso amplió la demanda de despido contra la empresa que tiempo después adquirió la unidad productiva de su empleadora en el seno del concurso en fecha en que ya había entrado en vigor el TRLC. El juzgado de lo social se declaró incompetente para conocer de la pretensión deducida frente a dicha entidad y el tribunal de suplicación anuló la sentencia y devolvió los autos al órgano de instancia para que emitiese otra nueva sobre la base de que el precepto reseñado incurría en *ultra vires*, lo que determinaba su inaplicación y la vigencia de la doctrina jurisprudencial tradicional en la materia. La segunda resolución recayó en un litigio en el que después de que el juzgado de lo mercantil hubiese dictado

auto extinguiendo las relaciones laborales del personal de la concursada, que asumía la explotación de una cadena de clínicas dentales, determinadas unidades productivas fueron adjudicadas a un tercero, propietario de otro negocio similar. Un trabajador no subrogado presentó demanda frente al deudor y su sucesor en reclamación de los salarios impagados y la sentencia de instancia, ratificada en suplicación, condenó solidariamente a ambos, a pesar de que en el auto de adjudicación de las unidades productivas se estableció que la adquirente no se subrogaría en las liquidaciones o finiquitos pendientes de pago a empleados de las enajenadas que hubiesen causado baja con anterioridad.

Un segundo punto digno de consideración viene determinado, de un lado, por el contenido de la exposición de motivos de la LO 7/2022, en tanto advierte que:

[...] la incorporación a la Ley orgánica del Poder Judicial de materias que hasta ahora estaban en la ley ordinaria no es sino expresión de aquella regla según la cual las extensiones de jurisdicción de los juzgados de lo mercantil deben figurar necesariamente en la primera,

y de la regla 4.^a del apartado 2 del artículo 86 ter anteriormente glosada; y, de otro, por la previsión incorporada en el mismo sentido en el artículo 52 de la Ley 16/2022. De la afirmación contenida en el preludio de la ley orgánica y del contenido de las disposiciones señaladas cabe colegir con fundamento que la medida incorporada al artículo 221.2 del TRLC en su redacción original carecía de cobertura normativa adecuada, al no tener el TRLC valor de ley formal emanada de las Cortes Generales como para las normas con ese contenido exigen los artículos 24.2 y 117.3 de la CE, y el Tribunal Constitucional (Sentencias 101/1984, de 8 de noviembre, y 93/1988, de 24 de mayo), sin que la nueva regulación constituya un mecanismo válido de convalidación del vicio de *ultra vires* del que adolecía el precepto indicado en su versión inicial.

Por otra parte, de admitirse lo hasta aquí argüido, hay un tercer aspecto relevante, corolario de los precedentes, a propósito de las ventas de unidades productivas materializadas antes del 17 de agosto de 2022, o incluso de las producidas en el marco de concursos iniciados antes del 26 de septiembre de ese mismo año, dado el tenor de lo previsto en los epígrafes 1.º, 3.º y 5.º del apartado primero y del apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022; norma, cabe añadir, que no contiene ninguna disposición intertemporal al respecto, lo que aparte de su dudosa validez sería tanto como reconocer la ilicitud de la asignación que efectuó el RDleg. 1/2000.

Así las cosas, la pregunta que surge es la de si los juzgados de lo social que conozcan de litigios en los que la unidad productiva se transmitió, o el concurso se inició, con anterioridad a las fechas indicadas, pueden seguir asumiendo su competencia en virtud del criterio jurisprudencial social clásico. Interrogante que podría merecer una respuesta afirmativa a la vista de la doctrina de suplicación mencionada y del razonamiento adicional anteriormente expuesto. En este contexto transitorio, en lo que respecta al modelo competencial, resulta oportuno citar la Sentencia emitida por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 1 de

diciembre de 2021 (rec. 4427/2021), conociendo del recurso frente el auto del juzgado de lo social estimatorio de la demanda incidental de extensión de responsabilidad promovida por el ejecutante contra la empresa adquirente de la unidad productiva, pues en ella se rechazó la excepción de falta de competencia del orden social opuesta por la compradora, argumentando el tribunal que el TRLC entró en vigor con posterioridad a la compraventa de la unidad productiva de la concursada, lo que excluye la aplicación de lo dispuesto en su artículo 221.2 según el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 2.3 del Código Civil.

En cualquier caso, la complejidad del tema y el posible desconocimiento de las posibilidades que asisten a las personas trabajadoras no subrogadas para accionar, frente a la empresa adquirente, ante la jurisdicción social, por vía declarativa o ejecutiva, en reclamación de las cantidades adeudadas por la concursada de las que no se hace cargo el Fogasa conducen a relativizar el impacto real de esta problemática en la práctica forense.

4. Puntos clave de la reforma y problemas aplicativos

La atribución al juez del concurso de jurisdicción para declarar la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de una unidad productiva, así como para determinar en esos supuestos las relaciones laborales que integran la unidad transferida, constituyen las dos piezas clave de la reforma operada por la Ley 16/2022 en la materia que nos ocupa, si bien su repercusión trasciende el espacio competencial y conecta con los cambios introducidos en otras facetas sustantivas, como las referidas al propio concepto de sucesión de empresa y a las consecuencias de la transmisión, y procedimentales, como, entre otras, la relacionada con el informe de la Inspección de Trabajo, que como se ha advertido exceden del objeto de este comentario.

Conviene señalar que, en relación con el asunto que aquí se trata, el TRLC/2020 y la Ley 16/2022 instituyen un estatuto regulatorio único de la venta de la unidad productiva, que resulta de aplicación cualquiera que sea la fase del procedimiento concursal en que tenga lugar (Blanco García-Lomas, 2020).

4.1. Declaración de la sucesión de empresa

4.1.1. Ámbito de la competencia

El núcleo central de la reforma se concreta en conferir al juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente para declarar «la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas». En estos términos, coincidentes con los de la nueva regla 4.^a del artículo 86 ter.2

de la LOPJ, lo hace la correlativa del artículo 52.1 del TRLC en la redacción dada por la Ley 16/2022, frente a la expresión más amplia del artículo 221.2 del TRLC que, manteniendo la del texto original del RDleg. 1/2000, le reconoce la competencia única «para declarar la existencia de sucesión de empresa», sin efectuar ninguna indicación adicional.

La variación operada obliga a preguntarse si es meramente de detalle y no afecta a su contenido real, o puede tener otras implicaciones, esto es, si la previsión contenida en la LO 7/2022 e incorporada al precepto del TRLC dedicado específicamente a regular la jurisdicción del juez del concurso revela que la voluntad del legislador no es la de atribuirle la competencia para adoptar esa decisión en todo caso, sino de modo exclusivo respecto de las operaciones de transmisión de una unidad productiva como método de realización de los bienes y/o derechos que forman parte de la masa activa de la entidad concursada. La cuestión es importante y trascendente, pues, si así se entendiera, el juez mercantil no gozaría de competencia plena para dirimir si existe o no una sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social fuera de ese concreto supuesto, competencia que correspondería en instancia a los jueces de lo social.

Situados en ese plano de análisis, se observa que, con anterioridad a la reforma de 2022, la literalidad del artículo 221.2 del TRLC, haciendo abstracción del posible *ultra vires*, podía llevar a pensar que la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso le permitía dejar sentado, de forma definitiva e irrevisable, que el objeto de la venta era un conjunto de bienes y derechos de la masa activa, susceptibles de realización aislada o en globo, no organizados para la explotación de una actividad económica, no constitutivos, por tanto, de una entidad económica en funcionamiento real o potencial susceptible de venta unitaria con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de la actividad y las correspondientes consecuencias jurídicas en el plano laboral y de Seguridad Social.

Un ejemplo de ejercicio de esa potestad lo encontramos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 30 de noviembre de 2020 (concurso 42/2020) que aprobó el plan de liquidación de una sociedad del sector cárnico en el que se preveía la enajenación unitaria del inmueble propiedad de la concursada y de todos los elementos del inmovilizado material, como instalaciones técnicas, maquinaria y mobiliario. La Tesorería General de la Seguridad Social recurrió en apelación con el argumento de que se trataba de una unidad productiva y la Audiencia Provincial de Álava mediante Auto de 22 de julio de 2021 (rec. 473/2021) negó su existencia, habida cuenta de que: 1.º la actividad productiva que realizaba la concursada concluyó 2 años antes de la venta; 2.º en el interregno no se llevó a cabo ninguna labor de mantenimiento; 3.º no se transfirió el fondo de comercio ni existían contratos de trabajo en vigor; 4.º aun cuando dicha entidad tuviera la intención de continuar la misma actividad, los bienes adquiridos no serían suficientes para su inmediata puesta en marcha, requiriéndose una inversión en rehabilitación y mantenimiento o adquisición de nuevos bienes cuya magnitud no sería accesoria respecto del valor de aquello que recibió.

No obstante, la interpretación extensiva expuesta no se desprende de la ubicación sistemática del artículo 221.2 del TRLC y, en la actualidad, dista del tenor de la regla 4.^a del artículo 52.1 que hace referencia exclusivamente a los casos de enajenación de una unidad productiva, no siendo posible extrapolarlo a otros distintos; tesis en cuyo favor milita también el argumento de que el carácter exclusivo y excluyente de la competencia del juez del concurso ha de ser objeto de interpretación estricta, no pudiendo extenderse más allá de los límites marcados legalmente. Todo ello permitiría afirmar que en un asunto como el resuelto por la Audiencia Provincial de Álava en la sentencia anotada se abriría la posibilidad, en lo que aquí interesa, de que los juzgados de lo social, con ocasión de las demandas formuladas por antiguos empleados de la concursada frente al pretendido nuevo titular del negocio en reclamación de las indemnizaciones y los salarios adeudados, se apartasen de lo decidido, expresamente o por silencio, por el juez mercantil y declarasen que lo que se transmitió fue una unidad productiva y, por consiguiente, que se produjo una sucesión de empresa, con los efectos laborales inherentes, máxime si la compradora contrató, aunque fuese *ex novo*, a parte de la anterior plantilla³.

Otro caso que refleja la dimensión del problema aludido se encuentra en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de 18 de junio de 2021 (rec. 400/2021), resolutoria del recurso de suplicación promovido por los 7 trabajadores que integraban la plantilla de la concursada frente al auto por el que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas declaró extinguidos sus contratos por causas económicas. En el trámite de alegaciones del ERE concursal, los afectados manifestaron que existía una sucesión de empresa al haberse producido un traspaso de maquinaria y personal a otra mercantil; alegato que fue desestimado por el juez mercantil sobre la base de que no se había practicado ningún medio de prueba que permitiera concluir que se hubiese producido la referida transmisión, ni que esta afectase a una entidad económica que mantuviese su identidad; pronunciamiento que fue confirmado en suplicación. Ante este supuesto, se suscita nuevamente la duda de si los juzgados de lo social serían competentes para declarar la existencia de una sucesión de empresa y fijar sus efectos conociendo de reclamaciones como las reseñadas en el párrafo precedente.

4.1.2. Relevancia de la atribución de competencia

Más allá de la concreta temática analizada, y atendiendo ahora al supuesto específico al que se refiere la regla 4.^a del artículo 52.1 del TRLC en vigor, lo dispuesto en los

³ No comparten esta idea Muñoz Paredes y Díaz Llavona (2022, p. 209), para los que en aquellos casos en los que la operación de adquisición se ha calificado como una mera transmisión de activos cuando, en realidad, constituye una unidad productiva, o incluso en operaciones claramente fraudulentas, la última palabra la tiene el juez del concurso, habiendo perdido los jueces de lo social la competencia que ostentaban para determinar si, a pesar de la apariencia del negocio jurídico, debía apreciarse en él un supuesto de sucesión de empresa de acuerdo a lo previsto en el artículo 44 del ET. Si bien hay que señalar que esta exégesis se corresponde con la redacción del artículo 221.2 del TRLC anterior a la reforma de 2022.

artículos 200.2 y 221.1 del TRLC en el sentido de que una unidad productiva es un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio, y que de procederse a su enajenación se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa, no permite llegar a otra conclusión que no sea la de que la declaración de su concurrencia es un efecto automático de la aprobación de la venta de la unidad productiva, por imperativo legal, que no admite excepción alguna, o dicho en otras palabras su adjudicación determina necesariamente, siempre y en todo caso, una sucesión de empresa a los efectos indicados. Y ello, como advierte el Auto de 21 de octubre de 2021 (concurso 373/2021) del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, aunque nada se manifieste al respecto de manera expresa ni por el solicitante ni por la Administración concursal.

Interesa poner de manifiesto que, bajo la aparente simplicidad de la fórmula de atribución competencial utilizada, que podría llevar a pensar que nada relevante aporta, subyacen dos objetivos importantes que se proyectan sobre dos ámbitos diferentes. En primer lugar, se pretende evitar que el juez del concurso, en el caso de venta de una unidad productiva, pueda obviar que se ha producido una sucesión de empresa y excluir la responsabilidad que a efectos laborales y de Seguridad Social comporta para la entidad adquirente en los términos previstos por el artículo 224.1.3.º del TRLC. En segundo lugar, el carácter exclusivo y excluyente de la fijación jurisdiccional deja claro que la competencia plena para declarar la existencia de una sucesión de empresa en el supuesto señalado, con efectos tanto en el seno del concurso como fuera de él, como resalta Barros García (2021, p. 1.264), reside en el juez de lo mercantil. Esta reserva competencial elimina la posibilidad de que el juez social o contencioso-administrativo, al solventar una controversia en la que sea parte la adquirente de la unidad productiva, no se atenga a lo resuelto por el juez del concurso y establezca consecuencias jurídicas distintas. Se despejan así las nubes interpretativas originadas por la regulación anterior que obstaculizaban la venta de unidades productivas en el concurso, se garantiza la irreversibilidad de la decisión firme adoptada por el juez mercantil y se evita el planteamiento de conflictos de competencia o de jurisdicción.

4.2. Delimitación de la unidad productiva

El otro eje de la reforma en estudio es la atribución expresa de competencia al juez del concurso para delimitar el conjunto de activos y pasivos que integran la unidad productiva que se transmite. Conviene señalar, aunque pueda parecer obvio, que no es preciso que la unidad así definida tuviese existencia independiente y funcionase autónomamente como tal con anterioridad a la enajenación, pudiendo delimitarse *ad hoc* para facilitar su venta.

Entre los elementos de la unidad productiva que el juez del concurso está facultado para determinar figura el personal, esto es, en los términos que utiliza el artículo 221.2 del TRLC en su actual redacción, las relaciones laborales que la componen. Se puede sostener con fundamento que se trataba de una competencia implícita en la versión inicial del precepto,

deducible tanto de la asignada al juez del concurso para declarar la existencia de la sucesión de empresa, al ser necesaria para asegurar la plena efectividad de su ejercicio, como de la limitación de responsabilidad del adquirente incorporada por el artículo 224.1.3.º del TRLC, al disponer que las únicas deudas laborales y de Seguridad Social de la concursada a las que tiene que hacer frente son las contraídas con las personas trabajadoras de esa unidad productiva en cuyos contratos queda subrogado. Así lo venían haciendo pacíficamente los jueces del concurso. Sin embargo, el legislador, en aras de la seguridad jurídica, ha querido otorgarles jurisdicción en esa materia no solo de forma expresa y diferenciada de la referida a la declaración de la sucesión de empresa, sino con carácter exclusivo y excluyente, lo que impide a las personas trabajadoras acudir a los juzgados de lo social para expresar su discrepancia con la decisión adoptada al respecto por el juez del concurso.

La lectura de los artículos 52.1, regla 4.^a, y 221.2 del TRLC pone de relieve que a la hora de configurar la competencia reservada al concurso no se utiliza la expresión «delimitación del perímetro de la unidad productiva», que era la habitualmente empleada por los jueces mercantiles y las audiencias provinciales antes de la aprobación del TRLC, sino las expresiones «determinación de los elementos que la integran», o «delimitación de los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen», respectivamente. Trinidad Santos (2022, p. 5) ha justificado esta diferencia con el argumento de que la teoría de la delimitación del perímetro de la unidad productiva «era una construcción judicial que consistía en contener la responsabilidad solidaria del adquirente a la deuda laboral y de Seguridad Social de los contratos en los que se subrogaba al adquirir la unidad productiva»⁴, como mantiene también Escolá i Besora (2022) al equiparar la delimitación del perímetro de la unidad productiva con la limitación de la sucesión de empresa a las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los contratos de trabajo en vigor. Frente a esa concepción, de la actual ordenación en la materia se desprende que la atribución de competencia al juez del concurso para acotar la unidad productiva objeto de enajenación tiene un significado y un alcance distinto y más amplio que el precedente.

Bajo un prisma de análisis diferente, la mención expresa del elemento laboral como uno de los factores esenciales a considerar en el momento de definir la unidad productiva es lógica si se tiene en cuenta que la competencia que se otorga al juez del concurso lo es para decretar la existencia de una sucesión de empresa «a efectos laborales y de Seguridad Social» y que tal declaración debe efectuarla siempre que enajene una unidad productiva, entendida como un conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica, lo que implica que en la fecha del traspaso tal unidad debe contar con una infraestructura personal propia y viva, indispensable para la explotación del negocio. De no ser así, el objeto de

⁴ Al respecto, Rodríguez Achútegui (2021, p. 1.136), después de glosar esa teoría, señala que queda incorporada legalmente en el artículo 224.1.3.º, en relación con el artículo 221 del TRLC, pues se limita la eventual responsabilidad por declararse la existencia de la sucesión de empresa a los contratos de trabajo que se asumieron al adquirir la unidad productiva, y no todos los demás.

la venta no sería un conjunto de la índole señalada, sino determinados activos materiales y/o inmateriales aislados que forman parte del patrimonio de la concursada y que están o estuvieron afectos en su día a la actividad económica que realizaba, pero que desde el punto de vista laboral no constituyen una unidad productiva susceptible de ser transmitida como tal. Esta interpretación viene respaldada por el contenido de los artículos 218.4.º, 220.1, 222.1 y 224.1.3.º del TRLC, lo que no significa que, como anteriormente se ha expuesto, la calificación realizada por el juez del concurso no pueda ser revisada posteriormente por los jueces de lo social teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y las vicisitudes posteriores a la enajenación.

Por otra parte, el hecho de que sea el juez del concurso el que adopte la decisión final sobre la delimitación de la unidad productiva objeto de transmisión no debe llevar a ignorar la influencia decisiva que ejerce la configuración previa elaborada, bien por la concursada con la colaboración de la Administración concursal, bien por esta última, o, en su caso, por el experto designado para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, a lo que se suma el resultado de las negociaciones mantenidas con los potenciales adquirentes⁵. El propósito principal que inspira la labor indicada es adecuar la estructura de la plantilla a variables tales como el concreto tipo de actividad que se va a desarrollar a partir de la venta, el volumen de negocio previsto, los nuevos métodos de organización y explotación, la optimización de los recursos y, en definitiva, ajustarla a las necesidades de mano de obra de la unidad productiva conformada. Junto a este designio, se vislumbra otro no menos primordial para los oferentes, cual es el de tener un exacto conocimiento de las deudas laborales y de Seguridad Social pendientes de cuya satisfacción se van a hacer responsables.

Claro está que el contenido de las ofertas en lo que respecta al elemento personal de la unidad productiva puede estar muy alejado, como se refleja en el Auto de 25 de mayo de 2021 (concurso 430/2020), mediante el cual el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Mallorca adjudicó la unidad productiva de Perlas Majorica, en el que las ofertas formuladas iban desde mantener 174 puestos de trabajo de los 277 que constituían la plantilla del deudor a conservar únicamente 96. En dicha resolución se deja constancia de la propuesta de la Administración concursal que, además de prever la apreciación de la solvencia y trayectoria empresarial, contemplaba dos criterios de valoración a ponderar de forma conjunta –la mayor satisfacción de los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial y el empleo– en los que se condensan las dos finalidades esenciales de un concurso de acreedores. Finalmente, atendiendo a esas directrices, el juzgado autorizó la transmisión de la unidad productiva con el perímetro fijado en la solicitud inicial del procedimiento de venta.

Sin abandonar el escenario descrito, surge una pregunta que, aunque parezca simple, no podemos soslayar, acerca de si el juez del concurso puede aceptar una propuesta en la

⁵ Como señala Cano Marco (2020, p. 324): «la unidad productiva puede ser modulada igualmente por el adquirente cuando en la oferta de empleo que debe realizar conforme al art. 218 TRLC concrete los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidas en la oferta».

que el interesado en la compra de una unidad productiva manifieste que no contempla la subrogación directa de personas empleadas, por disfrutar de unas condiciones laborales muy superiores a las del sector, lo que constituye la causa principal de la pérdida de competitividad y de la situación económica por la que atraviesa la empresa, si bien una vez aprobado el ERE extintivo total, ofrecerá a un determinado número de aquellas una nueva contratación en términos que permitan relanzar la actividad. La respuesta que merece una oferta planteada en esos términos, o en otros similares que descarten la asunción de ninguna responsabilidad a efectos laborales, debe ser negativa en la medida en que el ordenamiento jurídico ofrece las herramientas necesarias para superar situaciones análogas a la relatada, como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la que alude expresamente el artículo 220.1 del TRLC y que otra solución contravendría frontalmente los artículos 221.2 y 224.1.3.º del TRLC. Esta conclusión no resulta desvirtuada por la enigmática mención a «las indemnizaciones pendientes de pago» que contiene ese último precepto, que, de aludir a las indemnizaciones por despido anteriores a la enajenación, obedece previsiblemente a un error, pues los créditos de esa naturaleza a los que hace frente el Fogasa son los de las personas trabajadoras en cuyos contratos laborales no se subroga el adquirente.

En lo que respecta a la forma concreta en que el juez del concurso procede a materializar finalmente la delimitación del elemento personal, la misma puede variar, aunque lo más común es que la lleve a cabo mediante la elaboración de un listado de las personas trabajadoras que componen la unidad productiva, identificadas nominativamente, con expresión de la antigüedad y del salario de cada una de ellas, así como de su grupo profesional y categoría profesional en su caso, si bien no cabe descartar otras fórmulas en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto de que se trate.

5. Determinación de la unidad productiva y extinción colectiva de relaciones laborales

5.1. Planteamiento general

El ejercicio por parte del juez del concurso de la facultad de delimitar las relaciones laborales que componen la unidad productiva objeto de transmisión comporta, en el supuesto más habitual en la práctica de que las incluidas en su perímetro no sean todas las que conforman la plantilla de la concursada, o todas las dedicadas a atender la línea de negocio transferida, la necesidad de amortizar los puestos de trabajo de las personas empleadas en las que el adquirente no se va a subrogar, lo que en la hipótesis más común de que el número de las excluidas alcance los umbrales establecidos en el artículo 51.1 del ET hará necesario que la Administración concursal, o la representación de las personas trabajadoras, soliciten la incoación de un expediente de extinción colectiva de contratos de trabajo, por causas económicas, y productivas en su caso, que se tramitará conforme a las reglas establecidas en los artículos 169 y siguientes del TRLC, a las que remite el artículo 220.2 del TRLC.

El cómo y el cuándo se articula la relación entre la enajenación de la unidad productiva, en especial en su dimensión personal, o la previsión de que se lleve a cabo, y la extinción colectiva de contratos, están sujetos a una amplia variabilidad. En ocasiones, la decisión adoptada en el ERE concursal, de manera previa o simultánea a la enajenación de la unidad productiva, y en muchos casos teniendo presente la viabilidad de esa operación, es la que servirá para trazar, por exclusión, el círculo de personas trabajadoras que ha de asumir la empresa que se va a hacer cargo de la explotación, circunscrito a quienes sigan formado parte de la plantilla de la unidad económica en el momento en que se formalice su venta por permanecer vigente el vínculo contractual con el deudor. Obligación de subrogación que ni con anterioridad ni con posterioridad a la entrada en vigor del TRLC y de su reciente reforma se extiende a los empleados/as que antes de que se materialice la enajenación de la unidad de negocio delimitada en sede concursal habían sido arrojados extramuros de su perímetro y quedaron, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la normativa sucesoria del artículo 221.4.3.º del TRLC que, en lo que a la consecuencia subrogatoria se refiere, encuentra fundamento en el hecho de que su operatividad está condicionada a que la relación laboral esté viva al tiempo de la transmisión; requisito que no se cumple si previamente se ha extinguido en virtud de una resolución judicial que, como preceptúa el artículo 183 del TRLC, surte efectos constitutivos desde la fecha en que se dicta, salvo que en ella se disponga otra fecha posterior. Por lo demás, no cabe descartar que la solicitud de incoación del ERE concursal vaya acompañada de la aportación del acuerdo alcanzado por la Administración concursal y la representación del personal con ocasión de las conversaciones mantenidas sobre el plan de venta de la unidad productiva y la procedencia de extinguir los contratos de trabajo del personal no adscrito a la misma, lo que de existir consenso al respecto hará innecesaria la convocatoria del periodo de consultas.

Otras veces, consumada ya la enajenación de la unidad productiva, el ERE concursal se sustancia para poner fin a los contratos de trabajo del personal que quedó excluido del contorno de aquella, como en el caso que resolvió el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona mediante Auto de 6 de agosto de 2021 (concurso 1556/2020), en el que después de que se hubiese efectuado la venta judicial de un hotel, en cuyo perímetro figuraban 12 trabajadores en cuyos contratos se subrogó la adquirente, se tramitó ERE concursal para extinguir los contratos de los 14 empleados restantes. Tal medida fue aprobada judicialmente al entender acreditadas las causas económicas aducidas para justificarla y considerarse infundada la alegación de los representantes en el sentido de que la unidad resultante no podría funcionar con los trabajadores incorporados por la compradora, argumentando frente a ello el magistrado que había quedado probada la externalización de determinados departamentos, así como que en la actualidad el hotel estaba funcionando exclusivamente con el personal subrogado. Finalmente, el juez razona que la cuestión relativa a los trabajadores incluidos en la unidad transmitida y a los afectados por el ERE quedó resuelta al delimitar el perímetro de venta de la unidad productiva. Esta consideración es de gran interés, en tanto expresa con claridad la vinculación existente entre ambas decisiones en casos como el comentado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe quedar claro que los escenarios de articulación y armonización en los que pueden confluír la delimitación del perímetro personal de la unidad productiva y la extinción colectiva de contratos de trabajo no se agotan en los descritos, aunque sean los más frecuentes, existiendo otros alternativos, como el que dibuja el Auto de 26 de abril de 2021 (concurso 1755/2020), del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Barcelona, que autorizó la extinción, por causas económicas, de todos los contratos de la entidad en concurso con una indemnización de 20 días por año trabajado con un límite de 12 mensualidades, con la apostilla de que el cese se efectuaría de forma escalonada a fin de que se pudieran finalizar los trabajos pendientes en interés del concurso y se solventara el procedimiento de venta de la unidad productiva.

5.2. Acciones ejercitables por las personas trabajadoras y sus representantes

En la medida en que el contorno personal de la unidad productiva fijado por el juez mercantil predetermina o condiciona la decisión que le corresponde adoptar en el ERE concursal, tanto si este se tramita cuando ya se ha consumado la transmisión como si se anticipa, resulta conveniente analizar las acciones que las personas trabajadoras de la concursada, y sus representantes, pueden promover para la defensa de los derechos laborales de los que se consideren asistidos tanto frente al auto de adjudicación de la unidad de negocio definida judicialmente como contra el que recae en el ERE concursal fundando su impugnación en la temática referida a la sucesión de empresa, de manera que permita verificar el impacto real de la reforma y detectar posibles problemas, así como en su caso realizar propuestas orientadas a su solución.

5.2.1. Acciones frente al auto de adjudicación de la unidad productiva

En su versión original, el artículo 216 del TRLC disponía en su epígrafe 4 que «contra el auto que acuerde la realización de los bienes y derechos de la masa activa a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada no cabrá recurso alguno»; apartado que ha sido suprimido por la Ley 16/2022, al igual que el número 2, de lo que se colige que, de conformidad con lo previsto en el artículo 546 del TRLC, también en la redacción dada por la Ley 16/2022, contra la decisión que adopte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que el TRLC otorgue expresamente recurso de apelación. Pues bien, salvo error de búsqueda, no se encuentra ninguna norma que lo conceda en esta materia. Lejos de ello, la nueva versión del artículo 422.3 del TRLC, en el marco concreto de las operaciones de liquidación, previene que «contra el auto que acuerde la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan, no cabrá recurso alguno».

Comporta lo expuesto que los tribunales de suplicación, y el órgano de casación social, carecen de competencia para conocer en trámite de recurso de la problemática laboral generada por las condiciones en las que el juez del concurso procede a enajenar la unidad productiva; control que tampoco pueden ejercer en el ámbito de un hipotético incidente concursal en materia laboral que, según establece el artículo 541.1 del TRLC, solo puede tener por objeto el auto que decida sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP) que, conforme a la ley, tengan carácter colectivo, así como las de personas trabajadoras que tengan la condición de personal de alta dirección contra la decisión de la Administración concursal de extinguir o suspender los contratos suscritos por el concursado con estas.

Por tanto, el mecanismo procesal al que podrían acudir, en su caso, las personas trabajadoras y sus representantes para oponerse al auto por el que se adjudica la unidad productiva, tanto si la enajenación se acuerda mediante resolución independiente como si se hace en el auto que apruebe el plan de liquidación, sería el incidente concursal general que regulan los artículos 532 y siguientes del TRLC, y contra la resolución que recayese en el mismo, tendrían la opción de formular recurso de apelación ante la audiencia provincial.

De cuanto se deja dicho se obtiene una doble conclusión. La primera es que el legislador ha querido excluir a la jurisdicción social del conocimiento de unas materias tan relevantes como son la declaración de la existencia de la sucesión de empresa y sus efectos y la delimitación del elemento laboral de la unidad productiva. Y, la segunda, que, en lo que respecta a esas cuestiones, el juez del concurso no interviene como un órgano encuadrado en la jurisdicción social sujeto al control de las salas de suplicación y, en último término, de la Sala 4.^a del TS.

A las consideraciones precedentes hay que añadir que la LO 7/2022, siguiendo la senda abierta por el TRLC/2000, ha suprimido la prevención del artículo 86 ter de la LOPJ en su redacción anterior, según la cual «en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral». Lo único que se recoge ahora en el artículo 169.2 del TRLC es que en todo lo no previsto en la subsección en la que se regulan las medidas de regulación de empleo colectivas y la extinción y suspensión de los contratos del personal de dirección se aplicará la legislación laboral.

En otro orden de ideas, y aunque no guarde relación directa con el tema concreto objeto de análisis, hay que dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 220.1 del TRLC en el sentido de que «las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de 15 días, de los representantes de *los trabajadores, si existieran*». En este trámite podrán formular las observaciones que consideren pertinentes, que no tienen que estar limitadas a los aspectos laborales y de Seguridad Social, así como eventuales propuestas, suscitándose la

duda de si se tendrá que recabar también su opinión cuando la oferta de la adquisición de la unidad productiva tenga lugar con posterioridad a dictarse el auto de extinción colectiva de la totalidad de las relaciones laborales de la concursada.

5.2.2. Impugnación colectiva o individual del auto extintivo concursal

5.2.2.1. Observaciones preliminares

Desde la perspectiva competencial, los cambios introducidos por la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no han tenido implicaciones novedosas sobre los instrumentos procesales con los que cuenta la representación del personal, y/o las personas empleadas afectadas, para poner en cuestión la acomodación a derecho de la decisión del juez del concurso de aprobar la extinción total o parcial de contratos de trabajo en el marco de un ERE sustanciado en la forma prevista en los artículos 169 y siguientes del TRLC.

Los mecanismos procesales que la legislación concursal pone a disposición de los sujetos colectivos y de las personas trabajadoras individuales son los regulados en los artículos 551 y 541 del TRLC. El primero de dichos preceptos dispone que, contra el auto que decida sobre el despido colectivo por causas ETOP, la representación de las personas trabajadoras podrá interponer recurso de suplicación que se tramitará y resolverá ante los órganos jurisdiccionales del orden social, mientras que el segundo establece, en lo que aquí interesa, que las acciones deducidas por las personas trabajadoras contra el auto que decida sobre el despido colectivo por causas ETOP se dilucidarán por el trámite del incidente concursal en materia laboral, que finalizará mediante sentencia, frente a la que, como especifica el artículo 551.1 del TRLC, cabe interponer recurso de suplicación.

La reciente reforma no ha alterado este esquema, como tampoco lo hizo el RDleg. 1/2020 que, sin embargo, efectuó una modificación en el objeto del incidente concursal laboral que adquiere gran trascendencia en la materia que nos ocupa, por lo que resulta oportuno detenerse en ella. Al respecto, es de ver que bajo la vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, el objeto de las pretensiones ejercitables por el conducto del incidente concursal laboral se circunscribía a aquellas cuestiones que estuviesen referidas estrictamente a la relación jurídica individual, lo que dejaba fuera las referidas a la sucesión de empresa que tuviesen proyección general. Ahora, el artículo 541 del TRLC no impone limitación alguna, lo que implica, aunque no son pocos los autores que discrepan de esta interpretación, que por esa vía se pueden suscitar cuestiones que sobrepasen el ámbito estricto de la relación individual, sin perjuicio de que la sentencia únicamente tenga efectos respecto de la persona trabajadora o personas trabajadoras demandantes.

Se trata de un cambio muy relevante introducido por el RDleg. 1/2020, que no se ha visto afectado por la última reforma, y convirtió ese cauce en una herramienta de reacción frente al auto emitido en el ERE concursal más garantista, equiparando a las personas

trabajadoras incluidas en el mismo con las concernidas por el despido colectivo acordado por una empresa no inmersa en concurso. De esta forma, junto a cuestiones de carácter individual, podrán suscitar otras susceptibles de incidir indistintamente en todas las personas empleadas comprendidas en el auto, como las atinentes a la sucesión de empresa y sus efectos.

En virtud del diseño legal, que encuentra amparo orgánico en la LOPJ, al juez mercantil le corresponde conocer, en el marco del ERE concursal, las cuestiones que puedan suscitar los representantes del personal en torno a la problemática de la sucesión de empresa, con eventual repercusión en la resolución que ha de dictar en dicho expediente. Se trata de una temática que se incardina en el ámbito interno de la decisión del juez mercantil en el procedimiento de extinción colectiva. Asimismo, le compete solventar los incidentes que formulen las personas trabajadoras cesadas en los que se plantee ese asunto. Por su parte, la discrepancia con lo que haya resuelto en ese punto el juez del concurso en el auto emitido en el ERE o en la sentencia que pone fin al incidente concursal laboral, respectivamente, se canaliza a través del recurso de suplicación frente al auto o la sentencia, también respectivamente.

Una circunstancia que conviene resaltar es que ambas vías son compatibles y susceptibles de ejercicio simultáneo por los sujetos legitimados para su ejercicio, sin que el TRLC establezca reglas de coordinación entre ellas, lo que genera una serie de interrogantes en relación con el canal individual de gran significado y trascendencia.

El primero de ellos se refiere a la fecha de inicio del cómputo del plazo de 30 días que para la presentación de la demanda incidental laboral habilita el artículo 541.1 del TRLC. La legislación concursal no contiene unas reglas específicas como las recogidas en el artículo 124.13 de la LRJS en función de que el despido colectivo haya sido impugnado o no por la vía colectiva. Según se estipula en dicho precepto, en el primer caso, el plazo para la impugnación individual da comienzo, en lo que ahora importa, desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, sin perjuicio del derecho que asiste a la persona trabajadora para ejercitar la acción antes de que se presente la demanda colectiva o mientras se sustancia la misma, lo que, como advirtió la Sala 4.^a del TS en la Sentencia de 28 de febrero de 2018 (rec. 1033/2016), resulta conveniente ante la posibilidad de que la persona trabajadora no tenga conocimiento de la finalización del proceso colectivo con tiempo suficiente para accionar individualmente antes de que caduque su acción. En el segundo supuesto, el plazo empieza a correr una vez ha transcurrido el de caducidad de 20 días del que disponen los representantes de las personas trabajadoras para el ejercicio de la acción colectiva. Se puede sostener que estas reglas rigen también en el incidente concursal laboral por estar sujeto a la misma dinámica, pero lo prudente para evitar sorpresas irremediables es formular la demanda incidental dentro del plazo marcado legalmente, haciendo abstracción del posible ejercicio de la acción colectiva por parte de los representantes del personal.

La segunda duda que surge es si, en el caso de que alguno o algunos de los sujetos legitimados al efecto hayan entablado recurso de suplicación contra el auto recaído en el ERE concursal, el incidente concursal laboral se debe detener hasta que devenga firme la resolución que decida dicho recurso. Así lo dispone el artículo 51.6 del ET en el ámbito extraconcursal al señalar que la interposición de la demanda de despido colectivo por la representación de las personas trabajadoras paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella. El más elemental parámetro de la lógica aboca a concluir que la misma solución deberá seguirse en relación con el incidente concursal laboral. Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona en el Auto emitido el 8 de septiembre de 2022 (inc. 49/2022) se inclinó por otra alternativa en un supuesto en el que 3 trabajadores formularon demanda incidental en la que, entre otras pretensiones, solicitaron que se declarase la responsabilidad solidaria de la sociedad que adquirió la unidad productiva en el pago de las indemnizaciones adeudadas por la concursada. El magistrado razonó que ya había abordado esa cuestión en el auto de extinción de las relaciones laborales frente al que pendía recurso de suplicación y apreció la excepción de litispendencia con base en lo dispuesto en el artículo 427 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) acordando el archivo de las actuaciones. Llama la atención la clase de resolución que utilizó para resolver el incidente y que en su parte dispositiva informara a las partes que contra la misma cabía interponer recurso de apelación ante la audiencia provincial.

La tercera pregunta que se presenta versa sobre la aplicabilidad en el incidente concursal laboral de la regla 2.ª del artículo 124.3 b) de la LRJS en tanto previene que la sentencia firme dictada en el proceso colectivo tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que su objeto quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda de despido colectivo. La misma previsión debería aplicarse, por apreciarse identidad de razón, en el marco concursal.

Después de esta visión general sobre el sistema de reparto competencial que el legislador ha establecido en lo que respecta al ERE concursal, se profundiza a continuación en el estudio de la doctrina jurisprudencial social que lo interpreta y de las resoluciones más recientes dictadas por los jueces de lo mercantil y por las salas de lo social de los TSJ que guardan relación con la problemática de la sucesión de empresa, con la vista puesta en comprobar el alcance del control que efectúan los tribunales de suplicación y verificar las posibilidades reales que tienen las personas trabajadoras y sus representantes de defender sus intereses.

5.2.2.2. Doctrina jurisprudencial y su vigencia tras la reforma de 2022

Atendiendo al enfoque expresado y centrándonos en el aspecto que ahora interesa, se observa que, antes de la reforma que se comenta y con anterioridad también al TRLC, la competencia para el conocimiento de las acciones colectivas promovidas por la representación legal de las personas trabajadoras de la entidad deudora contra el auto dictado por

el juez mercantil en el ERE concursal basadas en la existencia de una sucesión de empresa le correspondía, a través del recurso de suplicación, a las salas de lo social de los TSJ, de forma que los órganos de la jurisdicción social carecían de competencia para conocer en instancia de la impugnación de dicha resolución por el cauce de la modalidad procesal de despido colectivo.

Así lo declaró el órgano de casación social en la Sentencia de 21 de junio de 2017 (rec. 18/2017), dictada en Sala General, enjuiciando la demanda de impugnación de despido colectivo interpuesta por los representantes del personal frente a la comunicación realizada por el administrador concursal a los trabajadores de la empresa relativa a la extinción de sus contratos de trabajo al amparo del auto del juzgado de lo mercantil que autorizó la extinción de la totalidad de las relaciones laborales. La demanda se dirigió frente a la empresa declarada en concurso y otras sociedades y personas físicas no concursas en situación de insolvencia, por configurar, a entender de los accionantes, un grupo patológico del que se derivaría la responsabilidad por la extinción de los contratos de trabajo de los implicados. La Sala 4.^a razonó que esa cuestión pudo –y debió– ser suscitada en el periodo de consultas ante el juez del concurso y que, en todo caso, la única vía colectiva hábil para cuestionar la acomodación a derecho de la decisión extintiva autorizada por el auto del juez mercantil era el recurso de suplicación frente a dicha resolución.

El mismo criterio aplicó la Sala de lo Social del TS en la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (rec. 1352/2016), conociendo de la demanda individual de despido formulada por un trabajador cuyo contrato había quedado resuelto por el auto recaído en el ERE concursal, frente a 30 sociedades mercantiles, de las que 7 se hallaban en situación de concurso, con la pretensión de que se declarara su derecho a percibir la indemnización de 45 días de salario por año trabajado correspondiente a la extinción de la relación laboral y se declarara, asimismo, la existencia de un grupo laboral patológico integrado por todas las codemandadas con la consiguiente condena solidaria de las mismas al abono de la indemnización postulada. La Sala 4.^a concluyó que el juzgado de lo social carecía de competencia para conocer de la demanda, sin perjuicio de la competencia de la sala de lo social del TSJ para conocer el eventual recurso de suplicación que, en su caso, se formulara frente a la resolución del juez de lo mercantil recaída en el incidente concursal laboral que se pudiese plantear.

A igual solución llegó el TS en la Sentencia de 13 de enero de 2022 (rec. 4804/2018), conociendo de las demandas individuales de despido formuladas por varios trabajadores cesados en un ERE concursal, dirigidas frente a su empleadora y otras entidades no concursas en concurso, por constituir un grupo de empresas laboral, dándose la circunstancia de que el juzgado de lo mercantil, en el auto en el que acordó la extinción colectiva de los contratos, consideró que esa cuestión debía ventilarse en procedimiento declarativo distinto del incidente concursal en materia laboral. La sala de casación dictaminó que el conocimiento del asunto le incumbía al juzgado de lo mercantil por el cauce del incidente concursal laboral. Y ello, cabe añadir, aunque la Sala 4.^a no se pronunció al respecto, a pesar de la advertencia efectuada por el juez del concurso, que de reiterarse en la sentencia resolutoria del incidente podría ser recurrida en suplicación por los afectados.

Y la misma posición adoptó la Sala de lo Social del TS en Sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 3376/2020), en un asunto similar al que se acaba de reseñar, concluyendo que el juzgado de lo social no tenía competencia para conocer de la impugnación de la extinción individual del contrato promovida por quien fue incluido en el despido colectivo concursal, aunque alegase la concurrencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

La doctrina expuesta, aun referida específicamente a las acciones colectivas o individuales frente al auto recaído en el ERE concursal basadas en la existencia de un grupo de empresas laboral, resulta trasladable, al apreciarse identidad de razón y no concurrir particularidades que den cobertura a otra solución, al supuesto en el que las personas trabajadoras cuya relación ha quedado extinguida en virtud del ERE concursal, y/o sus representantes, ejercitan una acción de impugnación de despido, individual o colectiva, ante los órganos de instancia de la jurisdicción social frente a la entidad declarada en concurso, y un tercero que no se encuentra en situación de insolvencia, con sustento jurídico en la existencia de una sucesión de empresa derivada de la venta de una unidad productiva en sede concursal.

Es verdad que, en la Sentencia de 2 de julio de 2020 (rec. 119/2018), la Sala 4.^a llegó a otra conclusión, pero lo resuelto en ella no responde a la voluntad de aplicar en los supuestos de sucesión de empresa un criterio diferente del seguido respecto de los grupos de empresa, sino que se explica por la complejidad que reviste esta temática, de lo que constituye, asimismo, muestra la Sentencia de 26 de septiembre de 2019 (rec. 1658/2017), en la que esa misma sala declaró la competencia del juzgado de lo social para conocer de las demandas individuales de despido presentadas por unos trabajadores cuyos contratos habían quedado extinguidos en el ERE concursal basadas en la existencia de un grupo de empresas laboral entre la concursada y las codemandadas.

Nótese que la razón por la que el órgano de casación social negaba la competencia del orden social para enjuiciar, en la instancia, esa clase de pretensiones no radicaba en su falta de jurisdicción para declarar la existencia de un grupo de empresas patológico y establecer los efectos correspondientes, sino en el hecho de que, una vez aprobado el despido colectivo por el juez del concurso, las personas incluidas que entendiesen perjudicados sus intereses, y sus representantes, debían hacer valer sus derechos en el incidente concursal laboral o en el recurso de suplicación, respectivamente; consideración que resulta extensible a la sucesión de empresa.

Como se ha adelantado, la nueva regulación instaurada por la LO 7/2022 y la Ley 16/2022 no incide en el aspecto que nos ocupa, aplicándose, por tanto, el régimen previsto en el RDleg. 1/2020, que, a su vez, no difería del establecido en la Ley concursal de 2003, y manteniendo su vigencia la doctrina jurisprudencial de la que se ha dado cuenta, de manera que la pretensión impugnatoria del auto en el que el juzgado de lo mercantil acuerda la extinción colectiva de contratos de trabajo, aun fundamentada jurídicamente en las previsiones legales referidas a la sucesión de empresa, tanto si deriva de la venta de una unidad productiva en sede concursal como si se produce en virtud de otro mecanismo, deberá ser encauzada,

bien por la vía colectiva a través del recurso de suplicación que se interponga frente a la referida resolución, bien individualmente, por las personas trabajadoras afectadas, utilizando el cauce del incidente concursal en materia laboral que se solventara mediante sentencia recurrible en suplicación.

5.2.2.3. Control en suplicación de las decisiones adoptadas por el juez mercantil en el ERE y el incidente concursal laboral relacionadas con la sucesión de empresa

1.º Importancia del tema

El control que en esta materia pueden ejercer las salas de lo social de los TSJ con ocasión de los recursos de suplicación de los que les corresponde conocer, interpuestos contra el auto resolutorio del ERE concursal por los sujetos colectivos y/o contra la sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil en el incidente concursal laboral promovido por las personas trabajadoras afectadas por la medida, es una cuestión cuya importancia se hace evidente debido a dos factores interrelacionados a los que se ha hecho mención anteriormente: de un lado, la función instrumental que desempeña el ERE concursal en el contexto de la venta de la unidad productiva; de otro, el sistema de recursos frente a las resoluciones en las que el juez del concurso acuerda la adjudicación de la unidad productiva, que no permite a las salas de lo social de los TSJ intervenir de manera frontal y directa, en vía de recurso de suplicación, sobre cuestiones tales como la dotación personal de la unidad enajenada, a cuyas personas trabajadoras se contrae la obligación de subrogación, y los efectos laborales de la transmisión.

La conjunción de ambos elementos y su enorme repercusión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas trabajadoras y de la intervención de la jurisdicción social en un fenómeno laboral tan importante hace necesario analizar si el recurso de suplicación frente al auto extintivo o contra la sentencia emitida en el incidente concursal laboral ofrece a los representantes del personal al servicio del deudor y a las trabajadoras y trabajadores afectados por el ERE concursal, respectivamente, la posibilidad de plantear de manera efectiva y con posibilidades de éxito su disconformidad con la medida extintiva aprobada por el juez mercantil en una situación caracterizada por la necesidad de adaptar la plantilla de la concursada a las actuaciones desarrolladas en aras de la venta de la unidad productiva, y a la sala de lo social del TSJ cumplir de manera apropiada y satisfactoria la labor revisora legalmente atribuida.

2.º Impugnación colectiva

Dado que en la faceta que nos ocupa, y en lo que al cauce colectivo se refiere, la regulación aplicable no experimentó variación con el TRLC y tampoco con la reforma operada

en 2022, resulta de interés analizar las sentencias en las que las salas de lo social de los TSJ han abordado expresamente el problema de la sucesión de empresa a fin de poder responder con más elementos de juicio a la pregunta enunciada.

Pues bien, el primer dato destacable es el reducido número de sentencias que se han enfrentado a ese tema, lo que al menos en parte podría encontrar explicación en el hecho de que en el marco de la venta de la unidad productiva es más fácil lograr un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras para la extinción de los contratos en los que no se subroga el adquirente, sin descartar la incidencia que puede tener la secuencia temporal de los acontecimientos en la medida en que la enajenación se formalice después de haberse emitido la resolución dictada en el ERE concursal que se impugna en suplicación. Por otra parte, no hay que olvidar la limitación inherente al carácter extraordinario del recurso que impide el planteamiento de cuestiones nuevas que no hayan sido suscitadas y debatidas en la instancia.

El tamaño de la muestra disponible impide extraer unas mínimas conclusiones al respecto. Sin embargo, puede aventurarse que las expectativas reales de obtener una sentencia estimatoria son muy pequeñas. Exponente de ello es la paradigmática Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 16 de enero de 2014 (rec. 4753/2013), que resuelve el recurso de suplicación interpuesto por los miembros de la comisión representativa *ad hoc* que intervino en el periodo de consultas, finalizado sin acuerdo, contra el auto en virtud del cual el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona acordó extinguir por causas económicas los contratos de 68 empleados y desafectar del ERE a otros 24, todos ellos identificados nominativamente, después de haber sido autorizada la venta de la unidad productiva, apreciándose sucesión de empresa a efectos laborales respecto de los mismos. Entre los motivos de impugnación del auto, los recurrentes denunciaron la infracción, por inaplicación, del artículo 44 del ET en sus apartados 1 y 2, así como de la Directiva comunitaria 23/2001, conforme a los cuales lo que procedía según su criterio era la subrogación de toda la plantilla de personal por parte de la empresa adquirente. La sala de suplicación desestimó el motivo argumentando que correspondía a la Administración concursal la elección de los trabajadores incluidos en el ERE y al juez del concurso aprobar el plan de liquidación propuesto y dictar el auto de adjudicación, estando facultado para pronunciarse sobre las condiciones de enajenación de la unidad productiva y, entre ellas, para determinar la subrogación parcial de los contratos de trabajo del personal de la empresa, no habiéndose acreditado, además, que la selección de los trabajadores desafectados se hubiese realizado en fraude de ley o con abuso de derecho o por móviles discriminatorios. El argumento principal que emplea la sentencia para rechazar el recurso resulta reforzado tras la reforma de 2022 que atribuye al juez del concurso la competencia para delimitar los elementos que conforman la unidad productiva que se transmite.

Un supuesto diferente, pero con un resultado final parecido, es el que enjuició la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en Sentencia de 19 de junio de 2019 (rec. 137/2019), resolviendo el recurso de suplicación formalizado por un sindicato contra el auto recaído en el

ERE concursal que alcanzó a los 244 trabajadores de la plantilla, pertenecientes a diferentes centros de trabajo, fundado en causas económicas y cuyo periodo de consultas concluyó con acuerdo con la comisión representativa integrada por las secciones sindicales de la empresa. En dicho pacto, y en lo que respecta a los empleados afectos a unidades productivas que aún presentaban posibilidades de enajenación, se estableció que la extinción de los contratos de las personas trabajadoras adscritas a las mismas, que se relacionaban, se produciría cuando quedase descartada la posibilidad de venta de dichas unidades y, en todo caso, nunca más allá de la fecha que se especificó, añadiéndose que, en el caso de que la eventual adjudicataria se subrogara en sus contratos, la extinción no tendría efecto y se cancelaría su crédito indemnizatorio. El tribunal de suplicación no acogió, por distintas razones, los alegatos vertidos por el sindicato disidente en relación con la existencia de una sucesión de empresa, argumentando finalmente que, en cualquier caso, el acuerdo de adjudicación a otra empresa de determinadas unidades productivas de la concursada fue anterior a la extinción de los contratos y contó con la conformidad de un porcentaje próximo al 90 % de las personas trabajadoras de la concursada.

3.º Impugnación individual

Pasando ahora a examinar las sentencias en las que los jueces mercantiles conocen, a través del incidente concursal en materia laboral, de la impugnación del auto que acordó la extinción colectiva de relaciones laborales formulada por las personas trabajadoras cuyo contrato quedó extinguido como consecuencia de lo resuelto en el ERE concursal y no fueron subrogadas por la adquirente, así como de las sentencias en las que las salas de lo social de los TSJ enjuician recursos de suplicación interpuestos frente a aquellas, su lectura revela la existencia de varios factores específicos que representan otros tantos obstáculos para la viabilidad de la pretensión incidental ejercitada, más allá de los genéricos que dimanan, en primer lugar, del criterio sostenido por parte de la doctrina sobre el significado del cambio que en el objeto de incidente introdujo el artículo 541 del TRLC y la imposibilidad de plantear cuestiones colectivas por este cauce y, en segundo lugar, de la prohibición de suscitar en suplicación cuestiones nuevas.

- Idoneidad del cauce incidental

La primera dificultad se concreta en la eventual falta de idoneidad de esta vía procesal para encauzar, en todo caso, las demandas deducidas por las personas trabajadoras incluidas en el ERE concursal con la pretensión de que se declare la nulidad o la improcedencia del despido acordado en el auto recaído en el expediente y se condene a la compradora a la readmisión o al pago de una indemnización superior a la concedida, o, en su caso, que se le derive la responsabilidad en el pago de la reconocida, con fundamento en su condición de adquirente de la unidad productiva. Y ello, en la medida en que se pueda entender que se trata de una problemática que trasciende los límites de lo resuelto en el auto en torno a la concurrencia de las causas esgrimidas para justificar la medida y que debe ser

objeto de un proceso independiente, salvo que dicha resolución se haya pronunciado, de manera expresa o tácita, sobre ese tema por haber sido planteado oportunamente por los representantes del personal.

La duda es más acusada cuando en el ERE no ha sido parte el potencial o real adquirente; hipótesis en la que se podría sostener con fundamento que se trata de una cuestión extraña al debate, tal como quedó delimitado, en su dimensión subjetiva, en el referido expediente y zanjado en el auto extintivo, que se debe suscitar a través del incidente concursal común regulado en el artículo 532 del TRLC⁶, de lo que es muestra, aunque resuelva un incidente concursal laboral, la decisión adoptada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en la Sentencia de 4 de junio de 2018 (rec. 598/2017).

- Legitimación pasiva del adquirente

Parece obvio que, si lo que se pretende en el incidente concursal laboral es que se declare la nulidad o la improcedencia del despido acordado en el auto recaído en el ERE concursal y se declare la responsabilidad de la compradora a los efectos que se especifiquen en la demanda, su llamada resulta obligada con arreglo a lo previsto en el artículo 12.2 de la LEC. No lo entendió así el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Zaragoza que, mediante Auto de 21 de mayo de 2021 (concurso 27/2019), inadmitió a trámite la demanda incidental en la que un trabajador solicitó que se declarase que la extinción era constitutiva de un despido improcedente en la medida en que la empresa adquirente debió subrogarse en la posición de empleadora por haberse producido una sucesión de empresa, al estimar el magistrado, en lo que aquí interesa, que la codemandada carecía de legitimación pasiva. Esta decisión fue dejada sin efecto por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón mediante Sentencia de 26 de julio de 2021 (rec. 494/2021), con el argumento de que el juzgado no puede rechazar *a limine* la demanda por apreciar la falta de legitimación pasiva de uno de los codemandados, pero sin pronunciarse sobre su pertinencia.

El mismo pronunciamiento de falta de legitimación pasiva de la adquirente emana de la Sentencia de 6 de abril de 2002 (concurso 344/2021), del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Barcelona, en un asunto en el que los 5 trabajadores cuyo contrato había sido resuelto en el ERE concursal solicitaban en la demanda incidental que se declarase la nulidad y subsidiariamente la improcedencia de las extinciones acordadas, alegando, entre otras causas, la falta de transparencia en el proceso de venta de la unidad productiva. El magistrado estimó que las circunstancias referidas a la venta de la unidad productiva y a la sucesión de empresa se sustanciaron dentro de las secciones que afectan a la liquidación y a la masa activa del concurso, sin impugnación alguna al respecto, ni por los afectados

⁶ De la Morena Corrales y De la Macorra Pérez (2021) sostienen que:

[...] toda acción ejercitable por un trabajador en el marco de su relación laboral en el concurso, o relacionada con esta, que no tenga cabida dentro del estrecho cauce del artículo 541 del RRLC deberá ser tramitada a través del incidente común.

a título individual, ni por la representación de los trabajadores, que tuvo traslado de todo lo actuado y no cuestionó ni el proceso de venta ni la adjudicación, con los efectos correspondientes, por lo que fuese cual sea el resultado del incidente no podía ni debía afectar al adquirente de la unidad productiva.

Sin salir del tema del que se ocupa este epígrafe, es de ver que, en el supuesto examinado por el TSJ de Madrid en la Sentencia de 23 de febrero de 2022 (rec. 681/2021), un delegado sindical de la concursada cuyo contrato había quedado resuelto en el ERE concursal interpuso demanda incidental frente a la entidad deudora y la Administración concursal basada entre otros extremos en que meses después se adjudicó la unidad productiva a otra entidad que prosiguió la actividad y se subrogó en los trabajadores que seguían incardinados en la misma, por lo que en el auto extintivo no se respetó su prioridad de permanencia, debiendo ser reincorporado por la nueva empresa teniendo en cuenta que el acuerdo alcanzado en el ERE establecía una previsión para el caso de que se produjera la venta de la unidad productiva y ello conllevara la asunción por el comprador de un determinado número de trabajadores que quedarían excluidos de forma inmediata de este expediente. El juez mercantil desestimó la demanda con el argumento de que la readmisión se tendría que pedir frente al adquirente, que no había sido llamado al procedimiento incidental, y la sala de suplicación rechazó el recurso en este punto razonando que el actor no cuestionaba la extinción de su relación con la concursada y que la acción de reingreso es una acción distinta cuyo título es el pacto invocado y que necesariamente debe articularse frente al adquirente, pues supone, además, excluir a alguno de los trabajadores subrogados; acción respecto de la cual carece de legitimación la empresa concursada que no puede satisfacer tal pretensión.

Una solución diferente a las anteriores la aporta la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 8 de marzo de 2021 (sec. 24/2021), en tanto apreció de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario y decretó la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas al momento anterior de admisión de la demanda incidental formulada por un trabajador afectado por el ERE concursal, a fin de que la ampliara contra la empresa a la que se transfirió la unidad productiva que en su opinión debió subrogarse en su contrato. En sentido contrario, se pronunció la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en Sentencia de 30 de abril de 2014 (rec. 6189/2013), con el argumento de que la cuestión planteada en la demanda incidental giraba fundamentalmente sobre las prioridades legales, convencionales colectivas y paccionadas en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, y que el fallo alcanzaría únicamente a la concursada sin perjuicio de que la adquirente tuviese que ser la que diese cumplimiento al fallo en fase de ejecución de sentencia, no configurándose, por tanto, como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino del artículo 13 de la LEC. En la doctrina, Pérez Pérez (2021, p. 354) defiende la posibilidad de que el trabajador disconforme con su afectación al ERE concursal solicite su exclusión a través del incidente concursal y luego ejercite una acción de despido ante la jurisdicción social cuando la empresa adjudicataria se niegue a subrogarlo, pero se trata de una alternativa con pocas posibilidades de éxito.

La situación de litisconsorcio deberá apreciarse si el objeto del debate versa sobre preferencias atribuidas a determinadas personas trabajadoras, en cuyo caso estas también deberán ser demandadas, resultando aplicable analógicamente la regla 2.^a del artículo 124.13 de la LRJS.

- Caducidad de la acción

Un tercer impedimento para la prosperabilidad de la acción individual lo constituye el plazo de 1 mes que para su ejercicio establece el artículo 541.2 del TRLC, en aquellos supuestos en los que los hechos determinantes de la sucesión de empresa sobrevienen una vez ha transcurrido ese lapso temporal y lo que se impugna en el incidente es la extinción producida por el ERE concursal, como sucedió en el asunto del que conoció el TSJ de Aragón en la Sentencia precitada de 26 de julio de 2021, que revocó el auto en el que el juez mercantil rechazó de plano la demanda incidental apreciando la caducidad además de la falta de legitimación pasiva de la adquirente.

Interesa aclarar que los puntos tratados, aunque son importantes y evidencian las dificultades más frecuentes que surgen cuando se ejercita la acción individual, que se acrecientan si a su través se plantean aspectos relacionados con la sucesión de empresa de alcance general, no agotan la problemática que se desprende del análisis de las sentencias de suplicación. Especial interés por dar respuesta a una cuestión estrictamente individual y poner, asimismo, de manifiesto las escasas posibilidades reales de control de los órganos de suplicación en ese ámbito, presenta la Sentencia de 1 de marzo de 2019 (rec. 5144/2018), de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. En el caso que resuelve, el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona dictó auto en el ERE concursal seguido por causas económicas, en el que se logró un acuerdo con la representación social, extinguiendo los contratos de los 42 trabajadores que seguían perteneciendo a la plantilla del deudor después de que la víspera se hubiese transferido la unidad productiva a la adquirente, que, con efectos de ese mismo día, se subrogó en los contratos de 240 empleados adscritos a dicha unidad. El actor, miembro del comité de empresa, entendió que su inclusión en el listado de trabajadores despedidos era indebida y lesiva de su derecho a la libertad sindical por no haberse respetado su prioridad de permanencia, a diferencia de lo sucedido con otros 3 representantes del personal, promoviendo incidente individual contra el auto extintivo con la finalidad de que se declarase la extinción constitutiva de un despido nulo y se condenase a la concursada y a la sucesora a su readmisión y al abono de una indemnización resarcitoria del daño moral derivado de la vulneración del derecho fundamental alegado. El juez mercantil desestimó la demanda mediante sentencia que fue confirmada en suplicación. En la emitida por el TSJ se razona, en lo que aquí importa, que no habiendo impugnado el actor la resolución judicial previa que aprobó la transmisión de la unidad productiva, ya no puede hacerlo de forma extemporánea a través del incidente concursal y que el derecho de preferencia que alega no puede entrar en juego al afectar la extinción a la totalidad del personal de la empleadora.

4.º Conclusiones

De cuanto se deja expuesto en los apartados precedentes se extraen dos ideas esenciales: una, que las personas trabajadoras y sus representantes tienen limitadas posibilidades de defensa para oponerse a las resoluciones dictadas por los jueces mercantiles en materia

de enajenación de unidades productivas y de extinción colectiva de contratos de trabajo vinculadas a la venta; y, dos, que el control efectivo que las salas de suplicación pueden ejercer sobre esas decisiones es muy restringido. Este panorama demanda fórmulas reales y prácticas que contribuyan a superar la situación, cuya elaboración e implementación exige reflexionar sobre diferentes aspectos, como a título ejemplificativo, la participación proactiva de las personas trabajadoras y sus representantes en el contexto de la referida operación y expediente, el rol que puede asumir la Inspección de Trabajo, los medios de reacción contra las resoluciones del juez del concurso referidas a la transmisión de la unidad productiva, los términos del debate en ese contexto y en el del ERE concursal, la nueva percepción por parte de las salas de lo social del papel que les corresponde desempeñar y la necesidad de adaptar el incidente concursal en materia laboral, cuyo análisis desborda los objetivos de este trabajo.

6. Pretensiones enjuiciadas por los juzgados de lo social de las que tras la reforma no podrán conocer

Las pretensiones deducidas por antiguas personas empleadas de la concursada no subrogadas por el adquirente de la unidad productiva cuyo enjuiciamiento en la instancia había atribuido el órgano de casación social a los órganos del orden social y que tras la reforma de 2022 quedan definitivamente fuera de su esfera de conocimiento son las que a continuación se detallan, distinguiendo la fase declarativa de la de ejecución. Su exposición trasciende del interés meramente histórico y doctrinal al poner de manifiesto posibles espacios de desprotección de ese colectivo de personas trabajadoras que obligan a buscar soluciones.

6.1. Proceso declarativo

6.1.1. Derivación de responsabilidad al adquirente de la unidad productiva por deudas contraídas por la concursada con las personas trabajadoras no subrogadas

En las Sentencias de 5 de junio y 12 de julio de 2018 (recs. 471/2017 y 3525/2016) y 9 de enero de 2019 (rec. 3593/2016), la Sala 4.^a del TS proclamó la competencia del orden social para conocer de las demandas de reclamación de cantidad formuladas frente a la concursada y la adquirente de la unidad productiva por trabajadores cuya relación laboral con el deudor había quedado extinguida en virtud de auto resolutorio de ERE concursal y que no se incorporaron a la empresa adquirente de la unidad productiva, o que cesaron en la concursada por otra causa distinta con anterioridad a su tramitación, en solicitud de que se extendiese a la entidad compradora la responsabilidad en el pago de los salarios e indemnizaciones debidos por la concursada no satisfechos por el Fogasa. Aplicando la Ley concursal de 2003, el órgano de casación afirmó que los jueces laborales no estaban

vinculados por la limitación de responsabilidad establecida en el auto de adjudicación de la unidad productiva del que podían apartarse motivadamente a lo que no era óbice que hubiese ganado firmeza.

En esa misma línea, se pronunció dicha sala en las Sentencias de 6 de junio de 2018 (rec. 372/2016) y 9 de enero y 25 de septiembre de 2019 (recs. 3893/2016 y 1658/2017), conociendo de reclamaciones de cantidad deducidas frente a la concursada y un tercero, con apoyo en la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

Frente a esa solución, la que ahora se impone es la de que la jurisdicción social carece de competencia para adoptar una decisión que implicaría modificar el perímetro personal de la unidad productiva transmitida, que es el determinante de la obligación atribuida legalmente a la adquirente de hacer frente al pago de los créditos laborales correspondientes a las personas trabajadoras de la unidad productiva en cuyos contratos se ha subrogado.

En lo que respecta a esta clase de reclamaciones, la pérdida de la competencia del orden social no determina que la asuma el juez del concurso y tampoco comporta una situación de desprotección injustificada de las personas trabajadoras que se encuentran en la situación descrita, pues la inviabilidad de las pretensiones de esa índole dimana, de un lado, de la atribución de la competencia al juez mercantil para determinar el contorno laboral de la unidad productiva y, de otro, de los efectos de la sucesión de empresa derivados de la transmisión de dicha unidad previstos en el artículo 224.1.3.º de la LRJS.

6.1.2. Derivación de responsabilidad a la compradora por despido practicado por el deudor al margen del ERE concursal

La Sala 4.^a del TS, en Sentencia de 27 de febrero de 2018 (rec. 112/2016), afirmó la competencia del orden social para conocer de la pretensión, deducida en el marco de un proceso seguido contra la empresa concursada en impugnación de un despido por causas objetivas, con el objeto de que se condenara solidariamente a la entidad que adquirió la unidad productiva durante la tramitación del litigio y asumió a ciertos trabajadores, entre los que no figuraba el actor, no responsabilizándose de las deudas laborales de los restantes.

Tras la reforma de 2022, la declaración de competencia realizada por la Sala 4.^a difícilmente podrá justificarse si se atiende exclusivamente al razonamiento expuesto en el epígrafe precedente, esto es, a que la atribución de responsabilidad al adquirente implicaría una alteración del perímetro personal de la unidad productiva definido por el juez mercantil. Sin embargo, se podría plantear una solución distinta sobre la base de que constituye una vicisitud que no se pudo tomar en consideración en el momento en que se formuló la oferta y el juez mercantil adjudicó la unidad productiva, acontecimiento que excede de las cuestiones tratadas en ese contexto y que se sitúa en el espacio natural de competencia del orden social.

Al hilo del supuesto al que se enfrentó el órgano de casación en la sentencia reseñada surge la necesidad de preguntarse sobre en qué situación quedan las personas trabajadoras que antes o después de la declaración del concurso son objeto de un despido individual, disciplinario, objetivo o sin causa, lesivo de sus derechos fundamentales o discriminatorio, o tienen reconocida legal o convencionalmente la garantía de prioridad de permanencia en la empresa y que en el curso del procedimiento de despido seguido ante el juzgado de lo social no son incluidas, como es previsible al estar extinguidos sus contratos, entre las que componen la unidad productiva.

En la hipótesis de que se negará la competencia del orden social para conocer de la ampliación de la impugnación del despido frente al adquirente, el panorama que se presenta es complejo. En una primera e insuficiente aproximación al tema cabría sostener que la persona trabajadora debería dirigirse al juzgado de lo mercantil informándole de su situación y solicitando que la tenga en cuenta a la hora de trazar el círculo personal de la unidad productiva, de forma que en el auto de enajenación establezca las reservas oportunas, así como que podrá hacer valer sus derechos utilizando el cauce incidental. Sin embargo, no es un camino fácil, máxime si se llegase a la conclusión de que la decisión que tome al respecto el juez mercantil no puede ser objeto de control en suplicación.

Gran dificultad encierra también el supuesto de hecho que se plantea cuando antes de que se produzca la transmisión de la unidad productiva recae sentencia de los órganos del orden social declarando la nulidad del despido efectuado por la concursada y la persona trabajadora no es readmitida ni afectada al ERE concursal y tampoco figura incluida entre aquellas en cuyos contratos debe subrogarse la entidad compradora, así como el que se produce cuando con posterioridad a la transmisión los órganos de la jurisdicción social dictan sentencia declarando la nulidad del despido por vulnerar derechos fundamentales.

6.2. Proceso de ejecución

6.2.1. Extensión a la adquirente de los efectos del fallo de la sentencia dictada en proceso de despido seguido contra la concursada

La Sentencia de 26 de abril de 2018 (rec. 2004/2016) de la Sala 4.^a del TS estableció la competencia del orden social para conocer de la demanda incidental presentada por un trabajador con la finalidad de que se derivara a la adquirente de la unidad productiva la responsabilidad por las obligaciones inherentes a la calificación del despido acordado por la concursada como nulo, y en el mismo sentido se pronunció la Sala de Conflictos del TS en Auto de 25 de mayo de 2021 (conf. 38/2020).

Si nos ajustamos a las razones expuestas en el epígrafe inicial, habría que concluir que el orden social carece de competencia para conocer de una pretensión como la expuesta, lo

que aboca a un resultado insatisfactorio y que podría resultar incompatible tanto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como con la obligada protección de los derechos fundamentales cuya contravención determinó la calificación de nulidad, salvo que se entienda que el cauce idóneo para solventar la cuestión es el incidente concursal general, lo que generaría la anomalía que entraña que la resolución emitida no fuese recurrible en suplicación.

6.2.2. Despacho o ampliación de la ejecución dineraria del título constituido contra la concursada

En una serie de sentencias –11 de enero, 18 de mayo y 5 de julio de 2017 (recs. 1689/2015, 1645/2015 y 563/2016) y 11 de enero de 2018 (rec. 3290/2015)–, el órgano de casación social declaró la competencia de este orden para conocer del incidente promovido por las personas trabajadoras en el marco de una ejecución dineraria con la pretensión de que se extendiera la responsabilidad a la adquirente de una unidad productiva autónoma determinante de la existencia de una sucesión de empresa. La misma posición mantuvo el TSJ de Galicia en Sentencia de 6 de junio de 2022 (rec. 2141/2021), conociendo de un supuesto en el que la venta de la unidad productiva se produjo con posterioridad al 1 de septiembre de 2020, rechazando la alegación de incompetencia teniendo presente la doctrina jurisprudencial social tradicional.

En este punto, la falta de competencia del orden social, derivada de la reciente reforma, merece las mismas consideraciones realizadas acerca de las reclamaciones de cantidad analizadas inicialmente: por una parte, no comporta la traslación de la competencia al juez del concurso; por otra, su improsperabilidad trae causa del régimen aplicable a la determinación del perímetro de la unidad productiva y a los efectos de la sucesión de empresa en el concurso.

7. Pretensiones ejercitables ante la jurisdicción social

Enlazando con la interpretación que de la regla 4.^a del artículo 52.1 y del 221.2 del TRLC se ha hecho en el epígrafe 4.1.1, la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso lo es para determinar la existencia de una sucesión de empresa derivada de la enajenación de una unidad productiva en el seno del concurso y para, en ese caso, delimitar las relaciones laborales que componen dicha unidad. Se trata, por tanto, de una competencia acotada en los términos previstos legalmente, que no puede interferir en el ejercicio por parte de los órganos de la jurisdicción social de la competencia natural que ostentan para el enjuiciamiento de las controversias que se suscitan entre personas trabajadoras y empresarios como consecuencia del contrato de trabajo y, en particular, de las que se plantean en materia de sucesión de empresa, en las que rige también el principio básico al que alude Martínez Moya (2022) del mantenimiento de la competencia del juzgado de lo social en todas aquellas materias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso.

Entre las contiendas «sucesorias» interesa profundizar en las surgidas con ocasión de otras modalidades de transmisión de empresa distintas de la contemplada en el TRLC, a las que ya se hizo mención en el epígrafe señalado. Al respecto, procede insistir en que entre los litigios en los que opera la regla general de atribución competencial al orden social de los artículos 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 a) de la LRJS, al no existir ningún precepto de rango legal que los exceptúe, cabe citar aquellos en los que la sucesión de empresa cuya declaración y efectos se demandan no se produce como consecuencia de la venta de una unidad productiva en el concurso, sino por otro título jurídico o *de facto*. Y es que aun cuando la sucesión de empresa dimanante de la transmisión de una unidad productiva en el marco del procedimiento concursal constituye la modalidad prototípica de ese instituto laboral en el contexto de la situación de insolvencia, no hay que descartar otras, las cuales quedan sometidas a la ordenación común tanto desde la perspectiva competencial como sustantiva.

Dentro del amplio espectro de situaciones susceptibles de configurar una sucesión de empresa al margen de la vinculada a la venta de una unidad productiva, una de ellas presenta mayor dificultad que el resto en el plano competencial. Concorre cuando se produce la venta judicial conjunta o en globo de activos de la deudora como elementos patrimoniales aislados que no se consideran aptos para conformar una unidad productiva autónoma. En ese supuesto, caben al menos dos hipótesis: la primera, menos probable, es que el juez del concurso, en la resolución por la que autorice la enajenación, declare expresamente que no da lugar a una sucesión de empresa; y, la segunda, que no efectúe ningún pronunciamiento al respecto.

Pues bien, en cualquiera de esas hipótesis, si las personas trabajadoras de la concursada entienden que los medios transmitidos, unidos en su caso a otras vicisitudes anteriores, coetáneas y posteriores a la venta, permiten o han permitido ya a la adquirente continuar con la actividad empresarial que realizaba su empleador, los órganos de la jurisdicción social serán competentes para conocer de las acciones que ejerciten y tengan como fundamento la supuesta sucesión operada, sin que a ello sea óbice que la actividad se hubiese visto interrumpida, y sin que la decisión que les corresponde adoptar esté condicionada por la dada en su caso, con carácter prejudicial al amparo y con los efectos fijados en el artículo 55 del TRLC, por el juez mercantil.

Buena muestra de lo anterior es la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 25 de enero de 2022 (rec. 2270/2021). En el asunto que resolvió, el juez mercantil se limitó a adjudicar un lote de bienes a un tercero, produciéndose al margen del procedimiento concursal la transmisión de los activos esenciales del deudor, como cierta maquinaria y la clientela, para la que el nuevo titular continuó elaborando los mismos productos que su antecesora, clientela que suponía un 85 % de su facturación, además de asumir a 25 de los 37 trabajadores que empleaba su antecesora. El tribunal de suplicación concluyó que no se trataba de una sucesión empresarial operada en el marco de una liquidación traslativa en el proceso concursal, puesto que la sucesión se realizó de espaldas al juez del concurso, lo que excluía la aplicación de los artículos 221 y siguientes del TRLC y

determinaba que se hubiese de confirmar el auto del juzgado de lo social que estimando la demanda incidental de extensión de responsabilidad interpuesta por un antiguo trabajador de la concursada declaró la responsabilidad solidaria de la sucesora en las obligaciones derivadas de la ejecución.

Referencias bibliográficas

- Barros García, M. (2021). Artículo 221. Sucesión de empresa. Comentario. En A. B. Veiga Copo (Dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 1, pp. 1.259-1.266). Civitas-Thomson Reuters.
- Blanco García-Lomas, L. (2020). Sucesión de empresas en la transmisión de la unidad productiva. *Sepin*, noviembre 2020. <https://www.sepin.es/top/boletin.asp?cod=01%2D07Q0H501Z0JQ0FZ1DU0lf1T00G%2D0lp1Gk00%2D0Ef1Jp1Cp06%5F1Jo29307F1Aa1Da>
- Cano Marco, F. (2020). *Manual práctico de derecho laboral concursal* (3.ª ed.). Wolters Kluwer.
- Escolá i Besora, M. E. (2022). La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento. En J. Lloret Villota y J. M. Marqués Vilallonga (Coords.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal* (2.ª ed.). Wolters Kluwer.
- Martínez Moya, J. (2022). El rayo que no cesa: la competencia del juzgado de lo social en el concurso. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6. https://doi.org/10.55104/RJL_00355
- Molina Navarrete, C. (2022). *Aspectos socio-laborales de la nueva reforma concursal*. Bomarzo.
- Morena Corrales, P. de la y Macorra Pérez, B. de la. (2021). En A. B. Veiga Copo (Dir.), *Comentarios al texto refundido de la Ley concursal* (Vol. 2). Civitas-Thomson Reuters.
- Muñoz Paredes, J. M. y Díaz Llavona, C. (2022). *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal. Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (Vol. II). Sepin.
- Pérez Pérez, E. (2021). *Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-238
- Rodríguez Achútegui, E. (2021). Artículo 224. Efectos sobre los créditos pendientes de pago. En P. Prendes Carril y N. Fachal Noguera (Dirs.), *Comentario al texto refundido de la Ley concursal: comentario judicial, notarial y registral* (Vol. 1, pp. 1.131-1.138). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rodríguez Achútegui, E. (2022). La reforma de la sucesión de empresa tras la refundición concursal y las leyes posteriores. En *La reforma de la sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 19 a 26 de septiembre de 2022.
- Trinidad Santos, M. T. (2022). El perímetro de la unidad productiva en las transmisiones concursales. En *La reforma de la sucesión de empresa desde el orden jurisdiccional civil, social y contencioso-administrativo*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 19 a 26 de septiembre de 2022.