

ANTONIO TAPIA HERMIDA*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid**Letrado de la Seguridad Social*

**(Comentario a la STJCE, Sala Segunda, de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03,
Irmtraud Junk y Wolfgang Kühnel) ***

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de 27 de enero de 2005 de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) aborda un tema de gran actualidad, el relativo al despido colectivo cuando está vigente un procedimiento concursal, dada la reciente modificación de la legislación reguladora de aquellos procedimientos en nuestro sistema mediante la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

Aquella sentencia se refiere a un despido colectivo que se produce durante la tramitación de un procedimiento concursal (por insolvencia debida a causas económicas), en uno de los estados miembros de la Unión Europea, por ello un estudio de la doctrina contenida en la sentencia requiere que se efectúe una breve referencia preliminar al sistema de economía de mercado, las libertades políticas y económicas, así como al sistema democrático moderno, en el que se desenvuelven las instituciones jurídicas occidentales.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 268, julio 2005.

A) El sistema de economía de mercado.

Ha de comenzarse por destacar que la búsqueda y la consecución de las libertades políticas y económicas desembocan en los modernos sistemas democráticos ¹, que van surgiendo y desarrollándose de manera no uniforme, lentamente, a partir de mediados o finales del siglo XVIII, según las opiniones más seguras ².

Efectivamente, las posiciones que parecen más acertadas son aquellas que sitúan el origen de las modernas democracias en 1.700 aproximadamente, consecuencia del Humanismo ³ («puede decirse, en términos generales, que el movimiento del Humanismo fue una base absolutamente necesaria para que se desarrollaran las ideas que iban a dar lugar a la democracia» ⁴), y de la ideología liberal («es a estos regímenes liberales a los que llamamos ahora democracias» ⁵). Con la implantación del capitalismo como corolario de aquellas ideologías ⁶, y las consecuencias asociadas a la Revolución Industrial ⁷, se adviene al sistema de economía de mercado.

¹ Sobre el desarrollo de democracia en general y, especialmente, en la antigua Grecia, *vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *Historia de la democracia, de Solón a nuestros días*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid 1997; en relación con la implantación de la democracia en España, *vid.* ARTOLA GALLEGU, M., «La unidad constitucional de la monarquía», en *De Hispania a España*, Temas de Hoy, Historia, Madrid 2005, págs. 265 ss.

² Según algunas opiniones, para referirse a sistemas democráticos ha de esperarse a principios del siglo XX con la aparición y atención a los intereses de nuevas clases emergentes.

³ Primero en Inglaterra, tras las declaraciones de derechos, la revolución de Cromwell y los fenómenos políticos subsiguientes, a partir de 1688-1714 se establece un modelo político que «era una democracia en cuanto a los rasgos fundamentales de ésta (...) y una democracia representativa, no circunscrita a una ciudad (...). Esta democracia supone un mecanismo, unas reglas de juego, queda abierta a diversas evoluciones». (RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, págs. 252 y 253). La revolución norteamericana, cuyos comienzos pueden datarse en 1763, cuya novedad más significativa (en cuanto fenómeno revolucionario, es que «no iba contra ningún rey: iba contra un amo llamado Inglaterra que hacía, paradójicamente, el papel del rey», según RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 259), y que era una revolución de propietarios y burgueses, «cristalizó en un régimen democrático estable» (RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 264). La revolución francesa de 1789 «sin abandonar completamente esos rasgos tradicionales de las revoluciones que traían o no una democracia, tomó una característica nueva: la de una revolución ideologizada que degeneró en una dictadura popular» (RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 271), fue en la segunda mitad del siglo XIX que «a la democracia inglesa fueron añadiéndose otras, monárquicas o republicanas, en Italia tras la guerra de liberación, en España y Francia tras los golpes revolucionarios. El impacto de éstos era intermitente, eran aislados y pasajeros, mientras que el avance democrático era innegable» (RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 295).

⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 266, que las precisa, de seguido, en los siguientes términos, «ideas de autonomía del hombre y de su dignidad, de sus valores colectivos e individuales, de la prevalencia de la ética sobre el poder».

⁵ Precisa RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *op. cit.*, pág. 296.

⁶ Cuyo máximo exponente es A. SMITH con su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*, título traducido como «La riqueza de las naciones».

⁷ Expresión de origen muy discutido. Se debate fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (así las efectuadas por Watt, Arkwright, Kay y Hargreaves, etc. o a la aparición del espíritu de empresa) se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. Lugares y momento en que grandes masas trabajadoras sufren las consecuencias más adversas (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia), encontrándose en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecían de capacidad de reacción contra aquellas insoportables condiciones de trabajo y existencia (aque-

Ciertamente el «mercado», como tal, es muy anterior en el tiempo ⁸ a las fechas antes indicadas. No obstante el sistema de economía de mercado no surge hasta que aparecen las consecuencias económicas derivadas de la Revolución Industrial y el desarrollo del capitalismo. Momento en el que inicialmente únicamente se presta atención, como agente y protagonista de aquel sistema económico, al empresario. Posteriormente el trabajador y, más tarde, la figura del consumidor van a compartir ese papel central de aquel sistema.

El sistema de economía de mercado se basa en la existencia de la libertad de empresa y la libertad de trabajo, y en la proclamación del derecho de propiedad libre de las ataduras y vinculaciones medievales, así como en la no ingerencia del Estado en el funcionamiento del sistema mismo (constituyendo uno de sus rasgos definitorios), limitando sus funciones, inicialmente, sólo a la legislante. Posteriormente se advertirá la necesidad de una limitada intervención del mismo, reguladora y vigilante del correcto funcionamiento de los mecanismos de formación de los precios en esa economía de mercado, conforme a un criterio de concurrencia y competencia efectiva o practicable. A esto se añade actualmente que la globalización o mundialización económica y cultural vigente introduce importantes y trascendentales modificaciones en el Estado mismo y en sus funciones, que, sin llegar a configurar un renovado mercantilismo, es determinante de su nueva posición en relación con el mercado.

La proclamación del derecho de propiedad, en los términos indicados, y de las libertades políticas que, encabezadas por el derecho a la libertad y el derecho o principio de igualdad ⁹, se concretan en la libertad de empresa y la libertad de trabajo (concebidos como «derechos y deberes de los ciudadanos» ¹⁰), propician la generalización del contrato de trabajo [cuyo contenido jurídico (derechos) se ajusta a la inserción del trabajador en la entidad productiva ¹¹, concediendo poderes exor-

llas terribles consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX). Circunstancias que propiciaron la aparición de una gran violencia social y política, con la emergencia de nuevas ideologías llamadas a influir determinadamente en la marcha de la humanidad (socialistas y anarquistas, fundamentalmente), propiciando, finalmente, la intervención de los Estados y la regulación de la prestación del trabajo asalariado.

⁸ Se ha destacado por MCNEILL, J.R. y MCNEILL W., *Las Redes Humanas, una historia global del mundo*, Crítica, Barcelona 2003, págs. 134 y 135, que «los monasterios budistas dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas y, en medida no menor, del comportamiento del mercado. Después de todo los monasterios eran empresas económicas además de religiosas (...). La aceptación del comportamiento de mercado surtió efectos (...) importantes. Comprar y vender pasó a ser una actividad más frecuente cuando la moneda china (complementada pronto por el papel moneda hábilmente administrado) empezó a lubricar el comercio (...). El resultado fue que bajo la dinastía Sung (960-1279) la economía china se comercializó de forma creciente».

⁹ En relación con España, indica ARTOLA GALLEGO, M., *op. cit.*, págs. 265 y 266, que «la diferencia entre poblaciones de los reinos se complicaba con la diversificación existente entre los individuos de los tres estamentos: clérigos y nobles eran privilegiados, frente al resto de la población, a lo que hay que añadir los privilegios concedidos por la corona a determinados colectivos como familiares de la Inquisición, militares funcionarios y Hacienda, etc. (...). El privilegio y la desigualdad eran las notas características de una sociedad a la que el calificativo de "estamental" no bastaba para describir. En la Europa continental, el objetivo de la revolución fue acabar con las diferencias que la ley había establecido entre los individuos».

¹⁰ Ubicados en la Sección II del Capítulo II del Título I de la Constitución Española de 1978. Establecidos en los artículos II-75, II-76 y II-77 de la CEu.

¹¹ La referencia, en la jurisprudencia constitucional, al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, para justificar el peculiar orden jurídico de las relaciones industriales (que no se adecua a los requerimientos del principio de igualdad, tal como fue inicialmente proclamado), es constante. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 196/2004 de 15 de

bitantes y, en buena medida, contrarios, a la igualdad jurídica del empresario, so capa de la dirección técnico-económica del proceso productivo], y el arraigo de la idea de que el riesgo de pérdida económica la soporta únicamente el empresario y no el trabajador ni otros sujetos relacionados con la empresa (principalmente accionistas y acreedores).

Con el correr del tiempo y la aparición de las nuevas formas empresariales (al amparo del derecho fundamental de asociación), se ha demostrado y ha quedado claro que las cosas distaban de ser de aquella manera, reconociéndose el interés de aquellos sujetos en la empresa, pues las relaciones laborales «forman parte del conjunto económico» que es la empresa ¹², diluyéndose el del empresario entre el de los accionistas (o «propietarios del capital») y el de los trabajadores ¹³. Cambio

noviembre, indica que «la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 (derecho de propiedad) y 38 (libertad de empresa) de la Constitución Española». En términos de la STC 57/1999 de 12 de abril, «la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales es compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución Española; por ello es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos (SSTC 6/1988, 136/1996 y 90/1997)».

En el mismo sentido de que unos y otros derechos constitucionalmente garantizados se influyen y limitan recíprocamente se manifiesta la STC 126/2003, de 30 de junio, cuando indica que «no puede desconocerse tampoco, como dijimos en la STC 99/1994 (...), que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 de la CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (doctrina que arranca de la STC 73/1982, de 2 de diciembre, y se sigue en las SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, 19/1985, de 13 de febrero, 170/1987, de 30 de octubre, 6/1988, de 21 de enero, 129/1989, de 17 de julio, o 126/1990, de 5 de julio, entre otras)». En relación con esta doctrina del TC, procede destacar el contenido de las siguientes resoluciones de la justicia constitucional:

- a) STC 99/1999 de 11 de abril, según la cual «el ejercicio de los derechos fundamentales (...) incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero (...), partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 de la CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982; 120/1983; 19/1985; 170/1987; 6/1988; 129/1989 ó 126/1990, entre otras)».
- b) STC 208/1993, de 28 de junio, a cuyo tenor «la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo».

¹² Sobre esta aseveración *vid.* STJCE de de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*, apartado 27.

¹³ En la NIC-M (no incorporada por el Reglamento 1725/2003 ni posteriores, pero fundamental para la comprensión de aquellas NIIFs-NICs), Introducción, apartado «Usuarios y necesidades de información», punto 9, dice lo siguiente: «Entre los usuarios de los estados financieros se encuentran los inversores presentes y potenciales, los empleados, los prestamistas, los proveedores y otros acreedores comerciales, los clientes, los gobiernos y sus organismos públicos, así como el público en general», cuyos intereses concretos se desarrollan a continuación en la misma norma.

que se produce acompañando a la circunstancia del dominio de los sistemas económicos por las grandes sociedades (anónimas) cotizadas (con toda la problemática de la «gobernanza corporativa») y los empresarios-grupos no personificados.

El sistema de economía de mercado tiene una vigencia prácticamente universal (visualmente ejemplarizada con la «Caída del muro de Berlín») porque se ha demostrado como el más eficaz económicamente (procurando un desarrollo económico mundial espectacular) y el único compatible, cuando se desenvuelve en un entorno político democrático efectivo y cierto, con la «dignidad» del ser humano, se establece en todas las Constituciones democráticas como sistema económico. El artículo 38 de la Constitución Española establece «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», y el artículo I-3 de la Constitución Europea (CEu) impone un sistema de «economía social de mercado, altamente competitiva» (que reitera el art. 185 de la CEu aludiendo al sistema de «economía de mercado y libre competencia»).

B) El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y de las libertades políticas y económicas.

Las libertades indicadas y el derecho de propiedad se reconocen en todas las Constituciones o normas jurídicas básicas de los sistemas democráticos, como derechos fundamentales y libertades públicas, dotándolos de la máxima protección jurídica y obligando a su concordancia¹⁴. Así en nuestro sistema político-jurídico el artículo 14 de la Constitución de 1978 establece que «los españoles son iguales ante la ley», que «se reconoce la libertad de empresa» (art. 38 de la CE), que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» (art. 33.1 de la CE), y que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

La CEu¹⁵ en su artículo II-66 establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», y en el artículo II-80 que «todas las personas son iguales ante la ley». Asimismo establece en el II-75.1 y 2 que «toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada» y que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro», en su artículo II-76 «se reconoce

Efectivamente han pasado a ser relevantes en relación con la empresa otros intereses, como el de los acreedores y los intereses generales, así como a tener una singular trascendencia la necesidad de que el sistema funcione correctamente conforme a criterios de competencia practicable, proteja el medio ambiente, y procure el desarrollo o incremento del bienestar individual y social.

¹⁴ Así la STC 192/2003, de 27 de octubre, alude a la «necesaria concordancia que debe establecerse entre los artículos 35.1 (libertad de trabajo) y 38 (libertad de empresa) de la Constitución Española».

¹⁵ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) núm. C-310, de 16-12-2004, ratificado ya por numerosos Estados miembros, entre ellos el nuestro, pero de dudosa entrada en vigor (el 1-11-2006, art. IV-447), tras el fracaso de las consultas populares en Francia y Holanda y el aplazamiento de la misma por Gran Bretaña.

la libertad de empresa conforme con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales», y en el artículo II-77 que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos».

C) Razones para esta introducción y otras precisiones relativas al Derecho aplicable.

Desde esta sucinta referencia al sistema de economía de mercado, considerada actualmente como «economía social de mercado», que se fundamenta tanto en la proclamación de la libertad en general (concretada en libertades antes indicadas, a las que deben añadirse otras también proclamadas como fundamentales o básicas), como en el reconocimiento del derecho de propiedad, y de la libertad contractual, con los derechos y facultades derivados de su ejercicio, es como mejor puede entenderse la sentencia objeto de comentario.

También, para una adecuada comprensión de la doctrina sentada en la sentencia objeto de comentario es preciso tratar de las características definitorias del procedimiento concursal en la nueva normativa española y sus consecuencias, de la noción misma de despido colectivo tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho interno español, y de las consecuencias que produce en las relaciones laborales vigentes el cambio, fenómeno singularmente presente en el concurso de acreedores y que supone tratar de la institución laboral conocida como «sucesión de empresas».

2. EL CONCURSO, EL DESPIDO COLECTIVO Y LA «SUCESIÓN DE EMPRESAS»

1. La nueva regulación del concurso de acreedores en nuestro ordenamiento.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, supuso un cambio radical en la regulación de las instituciones concursales vigentes hasta su entrada en vigor ¹⁶, en cuanto que atribuye al concurso la finalidad

¹⁶ Indicando que las modificaciones legislativas anteriores «han sido muy parciales y limitadas a materias concretas, lo que, lejos de mejorar el sistema concursal, ha contribuido a complicarlo con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y, frecuentemente, con la introducción de privilegios y de alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia». Sin embargo no deja de destacar la existencia de «meritorios trabajos prelegislativos en la senda de la reforma concursal», que enumera de seguido: a) El realizado por la «Comisión General de Codificación, en virtud de la Real Orden de 10 de junio de 1926, que concluyó con la elaboración de un anteproyecto de CCom., publicado, en lo que se refiere a esta materia, en la Gaceta de Madrid de 15 de octubre de 1929, y orientado en la más precisa distinción de los supuestos de la quiebra y de la suspensión de pagos»; b) «El anteproyecto elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, concluso en 1959 y no publicado oficialmente, en el que por vez primera se ensayaba la regulación conjunta, sustantiva y procesal, de las instituciones concursales, para comerciantes y no comerciantes, si bien se mantenía la dualidad de procedimientos en función de los diversos supuestos objetivos, que determinaba la de sus respectivas soluciones: la liquidación y el convenio»; c) «El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación en virtud de lo dispuesto en las Órdenes Ministeriales de 17 de mayo de 1978, publicado en su

principal de procurar el salvamento de la empresa, a la que ha institucionalizado y da trascendencia jurídica, como era necesario para aquella finalidad (tanto en su dimensión jurídico-objetiva como de actividad) ¹⁷.

Como se indica en su Exposición de Motivos, la Ley «persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal», habida cuenta de «las severas y fundadas críticas que ha merecido» la legislación hasta entonces vigente, concretadas, según la misma parte introductoria de la Ley, en las siguientes:

«Arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.»

Situación que llevaba a soluciones «injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones», que las normas reguladoras de las instituciones concursales, entonces vigentes, no alcanzaban a reprimir eficazmente.

Aquel «arcaísmo» y «dispersión» de las normas vigentes en materia concursal constituían defectos, según la parte primera expositiva de la Ley 22/2003, que derivaban de la codificación española del siglo XIX, «estructurada sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)», y se potenciaban por «la multiplicidad de procedimientos concursales; así, junto a las clásicas instituciones de la quiebra y del concurso de acreedores, para el tra-

texto articulado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia con fecha 27 de junio de 1983, que se basaba en los principios de unidad legal -material y formal- de disciplina -para deudores comerciantes y no comerciantes- y de sistema -un único procedimiento, flexible, con diversas soluciones posibles: el convenio, la liquidación y la gestión controlada-. Ese texto, posteriormente revisado, fue seguido, en 1987, de otro anteproyecto de Ley de Bases por la que se delegaba en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre el concurso de acreedores»; d) «La propuesta de anteproyecto elaborada en la Comisión General de Codificación conforme a los criterios básicos comunicados por el Ministro de Justicia e Interior el 23 de junio de 1994, concluida el 12 de diciembre de 1995 y publicada por la Secretaría General Técnica con fecha 15 de febrero de 1996, en la que se mantienen los principios de unidad legal y de disciplina, pero se vuelve a la dualidad de concurso de acreedores y suspensión de pagos, sobre la base de la diferencia entre insolvencia e iliquidez, reservando este último procedimiento, con alto grado de desjudicialización, como beneficio de deudores solventes y de buena fe», y, e) «El anteproyecto de LC elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, creada durante la anterior legislatura en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996, y concluido en mayo de 2000».

¹⁷ Llama poderosamente la atención que en ámbitos ajenos al laboral estricto, según los criterios decimonónicos divisionarios del ordenamiento jurídico todavía vigentes, se este asentando definitivamente la empresa como institución jurídica autónoma, diferenciada del empresario. Sobre el tema puede verse la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo» titulada «Modernización del derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea-Un plan para avanzar», COM(2003) 284 final, así como la Recomendación de la Comisión de 14 de diciembre de 2004 (DOUE L-385 de 29-12-2004, págs. 55 y ss.) «Relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las *empresas con cotización en bolsa*», en donde se alude ya sistemáticamente a «*empresas con cotización en bolsa*», «*consejeros de empresas*», etc.

tamiento de la insolvencia de comerciantes y de no comerciantes, respectivamente, se introducen otras, preventivas o preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas».

Agravándose tales defectos por la subsistencia de «fenómenos tan anacrónicos como la (...) vigencia de un buen número de artículos de nuestro primer Código de Comercio (CCom.), promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829, en virtud de la invocación que de ellos hace la LEC de 3 de febrero de 1881, anterior al CCom. de 22 de agosto de 1885, y vigente en esta materia, conforme al apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 (NSL003198), de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hasta la entrada en vigor de esta LC».

Una sola norma de las precedentes a la LC se salva, justamente, por ésta. Se trata de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, que, (aun «promulgada con carácter provisional, porque se dictó para resolver un caso concreto»), llegó a convertirse en «pieza básica de nuestro derecho concursal» gracias a la flexibilidad de su regulación ¹⁸.

Para superar aquella desfavorable saturación (poner remedio a «estos males», dice la Ley) se aprobó y promulgó la LC que «opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema», con la consecuencia de la «regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso», superándose la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes.

Ciertamente aquella norma legal establece que la «satisfacción de los acreedores» constituye la «finalidad esencial del concurso» ¹⁹, no obstante de su articulado pueden deducirse otras funciones y fines que se añaden y complementan al de procurar la satisfacción de los acreedores, y desplazan los que tradicionalmente le han sido adjudicados.

Ya no es posible, de acuerdo con la nueva legislación, continuar calificando al concurso como un proceso de ejecución general, excediendo los deberes conservativos impuestos en la misma del carácter meramente instrumental para la liquidación de la empresa. Tampoco puede considerarse que la ley atribuya al concurso una «neutra» función «solutoria» ²⁰.

¹⁸ Bien que a la misma también le impute «que, si bien palió el tratamiento de las situaciones de crisis patrimonial de los comerciantes, complicó aún más la falta de coherencia de un conjunto normativo carente de los principios generales y del desarrollo sistemático que caracterizan un sistema armónico, y permitió corruptelas muy notorias».

¹⁹ Exposición de Motivos de la LC (en adelante «Exposición de Motivos»), Apartado II, párrafo cuarto.

²⁰ Que traslada al interés y decisión de los acreedores la oportunidad del mantenimiento de la empresa; indican URÍA R. MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN E., «Quiebra y Suspensión de Pagos», en *Curso de Derecho Mercantil* (URÍA, R. y MENÉNDEZ A., direc.), Capítulo 92, Civitas, Madrid 2001, pág. 875: «Es importante advertir que la fisonomía tradicional del derecho concursal, que cumplía una clara función liquidatoria, ha cambiado mucho a lo largo del siglo XX, como consecuencia de las vicisitudes económicas, que han obligado a tener presente en el tratamiento legal de la insolvencia a los intereses públicos y sociales que presionan a favor de la conservación de las empresas en crisis. Surgió así en muchos países una legislación de urgencia dirigida a evitar el normal efecto liquidatorio de los procedimientos concursales: de un lado introduciendo medidas previas de salvamento empresarial (...) y, de otro, introduciendo en los sistemas legales del concurso una fase inicial directamente dirigida a evitar la inmediata ejecución de los créditos sobre el patrimonio de las empresas».

Efectivamente en una consideración atenta al contenido normativo de la Ley se descubre una sólida funcionalidad y finalidad del concurso en línea acorde con la «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*)²¹, que, como ya se indicó, implica trascendencia jurídica (al menos una relativa personificación) de la empresa (mejor que confusión empresa-empresario), al propio tiempo que no se desatiende una particular, aguda y crítica problemática patrimonial²².

Aquella funcionalidad que la Ley atribuye a la institución concursal es consecuente con «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 de la CE), la «economía social de mercado, altamente competitiva» y «economía de mercado abierta y libre competencia» (arts. 1-3 apdo. 3 y 185 de la CEu). Esto es, la asunción de aquella cultura del «salvamento o recuperación de empresas» (*rescue culture*) «insolventes» es consecuente con el sistema de economía social de mercado.

quebradas. Todo ello ha permitido hablar de una función conservativa de los procedimientos concursales; No es menos cierto, sin embargo, que, en los últimos años se observa una crisis de esa función conservativa, que no supone retorno a la función liquidatoria, sino la formulación de una función neutra: la función solutoria. De este modo, los procedimientos concursales tienen como función primordial la satisfacción de los acreedores, quienes deben decidir si la solución más adecuada es la liquidación o la conservación de la empresa».

²¹ Expresión inicialmente empleada en Gran Bretaña, para aludir al sistema resultante tras la reforma de la Insolvency Act en el año 2000. A partir de la Enterprise Act de 2002 aquel sistema concursal anglosajón consolidó, con proyección general, lo que se ha dado en llamar «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*), a la que no se opone que mantenga su característico procedimiento liquidatorio («*creditors' voluntary winding-up*» y «*compulsory winding-up*»). De aquella «cultura» se pueden citar precedentes significativos, siendo su más importante el Código de los procesos especiales de recuperación de empresas y de la quiebra portugués, aprobado por Decreto-Ley 132/1993, de 23 de abril, que en su artículo 1.º indica lo siguiente: «1. Toda empresa en situación de insolvencia, puede ser objeto de una o más modalidades de recuperación o ser declarada en quiebra; 2. La quiebra de la empresa insolvente sólo debe ser declarada cuando sea económicamente inviable o si no se considera posible, a la vista de las circunstancias, su recuperación financiera». Sin embargo no todos los ordenamientos han sido proclives a semejante modo de ver las cosas, manteniéndose en una situación indefinida entre la antigua y la nueva funcionalidad del concurso, así el Derecho alemán, cuya Ley de Insolvencia (*Insolvenzordnung*, *InsO*) de 5 de octubre de 1994, en su artículo 1.º, establece que «el procedimiento de insolvencia tiene por objeto la satisfacción general de los acreedores del deudor, mediante la realización del patrimonio del deudor y el reparto del producto resultante, o a través de un arreglo diferente contenido en un plan de insolvencia, especialmente encaminado al mantenimiento de la empresa. Al deudor honesto se le dará la posibilidad de eximirse de sus obligaciones pendientes».

Lo mismo acontece al Derecho francés, cuyo CCom. tras señalar que se abrirá un procedimiento de suspensión de pagos a toda empresa que se encuentre en «la imposibilidad de hacer frente al pasivo con el activo de que dispone» (art. L.621-1) y de liquidación sin período previo de observación a la empresa «que hubiera cesado pagos, que hubiera cesado en su actividad y en la que el plan de suspensión de pagos fuera manifiestamente imposible» (art. 622-1), dispone (art. L.621-26) que «la actividad de empresa continuará durante el período de observación», pero podrá el Tribunal «ordenar la interrupción total o parcial de la actividad o la liquidación parcial» (art. L.621-27), y que el Tribunal «decidirá la continuidad de la empresa, previo informe del administrador, cuando existieran posibilidades serias de saneamiento de la empresa y de pago del pasivo. Esa continuidad irá acompañada, si procede, de la detención, de la agregación o de la cesión de algunos sectores de actividad» (art. L.621-70). Cuando se trata de una persona jurídica se indica que «el plan (de continuidad durante la suspensión) precisará las modificaciones que fuera necesario efectuar en los estatutos para la continuación de la empresa» (art. L.621-73). Se prevé la actuación del «conciliador, cuya finalidad será la de favorecer el funcionamiento de la empresa e intentar llegar a un acuerdo con los acreedores» (art. L.611-4.I). Precizando que «desde la apertura del procedimiento (de suspensión de pagos) se admitirá que los terceros propongan al administrador ofertas que persigan el mantenimiento de la actividad de empresa» (art. L.621-57).

²² En mi trabajo «La gestión de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal*, Tomo IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, págs. 4.405-4.470, se explican estos extremos. También trato ampliamente esta materia en mi trabajo «Artículo 43», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 760-766, principalmente.

La LC atiende aquellas finalidades, en primer lugar, imponiendo al empresario (entendido el término más en sentido económico que jurídico) el deber de mantener la empresa-organización en funcionamiento, evitando su desaparición material y el cese en su actividad, y estableciendo, en segundo lugar, que «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el deudor» (art. 44 de la LC).

Manifestación concreta de aquel deber son tanto la posible utilización a tal fin del convenio con los acreedores («la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad»²³), como el mantenimiento de la integridad de las empresas o unidades productivas incluso en fase de liquidación («aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa activa, mediante su enajenación como un todo»²⁴), considerando «una excepción» que el juez del concurso, a solicitud de la administración concursal (previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores), acuerde el «cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones, el cese o la suspensión, total o parcial de la actividad profesional» (art. 44.4 de la LC). Confirmación del mandato legal de mantener existente y operativa la empresa-organización durante la tramitación del procedimiento concursal es la subsistencia del deber de formular las cuentas anuales durante el mismo²⁵.

No obstante la institucionalización de la empresa, con una cierta personificación, y el mantenimiento de la misma en sus aspectos de actividad, organización y jurídicos, objetivo antes referidos, durante el concurso, lo cierto es que no se produce su desvinculación del titular de la misma que es quien, a la postre, es declarado en concurso («la declaración de concurso procederá contra cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», art. 1.º de la LC). De ahí que los efectos sobre el concursado de su declaración de concurso deban ser indicados, aun cuando sea sucintamente. Al respecto cabe indicar:

- a) Que la declaración de concurso produce el «efecto personal» de someter el ejercicio de las facultades de administración y disposición por el «deudor-común-empresario declarado en concurso» sobre la masa activa «a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal»²⁶.
- b) «Que la ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que benefician la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas del caso»²⁷.

²³ Exposición de Motivos, epígrafe VI, apartado séptimo.

²⁴ Epígrafe VII, párrafo quinto.

²⁵ Sobre el deber de formular cuentas anuales durante la tramitación del concurso me remito a mi trabajo «Artículo 46», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 757-923. Dado que el deber contable indicado se extiende prácticamente a todo tipo de organizaciones aun cuando no lleven a cabo una actividad de empresa (incluyendo asociaciones y fundaciones) razonablemente debe generalizarse el deber de mantener operativa la organización a todo tipo de entidades.

²⁶ Exposición de Motivos, apartado III, párrafo primero. Me remito a mi trabajo *cit.* (Comentario al art. 43), págs. 757-835.

²⁷ Exposición de Motivos de la ley epígrafe III segundo apartado.

- c) Sólo en relación con el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa que le corresponden en cuanto aquélla le pertenece, el deudor puede estar sometido a «intervención» o ser «sustituido», y siempre estará sometido a una de esas «limitaciones».
- d) El concursado no pierde la propiedad ni la posesión de sus bienes, ni la titularidad, ni la posesión, en su caso, de derechos ²⁸, integrados en la masa activa, ni en el caso de intervención ni en el supuesto de sustitución, salvo que el juez acuerde medidas cautelares (así se acuerda el embargo, con depósito en otra persona, en el auto de declaración de concurso, art. 21.1.4.º de la LC) o con posterioridad a instancias de los administradores (art. 43.1, *in fine*).

La declaración en concurso se caracteriza fundamentalmente por afectar, con intensidad relativa a su consideración como voluntario o necesario, al ejercicio de las facultades del deudor sobre su patrimonio, que se explican de la siguiente manera:

«Respecto del deudor, se atenúan los establecidos en la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. La "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adaptarlas o modificarlas.» ²⁹

Así pues las facultades de administración y disposición sobre la masa activa las conserva el propio concursado cuando el concurso es declarado voluntario ³⁰, a lo que no es obstáculo el sometimiento de su «ejercicio» a intervención, mediante «autorización» o «conformidad», de los administradores concursales. Sin embargo cuando se declara el concurso necesario, «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.1 y 2 de la LC).

²⁸ Ha de precisarse que «no cabe hablar de la posesión de un derecho por su titular», pero al haber la defensa interdictal cabe la posesión de un derecho, según CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, I., *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, J.B. Bosch Editor, S.A., Barcelona 1992, págs. 26 y 102.

²⁹ Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley.

³⁰ Siguiendo la clásica y tradicional división voluntaria-necesaria en nuestro ordenamiento para el concurso de acreedores y la quiebra [para el concurso arts. 1.157, 1.148 y 1.159 de la LEC; para la quiebra arts. 1.324 de la LEC, 887 del CCom., 1.017 y 1.022 del CCom. (1829), arts. 1.325 y 1.326 de la LEC y 876, y 877 del CCom.]; según el artículo 22 de la LC el concurso es voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas fuera la del deudor, salvo que en los tres meses anteriores hubiera sido presentada y admitida a trámite otra de cualquier legitimado que después hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiere ratificado, en los demás casos el concurso será necesario.

Situaciones que no son necesarias ni permanentes «el juez ³¹ podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario» (art. 40.3 de la LC), facultad judicial que únicamente está limitada por la necesidad de motivación ³² específica «señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener» (art. 40.3 de la LC, *in fine*). Además, a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, «el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio» (art. 40.4 de la LC).

Conviene reparar en que la intervención y la suspensión de las facultades de administración y disposición que se establecen en la nueva legislación concursal no suponen el «cambio de estado jurídico» ³³, tal y como se producía en el «concurso de acreedores civil» según la legislación anterior ni la inhabilitación del quebrado ³⁴. No obstante cuando la nueva legislación concursal deter-

³¹ Como se indica en el Dictamen del Consejo de Estado aprobado en sesión del 21 de marzo de 2002, Consideración octava, «con carácter general, ese régimen de efectos patrimoniales de la declaración del concurso de acreedores está caracterizado por un acusado incremento de la discrecionalidad judicial», que el alto órgano consultivo «valora positivamente (...) teniendo en cuenta la multitud de particularidades que ofrece cada caso concursal».

³² Artículo 208.1 y 2 de la LEC. La motivación cumple unas funciones perfectamente explicitadas por la jurisprudencia constitucional, que constituyen manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, *ex* artículo 24.1 de la Constitución Española. Pero además la motivación es una manifestación de racionalidad de la resolución judicial. Así tratando de la motivación de las sentencias, el artículo 218.2 *in fine* de la LEC establece lo siguiente: «La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón».

El TC en su sentencia 164/2002 de 17 de septiembre, Fundamento Jurídico 4, convierte la motivación en exigencia tanto constitucional como de racionalidad (por más que se trate de una «racionalidad debilitada»), indicando lo siguiente: «Dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, (...), no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas del tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas»; sobre el tema de la racionalidad del Derecho y de las resoluciones judiciales me remito a mi trabajo «La Formación de Juez», en publicación en los Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y «La exigencia de coherencia formal en el razonamiento jurídico y la tacha de irrazonabilidad de las resoluciones judiciales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 236, noviembre 2002, págs. 83 y ss.

³³ Como señala GUASP, J., *op. cit.*, (T II) pág. 312, «con respecto al deudor se produce un cambio en su estado jurídico, mal llamado de capacidad, pues es, en realidad de legitimación, pero, en todo caso, de alcance trascendente al mundo del derecho material y no contraído estrictamente a los problemas procesales».

³⁴ Bien que aquella no supusiese ni una «quasi incapacidad» ni una incapacidad parcial; GARCÍA VILLAVARDE, R., *Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial*, AAMN. Tomo XXXVII, (*separata*) Madrid 1999, págs. 166 y en 177, indica «de ser un supuesto de incapacidad, deberá serlo de una especie *sui generis*», efectuando en página 180 la siguiente interpretación de nuestro ordenamiento, «en definitiva, nuestro Derecho puede tener, con una exégesis adecuada de lo que implica la inhabilitación, unas soluciones similares a las del Derecho alemán, que podrían resumirse así: 1.ª Con la declaración de la quiebra, el quebrado queda desposeído de aquellos bienes o derechos que se afectan al pago de los acreedores y pierde la posibilidad de administrarlos; 2.ª El quebrado no es un incapaz y puede vincular a terceros mediante actos y contratos; 3.ª Aquellos actos o contratos que afecten a la masa de la quiebra son ineficaces frente a ella, salvo que los síndicos los convaliden; 4.ª En caso de no convalidación, estas deudas del quebrado no se podrán satisfacer con bienes de la masa, salvo interrupción por la causa que fuere del proceso liquidatorio. Habrá que esperar al cierre de la liquidación si sobran bienes o a un momento futuro en que haya posibilidades para pagar».

mina la imposición de la inhabilitación ³⁵, ésta tiene carácter sancionador (por ello se reserva únicamente para el concurso calificado como culpable ³⁶).

2. Despido colectivo y traspasos («sucesión») de empresas.

La normativa comunitaria referente a los despidos colectivos, nada prevé sobre la inaplicación de la misma en los supuestos de procedimientos concursales. A salvo la posibilidad de que los Estados miembros en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, establezcan que el empresario sólo deberá notificar el mismo por escrito a la autoridad pública competente a petición de la misma (art. 3.º 1, segundo apartado, de la Directiva 98/59/CE).

Sin embargo la norma comunitaria relativa a los traspasos («sucesión») de empresas sí toma en consideración los supuestos de que aquéllos se produzcan vigente un procedimiento concursal. Efectivamente la Directiva 2001/23/CE establece que salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3.º (cuyo contenido sustantivo básico es que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso») y 4.º (que sustancialmente se resume en que «el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario») «no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)».

Añadiéndose en aquella norma comunitaria que en el supuesto de que los artículos 3.º y 4.º se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente)

³⁵ Artículo 172.2.2.º de la LC. Además en la Exposición de Motivos de la LC apartado III, se dice «la "inhabilitación" (...) se impone como sanción»/Niega el carácter sancionador de la inhabilitación del quebrado MARTÍNEZ FLÓREZ, A, *La Inhabilitación del quebrado*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 9 y 21 que le atribuye la finalidad exclusiva de «asegurar el resultado del procedimiento, cuyo objeto básico es el reparto del producto de los bienes entre los acreedores»; también el mismo autor en *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid 2001; indica GARCÍA VILLAVERDE, R., *op. cit.* («Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial»), pág. 173 que «la ocupación de los bienes del quebrado y la administración de los mismos por terceros, que se da históricamente, es algo que permanecerá hasta nuestros días, sencillamente porque son medidas imprescindibles para que pueda agruparse y repartirse entre los acreedores el conjunto de bienes y de derechos que forman la masa de la quiebra»; en el mismo sentido PAJARDI y otros, *Derecho concursal*, Tomo 2.º, Buenos Aires, 1986, págs. 437 y 438.

³⁶ «La "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas», Exposición de Motivos, epígrafe III, apartado primero. Afecta «a las personas afectadas por la calificación» y se trata de «inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período».

y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que puede ser un interventor de empresas), un Estado miembro podrá disponer que no se transferirán al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a la protección mínima que indica, y que el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, pueden pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.

La aprobación de la Ley 22/2003, Concursal, supuso un cambio importante en nuestro ordenamiento por cuanto, añadió (disp. final decimocuarta.2) una nueva sección al Estatuto de los Trabajadores (ET) (la Secc. 5.^a, titulada «Procedimiento concursal», compuesta por un solo precepto, el art. 57 *bis*). Según la nueva regulación:

«En caso de concurso, a los supuestos de (...) extinción colectiva de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC.»

La normativa laboral general debe ser tomada en consideración, en relación con el régimen general del despido colectivo, por la similitud entre la regulación contenida en la LC y en el ET (art. 64 de la LC, en el que se regula el despido colectivo), y por la existencia en la legislación concursal de una remisión expresa a la regulación laboral (art. 64.7 y 11 de la LC).

Aquella normativa laboral general también ha de considerarse en relación con la «sucesión de empresas», porque en correcta hermenéutica jurídica el artículo 57 *bis* del ET presume que se produce ese fenómeno, remitiéndose a la legislación concursal para la regulación de determinadas «especialidades». Porque ni en nuestro ordenamiento jurídico laboral ni concursal, se contiene una exclusión explícita del fenómeno para las transmisiones de empresas que se produzcan vigente un procedimiento de esta naturaleza (lo que posibilita la Directiva 2001/23/CE, como se ha visto), y porque la LC presupone la continuidad de la empresa (esto es de las relaciones laborales en una comprensión no fordista, sino a la altura del siglo XXI de las mismas), bien que permitiendo alternativamente acudir al procedimiento específico de despido colectivo que regula (arts. 100, 148.1 y 149, regla 1.^a de la LC, en el primer sentido, y arts. 148.2 de la LC y 149, regla 2.^a de la LC, en el segundo).

Por todo ello debe efectuarse una referencia siquiera breve a la regulación contenida en la legislación laboral general al despido colectivo y a la transmisión («sucesión») de empresas.

2.1. El despido colectivo.

En el Derecho comunitario la Carta de los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores ³⁷, señala que ³⁸ la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea, y que tal mejora lleva consigo igualmente el desarrollo de ciertos aspectos de la reglamentación laboral en los procedimientos de despido colectivo o relativos a las quiebras, en los que «en particular» la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollar, en «tiempo hábil» y mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros.

La CEu ³⁹ establece en el artículo II-90, titulado «Protección en caso de despido injustificado» que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales», y en su artículo II-87 que «deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». Se añade a aquellos derechos «fundamentales», la previsión contenida en el apartado d) de su artículo III-210, según la cual, «la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en la protección de los trabajadores en caso de resolución del contrato laboral».

El despido colectivo se regula por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, considerando «que interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad pues en otro caso las diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros, en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores (...), tendrían incidencia negativa y directa en el funcionamiento del mercado interior».

Según aquella norma comunitaria se entenderán por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, «por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, cuando el número de despidos producidos sea un número determinado de trabajadores, "al menos", en un determinado período de tiempo» ⁴⁰. El derecho interno español ha sido poco generoso en la trans-

³⁷ Adoptada en la reunión del Consejo Europeo, celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

³⁸ Primera frase del párrafo primero y en el párrafo segundo del punto 7, en el párrafo primero del punto 17 y en el tercer guión del punto 18.

³⁹ El Tratado por el que se establece dicho texto constitucional debe ser citado tomado en consideración, dado que ha sido suscrito por España el 29 de octubre de 2004, publicado en el DOUE de 16 de diciembre de 2004 (núm. 310, serie C), aprobado en referéndum de 20 de febrero de 2005 en nuestro país, y autorizada su ratificación por Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo. Todo ello no obstante las razonables dudas sobre su entrada en vigor, desde su rechazo en el referéndum francés del 29 de mayo de 2005 y el posterior holandés.

⁴⁰ Se establece una doble alternativa en función de esos períodos, y el número de trabajadores afectados, que son los siguientes:

posición de la Directiva (pudiéndose cuestionar su incumplimiento) en el artículo 51 del ET, en cuanto que reduce los «motivos no inherentes a la persona del trabajador» a «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»⁴¹. Entendiéndose que concurren aquellas causas «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos».

Además, la normativa interna española acoge el período de tiempo más largo de los establecidos en la norma comunitaria para el cómputo del número de despidos, a los efectos de su calificación como «despido colectivo», mixtificando el sistema de cómputo, al indicar que concurrirá despido colectivo cuando, «en un período de noventa días», la extinción «afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, al diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores, o a treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores» y cuando la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, debida a cesación total de su actividad empresarial (fundada en aquellas causas), siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco.

Cuando el empresario «tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo» debiendo versar, como mínimo «sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». Mandato

i) Para un período de 30 días:

- Al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores.
- Al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores.
- Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo.

ii) Para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

A efectos del cálculo del número de esos despidos se asimilarán a los mismos las extinciones del contrato de trabajo por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5. En este aspecto el artículo 51 del ET establece que «para el cómputo del número de extinciones de contratos (...), se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 (...), siempre que su número sea, al menos, de cinco», y que «cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) (...) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto».

⁴¹ Indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 8 de julio de 1999 lo siguiente: «En relación con la existencia de grupos de empresa con dirección unitaria, viene considerándose igualmente por los Tribunales que, acreditada la existencia de dicho grupo de empresas por las razones que se explican en la muy conocida Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de junio de 1993, «puesto que el artículo 51.1 del ET requiere una situación económica negativa de la empresa, no (es) suficiente la situación económica negativa de las sociedades que conforman dicha unidad empresarial». *Vid.* también STSJ de Madrid de 30 de abril de 1997.

que se reproduce en nuestro derecho interno. Es relevante la precisión de la Directiva comunitaria de que las obligaciones en ella establecidas «se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él», que también se recoge en nuestra legislación (art. 51.14 del ET).

Las obligaciones del empresario, en sede de despido colectivo y según la normativa comunitaria, no se limitan al deber de consulta a los trabajadores o a sus representantes legales sino que está obligado a «notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente»⁴². Aquella notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores, precisando especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos, transmitiendo a los representantes de los trabajadores una copia de esa notificación, pudiendo aquellos representantes dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente.

En el Derecho interno español, se vigorizan aquellas exigencias, pues el empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo «deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo» a la autoridad competente «conforme al procedimiento de regulación de empleo», que «se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores».

Tanto la normativa comunitaria como la adaptación de nuestro Derecho interno a la misma, resultan extremadamente celosas en los aspectos procedimentales⁴³. Al extremo es relevante la intervención administrativa en nuestro sistema laboral que «si, durante la tramitación del expediente, la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquélla podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas», y «cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente».

⁴² No obstante los Estados miembros podrán establecer que, en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario sólo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de ésta.

⁴³ En el Derecho interno español, el artículo 51 del ET establece que la comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen, extremo en que es desarrollado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero. La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral. Recibida aquella solicitud, la autoridad laboral comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, comunicando la iniciación del expediente a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo y recabando, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas y se incorporarán al expediente una vez concluido aquél.

El procedimiento en nuestro ordenamiento, como no podía ser menos dado el tenor de la norma comunitaria, se nuclea en torno a las consultas entre empresario y los trabajadores o sus representantes, y la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados en aquel período en base a la autonomía negocial ⁴⁴.

Concretamente y respecto del Derecho comunitario, debe destacarse que durante el transcurso de las consultas, el empresario, «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas» (esto es, «en tiempo hábil»), deberá proporcionarles toda la información pertinente, y comunicarles, en cualquier caso, por escrito, con copia a la autoridad pública competente, los motivos del proyecto de despido, el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido, y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido si fueren distintas a las generales de las legislaciones o prácticas nacionales.

Las consecuencias de haberse seguido o no aquel procedimiento de regulación de empleo, son diferentes según la normativa comunitaria y el Derecho español. Efectivamente al tenor de la primera los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días después de su notificación, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso, pudiéndose conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir ese plazo y si es inferior a sesenta días prorrogar el plazo inicial (comunicándose al empresario) hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial. La autoridad pública deberá aprovechar aquel plazo para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados.

⁴⁴ La consulta con los representantes legales de los trabajadores tendrá una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, «en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores». Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

Finalizado el período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si hubiere concluido con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo. No obstante, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la Entidad Gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución, que deberá ser «motivada y congruente con la solicitud empresarial», estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

En el Derecho español, si se ha seguido el procedimiento de despido colectivo, recaída resolución (expresa o mediante silencio positivo) de la autoridad laboral autorizando la extinción de los contratos, el empresario puede proceder a efectuar los despidos pertinentes, en los términos y con las consecuencias establecidas en aquella resolución. Entre las consecuencias más notables para los trabajadores y que son pertinentes destacar a efectos de este comentario, están las siguientes:

- a) Indemnizatorias. No resultando dudosa la licitud de que «en este tipo de pactos se fijen unas indemnizaciones exactamente ajustadas al tope de 20 días de remuneración por año de servicio, sin establecer cantidad alguna que lo sobrepase (...) también es totalmente válido y conforme a ley que la empresa y los representantes de los trabajadores estipulen determinados excesos superadores de aquel límite cuantitativo, (incluso) reduciendo o restringiendo su percepción a las condiciones o supuestos que dichas partes negociadoras tengan a bien consignar, siempre que esas condiciones o supuestos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»⁴⁵.
- b) El trabajador cuyo contrato de trabajo se extinga con fundamento en la resolución de la autoridad laboral dictada en el expediente administrativo que se siga, se encuentra en situación legal de desempleo y percibirá las prestaciones por desempleo en los términos que la propia resolución establezca⁴⁶.

Las consecuencias de no haberse seguido en absoluto o haberse seguido con graves deficiencias sustantivas el procedimiento de despido colectivo (expediente de regulación de empleo)⁴⁷ son que el empresario no puede proceder a «despedir colectivamente», y si lo hace el despido será nulo «por determinarlo así los artículos 53.4 del ET y 122.2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo su consecuencia la prevenida en el artículo 55.6 de dicho Estatuto al que se remite el 53.5 del mismo cuerpo legal, esto es, la readmisión inmediata de los trabajadores, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido»⁴⁸.

A los efectos de la sentencia que se comenta adquiere singular relieve que también los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el

⁴⁵ STS, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 1996; establece el artículo 14 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, bajo el título «indemnizaciones», lo siguiente: «1. El empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la Resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización que se establece en el artículo 51.8 del TR Ley del ET, salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior; 2. En el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto, en el artículo 4.º 2 g) del ET, demandar ante el Juzgado de lo Social competente al pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario, y en el que las afirmaciones de hecho de la Resolución de la autoridad administrativa gozarán de presunción de certeza, salvo prueba en contrario».

⁴⁶ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de enero de 1997.

⁴⁷ Así cuando en él se resuelve el expediente «sin que consten puestos de trabajo concretos, ni categorías, ni ningún otro dato para seleccionar (a los trabajadores afectados por el expediente)», precisa la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2004.

⁴⁸ STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2004.

empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación. Supuesto en el que la autoridad laboral competente determinará las actuaciones y los informes que sean precisos para la resolución del expediente, respetando los plazos previstos.

Asimismo ha de resaltarse que en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente si no obstante el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto. La existencia de fuerza mayor, constituye otro de los supuestos singulares a destacar, en tanto se considere causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados previo expediente tramitado a instancias del empresario, «acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores»⁴⁹.

2.2. *Trasposos («sucesión») de empresas.*

La jurisprudencia del TJCE tiene declarado que la normativa comunitaria relativa a los «trasposos de empresas» (Directiva 2001/23/CE) pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en la mismas condiciones acordadas con el cedente. El objeto de aquella normativa es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión⁵⁰.

Eso es, según la jurisprudencia comunitaria, la normativa aplicable «en caso de transmisión de un empresa o de un centro de actividad a otro empresario pretende proteger en la medida de lo posible, en interés de los empleados, las relaciones laborales existentes, que forman parte del conjunto económico transmitido»⁵¹. Precisamente con ese fin la normativa comunitaria, como efectos para el cesionario derivados de la transmisión de la empresa, incluye la asunción, por este último, de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o relación laboral que exista en la fecha de la transmisión y que se haya celebrado con aquellos trabajadores que, para el cumplimiento de sus funciones, estén destinados en la empresa transmitida o en la parte de la empresa o del centro de actividad⁵².

⁴⁹ Dictándose resolución de la autoridad laboral «previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor», pudiendo acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

⁵⁰ SSTJCE, 17 de diciembre de 1987, Asunto 287/86, *Ny Molle Kro*, de 25 de julio de 1991, Asunto C-362/98, *D'Urso* y otros, de 12 de diciembre de 1998, Asunto C-399/96, *Europoïcces*, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵¹ SSTJCE de 16 de diciembre de 1992, Asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91, *Katsikas* y otros, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵² SSTJCE de 25 de julio de 1991, Asunto C-362/98, *D'Urso* y otros, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

Aquella Directiva, continúa indicando la doctrina jurisprudencial comunitaria, es aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de parte de éstos «a otro empresario», definiendo los conceptos de «cedente» y «cesionario» por referencia, respectivamente, a la pérdida y a la adquisición de la «calidad de empresario con respecto a la empresa, centro de actividad o parte de centro de actividad»⁵³, y que son aplicables «siempre que haya cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, sin que sea pertinente saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida»⁵⁴.

A los efectos de poder determinar la existencia o no de una transmisión en el sentido de la normativa comunitaria, precisa la jurisprudencia comunitaria que «debe apreciarse si la empresa de que se trata conserva su identidad, lo que resulta en particular de que el nuevo empresario continúe efectivamente la explotación de la entidad de que se trata o si se encarga de ella con las mismas actividades económicas u otras análogas»⁵⁵, y «de ello se deriva que el criterio determinante para comprobar la existencia de transmisión (...) el de que un nuevo empresario continúe o se encargue de la explotación de la entidad de que se trate preservando la identidad de ésta»⁵⁶. La doctrina jurisprudencial comunitaria, sobre el sentido y los efectos de la normativa sobre «transmisión de empresas», se completa con la afirmación siguiente: «La efectividad de los derechos conferidos a los trabajadores (...) no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a estos últimos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente»⁵⁷, «de ello se desprende que, con esa única excepción, los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión de la empresa (...) entre el cedente y los trabajadores destinados en la empresa traspasada se transmiten de pleno derecho del cedente al cesionario por el solo hecho de la transmisión de las empresas»⁵⁸.

Transferencia «de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales que tiene lugar necesariamente en la misma fecha que la de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario»⁵⁹. Precisamente «en apoyo de esta interpretación», el Tribunal de Justicia tiene declarado:

⁵³ SSTJCE de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁴ SSTJCE de 17 diciembre de 1987, Asunto C-287/86, *Ny Molle Kro*, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, *Daddy's Dance Hall*, de 5 de mayo de 1988, Asuntos acumulados C-144/87 y C-145/87, *Berg y Busschers*, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁵ SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto C-24/85, *Spijkers*, de 19 de septiembre de 1995, Asunto C-48/94, *Rygaard*, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁶ STJCE de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁷ SSTJCE de 11 de julio de 1985, Asunto 105/84, *Danmols Inventar*, de 25 de julio de 1991, Asunto C-362/98, *D'Urso* y otros, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁸ SSTJCE de 25 de julio de 1991, Asunto C-362/98, *D'Urso* y otros, de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-305/94, *Rostsar de Hertaing*, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁵⁹ SSTJCE de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

- a) Que la normativa comunitaria «atribuye a los Estados miembros la facultad de prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha de la transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha»⁶⁰.
- b) «Que después de la fecha de la transmisión de la empresa, se extingue la responsabilidad del cedente frente a las obligaciones que resultan del contrato o de la relación laboral por el mero hecho de la transmisión (...), habida cuenta del objetivo de protección de los trabajadores (...), dicho efecto sólo puede producirse si las obligaciones de que se trata se transfieren al cesionario desde la fecha de la transmisión de la empresa»⁶¹.
- c) «Que reconocer al cedente o al cesionario la facultad de elegir la fecha en la que se transfiera el contrato de trabajo o la relación laboral equivaldría a admitir que los empresarios pueden, al menos con carácter temporal, establecer excepciones a las disposiciones (...), pese a que éstas tienen carácter imperativo y que, por tanto, no se pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores»⁶².

En relación con nuestro Derecho interno la jurisprudencia precisa, en relación con las sucesivas normas comunitarias habidas en materia de traspasos de empresas, lo siguiente:

«Contienen previsiones que anticipadamente nuestro ordenamiento contempló y reguló con precisión imponiendo la subrogación empresarial en el supuesto de transmisión en el artículo 79 del Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba la Ley del Contrato del Trabajo (LCT) y la subrogación con responsabilidad solidaria en el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1978, de 8 de abril, pues no cabe olvidar que el Derecho Comunitario se orienta a la convergencia entre los Estados de la Unión Europea dada la diferente tradición observada por cada uno de ellos en la regulación de las relaciones jurídicas con la inevitable consecuencia de que en algunos países se plantea con cada Directiva una urgente necesidad reguladora y en otros la norma comunitaria resulta innecesaria por presentar el Derecho nacional una regulación más técnica y ambiciosa de la que pueda proponer el órgano comunitario.»

⁶⁰ SSTJCE de 14 de noviembre de 1996, Asunto C-305/94, *Rostsar de Hertaing*, y de 26 de mayo de 2005, Asunto C-478/03, *Celtec*.

⁶¹ Véase nota anterior.

⁶² Véase nota anterior.

Concluyendo que el artículo 44 del ET «cumple a la perfección» los fines que persigue la normativa comunitaria en materia de transmisión o sucesión de empresas. El supuesto de hecho de la sucesión de empresas, según la jurisprudencia, está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos ⁶³:

- a) «El primero de ellos referente al cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma que al decir del artículo 44 sea un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma; este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto "inter vivos" de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión *mortis causa* de la empresa o de una parte significativa de la misma» [arts. 44 y 49.1 g) del ET].
- b) «El segundo requisito esencial consiste en que los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada; así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente. Por lo tanto hay traspaso si hay mantenimiento de la identidad, y ésta se produce cuando la transmisión afecte a un conjunto de medios organizados susceptibles de poder llevar a cabo una actividad económica.»

Discurso que ha de matizarse con la precisión de que «cuando la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra la consideración conjunta de una colectividad de trabajadores que, de modo duradero, desarrollan dicha actividad, puede constituir de por sí la entidad económica cuyo cambio de titular contempla la Directiva» ⁶⁴.

⁶³ En términos de la STS, Sala Cuarta, de 14 de abril de 2003 y STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2004. Según la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2004, la doctrina jurisprudencial (citando las SSTs de 13 de marzo de 1990; de 23 de febrero de 1994; de 17 de marzo de 1995), sobre el contenido del art. 44 ET, «presuponen, como garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por la transmisión directa o cambio del antiguo empresario por otro nuevo y distinto, aunque la sustitución se realice a través de un tercero interpuesto, pues lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la actividad empresarial; y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto, o, lo que es lo mismo, la permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnico-organizativos y patrimoniales. Los requisitos sobre la efectiva transmisión de bienes patrimoniales han sido incluso suavizados o matizados por la STJCE de 19 de septiembre de 1995».

⁶⁴ STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2004, según la cual, «la jurisprudencia comunitaria ha evolucionado en la aplicación e interpretación de la citada Directiva y de la Directiva 23/2001/CE, en sentencia de 24 de enero de 2002 (asunto *Temco*), en la que se advierte que, cuando la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra, como sucede en las empresas de limpieza, la consideración conjunta de una colectividad de trabajadores que, de modo duradero, desarrollan dicha actividad, puede constituir de por sí la entidad económica cuyo cambio de titular contempla la Directiva; por lo tanto, si el nuevo empresario, en este caso titular de la actividad económica principal, se hace cargo de una parte importante de los trabajadores de la anterior empresa y de las competencias que tenía ésta, al asumir, asimismo, la actividad de limpieza, cuyo personal destinaba su antecesor específicamente a esas tareas, existe transmisión de acuerdo con la Directiva; lo cual nos lleva a la conclusión de que si parte del personal de la empresa antecesora es despedida como consecuencia de la asunción del servicio de limpieza por la empresa principal y ésta se hace cargo de parte del personal de la antecesora, no cabe duda de que esos despidos tienen como base la circunstancia de la sucesión empresarial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Directiva y, asimismo, en el concepto de sucesión que establece el artículo 44 del ET, por lo que los trabajadores que no han sido contratados por el empresario que asume tanto la nueva actividad como los trabajadores de la empresa antecesora, deben seguir la misma suerte que los que han sido contratados».

Efectivamente la relativización de la exigencia «habitualmente manejada por la jurisprudencia, desde la que se impone la transferencia de medios materiales, basada en un modelo de relaciones laborales fordista caracterizado por la proliferación de un trabajo industrial intensivo en inversiones de capital, está forzada por la también progresiva desmaterialización de muchas actividades (...), lo que perfectamente puede integrar en el concepto numerosas iniciativas del sector servicios, que no hacen depender su negocio de demasiados medios materiales o infraestructuras físicas siendo menos relevante su inversión en capital que la que ha de realizarse en medios humanos»⁶⁵.

Según nuestra jurisprudencia «el artículo 44.1 del ET manifiesta claramente la voluntad legislativa de proteger la estabilidad en el empleo, al expresar que el cambio en la titularidad de la empresa no extinguirá de por sí la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Ello quiere decir que el nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador, y, por ello, consecuentemente, debe asumir los contratos de trabajo otorgados por aquél en su verdadero alcance y naturaleza, cualquiera que fuera la denominación que le hayan dado las partes contratantes»⁶⁶. Doctrina que es seguida sin fisuras por la jurisprudencia menor⁶⁷.

⁶⁵ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de noviembre de 2004.

⁶⁶ STS, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 1997.

⁶⁷ STSJ de Navarra de 7 de mayo de 2004, según la cual el artículo 44 del ET «tuvo su antecedente en el artículo 79 de la LCT de 1944, (...) y en él se disponía que el contrato de trabajo no terminaría por cesión, traspaso o venta de la industria y que en tales casos quedaba "el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior", aunque sin el añadido posterior de la responsabilidad solidaria. La doctrina jurisprudencial entendió que en esa previsión sobre subrogación quedaban incluidas en particular con carácter solidario las deudas anteriores de la empresa con todos sus trabajadores. El ET en el artículo 44.1, recogió y mejoró la redacción de aquel precepto de la Ley, al que añadió la coetilla final comprensiva del deber de informar a los representantes de los trabajadores, y de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante tres años. La reforma introducida por la Ley 12/2001, de 9 de junio, extrae el principio de responsabilidad solidaria del apartado 1 del artículo 44, para situarlo con carácter independiente en el apartado 3 de dicho precepto, e igualmente el deber de comunicación a los representantes de los trabajadores lo ha situado en los apartados 6 y siguientes del mismo; tratando con independencia el principio de subrogación del cesionario en las deudas anteriores del cedente, la exigencia de responsabilidad solidaria, y el deber de notificación, que antes figuraban en el mismo apartado». Continúa la misma jurisprudencia indicando que «en cualquier caso está claro y fuera de duda que en los diversos textos legislativos el legislador estableció no sólo una garantía para los trabajadores en la subrogación, sino la responsabilidad de ambos empresarios sobre deudas laborales del cedente, sin distinguir entre anteriores y posteriores. La responsabilidad solidaria no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor, constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio (y en ocasiones sin su consentimiento), como a favor de los empresarios responsables si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión». Finalizando la misma doctrina con la siguiente precisión, singularmente oportuna para este comentario, «estamos ante una previsión contra el fraude que, por otra parte, ha sido aceptada tradicionalmente como tal no sólo por la doctrina jurisprudencial de la jurisdicción laboral, sino por la propia jurisprudencia y doctrina mercantil, pues no cabe olvidar que una empresa, especialmente cuando en el presente caso concurre a una subasta pública, tiene el precio que resulta de restar a los activos las deudas que pudiera tener, por lo que no es congruente con la lógica del mercado aceptar la compraventa de empresas sin el cómputo de las deudas preexistentes, en especial las deudas laborales. Evitando que la venta de empresas o su adquisición en pública subasta pueda utilizarse para conculcar los derechos salariales o asistenciales de los trabajadores».

3. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE EL SUPUESTO DE HECHO (LITIGIO PRINCIPAL), Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PROPUESTAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

3.1. Los hechos.

Los hechos a tomar en consideración son los que a continuación se relacionan. La Sra. Junk, trabajaba como uno de los 430 empleados de AWO, empresa dedicada a la prestación de asistencia sanitaria a domicilio, y que, a resultas de dificultades en los pagos, el 31 de enero de 2002 solicitó su declaración en concurso (quiebra) por dificultades financieras.

Con efectos de 1 de febrero de 2002, AWO «liberó a todos sus trabajadores de la obligación de cumplir sus tareas y dejó de pagarles los salarios correspondientes al mes de enero de 2002», precisa la sentencia objeto de comentario.

El 5 de febrero de 2002 se dictó la declaración provisional de quiebra y, el 1 de mayo siguiente, la declaración definitiva. Mediante escrito de 19 de junio de 2002 el administrador comunicó al comité de empresa de AWO que tenía la intención, por razón del cierre del establecimiento, de extinguir todos los contratos de trabajo todavía vigentes (entre ellos el de la Sra. Junk), respetando el plazo máximo de tres meses previsto en la declaración de quiebra, es decir con efectos de 30 de septiembre de 2002, mediante un despido colectivo.

En la comunicación del administrador se especificaban los nombres, direcciones, fechas de nacimiento, categorías y otros datos fiscales, y fechas de incorporación respectivamente a la empresa. El administrador elaboró con el comité de empresa un acuerdo de compensación y un plan social. El comité de empresa comunicó al administrador, el 26 de junio de 2002, su acuerdo con la propuesta.

Mediante escrito de 27 de junio de 2002 del administrador, recibido el día 29 siguiente, se comunicó a la Sra. Junk la extinción de su contrato de trabajo, con efectos del 30 de septiembre de 2002, por motivos inherentes a la situación de la empresa. El 27 de agosto del mismo año el administrador notificó a la oficina de empleo el despido de 172 empleados, con efectos del 30 de septiembre de 2002, adjuntando el informe del comité de empresa.

La Sra. Junk interpuso una demanda contra la extinción de su contrato de trabajo, alegando la ineficacia de la decisión extintiva que se debía, según la demandante, al hecho de que el administrador no había consultado al comité de empresa antes el despido, no aplicando debidamente el procedimiento de información y consulta que para los despidos colectivos prevenía la normativa aplicable.

3.2. Las cuestiones prejudiciales formuladas al Tribunal de Justicia.

El órgano jurisdiccional (Arbeitsgericht Berlin) suspendió el procedimiento seguido a instancia de la Sra. Junk al considerar que la resolución al mismo dependía de la interpretación que debía darse a la normativa comunitaria en materia de despidos colectivos. Efectivamente según aquel órgano jurisdiccional:

- a) En el Derecho alemán al distinguirse entre *kündigung* y *entlassung* la existencia de un despido colectivo no podía resultar determinada por la fecha en que se comunica la extinción de los contratos de trabajo, sino por la fecha de expiración de cada uno de los preavisos de despido. Según aquel órgano judicial «en estas circunstancias, el empresario podría dirigirse al comité de empresa y realizar la notificación a la oficina de empleo después de comunicar la extinción de los contratos de trabajo, siempre que lo hiciera antes de la cesación definitiva de las relaciones laborales».
- b) Sin embargo, precisa el mismo órgano judicial, en el sentido de la Directiva (que tiene por objeto la protección de los trabajadores), el concepto de «despido» debe interpretarse como coincidente con la comunicación de extinción del contrato por el empresario, de modo que, con anterioridad a esta comunicación se deben haber respetado completamente tanto el procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores como la notificación a la autoridad competente.

Consecuentemente con aquellos razonamientos el órgano jurisdiccional decidió plantear al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- A) La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos ¿debe interpretarse en el sentido de que por «despido» en el sentido del artículo 1.º, apartado 1, letra a), de dicha Directiva debe entenderse la comunicación del despido como el primer acto destinado a resolver la relación laboral, o significa «despido» la resolución de la relación laboral que se produce al expirar el plazo de preaviso?
- B) En el caso de que por «despido» deba entenderse la comunicación del despido ¿exige la Directiva que tanto el procedimiento de consulta con arreglo al artículo 2.º de la Directiva como el procedimiento de notificación con arreglo a los artículos 3.º y 4.º de la Directiva se hayan completado antes de enviar la comunicación de los despidos?

4. LOS DEBERES DE CONSULTA Y NOTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO SEGÚN EL DERECHO EUROPEO Y MOMENTO DE EFECTOS DEL DESPIDO COLECTIVO

Señala el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario que, versando el litigio principal sobre la regularidad de un despido a la luz de los procedimientos de consulta y notificación previstos en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Directiva 98/59/CE, es necesario precisar el concepto mismo de «despido» en el sentido de aquella Directiva, efectuando la primera, y desde luego trascendente, siguiente afirmación:

«El artículo 1.º, apartado 1, letra a) de la Directiva define el concepto "despidos colectivos", pero no indica qué es el despido ni remite, en relación con este extremo, al Derecho de los Estados miembros.»

A este respecto, continúa la resolución jurisdiccional, «procede recordar que de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate».

Si no fuera así «la finalidad de armonización, aunque fuera sólo parcial, perseguida por la Directiva se vería seriamente perjudicada en la medida en que la protección ofrecida por tal normativa a los trabajadores en caso de despidos colectivos podría variar de Estado miembro a Estado miembro en función del significado del concepto "despido" en los diversos Derechos nacionales»⁶⁸.

4.1. El despido colectivo y las obligaciones de consulta a los representantes de los trabajadores y de notificación a la autoridad laboral. La noción de «despido» en la legislación comunitaria sobre despidos colectivos.

En la tramitación del procedimiento se mostraron posiciones muy diferenciadas. Según el órgano judicial remitente la versión alemana de la Directiva 98/59/CE para referirse al despido utiliza el término *entlassung*, que se refiere al momento en que un despido adquiere eficacia, y que se distingue claramente del término *kündigung*, que alude a la «comunicación del despido», es decir a la manifestación de voluntad del empresario de poner fin a la relación laboral.

Considerando tales diferencias terminológicas, según aquel órgano jurisdiccional, y aplicándolas a las disposiciones en materia de despidos colectivos, «a los fines del cumplimiento de las obligaciones procesales recogidas en la Directiva, el momento en que tales obligaciones deben cumplirse no es el de la "comunicación del despido" por parte del empresario, sino el de la efectiva resolución de la relación laboral. Con la consecuencia de que el empresario también puede informar y consultar a los representantes de los trabajadores y notificar el proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente después de las comunicaciones individuales de despido, siempre que sea antes de la extinción de las relaciones laborales»⁶⁹.

En sentido diferente el Gobierno del Reino Unido, invocando argumentos de carácter literal y teleológico, consideró «que el concepto de "despido" relevante a los fines de la Directiva hacía referencia más bien al momento en que finaliza la relación laboral»⁷⁰. Precizando que «un despido puede "surtir efecto" sólo en el momento en que la relación laboral se extingue, esto es, cuando el trabajador deja efectivamente de estar sujeto a las instrucciones del empresario. Hasta tal momento, en efecto, puede producirse siempre la revocación de la comunicación de despido. Esta interpre-

⁶⁸ Indica el Abogado General, Sr. don Antonio Tizzano, en su escrito de conclusiones, presentado el 30 de septiembre de 2004, Conclusión 41.

⁶⁹ Conclusión 31 del Abogado General.

⁷⁰ Conclusión 33 del Abogado General.

tación viene igualmente confirmada (...) por la explícita distinción (...) entre el concepto de "despido" y el de "preaviso" (*notice of dismissal*). Ahora bien, la distinción entre estos dos conceptos es absolutamente clara, pues uno se refiere al momento en que los despidos "surtirán efecto" (*collective redundancies... shall take effect*) mientras el otro indica el momento en que el empresario comunica, mediante el escrito de preaviso, su intención de resolver la relación laboral. Ello excluye toda interpretación que equipare el concepto de "despido" a la manifestación de tal voluntad resolutoria, es decir, a la comunicación del despido»⁷¹.

Según el Gobierno del Reino Unido «la Directiva se limita a exigir que el empresario proceda en "tiempo útil" (...) a consultar a los representantes de los trabajadores y que determinadas informaciones se comuniquen a éstos "en tiempo útil" (...), sin hacer referencia alguna más precisa al momento en el cual tales obligaciones deban cumplirse. Tal disposición no se opone, pues a que los representantes de los trabajadores sean informados y consultados una vez realizadas las respectivas comunicaciones de despido»⁷².

Esta interpretación, según el Gobierno del Reino Unido, era «coherente con los objetivos de la Directiva. En efecto, al permitir al empresario proceder más rápidamente a los despidos, esta interpretación permite, (...), satisfacer al mismo tiempo las exigencias de protección de los trabajadores y de preservación de la solidez económica de la empresa. En cambio, la interpretación contraria, al no permitir al empresario proceder a las comunicaciones de despido antes de la conclusión de los procedimientos de consulta y de notificación, prolonga una situación de crisis y puede, por tanto, causar la pérdida de otros puestos de trabajo e incluso comprometer el saneamiento de la empresa misma»⁷³.

En otro sentido el Abogado General afirmó que «el concepto de "despido" debía entenderse como la manifestación de la voluntad del empresario de poner fin a la relación laboral»⁷⁴, pues «tal interpretación se desprende, (...), tanto de la letra como del espíritu»⁷⁵ de la Directiva. Según el ilustre miembro del Alto Tribunal «ha de observarse que la referencia a los despidos colectivos únicamente "previstos" (...), así como a la notificación de "proyectos" de despido (...) indica de forma inequívoca que el empresario debe iniciar las consultas con los representantes y notificar el proyecto de despido a la autoridad pública competente cuando los despidos se hallen todavía en estado de proyecto»⁷⁶, pues «si el empresario pudiera comunicar a cada uno de los trabajadores afectados por el procedimiento colectivo su intención de resolver el contrato de trabajo, dando así inicio al plazo de preaviso, antes de consultar a sus representantes y de informar a la autoridad pública competente, no podría hablarse ya de proyecto de despido (...) la posibilidad de remitirse a un despido ya manifestado privaría a los procedimientos de consulta y de notificación de efecto útil»⁷⁷.

⁷¹ Conclusiones 34 y 35 del Abogado General.

⁷² Conclusión 36 del Abogado General.

⁷³ Conclusión 37 del Abogado General.

⁷⁴ Conclusión 45.

⁷⁵ Conclusión 46.

⁷⁶ Conclusión 47.

⁷⁷ Conclusión 48.

Concluye aquel Abogado General que «el concepto de "despido" previsto en el artículo 1.º, apartado 1, letra a), de la Directiva hace referencia a la manifestación de la voluntad del empresario de poner fin a la relación laboral y que, el empresario no puede ejercitar su facultad de resolución antes de haber consultado a los representantes de los trabajadores y notificado el proyecto de despido a la autoridad pública competente»⁷⁸.

El Tribunal en la sentencia objeto de comentario precisa que «la necesidad de una aplicación y, por ende, de una interpretación uniformes excluye que dicho texto sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, exigiendo, por el contrario, que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por este último a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las lenguas».

Según el Alto Tribunal «la circunstancia de que el empresario "tenga la intención" de efectuar despidos colectivos y de que haya elaborado un "proyecto" para ello se corresponde con una hipótesis en la que aún no se ha adoptado decisión alguna. En cambio, la notificación al trabajador de la extinción del contrato de trabajo es la expresión de una decisión de ruptura de la relación laboral, y la cesación efectiva de dicha relación al expirar el plazo de preaviso sólo constituye un efecto de dicha decisión. Así, los términos empleados por el legislador comunitario indican que las obligaciones de consulta y notificación nacen con anterioridad a una decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo». Precisamente, apostilla el Tribunal de Justicia, el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores tiene como uno de sus objetivos «evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número», cuya realización «quedaría amenazada si la consulta a los representantes de los trabajadores fuese posterior a la decisión del empresario».

En consecuencia, concluye la Directiva debe interpretarse «en el sentido de que el hecho que vale como despido lo constituye la manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo».

4.2. Momento en que el empresario puede efectuar despidos colectivos.

Se plantea en la sentencia objeto de comentario la cuestión de si el empresario tiene derecho a efectuar los despidos colectivos con anterioridad a la clausura del procedimiento de consulta (previsto en la normativa comunitaria sobre despidos colectivos), así como al procedimiento de notificación (previsto en la misma normativa comunitaria).

Ha de considerarse que «de la Directiva se infiere una secuencia procesal que se articula en dos fases distintas y consecutivas»⁷⁹. A saber:

⁷⁸ Conclusión 53.

⁷⁹ Conclusión 57.

- a) «La primera fase consiste en la consulta a los representantes de los trabajadores que (...) debe preceder a la notificación del despido. Tal interpretación viene confirmada y reforzada (...) por el objeto de tales consultas que no se limitan a una mera información "pasiva" de los trabajadores, sino que están dirigidas "a llegar a un acuerdo (...) y versarán como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias (se) impone, pues, cuanto menos una obligación de negociar" ⁸⁰».

Como indica el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario efectivamente «el empresario no puede poner fin a los contratos de trabajo antes de haber iniciado los dos procedimientos controvertidos», pues el procedimiento de consulta está previsto «con vistas a llegar a un acuerdo» y versa «como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas de acompañamiento».

La consecución del objetivo de llegar a un acuerdo «se vería seriamente obstaculizada, cuando no impedida, si el empresario pudiera resolver la relación laboral antes de la finalización de las consultas. En efecto, en tal caso el empresario no estaría en modo alguno predispuesto a una discusión útil con las contrapartes, al objeto de evitar los despidos o de limitar sus efectos negativos, pues ya habría adoptado la decisión de efectuar los despidos. En otras palabras, los trabajadores se verían enfrentados a un hecho consumado y la disposición quedaría privada de todo efecto útil» ⁸¹.

Efectivamente, según el Alto Tribunal, la normativa comunitaria «impone una obligación de negociación» y su «efecto útil de tal obligación quedaría amenazado si el empresario tuviese el derecho de extinguir los contratos de trabajo durante el procedimiento, o incluso desde su inicio. Para los representantes de los trabajadores sería bastante más difícil obtener la retirada de una decisión adoptada que una renuncia a un proyecto de decisión». Por todo ello, «la extinción del contrato de trabajo sólo puede efectuarse, por tanto, con posterioridad a la clausura del procedimiento de consulta, a saber, después de que el empresario haya respetado (aquellas) obligaciones establecidas en (...) la Directiva».

- b) «La segunda fase consiste en la notificación del proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente» ⁸². Comunicación que «sólo puede ser posterior a la fase de consultas dado que el empresario ha de dar cuenta de tal fase en la notificación» ⁸³. Confirma esta conclusión el que aquella notificación, afirma el Tribunal de Justicia, tenga «la finalidad de permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados».

Esta última circunstancia, a juicio del Alto Tribunal, es la determinante de que el despido notificado a la autoridad pública no pueda, en principio «surtir efecto» en los treinta días siguientes a la notificación, todo ello, «sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso».

⁸⁰ Conclusiones 58 y 59.

⁸¹ Conclusión 60.

⁸² Conclusión 61.

⁸³ Conclusión 61.

Efectivamente los despidos colectivos «es decir, las extinciones de los contratos de trabajo, sólo pueden surtir efecto al expirar el plazo aplicable», porque «este plazo (no inferior a 30 días) corresponde al período mínimo del que la autoridad competente debe poder disponer para buscar soluciones».

El establecimiento en la norma comunitaria de una reserva para las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso, como precisa la sentencia, «se refiere necesariamente al supuesto de las extinciones ya efectuadas, que inician el cómputo de tal plazo. En efecto, la reserva relativa a la expiración de un plazo de preaviso diferente del plazo previsto en la Directiva dejaría de tener sentido si no hubiese comenzado a correr ningún plazo de preaviso».

En esta «fase de "gestión" de los efectos del despido, la suspensión de la posibilidad de resolver las relaciones laborales es, pues, menos necesaria que en la anterior fase de consultas, que tenía por objetivo principal evitar o reducir los despidos, por tanto, (la Directiva) suspende la eficacia del despido, pero no su comunicación (del despido). El empresario puede, pues, realizar tal comunicación a partir de la notificación de despido colectivo a la autoridad pública competente»⁸⁴. Concluyendo la sentencia lo siguiente:

- Los preceptos de la norma comunitaria que se refieren a la notificación del «proyecto de despido» a la autoridad competente⁸⁵, «no se oponen a la extinción de los contratos de trabajo durante el procedimiento que establecen, siempre que dicha extinción se efectúe tras la notificación del proyecto de despido a la autoridad pública competente».

⁸⁴ Conclusión 67.

⁸⁵ Artículos 3.º y 4.º. Según el primero de aquellos artículos: «1. El empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente (...). La notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores preavisados (...), especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos. 2. El empresario estará obligado a transmitir a los representantes de los trabajadores una copia de la notificación prevista en el apartado 1. Los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente»; al tenor del segundo de aquellos preceptos: «1. Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista (...), sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso. Los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado en el párrafo anterior. 2. La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado (...) para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados. 3. En la medida en que el plazo inicial previsto en el apartado 1 sea inferior a sesenta días, los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial. Los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente facultades de prórroga más amplias. El empresario deberá ser informado de la prórroga y de sus motivos, antes de la expiración del plazo inicial previsto (...). 4. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial».

- «El empresario tiene derecho a efectuar los despidos colectivos tras la clausura del procedimiento de consulta (a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo) y después de la notificación del proyecto de despido colectivo» antes referido.

Ciertamente la legislación laboral española, plantea la cuestión de su adaptación a la Directiva, en lo que respecta a este apartado, según la interpretación dada por la sentencia objeto de comentario. En todo caso parece que ha de interpretarse en el sentido de que el plazo mínimo de los treinta días para que surtan efecto los despidos colectivos, ha de computarse desde la notificación posterior al término del período de consultas.

Cuando se trata de un despido colectivo que se produce estando declarado en concurso el empresario, la nueva normativa concursal española, plantea la cuestión de si ha de respetarse ese plazo mínimo de los treinta días, antes aludido, habida cuenta que puede interpretarse en el sentido de que es la resolución (Auto) del juez del concurso la que resuelve las relaciones laborales (no limitándose a constituir una autorización al empresario a tal fin), y que la Directiva precisa que «los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial» (art. 4.º 4).

No obstante consideraciones sistemáticas apoyan la conclusión de que también en el supuesto de que el despido colectivo se produzca estando vigente un procedimiento concursal, habrá de respetarse el plazo mínimo de los treinta días para que los despidos, que pueden considerarse producidos por el Auto judicial, sean efectivos. Teniendo aquel plazo un efecto suspensivo de la eficacia de la resolución judicial.

Efectivamente, ha de tomarse en consideración que la sentencia objeto de comentario se dicta habiéndose producido los hechos del litigio principal durante la tramitación de un procedimiento concursal, y que el contenido de la legislación (alemana) aplicable en aquel litigio no difiere sustancialmente de la española. Además el legislador español no hizo uso explícito de la autorización ofrecida en la norma comunitaria de apartarse de los efectos suspensivos a los que se viene aludiendo, muy al contrario la remisión a la legislación laboral, que se contiene en el artículo 64.11 de la LC, parece abundar en lo contrario.

Pudiera cuestionarse que si en un procedimiento concursal, los efectos extintivos de la relación laboral se producen por el Auto judicial (no por la decisión del empresario), acaso no queda sin utilidad alguna aquel plazo mínimo de suspensión de efectos de la resolución extintiva de la relación laboral, pues el Juez del concurso en absoluto asume funciones de «gestión» de los efectos del despido. No obstante a tal argumento puede oponerse que cuando el juez del concurso recaba el informe de la autoridad laboral (art. 64.6 de la LC), ésta se obliga a adoptar las medidas de «gestión» de los efectos del despido. Solución respetuosa con la normativa comunitaria y la interpretación que de la misma da el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario.

5. SOBRE EL AJUSTE DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA A LA NORMATIVA COMUNITARIA RELATIVA AL DESPIDO COLECTIVO. EL PARALELISMO, EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, ENTRE EL RÉGIMEN GENERAL DEL DESPIDO COLECTIVO Y DEL PREVISTO PARA ÉSTE EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

El Derecho concursal español establece un régimen específico para los despidos colectivos⁸⁶ que se pretendan llevar a efecto estando declarado en concurso de acreedores el empresario, deudor común. Efectivamente, según establece el artículo 64.1 de la LC, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales se tramitarán ante el mismo y por las reglas establecidas en aquel precepto de la LC.

No obstante, habida cuenta de que la regulación contenida en la LC no es suficiente, así como la aplicación supletoria que se establece en el artículo 64.11 de la LC, según el cual en todo lo no previsto en aquel precepto «se aplicará la legislación laboral», y «especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye» aquella legislación, deberá de aplicarse la noción que de despido colectivo se contiene en el artículo 51 del ET.

Además cuando se interpongan acciones individuales por los trabajadores solicitando la resolución de los contratos de trabajo⁸⁷, tendrán la consideración de «extinciones de carácter colectivo», cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

- a) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.
- b) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.
- c) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

La Ley atribuye legitimación para la iniciación del expediente a determinados sujetos. Fuera del supuesto anómalo en que el expediente se inicie por acumulación de demandas individuales de extinción de los contratos de trabajo, a instancias de los trabajadores, en las cifras antes indicadas, la legitimación para iniciar la tramitación del mismo se defiere por la Ley en primer lugar a la administración concursal. La peculiar posición de ésta en el concurso, según quedó indicado hace que, aun cuando no sea parte en los contratos de trabajo la Ley le defiera legitimación para iniciar la tramitación del expediente de regulación de empleo.

⁸⁶ Sobre el despido colectivo en el concurso de acreedores *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, «Artículo 64», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 1.181-1.205.

⁸⁷ Interpuestas por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

También está legitimado el empresario (deudor común) declarado en concurso, que no deja en ningún momento del concurso de ser parte en los contratos de trabajo (empleador), condición que, en ningún caso es asumida por la administración concursal. En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario-deudor común o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud inicial.

Los trabajadores de la empresa, «concurrada», dice la ley, también estarán legitimados para iniciar la tramitación del expediente de regulación de empleo, «a través de sus representantes legales», en una ya clásica dicotomía laboral entre la titularidad de los derechos colectivos y su ejercicio. Punto en que la legislación concursal es relativamente conforme con nuestro ordenamiento laboral común, pues en el concurso los trabajadores no tienen que acreditar la potencial causación de perjuicios de imposible o difícil reparación ⁸⁸.

Esto es, los trabajadores son los titulares del derecho (legitimación sustantiva o material), pero no ostentan, en principio, la legitimación procesal, que la ley atribuye a sus representantes legales (que según se deduce de la Ley son tanto los representantes unitarios como los sindicales). Siguiendo una determinada línea de interpretación jurisprudencial, para el caso en que no existan «representantes legales» circunstancia por lo demás no infrecuente en empresas de reducida dimensión, deberá entenderse procesalmente legitimado un representante elegido *ad hoc* o la solicitud conjunta de todos los trabajadores. Asimismo deberán considerarse legitimados los trabajadores en el supuesto de iniciación del expediente por acumulación de demandas individuales.

En la solicitud de iniciación del expediente se deberán exponer y justificar por quienes lo inicien:

- a) Las causas motivadoras del despido colectivo solicitado.
- b) Las medidas colectivas pretendidas.
- c) Los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo.
- d) Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En la regulación del despido colectivo en la legislación concursal, se pone en evidencia la «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*) que naturalmente la informa. Por ello las previsiones contenidas en la legislación laboral común de que en el período de consultas se

⁸⁸ Como sin embargo se exige en el artículo 51.9 del ET, a cuyo tenor están legitimados «los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente (...), si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación».

trate «la posibilidad de evitar o reducir sus efectos (de la extinción colectiva), así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial», resultan extraordinariamente potenciadas, conforme, por otra parte, con la sobresaliente importancia que les otorga la normativa comunitaria, según deja de manifiesto la sentencia objeto de comentario.

La ley establece una auténtica *condictio iuris* para la eficacia de la solicitud de iniciación del expediente de regulación de empleo, consistente en que se haya emitido el informe de la administración concursal⁸⁹. Únicamente si el juez del concurso estimase que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, se podrá realizar la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso. La importancia de aquel informe en la tramitación del procedimiento concursal, su contenido y la singular posición de la administración concursal, justifican esta previsión legal.

Una vez que el juez del concurso haya recibido la solicitud, «convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas». La duración de este período no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (períodos que coinciden estrictamente con los previstos en la legislación laboral común).

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

En este punto la legislación concursal se adecua tanto a la legislación comunitaria como a nuestra legislación interna. Quedando de manifiesto la importancia de este período y su carácter de período y actividad de negociación de buena fe con un determinado propósito, y su carácter absolutamente necesario para la legitimidad de la resolución que adopte el juez del concurso (Auto), extintiva de los contratos de trabajo. Pero incluso si se entendiera que aquella resolución judicial no extingue los contratos, sino que opera como si de una autorización administrativa de tratase, la pertinencia de aquel período de consultas sería absoluta para la extinción por el empresario deudor común de los contratos de trabajo.

⁸⁹ Al que se refieren los artículos 74 y ss. de la LC, y que habrán de presentar en el plazo de los dos meses, siguientes a la aceptación, al menos por dos de ellos, el cargo. Plazo que puede ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, siempre que concurran en circunstancias extraordinarias. Dicho informe contendrá: 1) El análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria; 2) El estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria presentada por aquel; 3) La memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. Uniéndose al informe un inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, un escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado. Aquel informe «concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso».

Finalizado el plazo de consultas o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del mismo. Efectuada aquella comunicación, el juez del concurso «recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado (que deberá ser emitido en el plazo de quince días). Dicha autoridad laboral podrá, antes de emitir su informe, oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores».

El informe de la autoridad laboral sólo puede tener sentido si se considera que con la solicitud del mismo por el juez del concurso a aquella autoridad pública se cumplimenta el deber que la legislación comunitaria le atribuye, de «gestión de los efectos del despido», según la interpretación que se efectúa por la sentencia objeto de comentario. Por ello parece que la norma concursal incumpliría la normativa comunitaria en cuanto al plazo mínimo de 30 días para la efectividad de los despidos, si se considera que la resolución del juez del concurso (Auto) es la que extingue los contratos de trabajo y resuelve las relaciones laborales, pues aquel Juez ha de dictar su resolución en los cinco (5) días siguientes al transcurso de los quince (15) que tiene la autoridad laboral para emitir su informe.

Efectivamente el juez resolverá (mediante Auto) en un plazo máximo de cinco días sobre las medidas propuestas «aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho», en cuyo caso, al igual que si no se hubiese llegado un acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (nulidad del acuerdo, o acordará en su caso la procedencia del despido colectivo, con las consecuencias establecidas en la legislación laboral).

Si el Auto acordarse la extinción colectiva de los contratos de trabajo, «producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo». Equiparación, poco afortunada, que se debe limitar a ser determinante de la situación de desempleo.

La resolución del juez del concurso (Auto) produce los efectos extintivos de los contratos de trabajo y relaciones laborales hasta entonces vigentes. No se trata de una mera autorización del juez del concurso para que el empresario proceda a aquellas resoluciones contractuales. Las razones son múltiples:

1. En primer lugar, porque así resulta de la interpretación gramatical del artículo 64.2 de la LC, en el que se establece que «la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa (...) podrán solicitar del juez del concurso (...) la extinción colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado». Acogiéndonos a la reiteradísima jurisprudencia sobre los términos, prácticamente idénticos, utilizados en el artículo 50 del ET⁹⁰.

⁹⁰ Que se fundamenta en el carácter constitutivo que tiene en el supuesto del artículo 50 ET la resolución judicial. Constante desde las SSTs de 23 de junio de 1983, 26 de noviembre de 1986, 18 de septiembre de 1989. En términos de la STS, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2004, «a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil en el que, conforme a la interpretación jurisprudencial del citado artículo 1.124 (Ss. de la Sala Primera de 5 de julio de 1971, 28 de febrero de 1989 y

2. En segundo lugar porque el juez del concurso no está actuando en un expediente de jurisdicción voluntaria sino con plena jurisdicción, por lo tanto sus resoluciones no pueden considerarse en ningún caso autorizaciones o consultas, sino decisorias y plenamente ejecutivas.
3. En tercer y último lugar, otros argumentos abundan en aquella conclusión como el de que, en otro caso, se daría la paradoja de que los administradores no podrían en ningún caso resolver los contratos de trabajo y relaciones laborales, al no ser parte los mismos ni tener la condición de empleador en esas relaciones, pero tampoco el empresario sin la autorización de aquéllos, y nunca si no tuviera atribuida la gestión de la masa activa (concurso necesario).

Contra la indicada resolución judicial (Auto) «cabrá la interposición de recurso de suplicación», así como del resto de recursos, en segunda instancia, previstos en la legislación adjetiva laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, «sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales», y las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el indicado Auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal, siendo la sentencia que recaiga recurrible en suplicación.

6. LA CUESTIÓN DE LA «SUCESIÓN DE EMPRESAS» EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

El fenómeno de la «transmisión (sucesión) de empresas» no deja de operar porque se produzca en el marco de un procedimiento concursal. La sentencia objeto de comentario no se pronuncia sobre este extremo, no obstante su vinculación al posible despido colectivo en el marco de un procedimiento de aquellas características, y la nueva regulación del procedimiento concursal en nuestro ordenamiento, obligan a efectuar una, siquiera breve, referencia a su posible operatividad en el mismo.

Efectivamente obediendo la nueva regulación concursal a la «cultura del salvamento o rescate de las empresas» (*rescue culture*), como ya se dejó indicado, la Ley procura su permanencia y para ello han de subsistir las relaciones de trabajo, pues éstas la definen y constituyen. Ciertamente la jurisprudencia comunitaria relativa a la «sucesión» de empresas reiteradamente alude a que mediante su regulación se pretende «garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario». Siendo ello cierto no lo es menos que el valor de la empresa y de sus centros o unidades productivas generalmente es superior si se mantienen en funcionamiento, circunstancia de gran importancia en un procedimiento concursal, a la que la Ley no podía dejar de aludir.

30 de marzo de 1992) cabe la posibilidad de resolver el contrato en forma extrajudicial, esta posibilidad se ha denegado en el ámbito laboral por las Sentencias de esta Sala Cuarta de 23 de junio de 1983, 26 de noviembre de 1986 y 18 de septiembre de 1989 (...), no cabiendo aquí otra posibilidad que acudir a la vía judicial para obtener el trabajador la resolución contractual con base en incumplimiento por parte del empleador».

La normativa comunitaria relativa al fenómeno sucesorio (Directiva 2001/23/CE), como ya se indicó, establece que «salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros» los aspectos nucleares de aquella norma (arts. 3.º y 4.º) «no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente».

No obstante, como también ya se indicó, nuestro ordenamiento en absoluto excluye semejante aplicación sino que, dándola por supuesta simplemente se remite, en el artículo 57 *bis* del ET, a lo dispuesto en la legislación concursal, la cual presupone la subsistencia de las relaciones laborales cuando se produce la enajenación de la empresa o de algunas de sus «unidades» (centros de trabajo) productivas.

Aquella presencia del fenómeno sucesorio no supone que haya de aplicarse la regulación contenida en el artículo 44 del ET, dándose una gran libertad de configuración de la misma a los intervinientes en la enajenación de la empresa o de alguna de sus unidades productivas. Lo cual no obsta a la aplicabilidad supletoria de la indicada regulación estatutaria por su carácter de regulación laboral general.

Limitándonos en este comentario a los aspectos más sobresalientes de la regulación concursal sobre el fenómeno sucesorio empresarial, ha de partirse del contenido de las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 149.1 de la LC, cuyo tenor es el siguiente:

- a) «En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto (para el despido colectivo en la misma LC)».
- b) «En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores».

Del contenido de aquellos preceptos legales puede colegirse, sin dificultad una posición de la Ley decididamente favorable a la subsistencia de los contratos de trabajo y relaciones laborales en caso de enajenación de la empresa o de alguna de sus unidades productivas, operando alternativamente la posibilidad de proceder a despidos colectivos en los términos regulados en la propia legislación concursal.

Aun cuando aquel precepto se halla ubicado en la fase de liquidación constituyendo una regla supletoria, no cabe duda de su importancia, como indicativa de la subsistencia de los contratos de trabajo y relaciones laborales, principio vigente tanto para la fase de liquidación como para la de convenio.

En fase de convenio, el artículo 100.2 de la LC establece que «podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada», añadiéndose las siguientes precisiones del mayor interés: a) «Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio»; b) «En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores».

Parece deducirse de aquella regulación que si bien la existencia del fenómeno sucesorio no depende de los términos del convenio (apareciendo la sucesión del adquirente como alternativa al despido colectivo, bien que éste únicamente pueda llevarse a efecto a instancias de los sujetos legitimados y en los términos vistos en la legislación concursal), sin embargo el alcance y los términos mismos de la subrogación del adquirente sí pueden resultar configurados en buena medida por los términos del convenio propuesto.

En fase de liquidación se establece que «siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos» (art. 138.1 de la LC), y que «el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación» (art. 148.3 de la LC).

La reglas supletorias aplicables en fase de liquidación, que se aplicarán «de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado» (art. 149.1 de la LC), previenen que «el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo», con la única excepción de que, «previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos». La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva: a) «Se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa»; b) «Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores».

Tanto en el supuesto de que se apruebe el plan de liquidación como en el caso de que se apliquen las reglas supletorias, parece que, en principio, se produce el fenómeno sucesorio, bien que con el alcance y en los términos establecidos en el plan o resolución judicial pertinente, salvo que y alternativamente se proceda al despido colectivo en los términos establecidos en la propia legislación concursal.

7. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario es de gran interés para nuestro ordenamiento jurídico, y a su tenor queda claro que la extinción de los contratos de trabajo, en trámite de despido colectivo (expediente de regulación de empleo) no puede producirse antes de la finalización del período de consultas, pero sí inmediatamente después de la notificación a la autoridad laboral (posterior al cierre del período de consultas), por lo que habrá de interpretarse nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con esta doctrina.

Resulta también de la sentencia objeto de comentario que los efectos resolutorios del contrato de trabajo inherentes al despido, consecuencia de un expediente de regulación de empleo, no pueden ser anteriores al período mínimo de los treinta días desde la notificación (considerada posterior al cierre del período de consultas) del proyecto de despido a la autoridad laboral, a tal criterio habrá de ajustarse la interpretación de nuestro ordenamiento.

Finalmente la sentencia pone de manifiesto que el régimen del despido colectivo ha de adecuarse a la normativa comunitaria y a su interpretación por el TJCE, se produzca aquél en trámite de concurso de acreedores o en cualquier otra situación, debiendo consecuentemente adecuarse la inteligencia del artículo 64 de la LC a la misma, presentando cuestiones de difícil solución, que no obstante hemos intentado aclarar.

Aun cuando la sentencia comentada no aborde directamente la cuestión de la operatividad de la «sucesión de empresa», cuando la enajenación de la misma (en sentido jurídico objetivo) o de una de sus «unidades productivas» (centros de trabajo) se produzca durante la tramitación de un procedimiento concursal (sea en fase de convenio o de liquidación), sí puede deducirse de la misma y de nuestro ordenamiento, la vigencia de aquella institución laboral durante el concurso, como única alternativa al despido colectivo, bien que con un régimen singular, abierto al pacto o acuerdo con los representantes de los trabajadores y al juicio de equidad del juez del concurso.